

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LI, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 1998



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

Coordinación

NIEVES FENOY PICÓN

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
AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN	MANUEL OLIVENCIA RUIZ
GABRIEL GARCÍA CANTERO	JOSÉ POVEDA DíAZ
ANTONIO GORDILLO CAÑAS	LUIS PUIG FERROL
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS	IGNACIO SOLÍS VILLA
JUAN JORDANO BAREA	RODRIGO URÍA GONZÁLEZ

SUMARIO

	<i>Pág.</i>
<i>Cincuenta años del Anuario de Derecho Civil</i>	5
Estudios monográficos	
Encarna ROCA I TRÍAS: «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil»	7
María Rosa LLÁCER MATA CÁS: «La falta de integridad en la obligación de gestión»	41
Evelia MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES: «El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español: ¿Sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una perspectiva comparada)»	81
Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias	
Por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	177
Información Legislativa	
A cargo de Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ	221

Bibliografía

LIBROS

CARRANCHO HERRERO, María Teresa: «La constitución de las fundaciones», por Fernando Morillo González	243
ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos: «Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el Derecho de autor», por Fernando Morillo González.	244
FELIÚ REY, Manuel Ignacio: «El tanteo convencional», por Máximo Juan Pérez García	246
FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: «La lesión extracontractual del crédito», por Máximo Juan Pérez García	251
HAZA DÍAZ, Pilar de la: «El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de las agencias de viajes», por Nieves Fenoy Picón	258
MOREU BALLONGA, José Luis: «Aguas públicas y privadas», por Aurora López Azcona	268
RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «Los convenios entre Administraciones públicas», por Luis Miguel López Fernández	271

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	281
-------------------------------------	-----

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

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	299
-------------------------------------	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ: «La resolución del <i>leasing</i> o arrendamiento financiero por presentar vicios los bienes entregados al usuario (comentario a la STS de 26 de febrero de 1996)»	323
Carolina FONS RODRÍGUEZ: «Reflexiones en torno al concepto de <i>causa de pedir</i> y al régimen de flexibilidad en la acumulación de acciones (comentario a la STS de 7 de febrero de 1997)»	345

SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Pedro ARENAS NAON, Silvia ALGABA ROS, Yolanda BUSTOS MORENO, María Dolores CANO HURTADO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Antonio GÁLVEZ CRIADO, María José GARCÍA ALGUACIL, Gabriel GARCÍA CANTERO, Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Alfonso GONZÁLEZ GOZALO, Julián LÓPEZ RICHART, Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, José Manuel TORRES PEREA	351
---	-----

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: 8.300 ptas.

Precio del fascículo suelto: 2.600 ptas.

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 LI, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 1998

MINISTERIO DE JUSTICIA
Centro de Publicaciones



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 1998

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

NIPO (BOE): 007-98-061-2
NIPO (M. de Justicia): 051-98-018-6
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid. 1998

Cincuenta años del Anuario de Derecho Civil

Con los últimos fascículos de 1997 ha quedado completo el tomo quincuagésimo de nuestro Anuario, lo que equivale, poco más o menos, a decir que, en estos momentos, cumplimos medio siglo de vida. Los números y las magnitudes poseen su propia magia y encierran otras magias que tienen su origen en lo que en ellos hay de fenómeno cultural, por lo que una actitud puramente reflexiva no debe parar mientes en ellos durante mucho tiempo. Mas es cierto que medio siglo, como se ha dicho recientemente, es una buena unidad de cuenta y, por consiguiente, un buen momento para detener la marcha aunque sólo sea un instante, y hacer un mínimo de balance que no tiene por qué ser puramente estadístico. Hay que decir, desde ahora, que consideramos ese balance como positivo y que pensamos que ese criterio lo deben compartir también nuestros suscriptores y nuestros lectores, así como los autores que nos brindan sus trabajos originales, habida cuenta la fidelidad y la constancia de todos y cada uno de ellos, a quienes por esta razón debemos expresar nuestro agradecimiento, porque unos y otros son la razón misma de nuestra existencia.

El primer fascículo del primer tomo del Anuario, escrito hace cincuenta años, se abría con una formulación de votos y de propósitos, tras los cuales no era muy difícil descubrir la figura y la pluma de don Federico de Castro, fundador de nuestra Revista y director de ella durante los primeros treinta y cinco años de su vida. Los que hacemos hoy el Anuario hemos tratado de mantenernos fieles a su magisterio y trataremos, en el futuro, de seguir siéndolo, pues su ejemplo, sus enseñanzas continúan vigentes para nosotros.

El Anuario nació para cumplir una escrupulosa exigencia de seriedad científica en los estudios jurídicos de Derecho Privado. «Nada más lejos de nuestros propósitos —decía el discurso de apertura de 1948— que predicar o fomentar la laxitud técnica y la arbitrariedad judicial». Se necesita hoy, como nunca, dar todo su valor a la seriedad investigadora y proclamar altamente que no merece el nombre de jurista quien no sienta la exigencia a la correcta formulación científica. Al cabo del tiempo debemos continuar afirmando que el Derecho debe ser tomado en serio e investigado rigurosamente, lo que significa, por una parte, no seguir nunca las modas pasajeras o efímeras y, por otra, no dejarse llevar por

puras intuiciones individuales de justicia, así como no buscar nunca resultados que hayan sido propuestos de antemano.

Creemos, como creíamos hace cincuenta años, que Derecho y vida social están indisolublemente unidos y que ninguna preocupación social deja de tener su repercusión jurídica, del mismo modo que creemos que el Derecho es un motor potente en la transformación social. En este sentido, profesamos la idea de que una construcción jurídica, montada en el vacío, sin ninguna referencia a la realidad social y a su aplicación en la realidad social, carece de valor científico. Creemos que el jurista debe ser especialmente atento al rigor de la técnica jurídica, pero debe tratar de escudriñar las necesidades de la sociedad.

El Anuario apareció en tiempos que eran especialmente difíciles. En sus «propósitos» iniciales, se hablaba de las «nuevas y trágicas circunstancias de este mundo actual». Eran, ciertamente, los difíciles tiempos de las dos posguerras, la que había seguido a la Segunda Guerra Mundial y la posterior a la Guerra Civil Española. Eran los años de iniciación de lo que después fue llamado «guerra fría» y los años en que se estaban celebrando los juicios de Nuremberg. Por las mismas fechas, poco más o menos, Georges Ripert pudo hablar de la declinación o del ocaso del Derecho, como si éste estuviera tocado de muerte por virtud de los avatares de una legislación de excepción, aparte por otro tipo de razones que no es el caso tratar de escrutar aquí. Todos los momentos tienen sus zozobras y hoy cincuenta años después, continúan existiendo trágicas circunstancias en el mundo actual, por más que en términos generales algunas de ellas hayan quedado felizmente superadas. En todo caso, para el Derecho como ciencia continúa existiendo, y seguramente siempre tendrán que existir, asechanzas, que hoy parecen retornar, muy acentuadamente, en forma de culto al Derecho libre, y al realismo jurídico, lo que encierra, probablemente laxitud, pereza y alguna forma de arbitrariedad. Creemos, como hemos creído siempre, que el Derecho está al servicio de la justicia, pero no creemos en la individual justicia intuitiva, sino en la justicia que emana del Derecho mismo.

Profesamos, como profesábamos en el año 1948, la idea de que, para conocer e investigar el Derecho español, siempre es necesario retornar a las tradiciones jurídicas españolas y conocer el rumbo que nuestro propio Derecho y su tradición han seguido a lo largo de los siglos. Mas los años que corren son también años de construcciones supranacionales y, por consiguiente, debemos situarnos al servicio de la posible construcción de un Derecho privado supranacional.

El Anuario, finalmente, quiere seguir siendo una tribuna para que en él se desarrolle el debate que a buen seguro continuará entorno a la ciencia del Derecho privado y en el que deben ser oídos todos los que tengan algo que decir. Por eso, esperamos poder seguir siendo una buena revista jurídica española en el siglo que enseguida va a abrirse.

La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil*

ENCARNA ROCA I TRÍAS

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. *A modo de introducción: la paradoja del derecho de regreso*.—II. *El ámbito del derecho de regreso*.—III. *Los caracteres y presupuestos de la acción de regreso en general*.—IV. *La estéril discusión: ¿culpa propia o culpa ajena?* A) La responsabilidad de los empresarios por los hechos de sus dependientes.—B) La responsabilidad de los titulares de los centros docentes por los hechos de sus alumnos menores de edad y los de sus profesores.—C) *¿Pueden repetir los padres?*—D) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.—V. *Conclusiones*.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA PARADOJA DEL DERECHO DE REGRESO

No deja de resultar un contrasentido que uno de los derechos menos ejercitados en el mundo de la responsabilidad civil extracontractual se encuentre reconocido en casi todos los textos legales en los que se regula la responsabilidad por hecho ajeno. Efectivamente, todos los autores que se han ocupado de este tema ponen de relieve la nula aplicación de las reglas contenidas en el artículo 1904 CC. Zelaya¹ aporta razones como la presión de los sindicatos en los supuestos de responsabilidad del empresario por hechos cometidos por sus empleados, huelgas, desincentivización de actividades arriesgadas, etc.; la misma perplejidad se constata en las argumentaciones de Blasco Esteve², para quien una reclamación fren-

* Este trabajo es consecuencia de la ponencia encargada a la autora para el VI Congreso de Responsabilidad Civil, organizado por el Colegio de Abogados de Barcelona, en febrero de 1998.

¹ ZELAYA (1995), p. 574.

² BLASCO ESTEVE (1993), p. 435.

te al funcionario que con su conducta dolosa o gravemente negligente (art. 145.2 LRJAP) ha causado el daño que la Administración resulta obligada a indemnizar, permitiría «corregir los abusos de algunos agentes públicos y la impunidad en que siempre quedan», opinión compartida por García de Enterría-T. R. Fernández, quienes a la vista del artículo 145.2 LRJAP opinan que «si las autoridades y funcionarios eran hasta ahora prácticamente irresponsables de facto, tras la reforma legal están más cerca de serlo de iure, lo cual es notoriamente insano, como bien se comprende»³. Por otra parte, resulta de todos conocido que la modificación del sistema de responsabilidad de los maestros por los hechos cometidos por sus discípulos deriva de las protestas de los primeros sobre las indemnizaciones que estaban obligados a pagar de acuerdo con el sistema contenido en el artículo 1903.5 CC en la versión de 1889.

Y a pesar de esta inoperancia real, los planteamientos legales siguen incluyendo en las distintas disposiciones reglas sobre el derecho de regreso. Porque no se piense que la única disposición legal en que éste se contiene es el artículo 1904 CC, sino que con diversas técnicas y connotaciones este derecho está reconocido de forma abundante en las normas españolas. Y aunque este trabajo debería limitarse al estudio de las disposiciones contenidas en el artículo 1904 CC, no me resisto a efectuar un estudio más amplio, que incluya los problemas que surgen como consecuencia de la responsabilidad civil subsidiaria de las personas que están enumeradas en el artículo 1904 CC y, además, pienso que un estudio sobre el derecho de regreso no quedaría completo si no incluyera una referencia a la Administración pública.

Pero antes de entrar en el concreto estudio del tema, pienso que resulta conveniente enumerar todos los artículos que, en leyes diferentes, recogen el derecho de regreso. Empezando, evidentemente, por aquel que es el objeto de este estudio, el 1904 CC, que al estudiarse en profundidad, dejo para las páginas que siguen.

Incluye el derecho de regreso el artículo 27.2 de la Ley 26/1984, de 9 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establece:

«Si a la producción de daños concurrían varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pague al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños.»

Es evidente que esta disposición prevé un derecho de regreso como consecuencia de la solidaridad que frente al consumidor/usuario víctima del daño, asumen todos aquellos que contribuyeron a producirlo⁴. Como se verá, algunos autores consideran que en alguno de los supuestos previstos en el artículo 1904 CC existe también solidaridad entre el respon-

³ GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ (1993), t. II, pp. 405-406.

⁴ Sobre este derecho, me remito a los comentarios de BERCOVITZ (1992), p. 710, quien afirma que si bien en el momento de iniciarse el litigio «no está determinado quién será el deudor de la indemnización», «quien lo sea ciertamente lo será solidariamente». Véase también DE ÁNGEL (1991), t. II, p. 2020.

sable y el causante del daño y aunque ésta sea una postura difícil de aceptar para el caso concreto para el que se formula, la responsabilidad de los titulares de los centros docentes, el caso del artículo 27.2 LGCU no presenta mayores dificultades, puesto que constituye la aplicación a este supuesto específico de lo dispuesto en el artículo 1145.2 CC para el pago efectuado por uno de los deudores solidarios. Por tanto, el artículo 27.2 LGCU no hace más que reproducir una regla que ya se habría aplicado aun sin que se hubiera contemplado expresamente, consecuencia directa de la característica solidaria de la responsabilidad frente al consumidor/usuario perjudicado. Sabido es, por otra parte, las dificultades que existen sobre la calificación de la responsabilidad contemplada en la LGCU⁵ que no corresponde en este lugar reproducir.

Otra disposición que contempla el derecho de regreso es el artículo 8 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos, que establece:

«La responsabilidad del fabricante o importador no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y la intervención de un tercero. No obstante, el sujeto responsable de acuerdo con esta Ley que hubiera satisfecho la indemnización, podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño.»

Aquí nos encontramos ante un supuesto parecido al previsto en el artículo 27.2 LGCU, puesto que contempla la concurrencia de acciones, contra el fabricante/importador y contra un tercero, intervinientes en la producción del daño. Como el artículo 7 establece también la solidaridad, la regla transcrita no elimina al fabricante de la acción que la víctima del defecto pueda interponer por el daño que se haya producido, pero aplica también la regla del artículo 1145 CC.

Hasta ahora, por tanto, las acciones de regreso que hemos visto no constituyen más que una aplicación que determinadas leyes especiales hacen de las normas generales contenidas en el Código Civil al regular las obligaciones solidarias. Por tanto, se trata de que el deudor que paga toda la obligación puede repetir por la parte. Ninguna novedad.

Mayores complejidades plantean los derechos de regreso del asegurador, contemplados en los artículos 76 LCS, 117 CP y 7.d) de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Y aunque el objeto de este estudio no sea exactamente éste, no me resisto a efectuar una reflexión sobre estas disposiciones.

⁵ Debido a la concurrencia de los artículos 27 y 28 LCU, que parecen establecer conjuntamente un régimen contractual y otro extracontractual. BERCOVITZ (1992), cit. p. 703, la califica de contractual o extracontractual, según los sujetos responsables o según los daños en cuestión (p. 705). Una explicación distinta en EGEA-MIRALLES (1992), p. 72.

El artículo 76 LCS establece que:

«El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste el daño o perjuicio causado a tercero.»

Aquí se intenta ofrecer una protección suplementaria a la víctima, evitándole el denominado «circuito de acciones» a que se vería abocada si se la obligara a reclamar al agente del daño y éste debiera reclamar a su vez al asegurador para la satisfacción del crédito en que la indemnización consiste. La aseguradora no puede oponer más que aquellas excepciones que la propia ley le permite, pero la acción directa no excluye el derecho de repetición, la acción de regreso del asegurador contra el asegurado cuando éste pagó los daños ocasionados por una actividad dolosa del asegurado. En realidad aquí nos encontramos ante una acción de enriquecimiento injusto, puesto que si las normas que regulan el contrato de seguro excluyen de la cobertura los siniestros causados por dolo del asegurado, ello significa que la víctima debería haber visto satisfecho su derecho directamente por el causante/asegurado. Como la tendencia es favorecer a las víctimas, para quienes el contrato de seguro, en lo que se refiere al contenido es *res inter alios acta*, el asegurador no podrá oponerle a la víctima esta cuestión. Pero sí podrá oponerla al asegurado, puesto que el siniestro asumido no estaba contemplado en el contrato; si no se hiciera así, el asegurado experimentaría un enriquecimiento injusto a cargo del asegurador, que la ley no puede amparar. Aquí nos acercamos más al tema que nos ocupará en los apartados que seguirán, pero en el bien entendido que el asegurador paga aquí una deuda ajena y, por tanto, las reglas generales a las que respondería esta repetición serían relativas a este tipo de pago⁶.

Otro supuesto que afecta a los aseguradores es el contenido en el artículo 117 CP, que establece que:

«Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.»

Seguimos aquí en las mismas coordenadas que habíamos visto que establecía el artículo 76 LCS: existe una responsabilidad directa del asegurador y, por tanto, la víctima puede demandarle y traerle al proceso criminal; pero ello no impide la acción de regreso. Lo que ocurre en este caso es que hay que distinguir entre la subrogación en las acciones que el asegurador tiene contra el asegurado, que se rigen por lo dispuesto en el

⁶ Díez PICAZO (1996), t. II. p. 481.

artículo 43 LCS, que impide la del asegurador, contra las personas «cuyos actos u omisiones den origen a la responsabilidad del asegurado», y la acción de regreso contra el propio asegurado cuando así corresponda; en definitiva, el artículo 117 CP está pensado para la protección de la víctima; responde, pues, a las mismas razones que el artículo 76 LCS en aquellos casos en que el dolo no sea causante de un delito o falta. Y el derecho de regreso responde también a las mismas finalidades: evitar el enriquecimiento injusto del asegurado. Por tanto, será éste y sólo éste el legitimado pasivamente ante la reclamación del asegurador y no puede exigirle al asegurador que dirija la acción contra el empleado delincuente⁷, puesto que éste no forma parte del contrato y el riesgo cubierto por la póliza se refería siempre a la actividad del principal, salvo que se cubra el riesgo derivado de la actividad del propio empleado.

Finalmente, el artículo 7 de la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor*⁸, establece que el asegurador una vez efectuado el pago de la indemnización, en el caso de accidente de circulación, puede repetir:

«d) En cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes.»

Esta disposición provoca una cierta perplejidad, porque no está claro a qué se refiere la expresión *repetición*: ¿se remite a las anteriores disposiciones citadas y, concretamente, la Ley de Contrato de Seguro? Ello sería lógico porque nos encontramos en el ámbito de un contrato de seguro y, por ello, lo natural sería aplicar *todo* el bloque de disposiciones relativas a este contrato. Pero puede también pensarse que podrían incluirse aquí aquellos casos en que el asegurado pudiera repetir contra el causante del daño, porque, en definitiva, el asegurador sustituye el pago que debería haber efectuado el asegurado y no parecería extraño permitirle, no que se subrogara en las acciones que el asegurado tuviera contra el causante del daño, cuando se trate de responsabilidad por hecho ajeno, es decir, de responsabilidad regida por el artículo 1903 CC, sino que la *Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor* le permitiría actuar directamente contra el causante del daño. Evidentemente, este tema no debe ser tratado en este trabajo y solamente me limito a dejar apuntada esta posibilidad.

⁷ MONTÉS (1996), p. 628, quien afirma que el artículo 76 LCS tiene dos presupuestos: que el asegurador haya pagado, y que lo haya hecho ante la imposibilidad de oponer alguna excepción que hubiera podido oponer frente al asegurado. Esta acción «es inoponible a tercero y, de forma negativa, no cabe la repetición en los casos en que ha pagado al tercero porque la obligación nació de un hecho previsto en el contrato ni en los supuestos en que el asegurador ha alegado ante el tercero perjudicado alguna de las excepciones oponibles, pero no han sido estimadas por el juzgador» (p. 629).

⁸ Incluida en la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

II. EL ÁMBITO DEL DERECHO DE REGRESO

Visto lo anterior, es necesario determinar en qué ámbito se va a tratar el derecho de regreso. El punto básico es el artículo 1904 CC, que permite al empresario (art. 1903.4 CC) recuperar lo que hubieran pagado a las víctimas como consecuencia de la responsabilidad que el artículo 1903.4 CC les atribuye por los hechos de sus dependientes. Y también al titular de los centros docentes (art. 1904.2 CC), por los hechos cometidos por los profesores, cuya indemnización haya sido asumida por el mencionado centro, siempre y cuando éstos hubiesen obrado con dolo, culpa o negligencia graves. Además, hay que estudiar el artículo 145.2 LRJAP, que permite a la Administración ejercitar una acción de regreso parecida a la del artículo 1904 CC. Sin olvidar, también, que debe entenderse ejercitable este mismo derecho en los casos en que deba responderse subsidiariamente por la responsabilidad civil derivada de delitos y faltas en aquellos casos en que el Código Penal la atribuye, es decir, en los supuestos previstos en los artículos 120 y 121 CP.

Debo advertir que este trabajo se centra de forma exclusiva en el derecho de regreso en la responsabilidad extracontractual, es decir, el artículo 1904 CC y los que se han citado anteriormente. Por ello, se excluyen las siguientes cuestiones, sin perjuicio de que en ellas se produzca también un derecho de regreso, que como en los casos que se han citado en la introducción, no tienen un origen exclusivamente extracontractual.

– El problema de la responsabilidad del empresario frente a sus acreedores como consecuencia del perjuicio ocasionado en sus créditos por la actividad del dependiente. Aunque esta cuestión carece de norma concreta en la legislación española, la doctrina y la jurisprudencia han tendido a admitirla, pero escapa al concreto objeto de este trabajo⁹.

– Tampoco se tratará aquí directamente una cuestión que también es polémica: se trata de la discusión sobre si la naturaleza de la responsabilidad del empresario es o no extracontractual cuando el daño ha sido ocasionado por un empleado a otro en el curso de los trabajos propios de su actividad. Esta cuestión puede solucionarse en el marco de las relaciones laborales, aunque también en sede de responsabilidad y puede plantearse entonces si el empresario responde frente al que sufrió el daño, porque ha incumplido las obligaciones de seguridad derivadas del contrato que habían firmado, o bien, que se trata de una responsabilidad extracontractual, porque de lo que se responde frente a la víctima es de la actividad dañosa de otro empleado¹⁰. Sea como sea, pienso que esta cuestión excede del marco de este trabajo y por ello debo dejarla al margen.

⁹ Para el planteamiento de la cuestión y la aportación de las opiniones jurisprudenciales y doctrinales españolas, véase BARCELÓ DOMÉNECH (1995), pp. 18-28.

¹⁰ Sobre este tema, véase BARCELÓ DOMÉNECH (1995), pp. 221 ss. considerando que «no plantea problemas la aplicación del artículo 1903.IV CC cuando medie un contrato de trabajo entre los sujetos responsables». Sin embargo, y aunque ésta sea una tendencia

En consecuencia, el marco de esta intervención lo delimita el texto del propio artículo 1904 CC, con las adiciones a que antes hice referencia.

El sistema que se ha elegido para estudiar estos temas no puede dejar de ser casuístico, puesto que así se deduce del propio artículo 1904 CC, y, en consecuencia, debemos estudiar todos y cada uno de los supuestos que allí se contemplan, con el intento de deducir de su estudio la concurrencia o no de una regla general en el derecho español que determine las razones por las que este derecho se reconoce. Se trata de delimitar el tema al daño ocasionado por los empleados, los alumnos, los funcionarios, a terceros ajenos a las organizaciones a las que pertenecen, que obligan a responder directamente frente a la víctima a quien sea titular de la mencionada organización en la que el agente del daño se encuentra insertado.

A partir de este planteamiento metodológico y en cada uno de los supuestos que se estudiarán, se examinan dos situaciones: *la acción propiamente de regreso*, ya sea civil (art. 1904 CC), ya sea de la Administración (art. 145.2 LRJAP) y *la acción que puede corresponder a los responsables civiles subsidiarios* que han pagado por el que cometió el delito o falta, en los casos previstos en los artículos 120 y 121 CP, puesto que en este Código no se contempla directamente la posibilidad de ejercitar el regreso.

Debo advertir también que no usaré en este trabajo el derecho comparado¹¹; las razones son que los sistemas comparados ofrecen pocos elementos comunes con el español en lo relativo a la responsabilidad por hecho de tercero y por ello no parece demasiado útil este tipo de método. Pero antes de entrar a estudiar todos y cada uno de los supuestos planteados, resulta también necesario determinar, ni que sea de forma breve, en qué consiste la acción de regreso.

III. LOS CARACTERES Y PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REGRESO EN GENERAL

Tal como ya se ha insinuado en el primer apartado de este trabajo, la regulación de la acción de regreso se encuentra en sede de obligaciones y más concretamente, en la de las solidarias, cuando el artículo 1145.2 CC establece que el deudor *que hizo el pago puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo*. Esta acción es denominada de forma distinta por los diversos autores¹²,

jurisprudencial evidente, no acepto tan claramente esta conclusión. Lo que ocurre es que esta cuestión seguramente excede los límites de un trabajo de este tipo.

¹¹ Una de las razones para no hacerlo es que se encuentra muy bien tratado en diversas monografías de reciente aparición. Véase BARCELÓ DOMÉNECH (1995), pp. 87-160; MORENO MARTÍNEZ (1996), pp. 59-100, y ZELAYA ETCHEGARAY (1995), pp. 75-126, entre otros trabajos.

¹² Así, LACRUZ (1985), p. 69, la califica como *acción de reembolso*. Díez PICAZO (1996), t. II, p. 214, la llama *acción o derecho de regreso*.

pero en realidad se identifica con este nombre el derecho que tiene el deudor que ha efectuado la totalidad del pago al acreedor, de recuperar de los demás y según las partes que se hayan fijado en las relaciones internas que existen entre los codeudores.

Siguiendo a Díez Picazo, hay que puntualizar que el fundamento de la acción de regreso se encuentra en «los principios que vedan el enriquecimiento sin causa», puesto que si el deudor que ha pagado íntegramente al acreedor la prestación que debía conjuntamente con los demás no pudiera recuperar de éstos aquello que pagó de más, se provocaría en los otros deudores un enriquecimiento; Díez Picazo, sin embargo, puntualiza que «no se trata de una verdadera acción de enriquecimiento, que tiene siempre un carácter subsidiario, sino de una acción tipificada por la ley con base a aquel principio»¹³.

Los requisitos para que nazca la mencionada acción son los siguientes:

- 1.º Que se haya efectuado el pago y que éste sea válido y eficaz, de modo,
- 2.º Que dicho pago haya producido la liberación de los codeudores.

Las demás cuestiones relacionadas con la acción de regreso en las obligaciones solidarias, tales como los efectos de la falta de la oposición de las excepciones de que pudiera haberse valido para evitarlo¹⁴, la subrogación y su distinción de la acción de regreso, los problemas de la insolvencia de los deudores, etc., no afectan a este tema y por ello deben ser obviados.

Lo que sí pienso que resulta interesante es efectuar una comparación entre ambos derechos, es decir, el reconocido en el artículo 1145.2 CC al deudor solidario y el que otorga el artículo 1904 CC al empresario/titular del centro docente para recuperar la indemnización que han pagado frente a la víctima.

En realidad, existe una cierta tendencia a configurar a los obligados legalmente al pago de estas indemnizaciones con obligaciones solidarias, de forma que algunos, con apoyo en determinadas sentencias, configuran la obligación del empresario sobre la base de la solidaridad. Barceló Doménech cita la sentencia de 14 de febrero de 1964, que consideró que había una pluralidad de sujetos pasivos responsables de la obligación de indemnizar, sobre la base de una pluralidad de vínculos, «pues la obligación de la empresa, fundada en la *culpa in eligendo* o *in vigilando*, es distinta e independiente de la que contrae el autor material»; esta línea argumentativa, que ha sido seguida por muchas sentencias de la Sala Primera, parece querer añadir una garantía frente a la víctima¹⁵. Ésta puede ser, evidentemente, una solución al problema de la explicación de las causas de la responsabilidad del empresario y se volverá sobre este

¹³ DÍEZ PICAZO (1996), t. II, p. 214.

¹⁴ DÍEZ PICAZO (1996), t. II, p. 215.

¹⁵ BARCELÓ DOMÉNECH (1995), pp. 342 ss.

tema en el apartado correspondiente. En lo que aquí interesa, me inclino por considerar que el derecho de regreso del artículo 1904 CC no tiene ninguna relación con el que se establece en el artículo 1145 CC¹⁶ y ello porque tanto el empresario como el titular de los centros docentes responden de forma directa, por un hecho por el que la ley les obliga a responder. Por ello, la razón que Díez Picazo aporta, relativa al enriquecimiento injusto de quien siendo deudor, ve su deuda pagada por otro, no por ánimo de liberalidad, sino por imposición de la ley, parece que debe funcionar también aquí como fundamento del derecho de regreso, porque en ambos casos el deudor paga frente al acreedor la totalidad de la prestación. Y en ambos casos, también, porque la ley determina al legitimado pasivamente frente a quién puede el interesado (acreedor o víctima) interponer la acción.

Por ello, me parece correcto utilizar por analogía las reglas de la regulación del regreso en las obligaciones solidarias para fijar las condiciones en que éste puede ser ejercitado frente al causante directo del daño que ha debido ser indemnizado por el empresario/titular del centro docente/Administración. Pero no me parece correcto identificar la responsabilidad de estos sujetos con la solidaridad: ellos no responden solidariamente frente a la víctima. Y ello pienso que merece una explicación un poco más pormenorizada.

Efectivamente, es cierto que la víctima puede escoger entre demandar al empresario/titular del centro docente en base al artículo 1903 CC, o bien demandar al causante del daño en base al artículo 1902 CC. En el caso del titular del centro, la elección no se efectuaría entre éste y el agente, sino entre aquél y los padres del menor causante del daño, o el profesor que haya actuado de forma dolosa, culposa o con negligencia grave. Pero, en ambos casos, las razones legales para interponer la demanda son distintas, porque el empresario y el titular del centro responden por disposición legal, no porque hayan tenido una intervención directa en la producción del daño, y en la solidaridad, todos los deudores responden por la *misma razón*: la obligación que han asumido *conjuntamente* frente al acreedor¹⁷, mientras que en el caso del dependiente agente del daño y de su empresario, las razones por las que resultan obligados son absolutamente distintas: la culpa propia del agente y la responsabilidad vicaria del empresario. Esta afirmación no significa que aquí se esté propugnando que existen dos responsabilidades distintas: la del empleado por culpa propia y la del empresario por culpa ajena; estoy de acuerdo con Lacruz¹⁸ en que aunque existan presupuestos distintos, no hay más que una responsabilidad,

¹⁶ Y ello a pesar de que un sector de la doctrina parece inclinarse por esta explicación. Para no alargar este texto, puede consultarse la bibliografía citada por BARCELÓ DOMÉNECH (1995) p. 344, nota 28.

¹⁷ Estas razones no quiebran en el caso de la fianza solidaria, puesto que aquí se afirma que nos encontramos ante un caso concreto de solidaridad. Véase por todos, Díez PICAZO (1996), t. II, p. 436.

¹⁸ LACRUZ (1985), pp. 579-580.

porque sólo hubo un hecho que provocó el daño por el que se puede reclamar; lo que sí quiero decir es que las razones de atribubilidad de la responsabilidad o, si se prefiere, los centros de imputación, obedecen a consideraciones distintas.

Mayores diferencias incluso existen con la responsabilidad producida por lesiones debidas a la actividad administrativa. En este caso, el particular afectado no puede elegir entre dirigirse contra la Administración o contra el agente administrativo causante del daño, puesto que el artículo 145.1 LRJAP establece que «los particulares *exigirán directamente* a la Administración pública las indemnizaciones correspondientes por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio» y también en este caso se produce el regreso de la Administración cuando la actuación de este personal haya tenido las características que después se establecen en el artículo 145.2 LRJAP. Por tanto, aquí no hay elección, no existen diversos deudores frente al afectado y, sin embargo, el derecho de regreso sigue existiendo.

En consecuencia, sólo razones de analogía permiten aplicar a la acción de regreso los mismos requisitos que se aplican a la acción de reembolso en las obligaciones solidarias. Por todo ello, cabe configurar la mencionada acción de acuerdo con las siguientes características:

1.^a Se trata de una acción de regreso, que tiene como finalidad recuperar del autor material del daño el todo o la parte de la indemnización pagada. La parte que deba recuperarse es una cuestión que tiene relación con el grado de intervención de cada uno y se tratará en cada supuesto concreto; ahora sólo debe retenerse esta característica.

2.^a Para la eficacia de esta acción se requiere:

a) que se haya pagado efectivamente la indemnización a la víctima del daño ocasionado por el empleado/profesor/agente público por parte de quien está legitimado pasivamente por la ley frente a las demandas que interpongan las correspondientes víctimas.

b) Que el acreedor que ejercita la acción de regreso la dirija contra el causante efectivo del daño, de acuerdo con las diferentes modalidades y en las circunstancias previstas en cada caso, puesto que no es lo mismo la acción del empresario que la del titular del centro docente o de la Administración pública.

3.^a Un problema no resuelto legalmente es el que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción. Si se considera que la acción de regreso deriva del acto ilícito, debería aplicarse el artículo 1968.2.º CC y, en consecuencia, la prescripción de la acción sería de un año. Pero la aplicación de esta disposición ofrece algunas dificultades, porque el artículo 1968.2 CC se refiere al ejercicio de la acción por parte del *agraviado*, es decir, de la víctima del daño, y no puede considerarse como tal al responsable por hecho ajeno; por tanto, el inicio del plazo para el ejercicio resultaría un tanto complejo, ya que no podría referirse al momento en

que surgió la causa de la indemnización, el daño, sino aquel en que se pagó la indemnización y este pago tendría entonces la consideración de daño para el responsable, en una argumentación un tanto alambicada. Por ello, parece más aceptable la postura mayoritaria de la doctrina que entiende que no tratándose de una acción derivada de un acto ilícito, sino del reembolso de un pago efectuado por quien no fue el agente del daño, sino sólo el responsable del mismo frente a la víctima, el plazo para el ejercicio de la acción es de quince años, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1964 CC¹⁹. Esta solución es más coherente con el sistema y evita la artificiosa argumentación a que antes había hecho referencia y que debería utilizarse si se quiere considerar que el derecho de regreso se rige íntegramente por las reglas de la responsabilidad extracontractual.

Frente a la reclamación de quien ha pagado efectivamente la indemnización, el demandado sólo podría oponer las excepciones que derivaran de la propia obligación o de su falta de participación en el hecho que provocó la indemnización, pero de acuerdo con lo que se argumenta a continuación, no considero que el empleado demandado pudiera oponer la culpa propia del empresario/director del centro docente, sobre la base exclusiva de la *in eligendo*, *in vigilando*, o *in controlando*.

IV. LA ESTÉRIL DISCUSIÓN: ¿CULPA PROPIA O CULPA AJENA?

La doctrina española se muestra muy perpleja a la hora de explicar el fundamento del derecho de regreso. Si hacemos responder a alguien que no ha cometido el hecho que ha producido el daño que ahora se trata de indemnizar y si partimos de que el criterio de atribución es o debe ser *siempre* la culpa propia, verdaderamente vamos a tropezar con graves dificultades para justificar por qué el responsable por un hecho ajeno va a poder recuperar del agente del daño aquello que pagó. No estará de más que recordemos que las razones de la acción de regreso las encuentra la doctrina más autorizada en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto. Entonces, éste no se produce cuando quien paga lo hace porque realmente ha intervenido en la causación del daño²⁰. Existiría una culpa propia, que es la razón por la que la víctima tendrá éxito en su reclamación. Muy probablemente, también los partidarios de considerar que no se responde por una culpa propia, sino por riesgo de empresa, van a encontrar también razones para eliminar el derecho de regreso, porque, cómo vamos a repercutir en el empleado el importe de la indemnización

¹⁹ Esta es la opinión mayoritaria de la doctrina española. Así, BARCELÓ DOMÉNECH (1995), p. 360; DÍEZ PICAZO (1991), II, p. 2166; DÍAZ ALABART (1991), p. 467; GULLÓN BALLESTEROS (1968), p. 485; MORENO MARTÍNEZ (1996), p. 224.

²⁰ Véase por todos DE ÁNGEL (1991), II, p. 2035.

si resulta que esto se encuentra internalizado en las previsiones económicas de la empresa y que, en definitiva, se ha repercutido ya en los costos del producto que se ha puesto en circulación. Además, muchos podrán pensar que hablar ahora del derecho de regreso es una inutilidad como mínimo, cuando no una imprudencia; efectivamente, si repasamos algunos de los elementos esenciales de este derecho en algunos ordenamientos extranjeros sólo como aportación a la cultura jurídica española y sin ánimo de efectuar un estudio comparatístico, veremos que, tal como puntualiza Zelaya²¹,

«en el sistema alemán, está expresamente reconocido y consagrado (el derecho de regreso) en el § 840.2 BGB, como una manifestación concreta del principio general por hecho o culpa propia. En el sistema francés, no está recogido expresamente por el *Code*, pero la doctrina es unánime en señalar o reconocer su existencia, ya que la responsabilidad vicaria no sustituye ni reemplaza la responsabilidad personal y directa del dependiente, sino sólo la complementa o garantiza.»

Algunos autores se plantean si esta acción está obsoleta, ya que ningún empresario la ejercita y, es más, el propio Zelaya²² reproduce la opinión de algunos autores que mencionan la primera jurisprudencia alemana que consideró incluida en los contratos de trabajo una cláusula tácita, según la cual el empresario no podía repetir contra el dependiente lo pagado a la víctima, salvo los casos de dolo o culpa grave del agente del daño.

Sin embargo, si seguimos el camino de los planteamientos en países de cultura jurídica parecida a la nuestra, habrá que poner también de relieve que las razones de la insolvencia de los empleados no son en realidad el único justificante de la atribución de responsabilidad tanto a los empresarios como a los titulares de centros docentes. Piénsese en un alumno con un padre millonario, que seguramente tendrá medios económicos suficientes para afrontar las responsabilidades que causen los hechos de sus hijos, mientras que en este caso será el titular del centro quien responderá frente a terceros de los actos que el menor haya cometido durante el horario escolar y en ocasión del desarrollo de actividades escolares, extraescolares y complementarias. O el caso de un alto empleado, que podrá asumir perfectamente las indemnizaciones por los daños causados con su actividad, o cubrir los riesgos mediante la contratación de un seguro.

Hecha esta reflexión, vamos a examinar los tres casos en los que el derecho de regreso actúa de forma clara: la responsabilidad de los empresarios, la de los titulares de centros docentes de enseñanza no superior y la de la Administración pública, sin olvidar el polémico caso de los padres por los hechos de sus hijos menores.

²¹ ZELAYA (1995), pp. 573 ss.

²² ZELAYA (1995), p. 575.

A) LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS POR LOS HECHOS DE SUS DEPENDIENTES

a) *Naturaleza de la responsabilidad civil del empresario en el Código civil (art. 1903.4 CC).*—La doctrina y la jurisprudencia españolas han experimentado una evolución clara respecto de la configuración de la naturaleza de la responsabilidad del empresario por el hecho de sus empleados o dependientes. La construcción tradicional de este tipo de responsabilidad se basa en la culpa del propio empresario, considerada como *culpa in eligendo* o *in vigilando*, a la que más modernas opiniones añaden la de la *culpa in controlando*. Así, autores como Santos Briz²³, siguen basando la responsabilidad del empresario en la culpa propia, si bien reconoce que la jurisprudencia ha tendido a la objetivación a partir de 1981²⁴. Barceló Doménech la configura también como una responsabilidad subjetiva por culpa, presumiéndose la culpa y pudiendo el empresario liberarse esta obligación de indemnizar si prueba haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, tal como establece el artículo 1903.6 CC²⁵, si bien también reconocerá que existen razones para la objetivación, una de las cuales, precisamente, se encuentra en el derecho de regreso del artículo 1904 CC²⁶. Finalmente, Concepción Rodríguez mantiene la teoría de la culpa propia, entendiendo que la atribución de responsabilidad «se funda en los propios actos del declarado responsable que, por no observar la debida diligencia en la vigilancia o en la elección de las personas ligadas a él por alguno de los vínculos legalmente establecidos, incurre en responsabilidad»²⁷. El propio Yzquierdo Tolsada, que propugna la naturaleza vicaria de la responsabilidad subsidiaria del empresario en los casos de delito o falta del empleado, considera que en el artículo 1903 CC se basa en la presunción de culpa, que cede ante la prueba de la diligencia, consistente «en el pretendido enlace existente entre el daño producido por el empleado y la falta de cuidado y vigilancia debidos por el principal»²⁸. Gullón²⁹ sigue considerando que la «responsabilidad del empresario se funda en el incumplimiento que impone la convivencia social de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo su dependencia». Otros autores se muestran más dubitativos sobre la fundamentación de la obligación del empresario de responder frente a la víctima. Así, Lacruz considera que la responsabilidad tiene «un matiz marcadamente objetivo»³⁰, que basa en

²³ SANTOS BRIZ (1984), p. 562.

²⁴ SANTOS BRIZ (1984), p. 563. La misma opinión en PUIG BRUTAU (1983), p. 110.

²⁵ BARCELÓ DOMÉNECH (1995), p. 163.

²⁶ BARCELÓ DOMÉNECH (1995), p. 176.

²⁷ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ (1997), p. 121.

²⁸ YZQUIERDO TOLSADA (1997), p. 270.

²⁹ GULLÓN (1968), p. 482; también en DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS (1995), 7.^a ed., p. 626.

³⁰ LACRUZ (1985), p. 574.

las interpretaciones jurisprudenciales que amplían de forma notable los conceptos de relación de dependencia y de empresario. Cavanillas pone de relieve que en este caso se produce una progresiva objetivización, en base, sobre todo, a la exigencia de «una “vigorosa” o “rigurosa” prueba de la diligencia»³¹; De Ángel³² entiende que hoy se propugna una mayor objetivación de la responsabilidad del empresario, en base a los criterios jurisprudenciales que utiliza y que llegan a hacerle responder por riesgo de empresa. Pero, como puede verse, nadie se pronuncia abiertamente sobre cómo y por qué responde.

En realidad el problema se centra en la necesidad de analizar conjuntamente los artículos 1903 y 1904 CC; la jurisprudencia ha tendido a configurarla inicialmente en base a la culpa propia del empresario, pero se ha producido lo que se ha calificado como hipertrofia de la culpa, en el sentido antes apuntado por Lacruz. Las sentencias de la Sala Primera no se han cansado de repetir que nos hallamos ante la culpa *in eligendo* del empresario y por no citar más que las más recientes, podemos aludir a las de 29 de noviembre de 1988, 17 de mayo de 1989, 30 de julio de 1991, 19 de julio de 1993 y 29 de febrero de 1996. Ello unido a la dificultad que la propia jurisprudencia impone en la prueba la exoneración de la culpa, admitiendo muy raramente la prueba de la diligencia del empresario, en base al artículo 1903.5 CC, hace que esta tendencia a la objetivación sea real.

Últimamente, se inicia una tendencia doctrinal que parece estar más de acuerdo con la naturaleza de las cosas. Zelaya e Yzquierdo se inclinan por considerar que este tipo de responsabilidad puede configurarse como *vicaria*. Y este razonamiento merece una cierta atención.

¿En qué consiste la denominada responsabilidad vicaria? Zelaya la define de la forma siguiente:

«La idea central que fundamenta toda responsabilidad vicaria, indirecta o refleja, es el hecho de que si el empleado, dependiente o auxiliar realiza un acto por el cual es directa y personalmente responsable frente a la víctima, dicha responsabilidad también, y además, se imputa, se traslada y se le puede exigir al empresario, empleador o comitente, quien está privado de la posibilidad de probar la ausencia de culpa personal (no puede eximirse de la responsabilidad probando que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir y evitar el daño)»³³.

En este sistema, la responsabilidad civil del empresario funciona a modo de garantía frente a la víctima; no existe sin la de su empleado, es más, es ésta la que hace surgir la del principal; es una auténtica responsabilidad por hecho ajeno, porque es éste el que hace surgir la responsabilidad propia, finalizando Zelaya por afirmar dos ideas interesantes, que deben ser recogidas aquí: en el sistema de responsabilidad vicaria, la del

³¹ CAVANILLAS MÚGICA (1987), p. 95, aunque también deben consultarse pp. 86 ss.

³² DE ÁNGEL (1991), t. II, p. 2013.

³³ ZELAYA ETCHEGARAY (1995), pp. 75-76.

empresario es objetiva, porque sólo se requiere probar la culpa del empleado, de modo que el principal responde frente a la víctima de «aque- llos daños de los cuales el propio empleado es responsable»³⁴. Y que «no es subsidiaria sino directa y, por tanto, sólo cabe la repetición frente al empleado culpable»³⁵.

¿Hay algún fundamento para aplicar este régimen en el Código Civil español? La pregunta no tiene una respuesta fácil, dado que la tradición doctrinal y jurisprudencial son proclives a configurar la responsabilidad del empresario con base en una culpa propia y específica del mismo, de la que teóricamente se puede exonerar, probando que empleó la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1903.6 CC, lo que excluiría por definición el concepto de responsabilidad vicaria. Ahora bien, las tendencias efectivas de la jurisprudencia nos permiten llegar a conclusiones optimistas, en el sentido de poder configurar esta responsabilidad como vicaria, por las siguientes razones:

1.^a Se pone de relieve, aun por quienes siguen basando la respon- sabilidad del empresario en una culpa propia y peculiar, que la jurisper- dencia ha experimentado una progresiva objetivación, que se manifies- ta en aquellas sentencias que atribuyen responsabilidad aun por culpa o negligencia de personal altamente cualificado, cuyas actividades no pueden ser controladas de forma directa por la empresa donde prestan sus servicios. Ello ocurre básicamente en los casos de responsabilidad de los centros médicos por daños llevados a cabo por médicos y perso- nal sanitario en general³⁶. La imposibilidad de controlar esta actividad y, a pesar de ello, la obligación de responder frente a la víctima, resulta un indicio de que esta objetivación se realiza sobre la base de la elimi- nación de criterios basados en la culpa propia. Ello ocurre asimismo en el argumento fundado en el aforismo *cuius commodum eius incommo- dum*, como ocurre en las sentencias de la Sala Segunda de 9 de noviem- bre de 1971 y de 21 de octubre de 1976.

2.^a La imposibilidad de la exoneración fundamentada en la prueba de la diligencia del buen padre de familia para evitar la producción del daño. Ello lleva a una progresiva objetivación en la jurisprudencia.

³⁴ ZELAYA ETCHEGARAY (1995), p. 78.

³⁵ ZELAYA ETCHEGARAY (1995), p. 77. Los fundamentos de este tipo de responsabi- lidad son altamente discutidos. Véase, por ejemplo, SALMOND & HEUSTON (1987), p. 507, donde concluyen diciendo que, en definitiva, la responsabilidad vicaria tiene como funda- mento la *social convenience and rough justice*, que se manifiestan en la mayor capacidad del empresario para satisfacer las demandas de las víctimas por medio de la carga del seguro y la evidencia de que ello permite mejor prevenir los accidentes. Sea como sea, ZELAYA aporta la información de que este tipo de responsabilidad ha sido admitida en diversos códigos europeos, como el francés (art. 1384.5), el italiano (art. 2049), el portu- gués (art. 500), el griego (art. 922). Véase ZELAYA (1995), nota 84, p. 75. Hay que añadir también que este sistema ha sido adoptado por el artículo 170 del Código holandés de derecho patrimonial.

³⁶ Así, por ejemplo, en las sentencias de 20 de febrero de 1981, 7 de junio de 1988, 17 de junio de 1989, 30 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1994, etc.

Así, por ejemplo, entre otras, la sentencia de 2 de diciembre de 1986 declaraba que:

«Cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir.»

Ello lleva a considerar que la imposibilidad de probar la diligencia provoca una objetivación que todos los autores están de acuerdo en reconocer³⁷.

3.^a Parece que existe una tendencia jurisprudencial importante, aunque no unidireccional, sobre la necesidad de declarar la culpa *in operando* del empleado. En muchos casos, el Tribunal Supremo ha exigido la declaración de culpa del dependiente como requisito necesario para declarar la del empresario, como, por ejemplo, la de 9 de julio de 1984, de forma que si no se prueba la culpa del agente, no hay responsabilidad; ahora bien, son también abundantes las que la exigen, como la de 25 de octubre de 1980³⁸.

Es evidente que esta escasa unanimidad debería llevar al alejamiento de la teoría de la responsabilidad vicaria y más si se tiene en cuenta la tendencia jurisprudencial basada en atribuir la responsabilidad al empresario por el riesgo de la empresa³⁹.

Por tanto, resulta imprescindible el estudio del otro supuesto de responsabilidad del empresario: el previsto en el artículo 120 CP.

b) *La responsabilidad civil subsidiaria del empresario, en caso de delito del empleado.*—La existencia de dos regímenes en lo relativo a la responsabilidad civil del empresario es evidente, porque cuando se trata de reclamar la prevista en el artículo 1903.4 CC, la responsabilidad es directa frente a la víctima, que no tiene que demandar al causante efectivo del daño, mientras que en el supuesto del artículo 120 CP, la responsabilidad sólo puede demandarse en el caso de insolvencia del autor del delito o falta, porque aquí es subsidiaria.

No es éste el momento para entrar a discutir sobre la conveniencia o no de mantener esta dualidad de regímenes⁴⁰; lo que no puede dejarse de lado es que *de lege data*, la responsabilidad del empresario en los supues-

³⁷ Así, ZELAYA (1995), p. 205; YZQUIERDO TOLSADA (1997), p. 274, etc.

³⁸ Véase DE ÁNGEL (1991), t. II, p. 2016, y las sentencias allí citadas. También, DE ÁNGEL (1993), pp. 366 ss.

³⁹ Como afirma ZELAYA (1995), p. 220, «esta doctrina jurisprudencial se aleja decididamente de una solución de responsabilidad vicaria (art. 1903.4 CC), por cuanto atribuye una responsabilidad directa al empresario sin necesidad de acreditar culpa en los dependientes que materialmente contribuyeron a causar el daño; más aún se condena al empresario con expresa absolución de los agentes demandados por la víctima como posibles causantes del daño respectivo».

⁴⁰ La cuestión ha producido abundante literatura, entre la que se puede citar como más importante las opiniones de PANTALEÓN (1991), II, pp. 1973 ss; DE ÁNGEL (1993), pp. 49 ss., etc.

tos previstos en el artículo 120 CP no es igual que en el Código Civil: en el Código Penal no puede discutirse que las razones de la responsabilidad se encuentran en la insolvencia del autor del delito/falta que ha provocado el daño que no puede resarcir por falta de medios económicos, o de cobertura por medio de un seguro. Por ello, existe una mayor coincidencia en calificar la responsabilidad subsidiaria como vicaria, en el sentido a que antes he hecho referencia, porque exige la condena del auténtico responsable, como consecuencia de la culpa personal del mismo, y exige además su insolvencia, que implica que el empresario no puede exonerarse en base a la prueba de que se ha comportado con la diligencia del buen padre de familia para evitar que el daño se produjese: la insolvencia del culpable le atribuye la obligación de responder frente a la víctima del delito, sin más posibilidades⁴¹. De aquí a entender que el empresario aparece como un fiador del empleado responsable e insolvente, hay un paso muy fácil de dar.

La respuesta que pienso que hay que dar al problema planteado sobre la naturaleza de la responsabilidad del empresario pasa por admitir que nos hallamos ante un riesgo de la actividad empresarial, que implica que se le atribuya la obligación de resarcir por una culpa no propia⁴². A mi modo de entender, la obligación de resarcir por los daños causados por los dependientes no se puede configurar hoy como una forma de culpa del propio empresario: ésta es una construcción artificiosa y la demostración de esto se encuentra en las dificultades que tiene la jurisprudencia en seguir manteniendo esta postura, lo que lleva a una hipertrofia de la culpa y de los elementos que deben concurrir para que se declare la responsabilidad.

Una interpretación adecuada del Código Civil y no digamos del Código Penal, deben llevarnos a la conclusión de que existen dos tipos de relaciones: la del empresario con los terceros, basada en la corrección del desarrollo de la actividad que lleva a cabo, aunque se trate de una actividad potencialmente peligrosa, y la del empresario con sus empleados. Frente a los terceros, aquellos que acaben siendo las víctimas de cualquier aspecto de las operaciones normales de la empresa, el empresario funciona como garante de su corrección y, por ello, debe responder de los daños que se causen. A pesar de todas las trabas que pueden deducirse del texto del artículo 1903 CC, ya se ha puesto de relieve que la construcción jurisprudencial ha permitido configurar la obligación de responder como incluida dentro de las normales actividades empresariales; esto puede comprobarse sobre todo en la complejidad del expediente de la exoneración de la obligación en base a la prueba de la diligencia, admitida en el artículo 1903.6 CC, pero muy dificultada por la jurisprudencia, hasta el punto de hacerla casi imposible.

⁴¹ Entienden que la responsabilidad subsidiaria del empresario ex antiguo artículo 22 CP y en la actual regulación es vicaria, MONTÉS (1996), p. 641; YZQUIERDO TOLSADA (1997), pp. 271, 273, 276 y 283, y ZELAYA (1995), pp. 275 ss., al examinar las sentencias de la Sala Segunda sobre responsabilidad del empresario en accidentes de trabajo.

⁴² ROCA TRÍAS (1996), p. 77.

De aquí que la responsabilidad pueda configurarse como vicaria, en el sentido de que se responde no por culpa propia, sino por aquella actividad producida por un elemento de la empresa, porque frente a los terceros sólo será relevante esta situación⁴³.

c) *El derecho de regreso del empresario contra sus dependientes.* Lo dicho hasta aquí es muy importante para determinar el fundamento del derecho de regreso, porque recoge uno de los problemas a los que la doctrina española ha prestado menos atención, seguramente por la escasez de su aplicación práctica.

Efectivamente, si decimos que el empresario responde por culpa propia, el regreso del artículo 1904 CC carece de toda justificación⁴⁴, porque mal puede reclamar quien paga algo a lo que está obligado. Entonces, lo único que cabe alegar es que posiblemente exista una culpa compartida entre el empresario y su dependiente, de forma que cada uno debe responder por la parte en las relaciones internas, como si de obligaciones solidarias se tratara⁴⁵. Si tenemos en cuenta los razonamientos jurisprudenciales, muy posiblemente sea ésta una explicación lógica en el estado actual de la cuestión, aunque no la comparta.

Por otra parte, si se toma una postura objetivista, el principal inconveniente con el que el intérprete tropieza es el artículo 1903.6 CC, que permite la exoneración del empresario mediante la prueba de que empleó la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Tomemos la postura que tomemos, siempre existirá un argumento para evitar su corrección; de aquí a considerar que nos hallamos ante un

⁴³ Coincido, por tanto, con ZELAYA, para quien no existen dudas sobre la característica vicaria de la responsabilidad subsidiaria en los casos de delitos o faltas cometidos por los empleados, de acuerdo con el anterior artículo 22 CP (ob. cit. 1995, p. 646) y que ello es también deducible de la jurisprudencia sobre la base de esta progresiva objetivación, porque «es claro que actualmente la regla general en materia de responsabilidad del empresario por sus dependientes es el régimen vicario, en el cual la culpa *in operando* del dependiente es *condición sine qua non* de la responsabilidad del empresario (esta declaración se hace incluso si no se ha demandado ni traído a proceso al concreto dependiente). El empresario sólo se puede liberar de su responsabilidad si acredita algún hecho impeditivo de esta especial clase de responsabilidad, por ejemplo, que no existe vínculo de dependencia o que hubo extralimitación laboral por parte del dependiente» (p. 648).

⁴⁴ DE ÁNGEL (1993), p. 366, pone de relieve esta dificultad y afirma que esta disposición «constituye un serio obstáculo para la sustentación de lo que en el artículo 1903 parece ser premisa incuestionable; a saber, que el empresario ha incurrido en culpa. Existen, para salvar el escollo, dos posibles interpretaciones: o entender, como hacen algunos autores que el artículo 1904 es prueba inequívoca de que el empresario responde aunque no hubiera mediado culpa por su parte (caso en que se halla plenamente justificada la acción del empresario contra el dependiente); o bien considerar que lo que se puede reclamar de este último no es *todo* lo que el empresario hubiese desembolsado en favor de la víctima, sino sólo la parte que corresponda». Véase también DE ÁNGEL (1991), p. 2035. Véase, asimismo, GULLÓN BALLESTEROS (1968), p. 485. DE ÁNGEL critica esta segunda opinión porque entiende que existe una dificultad en el propio artículo 1904, porque permite recuperar *lo que hubiese satisfecho*, entendiendo que se trata de «*todo* lo satisfecho, no una parte de ello». En una obra anterior, yo misma había sostenido esta tesis (ROCA TRÍAS. 1996, p. 79), aunque sobre la base de que la responsabilidad del empresario es objetiva o por riesgo.

⁴⁵ Sobre este tema véase lo dicho en el apartado III de este trabajo y, además, la bibliografía citada por BARCELÓ DOMÉNECH (1996), nota 28, p. 344, que doy por reproducida.

callejón sin salida⁴⁶ no hay más que un paso, y por ello debe tomarse partido por alguna de las soluciones que se apuntan en la moderna jurisprudencia.

Pienso que seguir manteniendo la responsabilidad por culpa del empresario conduce, como se ha visto, a un sistema en el que la propia culpa deja de tener razón de ser: si resulta que no es posible liberarse del pago de la indemnización porque la prueba de la no culpa resulta tan dificultosa que deviene imposible, es que estamos ante un supuesto claro de objetivación frente a la víctima del daño. Y entonces la única posibilidad es configurar la responsabilidad del empresario como vicaria, puesto que, además, una solución de este tipo la acerca más a la prevista en el Código Penal. Y a partir de aquí, recobra todo su sentido el derecho de regreso, porque el principal no paga por una culpa propia, sino por una acción que se encuentra inserta dentro de la actividad empresarial que lleva a cabo. A partir de este planteamiento, caben dos soluciones: i) o bien se asume el riesgo dentro de los costos de la empresa, internalizándolo, con lo que el siguiente paso constituye la repercusión de la prevención del mismo sobre los consumidores de los productos o servicios de la empresa en cuestión; ii) o bien se repercute el costo de las indemnizaciones en aquellos que han producido el daño, no debiéndolo producir, con lo que la repercusión en el precio final de los productos ofrecidos por la empresa debería aminorarse.

Mi opinión es que no resulta correcto fundamentar en el enriquecimiento injusto la razón del derecho de regreso, puesto que el empresario que paga, seguramente habrá previsto el costo de las indemnizaciones en la planificación económica de su actividad y, como he dicho antes, repercutirá en otros, el consumidor final, el precio de las indemnizaciones. Así es cierto que un sistema de no repercusión en el empleado puede llevar a una progresiva desresponsabilización, con el consiguiente aumento de los accidentes y de las víctimas. Pero no lo es, por otra parte, que si objetivamos la responsabilidad del principal, ello redunde en la no repercusión del daño en el agente del mismo; podremos exigirle mayor intencionalidad, como ocurre en el caso de los centros docentes o de la Administración pública, pero no se elimina necesariamente.

En conclusión, por tanto, pienso que si aplicamos al empresario el sistema de responsabilidad vicaria, como parece coherente después de los razonamientos anteriores, deberemos concluir que frente a la víctima no paga una deuda propia, sino que suple la insolvencia del agente o facilita la reclamación de la víctima, porque puede resultar difícil la identificación del concreto autor del daño en organizaciones muy complejas. El esquema de la responsabilidad vicaria, es decir, supliendo la obligación del empleado autor del daño, es clarísima en el sistema penal de responsabilidad subsidiaria. Por ello, por no tratarse de una deuda propia, la posibilidad de repetir por la totalidad de la indemnización pagada proporciona una explicación coherente y adecuada al derecho de regreso del artículo 1904.1 CC.

⁴⁶ En el que seguramente no es el menos culpable GARCÍA GOYENA, según se deduce de la interpretación de ZELAYA (1995), pp. 141 ss.

B) LA RESPONSABILIDAD DE LOS TITULARES DE LOS CENTROS DOCENTES POR LOS HECHOS DE SUS ALUMNOS MENORES DE EDAD Y LOS DE SUS PROFESORES

Si difícil resultaba la configuración de la responsabilidad del empresario, la cuestión relativa a la del titular de centros docentes es mucho más compleja. De entrada, porque éstos responden por el hecho causado por «sus alumnos menores de edad», de acuerdo con el artículo 1903.5 CC, pero de quien pueden repetir es de sus profesores, cuando éstos hayan actuado incurriendo «en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño» (art. 1904.2 CC). Ello plantea como mínimo dos preguntas: ¿pueden los titulares de los centros repetir contra los padres de los alumnos que han causado el daño? Y la segunda, ¿quién debe ser demandado cuando ha intervenido culpa del profesor: éste, el titular del centro, ambos conjuntamente?

a) *La naturaleza de la responsabilidad del titular del centro docente.*—No pienso que deba repetir las teorías clásicas, que asimilaron el supuesto de los maestros al de los empresarios, dada la reforma efectuada en 1991, que cambió radicalmente el sistema de responsabilidad civil, en este caso. Hay que advertir también que este tipo de responsabilidad sólo debe aplicarse a los centros privados, puesto que los públicos se rigen por la LRJAP.

Como pone de relieve Moreno Martínez⁴⁷, si bien en origen se configuró esta responsabilidad como un supuesto de *culpa in vigilando*, diversas sentencias fueron constatando la inadecuación del sistema y se buscaron otros trámites para solucionar el problema, entre los que se encuentra la analogía con el caso del empresario.

La doctrina que ha comentado la reforma de 1991 tampoco se pone de acuerdo acerca de si se ha instaurado un sistema de responsabilidad objetiva o se sigue manteniendo el antiguo criterio de la culpa. Díaz Alabart no acaba de pronunciarse sobre esta cuestión, aunque parece inclinarse por considerar que se sigue manteniendo el antiguo sistema de la culpa, por bien que estima que «sería posible optar por una responsabilidad objetiva de los centros escolares»⁴⁸, que no acaba de ver clara en la redacción dada al artículo 1903.5 CC por la Ley de 1991, puesto que, afirma que «parece incuestionable que si la ausencia de culpa exime de responsabilidad es que ésta procede de la existencia de culpa»⁴⁹. Moreno Martínez opina que el legislador sigue manteniendo el sistema de culpa, basándose en la existencia del derecho de regreso del artículo 1904.2 CC⁵⁰, criterio que parece mantener, si bien de forma no clara, Concepción Rodríguez, porque después de afirmar que la finalidad de la reforma es tratar de garantizar la sol-

⁴⁷ MORENO MARTÍNEZ (1996), pp. 101 ss.

⁴⁸ DÍAZ ALABART (1991), p. 463.

⁴⁹ DÍAZ ALABART (1991), p. 458.

⁵⁰ MORENO MARTÍNEZ (1996), pp. 122-123.

vencia, luego se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha seguido manteniendo el criterio de la culpa⁵¹. De Ángel sigue manteniendo que esta responsabilidad civil está sometida a los criterios generales que gobiernan en materia de «responsabilidad por hecho ajeno»⁵², preguntándose también si no tendrá lugar una evolución parecida a la que ha sufrido la responsabilidad del empresario y no se llegará a identificar «una responsabilidad cuasiobjetiva de facto, por considerarse que tal responsabilidad dimana de la explotación de una actividad que, al deparar ventajas económicas, debe llevar consigo la contrapartida del deber de responder prácticamente en todo caso, en virtud de la creación de un riesgo»⁵³. Gómez Calle piensa también que en el artículo 1903 CC, «la responsabilidad del titular del centro es directa y por culpa», puesto que puede exonerarse probando que empleó la diligencia que está prevista en el artículo 1903.6 CC⁵⁴.

A la vista de las anteriores opiniones, pienso que el tema debe reconducirse; efectivamente, la preocupación de los autores que han estudiado la reforma producida en 1991 se centra en la relación titular del centro/profesor, de manera semejante a la que existe en el artículo 1903.4 CC en la correlación empresario/dependiente. Y la cuestión pienso que es mucho más compleja, por las razones siguientes:

1.^a Porque la responsabilidad del titular del centro docente se produce en dos esferas distintas al parecer: en la que se refiere a los hechos de los alumnos y en la que se refiere a los hechos de los profesores.

2.^a Porque en ambas esferas hay que distinguir entre la responsabilidad civil y la derivada de delito o falta cometidos por los menores o por los profesores.

3.^a Porque la ley sólo prevé la repetición contra los profesores, para cuyo supuesto no se prevé una responsabilidad del titular del centro docente, y no establece ninguna salvedad para el caso de que el daño se produzca por la actividad de uno de los alumnos.

Hay que intentar, pues, responder a todas y cada una de estas cuestiones, tarea que no resulta nada fácil.

b) *La responsabilidad del titular del centro docente por los hechos de sus alumnos.*—El artículo 1903.5 CC hace responder a los titulares de los centros docentes de los actos cometidos por sus alumnos que ocasionen daños. Dejo ahora el estudio de este tipo de responsabilidad en lo que se refiere a la condición de alumno, a los períodos en que el daño debe ocasionarse, etc. Interesa sólo identificar el tipo de responsabilidad. A la vez, sigue vigente el artículo 22.2 CP, que establece la responsabilidad civil subsidiaria de «las personas o entidades que sean titulares de un

⁵¹ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ (1997), pp. 129 y 131.

⁵² DE ÁNGEL (1991), t. II, p. 2030.

⁵³ DE ÁNGEL (1993), p. 536.

⁵⁴ GÓMEZ CALLE (1991), pp. 278-279.

centro docente de enseñanza no superior, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del mismo menores de dieciocho años», puesto que al no haberse promulgado la ley que regula la responsabilidad penal del menor de edad, de acuerdo con la disposición final séptima.2 del Código Penal de 1995, sigue vigente el bloque de disposiciones del antiguo Código Penal, que regula la responsabilidad civil del menor.

A mi modo de ver, la responsabilidad que afecta a los titulares de los centros de enseñanza no superior en este caso debe ser configurada como responsabilidad por culpa propia, aceptando claramente la tradicional doctrina de que nos hallamos aquí ante un defecto de la vigilancia. Si se quiere, se puede añadir que el anterior defecto es una consecuencia de la falta de la organización debida de la actividad escolar y, por ello, el titular del centro docente responde por culpa propia. A ello podemos añadir también que durante el período escolar, los padres trasladan al titular del centro la obligación de guarda y custodia, existiendo una especie de delegación de estas funciones, por lo que los titulares responderían por las mismas razones que deben hacerlo los padres⁵⁵. Estas razones me llevan a proponer la siguiente interpretación de esta disposición: el titular del centro al responder por culpa propia, sólo podrá exonerarse si prueba que actuó con la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño; esto implica que nos hallamos ante una responsabilidad por culpa propia, sin posibilidad de repetir contra el causante del daño, o contra sus padres. Por ello no resulta ilógica la falta de previsión del artículo 1904 CC con relación al supuesto en que el daño haya sido ocasionado por un alumno⁵⁶.

c) *La responsabilidad del titular del centro por los daños ocasionados por los profesores.*—Curiosamente, la finalidad de la reforma efectuada en 1991 fue la de trasladar el centro de imputación de la responsabilidad desde los maestros, donde estaba concentrada desde 1889, hacia los titulares del centro de enseñanza, donde se halla ahora. Pero siguió manteniendo el supuesto de hecho de la imputación: el hecho dañoso producido por un alumno. En consecuencia, la responsabilidad por el hecho de los maestros sigue manteniéndose en las mismas coordenadas en que se encontraba en el momento de la reforma.

Por tanto, nos encontramos ante un supuesto de hecho distinto, que debe solucionarse por otros criterios distintos de aquellos que regulan la hipótesis anteriormente estudiada.

⁵⁵ Véase en este sentido la opinión de GÓMEZ CALLE (1991), p. 27, nota 15, donde efectúa un paralelismo entre la responsabilidad de los padres y la de los maestros.

⁵⁶ ZELAYA ETCHEGARAY (1993), p. 104, nota 37, se pregunta si sería posible la repetición del titular del centro contra el alumno y se remite a las opiniones de DE ÁNGEL y PANTALEÓN sobre los criterios de imputabilidad del menor que comete un acto dañoso. Véase asimismo, YZQUIERDO TOLSADA (1997), p. 299, sobre los casos en que de acuerdo con el artículo 22 CP deben responder los titulares de los centros. Pienso que los argumentos que ofrezco en el texto pueden ofrecer una base para, por lo menos, discutir en un tema que no aparece claro en absoluto.

En principio, debería afirmarse que cuando sea el profesor el causante directo del daño a los alumnos o, incluso, a terceros, será él el único responsable, salvo que nos encontremos ante un funcionario o contratado del servicio público de la enseñanza, en cuyo caso se aplicará la regla general de la responsabilidad patrimonial de la Administración, contenida en la Ley 30/1992. Por tanto, la víctima del daño debería dirigirse contra el causante del mismo. Pero esta posibilidad viene interferida por lo que dispone el artículo 1904.2 CC, porque si sólo puede ser demandado el causante del daño, no tiene sentido que el titular de la organización donde éste presta sus servicios goce de un derecho a obtener lo que ha pagado como indemnización. Porque, como es obvio y se deduce de la simple lectura del artículo 1903 CC, la ley no hace a los centros responsables de los hechos de sus profesores que hayan causado un daño a terceros. Alguna explicación debe existir para este aparente contrasentido.

La explicación pienso que debe hallarse reconduciendo la situación a la responsabilidad del empresario. Por ello, entiendo que nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 1903.4 CC y que antes he predicado del empresario, que no responde por culpa propia por los hechos de sus empleados, los profesores y otros cargos que trabajan en la organización con fines docentes, sino que, como consecuencia de lo establecido en el artículo 1904.2 CC, nos hallamos ante un caso de responsabilidad vicaria del titular del centro⁵⁷, que no se limita a los profesores, sino a cualquier persona integrada en la organización docente, aunque luego la repetición va a ser en forma distinta si el daño proviene de un profesor o de otra persona.

Por tanto, del artículo 1904.2 CC puede deducirse que si el autor del daño es el maestro y ha actuado de forma dolosa, o con culpa grave en el ejercicio de sus funciones, provocando un daño a alumnos o a terceros, el titular del centro responde por las mismas razones que lo haría el empresario, de acuerdo con el artículo 1903.4 CC, que ya se ha estudiado. Y por ello tiene derecho a recuperar aquello que haya pagado en concepto de indemnización. Porque no hay una culpa propia, sino que se responde de forma vicaria. Lo mismo cuando el que ha provocado el daño fuera otra persona distinta de un docente.

Queda, sin embargo, una cuestión no solucionada en el artículo 1904.2 CC y que provoca alguna perplejidad en sectores importantes de la doctrina española: ¿qué ocurre en el caso en que el profesor no haya actuado con dolo o culpa grave? ¿Responde el titular del centro? Y si lo hace, ¿no puede repetir?⁵⁸ La cuestión no tiene una solución fácil y tampoco me parece que ofrezcan datos definitivos algunas opiniones que, utilizando criterios de la doctrina comparada, entienden que ello es lógico en un sistema tendente a una cada vez mayor objetivación de la res-

⁵⁷ ZELAYA ETCHEGARAY (1993), p. 105, donde afirma que el artículo 1904.2 CC «ha regulado un especial supuesto de responsabilidad vicaria o indirecta del principal».

⁵⁸ Sobre esta cuestión, DE ÁNGEL (1991), p. 2036.

ponsabilidad civil⁵⁹. Porque entonces se crearía, como algunos han puesto de relieve⁶⁰, una clase privilegiada de empleados: los profesores, que sólo responderían por dolo o culpa grave, mientras que, demandado el titular del centro por daños causados por sus profesores en los que haya intervenido negligencia o culpa leve, no podrá repetir contra ellos. Y esta diferencia no se da tanto entre profesores y otra clase de asalariados, sino incluso entre trabajadores del mismo centro, como antes he puesto de relieve, porque lo que no me parece aceptable es asimilar los que no tienen tareas docentes a los que sí las tienen, a los efectos de atribuirles otro tipo de responsabilidad distinta de la que tiene cualquier empleado.

Lo que no ofrece ninguna duda es que la víctima podrá demandar al titular del centro, sin necesidad de dirigirse contra el profesor; que no existe solidaridad entre los titulares de los centros y los profesores, y que, finalmente, la víctima podrá elegir entre demandar a uno o a otro, pero cada uno responderá por la regla que le sea de aplicación, es decir, el centro por el artículo 1903.4 CC y el agente del daño por el artículo 1902 CC. Y una vez fijado el tema, y aunque lo anterior pueda parecer una obviedad, pienso que cuando el artículo 1904.2 CC establece el derecho de repetición sólo en los casos de dolo o culpa grave del profesor, no sólo está fijando los límites de la acción de reembolso, sino también los supuestos en que la víctima puede elegir entre demandar al titular del centro o al profesor. Me explicaré; si partimos de la base de que la responsabilidad por hecho ajeno no es la regla general que cuando la ley establece la responsabilidad del empresario lo hace para suplir la del agente del daño empleado suyo, en un sistema que he venido en identificar como responsabilidad vicaria, aceptando la opinión más moderna en este aspecto de la responsabilidad civil, y asimilando los casos de responsabilidad del titular del centro por hechos de los maestros a los casos regulados en el artículo 1903.4 CC, hemos de llegar a la conclusión que el reconocimiento del derecho a repetir es una consecuencia de la identificación del centro de imputación de la responsabilidad. Por ello, la responsabilidad por hecho de otro sólo puede tener como razón la cobertura de un hecho del que el agente es culpable, pero que se imputa a otro por razones de mayor protección de la víctima.

Si configuramos, pues, la responsabilidad por hecho de otro como vicaria, se requiere que el agente del daño sea hallado culpable del mismo. Y esto mismo es lo que sucede con la repetición prevista en el artículo 1904.2 CC: sólo si el profesor es culpable, funcionará la responsabilidad vicaria, de modo que la víctima podrá dirigirse contra el titular del centro, quien a su vez podrá repetir contra el profesor. En los casos en que éste no haya actuado con dolo o culpa grave, no podrá demandarse al

⁵⁹ ZELAYA (1993), p. 106.

⁶⁰ Como MORENO MARTÍNEZ (1996), p. 218, y RUBIO TORRANO (1993), pp. 431-432. En un sentido parecido, DE ÁNGEL (1991), p. 2036.

titular del centro, sino que deberá demandarse directamente al propio agente del daño.

d) *El derecho de repetición.*—Si se aceptan los anteriores razonamientos debemos concluir que no existen diferencias esenciales entre los casos en que el derecho a repetir derive de la responsabilidad del empresario o de la del titular del centro docente, siempre y cuando se limite, como hace el artículo 1904.2 CC a las reclamaciones contra profesores que hayan actuado con dolo o culpa grave en la producción del daño. El fundamento es claramente la configuración de la responsabilidad como vicaria y, en consecuencia, no existe una responsabilidad por culpa propia, sino sustituyendo la de quien debiera haber respondido directamente frente a la víctima. Doy por reproducidas, pues, aquí, las razones que se esgrimen en el apartado correspondiente a los empresarios.

C) ¿PUEDEN REPETIR LOS PADRES?

Lo que se ha venido estudiando hasta aquí se refiere solamente a aquellos casos en que la ley fija un derecho de regreso, pero no hay que olvidar que existe la discusión relativa al caso que los padres hayan pagado la indemnización a la víctima por hechos llevados a cabo por sus hijos menores de edad (art. 1903.2 CC), supuesto que no se encuentra recogido en el artículo 1904 CC y que la doctrina discrepa sobre si es posible o no considerar que se encuentran en la misma situación. El problema no tiene una solución fácil, puesto que lo que empieza por no aparecer claro es si los menores de edad son imputables en aquellos casos en que tengan suficiente capacidad de entender y querer⁶¹. Además, el artículo 1904 CC no recoge la posibilidad de que los padres ejerciten frente a su hijo el derecho de regreso por las cantidades pagadas como indemnización en aquellos casos en que el hijo sea solvente e imputable. Frente a esta omisión se formulan dos teorías: las negativas, que tienen como punto de partida la argumentación de Castro, quien consideraba que el hijo o el pupilo podían oponer a la acción de regreso ejercida por sus padres o tutor «el incumplimiento de los deberes de guarda y vigilancia», a diferencia de lo que ocurre con el dependiente⁶², postura que parece seguida por Gullón, al circunscribir esta acción a los casos expresamente contemplados en el artículo 1904 CC, sin que pueda extenderse a otros supuestos⁶³, postura que parecen compartir otros autores, como Lacruz⁶⁴. Las positivas, que

⁶¹ Sobre esta cuestión, véase PANTALEÓN (1983), pp. 452 ss.; DE ÁNGEL (1993), pp. 307 ss. y GÓMEZ CALLE (1992), p. 378 ss.

⁶² CASTRO (1952), p. 191 y nota 4 de esta misma página.

⁶³ GULLÓN (1968), p. 485, nota 32.

⁶⁴ LACRUZ (1985), p. 582, lo niega al decir que «la repetición (es) o innecesaria porque si el guardador procedió con entera diligencia no puede ser demandado; o improcedente, pues la conducta negligente del guardador asume la culpa del menor, al haber causado él mismo al agente directo el daño consistente en permitirle los actos que perjudicaron al tercero. Sólo en el ámbito penal cabe repetir», por tratarse de una responsabilidad subsidiaria.

admiten la repetición; Gómez Calle, considera que es posible repetir cuando el menor sea «causante directo y culpable del daño»⁶⁵.

Yo me inclino por esta última propuesta, siempre y cuando el hijo fuese plenamente imputable y hubiese actuado de forma consciente. No quiero entrar en este caso en la discusión sobre si los padres responden de forma objetiva o no; esta cuestión está todavía pendiente de la futura ley penal del menor. Hasta ahora, por tanto, todo lo que se ha venido diciendo sobre este tema resulta plenamente vigente. Por lo que mi conclusión es que si el hijo menor de edad, pero plenamente imputable civilmente realiza un acto dañoso, debe responder personalmente y los padres podrían recuperar lo pagado.

D) LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como es sabido, el artículo 106.2 CE establece el principio de indemnización a los particulares por aquellas lesiones que sufran en sus bienes y derechos, siempre que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, excluyendo el caso en que el daño se haya producido por fuerza mayor. Este principio encuentra su régimen en los artículos 139 y ss. LRJAP, que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración pública como objetiva, cuando concurren los elementos previstos en el propio artículo 139, excluyéndose en cualquier caso la fuerza mayor, pero no el caso fortuito.

Esta responsabilidad es ahora exigible *directamente* a la Administración pública, quedando a salvo a ésta el derecho a repetir de «sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca» (art. 145.2 LRJAP)⁶⁶.

La responsabilidad de la Administración pública es directa y objetiva⁶⁷, que es independiente de la culpa en que pueda haber incurrido el funcionario o agente administrativo que ha provocado la lesión; como afirman García de Enterría y T. R. Fernández «quedan de este modo incluidos en la fórmula legal no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la administración o de sus agentes... sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita»⁶⁸.

⁶⁵ GÓMEZ CALLE (1992), p. 441.

⁶⁶ Este procedimiento es el establecido en el artículo 21 del *Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial*, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

⁶⁷ Existe unanimidad en la doctrina administrativa acerca de la configuración de la responsabilidad con estas características. Así GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ (1993), p. 370 ss., MARTÍN REBOLLO (1994), p. 44, entre otros autores.

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ (1993), p. 371.

Si nos limitamos a lo establecido en la LRJAP, podemos afirmar que actualmente la doctrina que atribuye la responsabilidad directa a la Administración con los criterios antes señalados resulta absolutamente pacífica. Con excepción de aquellos casos en que la Sala Primera ha aplicado la teoría de la culpa a los actos médicos⁶⁹, todas las sentencias de la Sala Tercera sostienen el carácter objetivo de la responsabilidad de las Administraciones públicas.

Si comparamos esta cuestión con los problemas que planteaban las anteriores causas de responsabilidad, la conclusión a la que se debe llegar es que existen mayores dificultades en las reguladas en el artículo 1903 CC que en la de la Administración pública: las Administraciones públicas responden directamente de los daños causados por sus agentes (funcionarios, contratados, etc.), sin perjuicio del derecho de regreso. El derecho de regreso no es incompatible con una responsabilidad objetiva, de modo que «la imputación directa a la Administración pública –y en base a un criterio de responsabilidad estricta– de los daños causados por sus agentes o funcionarios no se traduce en una total exoneración de éstos pues... (el artículo 145 LRJAP) establece que los funcionarios públicos –agente directo y material del daño– responden personalmente de tales perjuicios siempre que medie dolo o culpa grave de su parte»⁷⁰. Esta norma se traduce en una doble posibilidad: la responsabilidad directa prevista en el mencionado artículo 145.1 LRJAP, y la subsidiaria, prevista en el artículo 121 CP.

a) *La responsabilidad directa de las Administraciones públicas y el derecho de regreso.*—Respecto a la responsabilidad directa no pueden formularse mayores reflexiones; sólo advertir que para que el regreso sea eficaz, debe concurrir dolo o culpa o negligencia grave del agente en la producción del daño. Ésta viene a coincidir con la que se exige a los profesores para la eficacia de la acción de regreso ejercida por el titular del

⁶⁹ Debe compararse a estos efectos la solución dada por la Sala Tercera (sección Cuarta) del Tribunal Supremo, de 14 de junio de 1991, en un caso de responsabilidad por actos médicos, en el que la mencionada Sala declaraba la intrascendencia de la alegación de ausencia de dolo, culpa, impericia o negligencia, «porque, en definitiva, es la realidad que se está en presencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración que... tiene carácter objetivo tal, que hace muy difícil en la práctica –y a la vez innecesaria– la justificación de que el hecho desencadenante del resultado que la determina no radique, propiamente, en el ejercicio de un servicio público». Menos suerte hubiese tenido la reclamante si hubiese acudido a la vía civil, pues la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido declarando de forma reiterada que la responsabilidad de los profesionales de la medicina siempre es por culpa o negligencia, aun los de la sanidad pública; por no alargar más esta nota, citaré únicamente la STS de 15 de marzo de 1993, en la que la mencionada Sala Primera declara que «para que pueda surgir la responsabilidad del profesional sanitario o del Centro hospitalario de que aquél depende... se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó el acto médico o clínico enjuiciado, ya que, en la valoración de la conducta profesional de los médicos y sanitarios en general queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opera la inversión de la carga de la prueba». Y esta sentencia la he citado sólo a título de ejemplo, pues ella misma cita otras en el mismo sentido de la propia Sala Primera.

⁷⁰ ZELAYA (1993), p. 106, nota 43.

centro docente, según el artículo 1904.2 CC. Parada advierte que se «configura... una suerte de responsabilidad administrativa, con fundamento subjetivo, más exigente, como se dijo, que la contemplada en el artículo 1902 CC, en que basta la simple negligencia»⁷¹; no estoy de acuerdo con este autor, porque no se trata de aligerar la responsabilidad, puesto que la de la Administración frente a la víctima es siempre objetiva y, por tanto, más exigente; lo que ocurre es que la repetición se regirá por el principio apuntado por Zelaya⁷², de acuerdo con el que «a mayor objetivación de la responsabilidad del principal o titular de la actividad, menor debe ser la objetivación de la responsabilidad del agente directo del daño» y no tanto por la justa distribución de riesgos a que este autor alude, sino porque la objetivación se configura como una garantía de la víctima⁷³, que estará liberada de probar la culpa de quien le produjo el daño; satisfecha la víctima, ya no resulta tan importante si el principal puede o no recuperar lo pagado. Seguramente porque ya no estamos en este caso ante una responsabilidad vicaria de la Administración, sino propia, el derecho de repetir sólo podrá ejercitarse cuando lo determinante del nacimiento de la obligación de indemnizar sea la actitud del propio agente.

Parada pone de relieve las condiciones para el ejercicio del derecho de regreso, de acuerdo con el artículo 145.2 LRJAP: que la Administración haya satisfecho efectivamente la indemnización y que el funcionario haya incurrido en dolo, culpa o negligencia grave⁷⁴.

Una cuestión que se suele poner de relieve es la escasa aplicación práctica de este derecho de regreso. Ciertamente, el artículo 145.2 LRJAP parece configurarlo como discrecional de las Administraciones afectadas, al utilizar la expresión *podrá exigir*. Hasta el punto de que parece que sólo existe una única sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 13 de enero de 1989 en que se admite un caso de derecho de regreso.

Pero esta discrecionalidad de la Administración no se concreta solamente en la posibilidad o no de exigir el regreso, puesto que el artículo 145.2 LRJAP obliga a ponderar unas determinadas circunstancias, que influirán en la definitiva fijación de la cantidad a reclamar. Así se exige que se tengan en cuenta los siguientes criterios:

«El resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso».

lo que permite, en caso que se ejercite, ajustar la cantidad a reclamar, tanto al alza como a la baja, de forma que no tiene por qué coincidir con

⁷¹ PARADA (1993), p. 451.

⁷² ZELAYA (1993) p. 107.

⁷³ Esta es también la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ (1993), p. 405.

⁷⁴ PARADA (1993), p. 451.

la efectivamente pagada por la Administración. Por ello no estoy de acuerdo con Parada, quien critica esta acción por la discrecionalidad que se reconoce a la Administración; en cualquier caso, pienso que la crítica no se centra tanto en este extremo, sino que en realidad, no se repercute al funcionario o agente administrativo la misma indemnización que se tuvo que pagar a la víctima, sino que se configura como una nueva indemnización a la Administración, como consecuencia de la conducta desarrollada por el funcionario culpable. Ello se deduce de los criterios de ponderación y muy especialmente el relacionado con la responsabilidad profesional, lo que implica que podrían incrementarse las cantidades a pagar si hubiese existido una actuación disconforme con la *lex artis* a que viniera obligado el funcionario por razón de su cualificación profesional. Si este fuera el caso, mi opinión es que no nos hallamos ante un típico derecho de regreso, sino ante una reclamación autónoma de la Administración por la intervención decisiva del funcionario en la producción del daño.

b) *La responsabilidad subsidiaria de las Administraciones públicas en el caso de delitos, dolosos o culposos, cometidos por los funcionarios.* El artículo 121 CP clarifica la cuestión de la responsabilidad patrimonial subsidiaria de las Administraciones públicas, en los casos de delitos cometidos por la autoridad, agentes, contratados y los funcionarios, en el ejercicio de sus cargos. Se trata de una responsabilidad civil subsidiaria, por tanto, vicaria, que tiene lugar cuando se ha cometido un delito por parte de los servidores de la Administración. Se excluyen las faltas.

No comparto la crítica de Yzquierdo Tolsada⁷⁵, para quien no resulta comprensible este distinto tratamiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos en que haya delito y en los que no lo haya. Me parece lógico que el funcionario público, como el empleado, respondan personalmente de los daños ocasionados con la comisión de un delito; reconozco que las razones de la responsabilidad civil no consisten ni pueden consistir en la imposición de una pena añadida a la que corresponde al delito, pero sí creo que, partiéndose como se parte de la existencia de dos regímenes distintos, la responsabilidad civil subsidiaria facilita a la víctima la cobertura de la solvencia del autor del daño, pero no hace entrar directamente a la Administración, cuando el funcionario que delinquirió es solvente, obligándole a ejercitar un derecho de regreso. Por tanto, también en este caso, la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración funciona en relación de responsabilidad vicaria y para suplir las deficiencias del responsable directo.

⁷⁵ YZQUIERDO TOLSADA (1997), p. 311, donde afirma que «lo que nunca me ha convencido es que la responsabilidad de la Administración por el delito del funcionario tenga que ser subsidiaria, cuando en la legislación general es directa, y ello por razones idénticas a las apuntadas en sede de responsabilidad civil del empresario privado».

V. CONCLUSIONES

Llegados a este punto y después de este análisis acerca de las razones que justifican la atribución a determinados sujetos de la obligación de responder frente a las víctimas por los daños que producen los agentes que tienen en su organización, creo que deben especificarse las conclusiones a que las anteriores reflexiones llevan.

En primer lugar, se ha tratado de demostrar que la responsabilidad no se atribuye a los empresarios ni a los titulares de los centros docentes por un hecho propio o una culpa estereotipada; la justificación en base a una generalización de un tipo especial de culpa propia ha perdido su vigencia. Y aunque no me incluyo en el grupo de juristas partidarios a ultranza de la objetivación de la responsabilidad civil, pienso que si en algún sector está justificada es precisamente en el campo económico de la empresa y de los centros docentes, que tienen un parecido muy notable, en el caso que no lo sean, con empresas docentes.

Lo anterior justifica que, dadas las contradicciones que sea cual sea la teoría que se acoja, provoca la interpretación conjunta de los artículos 1903 y 1904 CC, y dado que el artículo 3.1 CC obliga al intérprete a utilizar un método interpretativo que tenga en cuenta «la realidad social» del tiempo en que las normas deben ser aplicadas, se haya optado en este trabajo por calificar la responsabilidad civil que el artículo 1903 CC atribuye a los empresarios por el hecho de sus empleados, como responsabilidad vicaria, teniendo presente en todo caso que ello contradice lo dispuesto en el párrafo 6 del propio artículo 1903 CC. Es decir, ante la tensión entre este artículo 1903.6 CC y el artículo 1904 CC, se ha optado por primar éste último, dado que la jurisprudencia ha dificultado de tal modo la prueba de la diligencia cuando el empresario pretende exonerarse de la obligación de resarcir, que ha quedado como una norma cuasi obsoleta, con lo que deben primar las consecuencias que derivan del reconocimiento legal del derecho de repetición.

La misma razón se encuentra en la responsabilidad del titular del centro docente por el hecho de sus profesores, que debe calificarse también como responsabilidad vicaria, a semejanza de la del empresario y, en todo caso, incluida en ella, por mucho que el derecho a repetir sólo pueda ejercitarse en el supuesto en que éste haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones.

Y también se encuentran los mismos argumentos para justificar la calificación como vicaria de la responsabilidad civil subsidiaria de los empresarios, titulares de centros docentes por el hecho delictivo de los alumnos menores de edad y la Administración pública por los delitos dolosos o culposos de sus funcionarios. Las razones son claras, porque aquí se responde abiertamente por un hecho cometido por otro, que previamente habrá sido declarado culpable por un tribunal penal; se sustituye su obligación de responder, reforzando la solvencia frente a la víctima,

y aplicándose en todo caso el derecho de regreso, de acuerdo también con lo dispuesto en el artículo 1904 CC.

Quedan únicamente al margen los casos en que el titular del centro docente responde frente a terceros de los daños causados por sus alumnos; pienso que en este caso nos encontramos ante una culpa propia, que excluye la posibilidad de repetir.

Lo anterior lleva a una nueva conclusión: no existe solidaridad entre responsable y agente del daño. La víctima no puede elegir entre uno u otro deudor, porque cada uno responde por una razón distinta. Y por ello, el artículo 1904 CC no puede ser considerado como una aplicación mimética del artículo 1145.2 CC, por lo que sus razones no se reproducen en las explicaciones del artículo 1904 CC. El empresario y el titular del centro no pagan una deuda propia, sino ajena; sustituyen al deudor. Si fuesen deudores solidarios con el causante del daño, estarían también pagando aquello que les corresponde en sede de relaciones internas. Por esta razón, no debe plantearse la duda acerca de cuál debe ser la cuantía a reclamar al agente del daño: aquello en que el daño consistió.

La anterior reflexión lleva a efectuar una nueva excepción en el caso de la responsabilidad de las Administraciones públicas. La facultad de moderar la cantidad implica que exista una situación parecida a la que ponen de relieve Salmond & Heuston en relación al derecho inglés: el empleado causante del daño está obligado a indemnizar a su patrón, declarado responsable de este mismo daño⁷⁶. Por tanto, pienso que la Administración responde por una deuda propia, dado que el régimen de la objetividad hace difícil un argumento contrario; pero que se convierte en sujeto activo de un nuevo derecho a ser indemnizada cuando los agentes y funcionarios públicos actuaron con dolo, culpa o negligencia graves. Por tanto, propongo que el derecho establecido en el artículo 145.2 LRJAP no sea considerado como un propio derecho de regreso, sino que sea concebido con autonomía propia, que lo distinguirá de la simple reclamación de reembolso, argumento que tiene su base en la necesidad de ponderar los elementos introducidos en el artículo 145.2,2 LRJAP.

Finalmente, las características que aquí se han predicado del derecho de regreso deberían llevar a reflexionar de nuevo sobre el significado del artículo 43 LCS; es cierto que impide al asegurador subrogarse en las acciones del asegurado cuando se trate de siniestros ejecutados por personas «cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado»⁷⁷. Esta norma tiene su base en la teoría clásica de la existencia de culpa en la actividad de quien responde por hechos ajenos, pues,

⁷⁶ SALMOND & HEUSTON (1987), p. 502.

⁷⁷ SÁNCHEZ CALERO (1984), considera que esta exclusión de la subrogación del asegurador se produce porque «si la ley impone al asegurado una responsabilidad —que según ha reiterado la jurisprudencia al interpretar el artículo 1903 CC, la responsabilidad de los padres, tutores o empresarios por los hechos de las personas que de ellos dependen no es subsidiaria sino directa—, resulta impensable que surja en el patrimonio del asegurado un crédito contra sí mismo».

¿cómo puede uno reclamarse contra sí mismo? Pero si concebimos esta responsabilidad como vicaria, podemos llegar a la conclusión que se trata de una clara responsabilidad por hecho ajeno, que no encontraría dificultades en el ejercicio por el asegurador por la vía de la subrogación. Evidentemente, esta es una propuesta de *lege ferenda*, pero que encuentra un punto de apoyo muy claro en lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que permite al asegurador de un vehículo a motor repetir contra el causante del daño, «en cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición de acuerdo con las leyes». Y ello ocurre en los casos del derecho de regreso que he estado estudiando hasta aquí. Evidentemente, la ley citada es especial y sólo se aplicará en el supuesto en ella previsto, es decir, los daños causados en la circulación de vehículos a motor; pero creo interpretarla correctamente si digo que rompe el principio general establecido en el artículo 43 LCS y que esta puede ser una vía de no retorno. Hay que tener en cuenta que incluimos aquí los supuestos previstos en el artículo 120.5.º CP. Pero además existe aun una nueva excepción, contenida en el párrafo 3 del artículo 43 LCS, que establece que la norma que prohíbe la subrogación, «no tendrá efecto si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro», lo que significa que si el auténtico autor del daño está a su vez asegurado, el asegurador del empresario que pagó por el hecho de uno de sus dependientes podrá repetir contra éste, subrogándose en el lugar del propio empresario en el ejercicio de la acción del artículo 1904 CC.

En cualquier caso, una política de este tipo podría incentivar una mayor precaución en el ejercicio de determinadas actividades.

BIBLIOGRAFÍA

Se incluye a continuación la lista de las obras citadas en las notas de este trabajo.

- BARCELÓ DOMÉNECH: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*. Madrid, 1995.
- BLASCO ESTEVE: «La responsabilidad de la Administración» en Santamaría y otros. *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*. Madrid, 1993.
- CASTRO: *Derecho civil de España*. T. II. Madrid, 1952. Reimpresión 1984.
- CAVANILLAS MÚGICA: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*. Pamplona, 1987.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ: *Derecho de daños*. Barcelona, 1997.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ: Comentario a los artículos 1903 y 1904 en Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. T. II. Madrid, 1991.
- Tratado de Responsabilidad Civil*. Deusto-Madrid, 1993.
- DÍAZ ALABART: «Notas a la responsabilidad de los profesores en la nueva Ley de 7 de enero de 1991». *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12. 1991, p. 439.

- DÍEZ PICAZO: Comentario al artículo 1968 CC en Ministerio de Justicia. *Comentario del Código civil*. T. II. Madrid, 1991, p. 2.165.
- Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid, 1996. 5.ª edición.
- DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil*. T. II. 7.ª edición Madrid, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. 4.ª edición 1993, reimpresión, 1994.
- GÓMEZ CALLE: «Responsabilidad civil extracontractual. Reforma de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado. Ley 1/1991, de 7 de enero. «BOE» de 8 de enero». *ADC*, 1991, p. 269.
- La responsabilidad civil de los padres*. Madrid, 1992.
- GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho Civil*. Madrid, 1968.
- HEUSTON, R. F. AND BUCKLEY, R. A.: *Salmond and Heuston on the Law of Torts*. 9.ª edición Londres, 1987.
- LACRUZ BERDEJO en Lacruz, Sancho, Delgado, Rivero. *Elementos de Derecho Civil II*. Derecho de obligaciones. Vol. 1.º, 2.ª edición Barcelona, 1985.
- MARTÍN REBOLLO: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica». *Documentación administrativa*, núms. 237-238. 1994. p. 11.
- MORENO MARTÍNEZ: *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*. Madrid, 1996.
- PANTALEÓN: Comentario a la STS de 8 de febrero de 1983. *CCJC*, núm. 2, 1983, p. 405.
- Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1984. *CCJC*, núm. 6, 1984, p. 1.979.
- Comentario al artículo 1902 CC en Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. cit. T. II, p. 1.971.
- PARADA: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 2 de noviembre)*. Madrid, 1993.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*. T. II, vol. III. Barcelona, 1983.
- ROCA TRIAS: *Derecho de daños*. Valencia, 1996.
- RUBIO TORRANO: «Ley 1/1991, de 7 de enero, de Modificación en Materia de Responsabilidad Civil del Profesorado», en Bercovitz (coord.). *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Madrid, 1993, pág. 917.
- SÁNCHEZ CALERO: Comentario al artículo 43 LCS en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil*. T. XXIV, vol. 1. Madrid, 1984.
- SANTOS BRIZ: Comentario a los artículos 1903 y 1904 CC en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. T. XXIV. Madrid, 1984.
- YZQUIERDO TOLSADA: *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos)*. Madrid, 1997.
- ZELAYA ETCHEGARAY: «La nueva responsabilidad civil de los centros docentes en el Código Civil español». *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 16, 1993, p. 87.
- La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente. Naturaleza y requisitos*. Pamplona, 1995.

La falta de integridad en la obligación de gestión

MARÍA ROSA LLÁCER MATACÁS

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. *Los diversos sentidos de la integridad de la gestión en el Código civil:* 1.1. La obligación de gestionar en la dinámica del contrato; 1.2. Delimitación de la relevancia jurídica de la falta de integridad: en sede de incumplimiento de la obligación de gestión y en sede de extinción del contrato; 1.3. Gestión íntegra, gestión no íntegra y gestión comenzada después de la extinción del contrato.—2. *Extinción del contrato y obligación de continuar la gestión:* 2.1. El perjuicio derivado de la gestión no íntegra. Criterios de valoración; 2.2. La obligación de continuar la gestión iniciada; 2.2.1. La completud de la gestión. Utilidad del artículo 1888 CC en este contexto; 2.2.2. Naturaleza y transmisibilidad de la obligación de continuar la gestión; a) Contrato de mandato; b) Contrato de sociedad; 2.2.3. Extensión de la obligación de continuar la gestión.—3. *El inicio de la actividad gestoria posterior a la extinción del contrato:* 3.1. La protección legal del gestor ignorante; 3.2. La protección legal de los terceros de buena fe.—4. *Gestión no íntegra y desistimiento unilateral:* 4.1. Justos motivos y tempestividad en el desistimiento unilateral; 4.2. Renuncia intempestiva e incumplimiento de la obligación de gestión.

1. LOS DIVERSOS SENTIDOS DE LA INTEGRIDAD DE LA GESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

1.1 LA OBLIGACIÓN DE GESTIONAR EN LA DINÁMICA DEL CONTRATO

Determinados contratos de gestión, que se fundamentan en una relación de *fiducia* y en la especial consideración de la persona de la contraparte o los demás contratantes (*intuitus personae*), presentan particularidades en lo que respecta a su extinción y a la transmisibilidad de sus posiciones jurídicas. Admiten, en concreto, el desistimiento unilateral o renuncia (arts. 1594, 1700.4, 1732.1 y 2, 1775 y 1776 CC) en contraposición con la regla general que impide dejar al arbitrio de uno solo de los

contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos (art. 1256 CC). La cesión de las posiciones contractuales es también particular, sobre todo *mortis causa* (arts. 1595, 1700.3, 1732.3, 1742 CC), entrando de lleno en aquellas posiciones que se extinguen por la muerte de la persona (art. 659 CC) y que no son transmisibles por causa de muerte, a diferencia de la mayoría, derivadas de contratos que producen efectos entre las partes y sus herederos (art. 1257.1 CC)¹.

La dinámica propia de estos contratos determina la posibilidad de que sobrevenga su extinción por causas eminentemente subjetivas, sin que se haya producido su cumplimiento o la conclusión de la actividad gestoria. Sin embargo, no puede afirmarse que el desistimiento unilateral o la muerte de una de las partes conlleven en todas las ocasiones una extinción que no satisfaga los intereses del acreedor: ni la muerte tiene siempre efectos claudicantes para la obligación de gestión, ni el desistimiento representa siempre una actividad que pueda llevarse a cabo sin dejar indemne a la contraparte.

De entre las obligaciones nacidas del contrato a cuya ejecución ya se ha dado inicio, cabe distinguir entre las que aparecen desprovistas de la nota del *intuitus personae* y las que lo conservan. Las primeras son exigibles y transmisibles a los herederos. Así, los socios deben aportar aquello que debían a la sociedad (arts. 1681, 1682 y 1683 CC) con el fin de proceder a su liquidación (art. 1066 LEC). También el mandatario (o sus herederos) debe responder de los perjuicios (art. 1726 CC), rendir cuentas y abonar al mandante todo lo que haya recibido en virtud del mandato (art. 1720 CC), así como o los intereses por las cantidades aplicadas a usos propios (art. 1724 CC). Mientras que el mandante (o sus herederos) deberá asumir los efectos del mandato (art. 1727.1), reembolsar las cantidades anticipadas por el mandatario (art. 1728.2) e indemnizarlo en la medida del artículo 1729 CC².

Las segundas, es decir, aquellas obligaciones que por la especial relevancia de la persona del obligado sólo éste puede cumplir (art. 1161 CC),

¹ Véase MONTES PENADES, L., «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», en *Contratos de gestión*, dirigidos por R. de Ángel Yáguez, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, p. 31; SÁNCHEZ CALERO, F. J., «Artículos 617 a 693», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. IX, vol. 1 A, Madrid, 1990, p. 27.

² Véase POTHIER, «Traité du contrat de mandat», en *Oeuvres de Pothier*, t. VI, París, 1825, núm. 64, p. 118, en relación a la legitimación para el ejercicio de la acción *mandati directa*: «*Cette action peut s'intenter non seulement par le mandant, mais par ses héritiers et autres successeurs, et elle peut non seulement contre le mandataire, mais contre ses héritiers: car quoique le mandat finisse par la mort du mandataire, et que les héritiers du mandataire ne succèdent pas à l'obligations que le mandataire avoit contractée d'exécuter le mandat, lorsque le mandataire est mort avant que d'avoir été en demeure, et d'avoir eu le loisir de l'exécuter; au contraire, lorsque le mandataire n'est mort qu'après avoir exécuté le mandat, au moins en partie, ou qu'après avoir été en demeure de l'exécuter, ses héritiers succèdent à l'obligation de rendre comptes de sa gestion, ou à celles des dommages et intérêts résultants de la demeure en laquelle a été le défunt d'exécuter le mandat dont il s'étoit chargé*».

plantean la cuestión de su interrupción. La obligación de gestionar o de llevar a cabo una determinada actividad por cuenta de otro es una obligación de cumplimiento diferido y determina la existencia de un periodo de tiempo entre su inicio y su cumplimiento. Encierra, pues, una dinámica propia que se inicia con el comienzo de la actividad y concluye con el total cumplimiento del encargo. Esta idea de completud en el cumplimiento de la obligación (véase art. 1888 CC) no siempre se verificará en los supuestos en que, comenzada, la gestión se vea truncada por la extinción del contrato que la genera. Aquí encuentra sentido la expresión *gestión no íntegra*, que permite plantear hasta qué punto el obligado o sus herederos se liberan de la obligación de gestión y qué mecanismos prevé el ordenamiento para que no resulten perjudicados aquellos en cuyo interés se celebró el contrato. Así, no debe tenerse en cuenta únicamente la producción fáctica del supuesto extintivo, sino que ofrece una relevancia fundamental, en cuanto a sus consecuencias, el dato de si ya se ha dado inicio a su ejecución o si ésta se ha reclamado.

1.2 DELIMITACIÓN DE LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LA FALTA DE INTEGRIDAD: EN SEDE DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GESTIÓN Y EN SEDE DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO

En un primer momento, es preciso distinguir entre dos sentidos de la expresión *integridad*, próximos por la situación de hecho que se trata de apreciar (gestión no concluida), pero excluyentes si tenemos en cuenta que se producen en momentos o circunstancias que no pueden coexistir: gestión no íntegra considerada en sede de extinción del contrato y prestación no íntegra calificable de incumplimiento.

En sede de cumplimiento de la obligación de gestión, el término *integridad* ha de ponerse en relación con el cumplimiento de la obligación (art. 1169.1 CC): sólo la extingue el cumplimiento íntegro (art. 1156.1 CC) y lo contrario se configura como contravención al tenor de la obligación y genera la de indemnizar daños y perjuicios (art. 1101 y art. 1718.1 CC). La obligación de llevar a cabo determinada gestión, como toda obligación de medios, se incumple no realizando la prestación, llevándola a cabo parcialmente o sin prestar la diligencia debida³. La identificación del total cumplimiento lo proporcionan los límites del encargo (art. 1714 CC) y, cuando

³ JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios y de resultado», en *ADC*, 1991 p. 24.; LOBATO GÓMEZ, J. M., «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado», en *ADC*, 1992, p. 717. Sobre la diligencia como objeto de la prestación y como fundamento de responsabilidad, véase BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, p. 509. El autor sitúa el origen de la diligencia como obligación autónoma del mandatario y de la consiguiente doble ubicación de la diligencia en Pothier (véase *Traité mandat*, cit. núm. 46, pp. 107-108). Ésta se manifiesta en los artículos 1718.1 y 1726 CC.

éste no existe, la misma noción de consumación que, desprendida del punto de referencia que constituyen los mencionados límites adquiere un ámbito omnicomprendivo y alcanza el término del asunto y de sus incidencias (art. 1888 CC)⁴.

Así pues, partimos de una concreta realidad: la gestión no concluida, en referencia a una idea de completud o de total realización de la prestación debida. Pero ésta presenta manifestaciones en ámbitos excluyentes: en sede de incumplimiento de la obligación y, en oposición con la noción de cumplimiento íntegro (art. 1169.1 CC), en sede de extinción del contrato de gestión, principal objeto de este trabajo, donde la falta de integridad se predica del estado de la gestión considerada en este momento concreto. Sólo es posible hacer tránsito de la extinción al incumplimiento cuando el supuesto extintivo no puede ser considerado como tal⁵. En materia de extinción del contrato, la falta de completud de la gestión debe ponerse en relación, con la obligación de continuar la gestión hasta su eventual conclusión una vez se ha dado inicio a la misma. Ambas nociones se diferenciaban claramente en el Proyecto de Código Civil de 1836. En su artículo 1413 se aprecia la conexión que la falta de completud presenta con el incumplimiento al establecer que, aceptado el mandato, el mandatario quedaba obligado *a cumplir bien y finalmente el encargo*. En cambio, el artículo 1414 del proyecto contenía un precepto relativo a la terminación de la gestión no íntegra al prever que *asimismo deberá el mandatario concluir el negocio de que haya sido encargado, una vez que hubiere dado principio a la ejecución de él*. A diferencia del artículo 1718.2 CC y de su correspondiente artículo 1609.2 del proyecto de 1851, el mencionado artículo 1414 formula un principio general de consumación de la gestión, que tanto debe ponerse en relación con la configuración de la potestad de renuncia (arts. 1415 y 1429 del mismo proyecto) como con la muerte del mandante (véase art. 1427.5)⁶.

La idea de que a todo inicio de una actividad de gestión corresponde su continuación centra el punto de interés en la etapa que corre entre el inicio y la conclusión. Dicho interés se manifiesta básicamente cuando la actividad gestoria queda truncada por la extinción de la relación contractual que la fundamenta, preveyendo el Código una obligación de continuar aquello que se inició, con distinta extensión e intensidad en función del supuesto. Aparece pues como fundamental el hecho del inicio de la gestión y la constatación de que aún no ha concluido⁷, hasta el punto de que puede calificarse de distinción clásica que permite aprehender diversas situaciones que el Código Civil contempla con paridad de criterio.

⁴ Véase BADOSA COLL, *La diligencia...*, cit., p. 502.

⁵ Véase *infra*, ap. 4.2.

⁶ Véase LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española*, 4-II, Madrid, 1970, pp. 241-242.

⁷ Véase SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales Códigos europeos y americanos*, continuado por F. Bonet Ramón, t. XXVI, Madrid, 1951, pp. 998 y 1004.

1.3 GESTIÓN ÍNTEGRA, GESTIÓN NO ÍNTEGRA Y GESTIÓN COMENZADA DESPUÉS DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

El Código menciona expresamente la integridad en el artículo 1706.2, en referencia a la extinción del contrato de sociedad por renuncia. La renuncia puede ser hecha en tiempo oportuno o inoportuno (art. 1705.2 CC). Esto último se produce siempre que las cosas no son íntegras, es decir cuando la actividad que resulta de la puesta en común de dinero, bienes o industria (art. 1665 CC) ya ha sido iniciada y existe un interés en que no se detenga su desarrollo⁸. En cambio, la expresión cosas íntegras significa gestión o cosas enteras o no comenzadas y va unida a un proceso inmediato de extinción y liquidación.

Pero si el Código menciona la integridad en sede de renuncia unilateral de un socio, cabe afirmar que son varios los artículos que permiten delimitar su significado y abordan la gestión no íntegra en diversos supuestos de extinción del contrato del cual deriva la obligación. En sede de mandato, los artículos 1718.2 y 1739 contemplan la obligación –del mandatario o de sus herederos– de concluir o continuar la actividad en la medida que marcan las circunstancias, mientras que el mandante o sus herederos no puedan asumirla. Obligación que se repite en caso de renuncia del mandatario (art. 1737 CC). También, al amparo del contrato de sociedad, redundarán en beneficio o perjuicio de los herederos del socio los derechos y obligaciones ulteriores al fallecimiento en cuanto son consecuencia necesaria de la gestión comenzada anteriormente (art. 1704.1 *in fine*). La misma idea de conclusión de las negociaciones pendientes se encuentra en el artículo 1706.2 CC y en el 225 C.Com. Otro artículo que, de modo menos evidente, se remite al concepto de integridad es el 1736 CC que, en relación con el artículo 1737, contempla la renuncia intempestiva del mandatario y marca la diferencia entre la renuncia y el incumplimiento⁹. Finalmente, el artículo 1888 CC obliga al gestor de negocios ajenos a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias. Como veremos, este artículo

⁸ Así lo manifiesta GARCÍA GOYENA al señalar en relación con el art. 1599 pr. que a pesar de la renuncia intempestiva: «continuará la sociedad hasta la consumación de los negocios pendientes, aunque el socio no se ha propuesto apropiarse para sí solo el provecho común» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código Civil vigente, Zaragoza, 1974, p. 836). Más claros son aún otros precedentes, destacando el artículo 1480 del proyecto de Código Civil de 1836: «Se entiende por renuncia intempestiva cuando se hace estando el negocio comenzado, o siendo del interés de la sociedad que se difiera su disolución». Establece el Código Civil peruano, en su artículo 1718.2, que el socio procede intempestivamente «cuando lo hace en circunstancias de no haberse concluido un negocio y de convenir que continúe la sociedad, por algún tiempo más para evitarse el daño que de lo contrario resultaría».

⁹ Véase MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. XI, 5.ª edición revisada por F. Téllez, Madrid, 1950, p. 574: «Claro es que cuando el daño no existe, cuando al mandante no le cause perjuicio la renuncia, no ha lugar a la indemnización. Esta sólo tiene lugar, como decían nuestros antiguos civilistas, si aquella es intempestiva, inoportuna».

es útil en la medida en que ofrece un criterio de completud de la gestión¹⁰, aunque no establece una obligación distinta de aquella derivada del acto jurídico que la genera (art. 1887 CC).

El conjunto de estas referencias permite afirmar que la integridad de la gestión (cuyo completo significado sólo se comprende en oposición a su contrario –la no integridad–) se articula alrededor del inicio o no de la actividad gestoria. Es *gestión no íntegra* aquella que ha sido iniciada y no consumada, de manera que existe un interés en paliar los efectos perniciosos de su paralización (arts. 1704.1, *in fine*, 1737 y 1739 CC), mientras que *íntegra* lo es la que aún no ha sido comenzada (así, la que no genera *derechos y obligaciones ulteriores* a la muerte del socio el cual, en cambio, sí participa de los que sean consecuencia necesaria de la iniciada antes de sobrevenir ésta: artículo 1704.1 CC). Junto a estos dos conceptos aún cabe distinguir el de *gestión nueva*, en referencia a aquella que no es continuación de la ya comenzada, sino que se inicia después de la extinción del contrato y que no vincula a aquél por cuenta (y en nombre) de quien se obra (art. 1259 CC), si no es por razones de equidad (véase art. 1738 CC, en relación al mandatario ignorante de la muerte del mandante, cuya posterior actividad vincula a los herederos de éste)¹¹.

2. EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y OBLIGACIÓN DE CONTINUAR LA GESTIÓN

2.1 EL PERJUICIO DERIVADO DE LA GESTIÓN NO ÍNTEGRA. CRITERIOS DE VALORACIÓN

No estando la gestión aún comenzada, la muerte, la renuncia o la revocación son causas de extinción del contrato, de manera que el gestor

¹⁰ Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., «La gestión de negocios sin mandato», en *RCDI*, 1975, p. 265.

¹¹ Estos tres momentos o posibilidades aparecen claramente delimitados por POTHIER al tratar de la extinción del mandato por muerte del mandante y del mandatario. La referencia decisiva para determinar si, tras la extinción del mandato, los herederos son aún titulares de derechos y obligaciones nacidos a su amparo se circunscribe a si el fallecimiento se produjo *íntegro adhuc mandato o re integra* (véase D.17.1.27.3 y C.4.35.15). En este caso, se extingue el contrato y el mandatario o sus herederos quedan liberados de su obligación. De lo contrario, si el mandatario había comenzado la ejecución, él o sus herederos (y su mandante y sus herederos) quedan obligados a resultas de ella. Véase *Traité mand.*, núm. 101, pp. 151-152: «*Observez que la loi dit, si integro adhuc mandato decesserit: car si le mandatarie avoit déjà, de son vivant, commencé à exécuter le mandat; outre que son héritier succéderoit à son obligation de rendre compte de ce qui a été fait, il seroit tenu d'achever ce que le défunt mandataire a commencé; et le mandant seroit tenu de rembourser non seulement les déboursés faits par le mandataire, mais pareillement ceux faits par l'héritier du mandatarie, en exécution de ce que le mandataire auroit commencé*». En relación con la muerte del mandante, véase núm. 107, p. 155. En cambio, en el núm. 106 (p. 155) POTHIER contempla el supuesto en que, tras la extinción del contrato, el mandatario ignorante de la muerte del dueño da comienzo a la ejecución: «*Quoique le mandat s'éteigne par la mort du mandant, néanmoins si le mandatarie, ignorant la mort du mandant, avait de bonne foi fait l'affaire dont il avoit été chargé, les héritiers ou autres successeurs universels du mandant seroient obligés de l'en indemniser et de ratifier ce qu'il a fait*».

deja de estar obligado y queda liberado de su cumplimiento¹². Así se desprende, en sede de contrato de sociedad, del artículo 1705.2 CC y, en relación con el de mandato, de la interpretación contraria del artículo 1718.2 así como de los artículos 1737 y 1739 CC. Extraordinariamente ilustrativo resulta el artículo 1429 del proyecto de Código Civil de 1836, que contempla la posibilidad de renunciar al mandato cuando el mandatario no hubiera empezado todavía a ejecutarlo¹³.

Si, en cambio, el gestor ya ha dado inicio a su actividad, debe matizarse la extinción del contrato por cuanto, aunque no puede iniciar nuevas actuaciones, no pueden considerarse extinguidas las obligaciones nacidas a su amparo¹⁴. Por lo que respecta a la gestión comenzada, la ley parte del convencimiento de que su abandono causa un perjuicio al destinatario de sus efectos¹⁵: sobrevinida la intervención del gestor, cualquier interrupción es lesiva y se arbitran los mecanismos necesarios para evitar soluciones de continuidad. Cabe señalar que no se trata de un perjuicio productor de daños indemnizables porque no deriva de incumplimiento (art. 1101 CC), sino de una consecuencia material de la gestión no íntegra o de la situación resultante de la extinción. La extinción por muerte (art. 1732.3 CC) o la renuncia con justa causa o tempestiva son supuestos de extinción e, incluso en la segunda, para nada debe considerarse la imputabilidad¹⁶. La intempestividad no sólo se predica de la sociedad pactada por tiempo ilimitado (art. 1706.2 CC)¹⁷ sino también del manda-

¹² Así aparece ya en los textos clásicos. Véase D.17.1.27.3: «Morte ejus qui mandatum est, si is integro mandato decesserit, solvitur mandatum et ob id haeres ejus, licet exsecutus fuerit mandatum, non habet mandati actionem»; C.4.35.15: «Mandatum, re integra, morte domini finitur».

¹³ Cabe hacer notar que tanto los proyectos como el Código Civil se decantan por los principios clásicos y abandonan una línea seguida por los autores castellanos y basada en la dicción literal de la P.3.5.20, según la cual el mandatario debía ejecutar en cualquier caso el mandato, independientemente del estado en que se hallare la gestión. Véase SALA, J., en *Novísimo o Nueva ilustración del Derecho Real de España*, Madrid, p. 271: «Pero debe notarse que Gregorio López, comentando aquellas palabras de d. ley 20, en que al hablar del mandatario, dice ésta simplemente: *Tenudo es de cumplirlo*, infiere que en España, ni aun estando las cosas enteras, quiere decir, sin haberse empezado a desempeñar el mandato, podrá el mandatario renunciar; y efectivamente parece, que así debe sostenerse, atendido el principio de nuestro derecho de a cuanto se obliga el hombre, a tanto queda obligado».

¹⁴ Véase NANNI, L., *Dell'estinzione del mandato*, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 3.

¹⁵ El contrato de mandato se celebra, generalmente, en interés del mandante, mientras que la sociedad contempla un interés parcialmente ajeno (véase BADOSA COLL, *La diligencia...*, cit., p. 513). La necesaria atribución de los efectos de la gestión al dueño del negocio debe identificar lo que se denomina *interés* y el destinatario de la brusca interrupción de la actividad. Véase DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «La revocación del mandato y del poder», en *AAMN*, 1948, pp. 587-588.

¹⁶ Véase, *infra*, ap. 4.2.

¹⁷ Existe una orientación de los autores castellanos, superada por la codificación, tendente a referir la renuncia intempestiva a las sociedades pactadas por tiempo determinado o para la consecución de un determinado objeto y basada en la expresión literal de la P.5.10.11. Véase GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, t. II, Madrid, 1872, núm. 315, p. 350; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español. Tratado de las obligaciones*, t. IV, Madrid, 1871, p. 512; SALA, *op. cit.*, p. 267.

to (arg. ex art. 1737)¹⁸, a la vez que no se circunscribe a la renuncia sino que alcanza también a la muerte o cualquier causa de extinción de la obligación de gestión. En concreto, aboca a un interés del mandante o de la sociedad en que se continúe (arts. 1718.2, 1737 y 1739) o concluya (art. 1706.2) la gestión para evitar dicho perjuicio¹⁹. El perjuicio que determina la falta de conclusión de la gestión es una circunstancia unida al concepto de no integridad, que justifica la mencionada obligación de continuarla a la vez que marca su extensión o medida en cada caso concreto.

Cabe decir, pues, que las cosas son íntegras para el mandante, cuando, no iniciada la gestión, éstas se hallan en tal estado que su interrupción no causa perjuicio a su dueño y éste se halla en situación de proveer por sí mismo, o a través de otro, a su manejo²⁰. De manera que el abandono de la actividad iniciada conlleva un perjuicio por la dificultad en que puede hallarse el dueño para hacerse cargo de ella. Así lo expresan directamente el artículo 1737 al establecer la obligación de continuar la gestión *hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta* y de manera indirecta, los artículos 1718.2 y 1739^{21, 22}. Y, al mismo tiempo, esta indemnidad en que debe quedar el

¹⁸ Véase GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 552: «De aquí la distinción entre renuncia tempestiva e intempestiva: es lo primero, cuando el mandante conserva íntegra la facultad de desempeñar cómodamente el negocio: y lo segundo, si se hace en tales circunstancias, que ni por sí ni por otro pueda desempeñarle. La renuncia tempestiva disuelve completamente el contrato. La segunda, sólo mediando causa legítima puede admitirse»; ELÍAS, J. A., *Derecho Civil General y Foral de España*, Madrid, 1877, p. 185, núm. 3910: «Para que la renuncia del mandato libre al mandatario de toda responsabilidad, debe ser notificada al mandante y no ser hecha con mala fe, ni en ocasión en que éste no pueda ejecutarlo por sí o por otro».

¹⁹ Véase CAPILLA RONCERO, F., «Artículos 1665 a 1708 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Madrid, 1986, p. 674.

²⁰ La expresión es clásica: véase DONELLUS, «Commentariorum de Iure civile», en *Opera omnia*, t. IV, Florentiae, 1842, lib. XVI, cap. XXIII, col. 1021, núm. 8: «*Esta autem mandatori integra, cum nihil dum intervenit, cur mandator quod mandarat non possit, adhuc aequo commode per se aut per alium exsequi*»; ALTHUSIUS, *Dicaecologicae*, Francofurti, 1649, L. I, cap. 83, núm. 35. En relación con la renuncia, véase DOMAT, J., *Oeuvres complètes*, t. III, París, 1822, t. XV, sect. IV, núm. 3, p. 56: «*Mais il faut, s'il manque d'exécuter l'ordre dont il s'était chargé que ce soit sans fraude et qu'il laisse les choses entières et en tel état que le maître puisse y pourvoir ou par soi même ou par quelque autre*».

²¹ En este contexto, las expresiones son muy variadas y cabe citar como más explícitas, las contenidas en los artículos 1366 del Código Civil portugués de 1867: «*Lorsque le mandat prend fin par mort du mandant, le mandataire est tenu de continuer la gestion, tant que les héritiers du mandant n'ont pas encore pourvu à l'affaire si l'abandon de la gestion peut leur être préjudiciable*» y 1367: «*Lorsque le mandat prend fin par la mort du mandataire, ses héritiers devront en donner avis au mandant et faire, en attendant, tout leur possible pour sauvegarder les intérêts de celui-ci*» (véase *Code Civil portugais du 1.er juillet 1867*, traduit et annoté par G. Laneyrie et J. Dubois, París, 1896); artículo 2168 del Código chileno: «*Sabienda la muerte del mandante cesará el mandatario en sus funciones, pero si de suspenderlas se sigue perjuicio a los herederos del mandante, será obligado a finalizar la gestión principiada*».

²² La revocación del mandato no plantea la cuestión del perjuicio ni la obligación de continuar, dado que surge del mismo mandante quien conoce la situación de sus negocios y los asume. Naturalmente, no exime al mandante de sus obligaciones para con el mandatario, si las cosas ya no se hallan íntegras. Véase DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 599. En este sentido I.3.26.9: «*Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit*».

mandante es una de las causas que explican el carácter recepticio de la declaración unilateral de renuncia (art. 1736 pr.) y la carga que recae sobre los herederos del mandatario de notificar el fallecimiento al mandante (art. 1739 CC)²³. La misma idea de recuperación de la gestión por el dueño del negocio aparece en el artículo 1888 CC que, al fijar la extensión de la obligación de gestión de negocios ajenos, admite que el obligado requiera al interesado para que lo sustituya si se halla en estado de poder hacerlo por sí.

En el contrato de sociedad, el perjuicio derivado de la gestión no íntegra se predica del interés común y, en modo alguno, se admite que el interés particular del socio en desvincularse o en oponerse a la renuncia se anteponga al interés común (art. 1666.1 CC). La renuncia intempestiva vulnera el interés social y se traduce en un interés en que se dilate la disolución de la sociedad (art. 1706.2). La expresión proviene de los textos clásicos que cifraban la relevancia de la renuncia intempestiva en el interés de la sociedad en retrasar sus efectos y tomaban el ejemplo de la compra de mercancías destinadas a la venta, operación que resultaba perjudicada por la renuncia²⁴, mientras que los textos codificados (art. 1870 Code, art. 1599 del Proyecto de Código Civil de 1851, art. 1706.2 CC) la toman de Pothier²⁵. Sin embargo, las consecuencias de la renuncia intempestiva no se limitan a la continuación de la gestión o a una carga de notificación, sino en el interés de la sociedad *en que se dilate su disolución y que ésta continúe hasta la terminación de los negocios pendientes*. Como se verá, el alcance de esta expresión resulta controvertido y difiere en función de la naturaleza –inmediatamente extintiva o no– que se atribuya a la concurrencia de las causas de disolución del artículo 1700 CC²⁶.

²³ Véase GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *loc. cit.*, p. 552, donde prosigue: «Mas a fin de conciliar los intereses que versan en el mandato, debe el mandatario avisar al mandante lo más pronto posible y continuar todavía en su cargo hasta que este tome sus disposiciones.»

²⁴ D.17.2.65.5: «*Labeo autem posteriorem libris scripsit, si renuntiaverit societate unus ex sociis eo tempore, quo interfui socii non dirimi societatem, committere eum pro socio actione*». Y el criterio para determinar si la renuncia es intempestiva se halla en el interés de la sociedad: «*Proculus hoc ita verum esse ait, si societatis non intersit dirimi societatem: semper enim non id quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit*»; por ejemplo, «*si emitus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore quo vendere mancipia non expedit (...) teneri te pro iudicio*».

²⁵ Véase POTHIER, «*Traité du contrat de société*», en *Oeuvres de Pothier*, París, 1825, núm. 151, pp. 191-192, donde define la renuncia «*à contre-temps*» como aquella hecha «*dans un temps où les choses ne sont plus entières, et où il est de l'intérêt de la société d'attendre un temps plus favorable pour consommer la négociation qui a fait l'objet de la société, comme si ayant contracté avec vous une société de commerce, je voulois dissoudre la société dans un temps où il est de l'intérêt de la société de garder les marchandises que nous avons achetées en commun, et d'attendre le temps favorable de les revendre*» y añade: «*observez que pour juger si la renonciation est faite à contre-temps, c'est l'intérêt commun de la société qu'il faut considérer, et non l'intérêt de celui qui s'oppose à la renonciation*». La idea es manejada habitualmente por los autores de Derecho común, véase ACCURSIUS, *Pandectarum seu Digestorum iuris civilis*, t. I, Venetiis, 1569, glosa al D.17.2.66, quien destaca: «*Sed semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, servari solet: sed quod societate expedit*».

²⁶ Para una aproximación a la cuestión, véase PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Comentario al art. 1700», en *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1489-1490.

2.2 LA OBLIGACIÓN DE CONTINUAR LA GESTIÓN INICIADA

2.2.1 La completud de la gestión. Utilidad del artículo 1888 CC en este contexto

El cumplimiento de la obligación gestoria viene presidido por la sujeción a los límites del encargo (arts. 1692 y 1714 CC) y, en todo caso por la idea de completud de la gestión (art. 1888 CC)²⁷. Faltando la indicación de los mencionados límites, la extensión de la obligación abarca el término del asunto y sus incidencias y el gestor no puede abandonarlo a su arbitrio, sino cuando el dueño pueda sustituirle²⁸. Son incidencias del negocio todas aquellas diligencias que derivan directamente de él. Incluye las que dependen necesariamente de ella y, cabe afirmar, todas aquellas que la complementan de modo que, de no llevarse a cabo, la gestión resultaría incompleta²⁹. En cambio, el gestor no está obligado a ocuparse de negocios distintos o no conexos con el que ha iniciado³⁰.

Encontramos una expresión parecida en el artículo 1704.1 *in fine*, que también contempla la conclusión de un determinado asunto, de manera que el heredero del socio fallecido sólo participa económicamente en él en la medida que es una consecuencia necesaria de la gestión comenzada antes de la muerte, participación que alcanza su continuación³¹. La misma idea de prosecución del asunto se desprende del artículo 1706.2 CC.

Es patente que los artículos 1888 y 1706.2 CC establecen una obligación de más amplia extensión que la que contemplan expresamente los

²⁷ Véase OTERO VALENTÍN, J., «Extinción e ineficacia del mandato», en *RDP*, 1919, p. 257, quien, en relación con la expresión «De los modos de acabarse el mandato» (cap. IV, tít. IX, lib. IV, CC) indica: «tanto en relación al mandato como en todo acto o gestión se tiene por acabado, según el sentido gramatical y jurídico, cuando se da fin a una empresa cuando se concluye el negocio, se practican cuantas gestiones fueron precisas en relación al encargo conferido».

²⁸ Véase TRAVIASAS, M., «La gestión de negocios», en *RDP*, 1919, p. 139

²⁹ Véase DEMOLOMBE, C., «Traité des engagements qui se foment sans convention», en *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. VIII, París, 1882, núm. 131, p. 122: «C'est l'affaire toute entière, que le gérant a commencée, qu'il doit continuer et achever tout entière, c'est-à-dire, avec toutes ses dépendances. Et il faut entendre par ces mots, tout ce qui est une conséquence nécessaire ou même seulement naturelle ou accessoire de l'opération principale, tout ce qui en dépend et doit la compléter; en un mot comme disait Pothier, tout ce qui est nécessaire pour la mettre à chef».

³⁰ Véase GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, com. art. 1892 pr, p. 963: «Anejo o dependiente, etc. Por estas palabras el artículo se refiere al gestor de un negocio o negocios determinados: respecto del gestor universal, o de todos los negocios, eran excusadas, ley 16, título 5, libro 3 del Digesto».

³¹ Véase PONT, P., «Commentaire-Traité des sociétés civiles et commerciales», en *Explication du Code Napoléon* iniciado por V. Marcadé, t. VII, París, 1872, núm. 719, p. 476: «Quant aux opérations que celui-ci aurait entreprises lui-même pour la société, ils n'ont pas à les terminer sans doute, puisque cela rattache désormais à l'avenir de la société; mais comme leur auteur avait agi pour la société, ils doivent prendre pour règle de conduite l'art. 2010 du Code Civil qui, prévoyant le cas de mort du mandataire, impose aux héritiers l'obligation d'en donner avis au mandant, et de pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci»; BOILEUX, J. M., *Commentaire sur le Code Civil*, París, 1868, p. 451.

artículos 1718.2, 1737 y 1739 CC. Pero mientras que el artículo 1888 CC está fijando el contenido y la medida del cumplimiento habitual de la obligación de hacer derivada del cuasi contrato de gestión de negocios ajenos, los demás artículos referidos contemplan la obligación de ejecutar el mandato después de su extinción. Si bien no presentan una total identidad de razón, el artículo 1888 CC es útil como criterio de fijación del contenido máximo de la obligación de gestión.

La consideración de la extensión de la obligación de gestión de negocios ajenos, que equivale a su cumplimiento, no es desmentida por el inciso final del artículo 1888, que prevé la posibilidad de requerir al interesado para que sustituya al gestor, si se hallare en estado de poder hacerlo por sí. Se trata de una previsión estrechamente ligada con la obligación principal contemplada en el artículo 1888 que sólo guarda relación con su cumplimiento. En efecto, la misma naturaleza de la figura determina que el dueño del negocio a nada queda comprometido inicialmente, de modo que puede recuperarlo, mientras que el obligado no puede abandonarlo si no es en las circunstancias establecidas en el artículo 1888.

No puede tratarse, sin embargo, la obligación de continuar la gestión en sede del mencionado cuasicontrato. Dicha continuación se manifiesta tras la concurrencia de la causa extinción y sólo halla supuesto en las obligaciones contractuales. Por un lado, cabe destacar que, en cuanto al contenido de la obligación del artículo 1888, no hay diferencia si el dueño del negocio vive o fallece³². En cualquier caso, la obligación es la misma y el gestor debe continuar el asunto hasta su término o requerir al heredero del dueño³³. Más discutida es la transmisión de la obligación en los términos del artículo 1888 a los herederos del gestor. Existe una corriente clásica defensora de la extinción de la obligación por muerte del gestor, basada en el carácter no determinante de la persona del gestor (mientras que sí lo parece la consideración del dueño por parte de éste)³⁴.

³² Véase DEMOLOMBE, *op. cit.* núm. 138, p. 126: «*Le maître existe, le gérant doit achever l'affaire jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même. Le maître est mort, le gérant doit continuer la gestion jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction. Où est la différence? Il n'y en a pas. C'est que, en effet, la cause juridique, qui fait que le mandat s'éteint par la mort du mandant, n'existe pas pour la gestion d'affaires. Cette cause c'est que le mandat dérive de la volonté personnelle du mandant, et que cette volonté, personnelle, s'éteint par sa mort; c'est un contrat. Tandis que la gestion d'affaires ne dérive pas de la volonté du maître; c'est un quasi-contrat; et il n'y a pas de motif pour qu'elle soit immédiatement interrompue par sa mort.*»

³³ Véase artículo 2290 del Código Civil argentino: «Comenzada la gestión es obligación del gerente continuarla y acabar el negocio y sus dependencias, hasta que el dueño o el interesado se hallen en estado de proveer por sí, o bien hasta que puedan proveer sus herederos si muriese durante aquella» (las cursivas son nuestras). El artículo 1481 del proyecto de Código Civil de 1836 establecía: «La expresada obligación no cesa por el fallecimiento del ausente; antes bien continúa hasta que sus herederos o la autoridad adopten las medidas que crean oportunas». Véase también DE SEMO, G., *La gestione di affari altrui nella teoria e nella pratica*, Padova, 1958, p. 108.

³⁴ Véase DEMOLOMBE, *op. cit.* núm. 140, pp. 127 y 128, que se apoya en la autoridad de Pothier y en su expresión, un tanto equívoca, al tratar la materia. Tras admitir Demolombe el principio de transmisión de las obligaciones a los herederos y que la considera-

Sin embargo, no parece que deba prevalecer este hipotético elemento intencional sobre la existencia de una obligación surgida de un acto jurídico y en cuyo contenido poco influye la intención o volición de sus protagonistas (art. 1887 CC). No creemos que la obligación del gestor de negocios constituya una de las que se extinguen por la muerte del causante (art. 659 *in fine*) ni es coherente una distinta transmisibilidad *mortis causa* en función de la titularidad activa y pasiva³⁵. La continuación de la gestión se reconduce directamente al cumplimiento de la obligación; no así a paliar los perjuicios derivados de la anticipada interrupción de la gestión. Por otro lado, la medida de las obligaciones comentadas es distinta. En este sentido, se dice que el gestor de negocios es tratado de modo más estricto (no limitado al peligro en la tardanza) que el obligado a continuar el encargo tras la extinción del contrato³⁶, cosa que no debe extrañar al tratarse de obligaciones distintas.

2.2.2 Naturaleza y transmisibilidad de la obligación de continuar la gestión

a) Contrato de mandato

Como contrato bilateral imperfecto, el de mandato gratuito genera obligaciones para una de las partes —el mandatario—, mientras que para la otra —mandante—, las obligaciones nacerán *ex post facto*, siempre que la ejecución del encargo haya significado algún sacrificio económico al mandatario³⁷. De entre las obligaciones del mandatario, la principal y que extiende la nota del *intuitus personae* al contrato, es la de ejecutar el

ción de la persona del gestor de negocio no tiene especial relevancia, indica que se extingue la obligación por la muerte del obligado, como en el mandato, razonando: «*et nous rélevons d'autant plus ce motif, qu'il prouve, de plus en plus, que la gestion d'affaires ne résulte pas, comme le soutient une doctrine qui tend à prévaloir, du fait matériel de la gestion; mais que l'élément intentionnel en est, au contraire, une condition nécessaire*». POTHIER, en cambio, contempla la transmisión *mortis causa* de las acciones *negotiorum gestorum directa* y *contraria* y su contenido concreto: el heredero del gestor debe acabar el asunto y rendir cuentas (véase *Du quasi-contrat neg. gest.*, en Oeuvres de Pothier, t. VI, París, 1825, núm. 216, p. 230) y añade, sin profundizar en la expresión «*achever*»: «*En cela l'héritier du negotiorum gestor est semblable à l'héritier d'un mandataire*», cosa que es cierta porque la continuación de la gestión por el mandatario puede extenderse, en función de las circunstancias, hasta el término del asunto.

³⁵ Véase PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986, p. 128.

³⁶ Véase LACRUZ BERDEJO, «La gestión...», cit.: «Finalmente, del artículo 1888 se deduce que si el gestor, mientras el *dominus* no pueda sustituirle, ha de continuar y terminar el asunto comenzado, asimismo habrá de continuar su gestión tras la muerte del dueño hasta que el heredero haya podido tomar la dirección, y no sólo, como el mandatario, si hay peligro en la tardanza (art. 1718.2)». Véase en el mismo sentido, DEMOLOMBE, *op. cit.* núm. 139, pp. 126 y 127.

³⁷ Véase POTHIER, *Traité mand.* cit. núm. 5, p. 81. El pacto de remuneración conlleva bilateralidad y la exigibilidad de tal concepto, véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., en LACRUZ BERDEJO, *Derecho de obligaciones*, vol. 3, *Elementos de Derecho Civil II*, Barcelona, 1986, p. 319. Sobre la paulatina incardinación como contraprestación de la remuneración, véase GETE-ALONSO CALERA, M. C., *Estructura y función del tío contractual*, Barcelona, 1979, pp. 558-559.

encargo (arts. 1709 y 1718.1 CC) de forma diligente (art. 1719 CC), mientras que las otras obligaciones no presentan un carácter especialmente personal, como la de rendir cuentas y de abonar al mandante cuanto se haya recibido en virtud del mandato (art. 1720 CC) o la de pagar intereses por las cantidades aplicadas a usos propios (art. 1724 CC)³⁸.

Estas consideraciones deben contextualizarse en la tendencia que critica la expresión demasiado absoluta del artículo 1732 CC, al predicar un efecto extintivo inmediato de las causas de extinción del mandato basadas en circunstancias subjetivas de las partes³⁹. La extinción del mandato no se limita a la verificación de un supuesto de hecho al que se une la extinción de la relación contractual, sino que aparece como el punto de partida de un fenómeno complejo. En efecto, el contrato de mandato es la fuente de una pluralidad de posiciones jurídicas subjetivas ordenadas alrededor de la obligación de cumplir el encargo y nacidas al amparo del contrato, cuya extinción no debe influir en su normal desenvolvimiento⁴⁰. Así, se dice que las causas de extinción *operan ex nunc*, es decir, que no tienen eficacia retroactiva y no alcanzan los efectos ya producidos o derivados de la gestión comenzada⁴¹. De este modo, entre la producción de la causa de extinción y la efectiva extinción de las relaciones derivadas del contrato puede transcurrir un periodo de tiempo, durante el cual la eficacia del contrato se reduce al cumplimiento de determinadas obligaciones pendientes⁴².

³⁸ Véase *supra*, ap. 1.1.

³⁹ Véase LUMINOSO, A., «Mandato, commissione, spedizione», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dir. por A. Cicu y F. Messineo, vol. XXXII, Milano, 1984, p. 421.

⁴⁰ Véase NANNI, *op. cit.*, p. 3; LUMINOSO, *op. cit.*, p. 429: «Dalle osservazione svolte discende altresì la netta distinzione tra vicenda (complessa) dello scioglimento del contratto e la vicenda (semplice o solitaria) dell'estinzione di singoli rapporti obbligatori derivanti dal contratto. Non soltanto i due fenomeni non possono essere identificati tra loro, ma —come si è visto— neppure deve pensarsi che lo scioglimento si traduca sempre in un effetto estintivo immediato di tutti i singoli diritti, obblighi, facoltà, potere e oneri generati dal negozio considerato».

⁴¹ Véase PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., anotaciones a *Derecho de Obligaciones*, por L. Enneccerus, 11.ª rev. por H. Lehmann, vol. 2, Barcelona, 1935, pp. 335 y 336; LEÓN ALONSO, J. R., comentario a los artículos 1709 a 1739 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Madrid, 1986, p. 470; LUMINOSO, *op. cit.*, p. 430. Estableció claramente PONT, *Commentaire-Traité des petits contrats et de la contrainte par corps*, T. I, París, 1865, p. 609: «il faut distinguer si le mandataire a fait quelque chose avant que survienne la cause extinctive, ou si l'affaire n'a pas encore été commencée. Dans ce dernier cas, seulement, le mandat n'a aucune existence, il es censé n'avoir été donné. Mais quand l'extinction survient les choses n'étant plus entières, le mandat ne cesse que pour l'avenir; il subsiste pour le passé».

⁴² Haciendo un símil con el contrato de sociedad se utiliza, con reservas, la expresión «liquidación», véase LUMINOSO, *op. cit.*, p. 424: «L'arresto nell'attuazione del programma negoziale segna inoltre il più delle volte anche il subentrare di una serie di effetti di varia indole (estintivi, modificativi o costitutivi di diritti ed obblighi) diretti in un modo o nell'altro ad operare una "liquidazione" dei rapporti pendenti od una "sistemazione" delle questioni insorte con la nuova situazione, in vista del definitivo venir meno di qualunque rapporto inter partes». Como deber liquidatorio configura la obligación del artículo 1739, GORDILLO CAÑAS, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1599.

Por lo que respecta al mandante, sus obligaciones no nacen necesariamente del cumplimiento del encargo (aunque sea el supuesto más habitual), sino siempre que el mandatario le haya dado inicio de alguna forma y con ello pueda sufrir algún perjuicio en su patrimonio, ya sea desembolsando alguna cantidad (art. 1728.2), ya sea contrayendo alguna obligación con terceros aunque con ella no se concluya la gestión (art. 1727.1)⁴³. La idea conecta con un concepto amplio de integridad, predicado de la totalidad de las partes y próximo a la noción de indemnidad. En efecto, el derecho común maneja la posibilidad de que las cosas no estén íntegras para el mandatario, de manera que la integridad no sólo se predica del dueño del negocio, sino también de quien ejecuta el encargo. Y las cosas no son íntegras para él cuando algo se le deba en virtud del mandato. De ahí que en este caso, tampoco el mandante puede revocar el contrato quedando indemne y la muerte no extingue sus obligaciones, debiendo indemnizar, hacer frente a los gastos adelantados por el mandato o asumir las obligaciones que éste haya contraído en ejecución del mandato⁴⁴. Como puede verse, esta noción de integridad se predica del estado de la gestión pero no contempla otra cosa que el usual cumplimiento del contrato.

En cuanto al mandatario, la extinción del contrato determina la de aquella posición jurídica contractual, definida por su carácter personal y que obliga y legitima para actuar. Cabe distinguir entre aquellas posiciones *intuitus personae* y aquellas otras de carácter patrimonial, cuya perdurabilidad –y transmisibilidad *mortis causa*– no suscita cuestión⁴⁵. Por ello el fenómeno extintivo suele designar principalmente la de la posición jurídica principal del contrato cuyo contenido se centra en la obligación y legitimación⁴⁶ del mandatario de prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra (arts. 1709 y 1718.1 CC)⁴⁷. El deudor deja de estar obligado y no puede iniciar eficazmente la actividad que era objeto del contrato⁴⁸.

En esta dinámica del contrato encuentra reflejo el concepto de integridad de la gestión, que debe considerarse principalmente al hilo de aquella obligación personal de ejecutar el encargo y que permite abordar

⁴³ Véase POTHIER, *Traité mandat.*, cit., núm. 5, p. 81.

⁴⁴ Véase DONELLUS, *De iure...*, cit., col. 1022, núm. 8: «Mandatario res integra est, cum nihil dum ei per causam mandati abest. Quos si abesse coeperit, recte dixerim rem et mandatum ei non esset integrum, a quo non possit si velit, indemnus ut a principio discedere»; ALTHUSIUS, loc. cit., núm. 36.

⁴⁵ MIRABELLI, G., «Dei singoli contratti», en *Commentario del Codice civile*, libro IV, t. 3, Torino, 1960, p. 592, nota 40; CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil*, Bolonia, 1984, p. 253, distingue, en sede de contrato de sociedad, el contenido personal (condición de socio) del patrimonial. Según el autor, el primero se caracteriza por el *intuitus personae* y desaparece con la extinción del contrato, mientras que el segundo es transmisible *mortis causa*.

⁴⁶ Véase *supra*, nota núm. 133.

⁴⁷ Véase NANNI, *op. cit.*, pp. 2 y 3: «Può senz'altro ritenersi che il legislatore abbia menzionato l'estinzione del mandato avendo in mente l'estinzione di una posizione soggettiva, la più caratteristica del mandato: il potere del mandatario di agire per conto del mandante».

⁴⁸ «Sabida la muerte del mandante, cesará el mandatario en sus funciones», dice el art. 2068 del Código civil uruguayo.

su concreta extinción y su relación con aquélla de continuar la gestión. En este sentido se puede afirmar que el mandato se extingue estando íntegra la gestión y que dicha extinción se predica del deber de dar comienzo al encargo. Pero si ya se dio inicio a la actividad, el interés del mandante no consiente interrupción en su desarrollo y la extinción no se traduce en una liberación inmediata del obligado, sino en una etapa transitoria durante la cual éste o sus herederos deben continuar el negocio en la medida de las necesidades de su dueño.

Así, la obligación de continuar la gestión aparece como la manifestación de la obligación de ejecutar el encargo en sede extintiva⁴⁹. Suele hablarse, en este contexto, de la «ultraactividad» del mandato⁵⁰. Pero si nos hallamos ante el normal desenvolvimiento del contrato en fase de extinción, no parece adecuado atribuirle una denominación extraordinaria, que quizá debiera reservarse a un fenómeno que requiere un *plus* para su explicación, cual es la eficacia de la gestión comenzada tras la extinción del contrato⁵¹. Naturalmente, esta afirmación requiere negar el carácter legal de la obligación para reconducirla, tal como venimos diciendo, al contrato⁵². Una u otra opción excluyen también el recurso al mandato tácito (art. 1710.3), dado el carácter debido de la actuación del mandatario.

Creemos pues que el concepto de no integridad permite conducir la obligación de continuar la gestión hacia el desenvolvimiento del contrato después de la concurrencia de la causa de extinción. Así lo expresan los autores clásicos al predicar la extinción de los supuestos en los que no se ha producido ningún principio de ejecución (*res adhuc integra*)⁵³.

⁴⁹ Véase OLIVIERI, A., voz «Mandato civile», en *Il Digesto Italiano*, vol. XV.1, Torino, 1903-1907, núm. 277, p. 461: «Nonostante l'estinzione del mandato per qualsiasi delle cause suesposte, permangono effetti e conseguenze giuridiche che rispettano il fondamento giuridico nel vincolo consensuale, precedentemente perfetto».

⁵⁰ Véase MINERVINI, G., *El mandato. La comisión. El contrato de comisión de transporte*, traducción y notas de Derecho español por J. Peré Raluy, Barcelona, 1959, pp. 409 y 415; LEÓN ALONSO, *op. cit.*, p. 597, y en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1574; MARTÍN-GRANZO, M., en *El Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, dirigido por J. L. ALBÁCAR LÓPEZ, t. IV.1, Madrid, 1995, p. 703.

⁵¹ Artículo 1738 CC; véase ALBALADEJO, M., «La representación», en *ADC*, 1958, p. 790, quien sólo predica un poder de representación conferido *ex lege* con carácter provisional en los casos en que deba realizarse un nuevo negocio, mientras que cuando el representante continúa en sus funciones «tal continuación no tiene carácter representativo, sino que se trata sólo de gestiones derivadas de la anterior representación».

⁵² LEÓN ALONSO centra la importancia de la cuestión en el carácter imperativo de la obligación legal: véase *Comentarios...*, cit., p. 596. Pero nada impide entender que la norma recoge una obligación contractual que el mandatario debe cumplir (art. 1718.1 CC), sin poder desligarse unilateralmente (art. 1256 CC); pero no constituye una obligación para el mandante, que puede preferir que el mandatario o sus herederos abandonen inmediatamente sus asuntos.

⁵³ Véase los citados D.17.1.27.3 y C.4.35.15. Véase, entre otros, PICHARDUS, Antonius, *Commentariorum in quator Institutionum Imperatoris Iustiniani Libros*, t. I, Salamanca, 1618, libro III, tit. XXVII, p. 714, núm. 1, núm. 4: «finita mandantis voluntate si adhuc integra res sit mandatum extingui, neque obstat contractum esse mandatum solo consensu perfectum», y núm. 6; DONELLUS, *Commentariorum in Codidem Justiniani*, vol. 2, Florentiae, 1846, en *Opera Omnia*, t. VIII, ad C.4.35.15, núm. 1, col. 655, y núm. 9, col. 659 y, especialmente, en *Com. de jure...*, cit., libro XVI, cap. XXIII, núm. 8, donde

En cambio, y si bien se concede a la extinción un valor general absoluto o inmediato, ésta queda matizada por la falta de integridad, que permite ampliar el contenido de la *actio mandati directa* o *contraria* a la continuación de la gestión⁵⁴. También ofrece una sistemática favorable el artículo 1718.2 CC, al contemplar la mencionada obligación en el mismo artículo, inmediatamente después de la de ejecutar el encargo⁵⁵. Así pues, el mandatario que, estando las cosas íntegras, inicia la gestión a sabiendas de la extinción, está gestionando negocios ajenos, mientras que, no hallándose íntegra la gestión, su actuación se enmarca en las obligaciones nacidas del contrato de mandato⁵⁶.

Debe matizarse pues la extinción de la obligación de llevar a cabo la gestión. Desde luego, se extingue en la medida que el mandatario no puede comenzarla⁵⁷. Pero si su realización ya se hallaba en curso, se piensa que el interés del mandante requiere una continuidad, implícita en la obligación contractual de cumplir el encargo⁵⁸. Sería contrario a la buena fe que

condiciona la extinción del mandato por muerte del mandante a que las cosas estén íntegras, tanto para el mandante como para el mandatario y lo justifica: «Quod si quid inchoavit mandarius quod solus posse recte perficere, coeptam mandati executionem mors ejus non interruptet, sed negotium heredes perficere debent», y núm. 9: «Ergo in his casibus ut re non amplius integra, nec revocatione mandatoris, nec morte mandatum solvetur».

⁵⁴ Acciones *mandati directa* y *contraria* que se ostentan contra el mandante y el mandatario, respectivamente, y sus herederos y que persigue, respecto a ellos, el cumplimiento de las obligaciones de carácter patrimonial mencionadas (así rendición de cuentas o indemnización, véase POTHIER, *Traité mand.*, cit., núm. 64, p. 118, y núm. 83, p. 136) y la obligación de continuar la gestión (véase especialmente, *op. cit.*, núm. 101, pp. 151-152).

⁵⁵ A diferencia de otros cuerpos legales que prefieren contemplar la obligación de continuar la gestión de forma unitaria y en sede de extinción del contrato, como el artículo 1980 del Código Civil argentino, el artículo 405 del Código suizo de las obligaciones o el artículo 1728 del Código Civil italiano.

⁵⁶ Véase MIRABELLI, *op. cit.*, p. 592. TROPLONG, *op. cit.*, núm. 830, pp. 733 y 734, afirmaba: «Mais il n'en est pas de même quand l'exécution du mandat avait été commencée par le défunt (...) En cette matière ce qui est important et décisif, c'est le commencement de l'exécution. Et comme les héritiers n'ont agi qu'en continuation de ce qui avait été commencé, ils continuent le mandat». El autor cita a continuación un párrafo extraordinariamente revelador de Favre, al comentar el D.17.1.27.3: «Hoc enim casu, cum non sit finitum mandatum morte mandatori, quod res integra non sit, dubitandum non est quin actionem mandati, non modo utilem, sed etiam directam et vulgarem habere debeat mandatarii haeres, qui mandati executionem a defuncto coeptam impleverit ac perfecerit».

⁵⁷ Véase POTHIER, *Traité mand.*, núm. 64, p. 118, donde después de afirmar la transmisibilidad de la acción *mandati directa* a los herederos del mandatario y contra los del mandante, razona: «quoique le mandat finisse par la mort du mandataire, et que les héritiers du mandataire ne succèdent pas à l'obligation que le mandataire avoit contractée d'exécuter le mandat, lorsque le mandataire est mort avant que d'avoir été en demeure et d'avoir eu le loisir de l'exécuter; au contraire, lorsque le mandataire n'est mort qu'après avoir exécuté le mandat, au moins en partie, ou qu'après avoir été en demeure de l'exécuter, ses héritiers succèdent à l'obligation de rendre compte de sa gestion, ou à celle des dommages et intérêts résultants de la demeure».

⁵⁸ Véase FERNÁNDEZ ELÍAS, C., *Novísimo Tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1880, p. 188: «La muerte tanto del mandante como del mandatario, terminan el mandato si no se ha comenzado su ejecución, desde luego; pero si hubiera comenzado, ni la muerte del mandatario detendrá la prosecución del negocio comenzado por él, ni la del mandante la ejecución de lo que tuviera el mandatario planteado y en vías de ejecución, y podría causar perjuicios al consultar sobre ello».

ha de imperar en el cumplimiento de los contratos (art. 1258 CC) que la obligación de hacer pudiera sufrir interrupciones inesperadas. De este modo, el Código pone, como no puede ser de otro modo, la obligación y su cumplimiento al servicio del acreedor: éste deberá retomar su negocio siempre que le sea posible, lo cual implica que el mandatario debe, transitoriamente, continuar el cumplimiento en la medida en que, legítimamente, aquél no provee a sus asuntos⁵⁹.

Para ello, la obligación queda desprovista de la connotación del *intuitus personae*, pues es transmisible a sus herederos y se configura como carga de la herencia⁶⁰. Los herederos del mandatario no suceden en la posición subjetiva de mandatario que obliga y legitima para irrumpir en una esfera de intereses ajenos (arts. 1709 y 1259 CC) y que es intransmisible, pero sí en las obligaciones ya derivadas del contrato⁶¹. El artículo 1752 CC ilustra, en cambio, la extinción de las obligaciones personalísimas y su exclusión del caudal hereditario (arts. 659 y 1257 CC), al establecer que el derecho de los herederos del comodatario a continuar en el uso de la cosa prestada depende de que el contrato se haya hecho en contemplación de la persona del comodatario⁶². Siendo *intuitus personae* el derecho a usar de la cosa y no las demás posiciones jurídicas nacidas del contrato⁶³, los herederos del comodatario no quedan liberados de su obligación de devolverla tras el fallecimiento de su causante, de satisfacer los gastos que señala el artículo 1743 o de responder por su pérdida aun en la medida establecida por el artículo 1744, ni el comodante de los contenidos señalados en los artículos 1751 y 1752 CC)⁶⁴.

⁵⁹ No se trata pues de una obligación distinta o de un efecto nuevo ligado a la producción de la causa de extinción, tal como indica LUMINOSO, sino del cumplimiento de la misma obligación de cumplir el encargo. Véase LUMINOSO, *op. cit.*, p. 435, donde destaca los «efectos sucesivos» el contrato, para ordenar el artículo 1728 del Código civil italiano entre aquellos «effetti i quali si verificano solo in occasione del prodursi di determinate cause di scioglimento» y diferenciarlo de aquellos otros que «sono da ricollegare al contratto di mandato, in quanto implicati dal suo schema funzionale, che lo scioglimento del mandato stesso rende solo attuali (si pensi soprattutto agli obblighi del mandante di compenso, di rimborso delle anticipazioni e di indennizzo delle perdite, ex art. 1720)».

⁶⁰ Véase GARCÍA GOYENA, en su comentario al artículo 1629 pr (art. 1739) (*op. cit.*, p. 852): «Pero el deber que aquí se impone a sus herederos, se funda en que el velar sobre la conservación de la cosa, que era objeto del mandato, es una carga de la herencia, pues que se deriva esencialmente de la obligación originaria contraída por el difunto mandatario»; en el mismo sentido, véase GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 553; DEL VISO, S., *Lecciones elementales de Derecho civil*, t. III, Valencia, 1879, p. 366.

⁶¹ POTHIER diferencia la condición de mandatario, de las obligaciones derivadas del contrato, véase *Traité mand.*, cit., núm. 101, p. 152: «En cela l'héritier du mandataire est semblable à l'héritier d'un associé. Quoique, dans le contrat de société, l'héritier de l'associé ne succède pas plus à la société que l'héritier du mandataire au mandat, néanmoins cet héritier doit terminer ce qui est une suite nécessaire de ce qui a été commencé par le défunt»; OLIVIERI, voz cit., núm. 282, p. 462.

⁶² Véase SCAEVOLA, *Código civil*, redactado por P. Marín Pérez, t. XXVII, Madrid, 1952, pp. 182-183.

⁶³ DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1607-1608.

⁶⁴ Véase también el artículo 1595 CC. Es también concebible un contrato de depósito realizado en contemplación de la persona del depositario, en la medida que se valore su

b) *Contrato de sociedad*

Del mismo modo que la obligación de continuar la gestión recae sobre el mandatario o sus herederos, también lo hace sobre el socio que renuncia o el heredero del socio fallecido. La posibilidad se plantea tanto en sede de muerte de uno de los socios (art. 1704.1 *in fine*), como de renuncia intempestiva a una sociedad constituida por tiempo ilimitado (arts. 1705 y 1706.2 CC *in fine*).

Con la extinción se abre un periodo liquidatorio dirigido a extinguir las relaciones jurídicas sociales pendientes. La obligación de continuar los negocios pendientes hasta su conclusión se enmarcará pues en esta etapa, pero viene condicionada por la existencia de un periodo legal liquidatorio (art. 1708 CC) que tanto puede resolverse entre los mismos socios (art. 1058 CC) como por vía judicial (art. 1059 CC y arts. 1054 ss. LEC), en cuyo caso, se nombrarán los administradores –socios o no– (art. 1069.3 y 4 LEC) encargados, en su caso, de liquidar las relaciones obligatorias pendientes (derechos y acciones de la sociedad, art. 1066.1, final).

En materia de sociedad no parece controvertida la falta de coincidencia temporal entre causa de disolución y extinción de las relaciones nacidas al amparo del contrato, tanto si se configura la extinción como un proceso temporal que se inicia con la concurrencia de la causa de disolución, como si se atribuyen efectos inmediatos a la disolución, equivalentes a la desaparición del contrato social o de la personalidad, si la hubiere⁶⁵. Es cierto que el periodo liquidatorio puede dotarse de una naturaleza propia, configurado por una concatenación de actos conformadores del proceso liquidatorio. Es mayoritaria la opinión, bajo el impulso de la doctrina mercantilista, que diferencia claramente entre disolución (concurrencia de las causas previstas en el artículo 1700 CC, desencadenantes del proceso posterior y factor determinante del inicio del proceso), periodo de liquidación (o liberación de los socios de todas

capacidad en la custodia de determinados objetos o pese en su celebración la confianza que les profesa el depositario, en cuyo caso su muerte extinguiría el contrato. El Código contempla, de manera indirecta, los herederos del depositante cuando el art. 1766 establece que sean estos mismos quienes reclamen la devolución de la cosa al término del contrato (en medida no distinta del art. 1775 CC). El artículo 1778 sólo prevé el contenido de la restitución por el heredero del depositario, pero no las circunstancias de la restitución, que tanto pueden comprender el fallecimiento del depositario, como la restitución de la cosa tras su reclamación. Señala BADOSA COLL que la expresión del artículo 1766 «causahabientes» puede ser indicativa de que el contrato de depósito no se extingue con la muerte del depositante, extremo que se confirma a la vista del artículo 1778 (*Comentario al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991). Véase FALCÓN, M., *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, t. III, Barcelona, 1893, p. 307; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1899, p. 886; ELÍAS, núm. 4033.

⁶⁵ Plantea la controversia, en el ámbito civil, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Comentario al art. 1700 CC», en *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1489. Sin embargo, tal como señala CAPILLA RONCERO, la extinción de la relación social también determina un periodo liquidatorio y no impide la aplicación de las disposiciones legales o previstas en el contrato social en previsión de la disolución: véase *Comentarios...*, cit., pp. 574 y 676.

aquellas relaciones que los vinculan con terceros) y extinción (que, en sentido estricto, sólo se produce con la finalización de la liquidación y equivale a la desaparición de la sociedad en sus facetas contractual y personal)⁶⁶. La causa de disolución permite diferenciar dos momentos esencialmente distintos, a saber, la explotación del objeto social y la posterior liquidación⁶⁷, de modo que la disolución puede llegar a configurarse como un supuesto modificativo de la relación⁶⁸ y la actividad de los socios administradores no se interrumpe aunque se oriente hacia esta nueva finalidad⁶⁹. Sin embargo, en el ámbito de la sociedad civil, no parece adecuada una excesiva complejidad del fenómeno extintivo⁷⁰. Lo cual no significa, naturalmente, que la producción de la causa de extinción determine la extinción de las relaciones jurídicas entabladas con terceros, ni de las obligaciones asumidas por los socios en favor de la sociedad.

En este contexto, junto con las normas de partición hereditaria, se aplican las previsiones del Código en materia de extinción de la sociedad. Siendo la renuncia intempestiva, es decir, quedando negocios por concluir y siendo el interés de la sociedad que éstos concluyan, ésta *continúa* hasta la terminación de los asuntos pendientes (art. 1706.2 CC). Esto significa que el periodo liquidatorio debe comprender necesariamente esta conclusión, operación que de otro modo no es estrictamente necesaria por tener un valor contable (arg. arts. 1082 CC y 1071 LEC) y los demás socios podrían oponerse a ella⁷¹. La terminación del negocio determina una coincidencia entre el interés de la sociedad y el del conjunto de los socios en liberarse o hacer cumplir las obligaciones contraídas⁷². En este

⁶⁶ Destaca GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976, p. 333, que «el término “extinción” puede tomarse en dos sentidos: uno comprensivo de la totalidad del proceso que lleva hasta el momento final de la desaparición de la sociedad, y otro, significativo de este último momento». Véase URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., y BELTRÁN, E., *Comentario al Régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por R. Uría, A. Menéndez y M. Olivencia, t. XI, Madrid, 1992, pp. 19-20; DE EIZAGUIRRE, J. M., «De la disolución y liquidación», en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dirigidos por F. Sánchez Calero, t. VIII, Madrid, 1993, p. 3.

⁶⁷ Véase GIRÓN TENA, *op. cit.*, p. 341. Destaca BELTRÁN, E. (*La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1991) que la LSA ha optado por un sistema de atribución *inter vivos* de los bienes de la sociedad a los socios (liquidación) y, consecuentemente, ha excluido la sucesión: no es que el patrimonio se reparta porque haya desaparecido la persona (sucesión), sino que el sujeto desaparece cuando agota su patrimonio a través del reparto (liquidación).

⁶⁸ Véase MAISANO, A., *Lo scioglimento delle società*, Milano, 1974, p. 42.

⁶⁹ La Ley puede prever el nombramiento específico de liquidadores, así, art. 267 LSA.

⁷⁰ Véase CAPILLA RONCERO, *Comentarios...*, cit., pp. 572 y 574.

⁷¹ Véase CAPILLA RONCERO, *Comentarios...*, cit., p. 676: «En base a ello cabría afirmar que el hecho de la inoportunidad de la renuncia no impide la inmediata disolución de la sociedad. A lo sumo, puede implicar, y parece que así se dota de contenido a este supuesto, que la liquidación de los negocios sociales se dilatará más de lo que se dilataría si la renuncia hubiera sido intempestiva».

⁷² Véase LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., II, 3, p. 427: «En general, la disolución no habiéndose pactado plazo para la sociedad, es intempestiva siempre que interrumpa un proceso económico obligando a liquidar en el curso de la operación los medios adquiridos y aplicados a ella». Por ello no parece conveniente retrasar la eficacia de la disolución y supe-

contexto, cualquiera de los socios, incluido el renunciante, puede y debe culminar la gestión iniciada. El cumplimiento de la obligación no se limita a los aspectos urgentes pues no existe interés en recuperarla, sino en concluirla. El Código reserva para la renuncia de mala fe la sanción que los textos clásicos (D. 17.2.65.6) vinculaban a ambos casos de renuncia, a saber, su exclusión de las ganancias y su participación en las pérdidas derivadas del mal éxito del negocio que no se terminó. El artículo 1706.2 *in fine* formula la vía para evitar el perjuicio, de modo que éste deriva del incumplimiento de la obligación de continuar la gestión⁷³.

Cabe afirmar pues que, incluso concurriendo causa de disolución y extinción, ésta se predica de las operaciones futuras de la sociedad, pero no de las que todavía están en curso. Respecto de ellas, ni se libera el gestor, ni se desvincula la sociedad.

También la muerte de uno de los socios obliga a prever la conclusión de los negocios pendientes, en la medida en que sus herederos tienen derecho a participar de los derechos y obligaciones ulteriores a la muerte, en la medida que éstos sean consecuencia necesaria de lo hecho hasta aquel día. El artículo 1704.1 CC, de acuerdo con lo que venimos diciendo, no atribuye al heredero la condición de socio y sólo le confiere derecho a que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante. El socio ocupa una situación parecida a la del comunero⁷⁴, pues ostenta una participación en un negocio común, que debe liquidarse, conjuntamente con los demás socios (si no existe pacto de continuidad), o evaluarse de forma individual en el supuesto del artículo 1704.1. Pero esta operación también se verá diferida si las cosas no están íntegras, es decir, si estando en curso algún negocio a la muerte de su causante, surgen de él derechos y obligaciones que sean su consecuencia necesaria y

ditar la liquidación a la terminación del negocio, como se deriva del art. 1487 de Proyecto de Código Civil de 1836: «Si no hubieren quedado negocios pendientes, tendrá derecho a pedir que se haga la liquidación de las resultas de la sociedad para percibir lo que les corresponda». Cabe imaginar supuestos de terminación del asunto que no conlleven una actividad inmediatamente liquidatoria, así cuando interesa a la sociedad almacenar los productos para revenderlos en un momento posterior (ejemplo utilizado por POTHIER, *Traité soc...*, cit., núm. 151, p. 191). Pero ello no debe conducir a entender que la sociedad prosigue la explotación ordinaria del haber común, sino que el patrimonio social permanece en administración, operación ésta necesaria para la liquidación (art. 1069.3 y 4 LEC).

⁷³ Véase ELÍAS, *op. cit.*, núm. 3839, p. 172; FALCÓN, *op. cit.*, p. 277. Insistía POTHIER en la conveniencia que el renunciante requiriera a sus consocios para que se pronunciaran sobre ella (*Traité soc...*, cit., núm. 151, pp. 191-192). En efecto, la renuncia intempestiva (aún notificada), acompañada del abandono del asunto del que se ocupaba el renunciante es, cuanto menos, causante de daños y perjuicios.

⁷⁴ Véase POTHIER, *Traité soc...*, cit., núm. 144, p. 188: «mais il ne succède pas aux droits de la société pour l'avenir, si ce n'est à ce qui seroit une suite nécessaire de ce qui s'est fait du vivant de l'associé auquel il succède; et même par rapport à ces choses, il ne devient pas l'associé des associés du défunt, il ne prend pas sa place, il est seulement en communauté avec eux». Véase, en el mismo sentido, CUJACIUS, J., *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta*, t. V, Mutinae, 1777, In Lib. XXXII, ad l. LXV, col. 479, lit.c: «societate non transire in heredem defuncti socii, heredem socii non esse socium, tamen ex re communi, veluti communiter empti vivo socio, post mortem ejus quaesitum lucrum heredi, quem res sequitur, pro parte esse communicandum».

en los que también deberá participar el heredero. Y esta conclusión de la gestión supone la realización de una actividad, ya sea de los que conservan la cualidad de socio, ya del heredero que debe continuar aquello que venía desempeñando su causante⁷⁵, de la misma manera que el heredero del mandatario debe poner la muerte de éste en conocimiento del mandante y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste⁷⁶. La identidad de razón hace aplicable por analogía el artículo 1739 CC a un supuesto en que, si bien el heredero no sucede en la posición jurídica personal de su causante, asume la obligación de continuar la gestión⁷⁷.

2.2.3 Extensión de la obligación de continuar la gestión

Si bien la existencia de una actividad gestoria iniciada y no concluida es el presupuesto para que la obligación de gestión perdure, su contenido —y la medida de su cumplimiento— será más o menos extenso en función de las características del asunto y la posibilidad de su dueño de retomarlo. Debe partirse de la potencialidad de la obligación en cuanto a su conclusión o total cumplimiento, ya que éste es su contenido (art. 1888 CC)⁷⁸. Sin embargo, la extinción del contrato modula la intensidad del cumplimiento en función del interés del acreedor en que sean solventadas las cuestiones urgentes, o sea, en la medida que no pueda proveer personalmente.

La idea de provisión conlleva la potencial conclusión de la gestión, si persiste la circunstancia de su desatención. Ello refuerza el carácter contractual de la obligación, en la medida que la extinción no detiene su

⁷⁵ D.17.2.40: «Haeres socii, quamvis socius non est, tamen ea quae per defunctum inchoata sunt, per haeredem explicari debent». Establece el artículo 1762 del Código Civil argentino: «Los herederos pendientes de la sociedad continuarán con los herederos del socio muerto».

⁷⁶ Destaca GARCÍA GOYENA el antecedente que representa el D.17.2.40 y añade: «esta disposición debe seguirse cuando haya peligro en la tardanza a semejanza de lo dispuesto en el artículo 1629» (art. 1739 CC).

⁷⁷ Véase POTHIER, *Traité soc.*, cit., núm. 155, pp. 194-195: «C'est pour cette raison que quoiqu'une société soit dissoute par la mort de l'un des associés, et que son héritier ne devienne pas associé à sa place, néanmoins cet héritier qui ne peut à la vérité commencer de nouvelles affaires pour le compte de la société en laquelle étoit le défunt, non seulement peut, mais doit achever celles qui avoient été achevées par le défunt pour le compte de la société» (véase también *Traité mand.*, núm. 101, p. 152 cit.). No hace más que seguir la línea marcada por los autores del Derecho común. Véase ACCURSIUS, *op. cit.*, glos. D.17.2.40; CUIACIUS, loc. cit.: «Ergo haeres, licet societatis successor non sit, est tamen emolumenti quaesiti ex re communi, sicut & rei, pro rata successor. Itemque damni in ea re postea facti. Praeterea haeres socii explicari debet ea, quae per defunctum inchoata & imperfecta sunt». La línea es seguida por la escuela de la Exégesis y encuentra reflejo en el artículo 2010 del *Code*, que se entiende aplicable en materia de sociedad: véase BOILEUX, *op. cit.*, com. art. 1868, p. 451; PONT, *op. cit.*, t. VII, núm. 719, p. 476; la misma observación realiza al comentar el mencionado artículo 2010, véase *op. cit.*, t. I, núm. 1183, p. 625, donde observa: «mais le liquidateur, bien qu'il ne devienne pas mandataire, doit prendre des mesures semblables à celles que notre article impose aux héritiers».

⁷⁸ Véase *supra*, ap. 2.2.1.

cumplimiento ni crea otra de contenido distinto⁷⁹. Sin embargo, el Código prevé distinto contenido a la continuación de la gestión⁸⁰. Lo hace en función del supuesto de extinción, aunque no creemos que estas distintas expresiones estén realmente fijando un contenido más o menos amplio⁸¹. Dos constataciones conducen a esta afirmación. Por un lado, la redacción del articulado es deudora de precedentes y fuentes de inspiración muy concretos, ofreciendo el Derecho comparado una multitud de opciones. Por otro, redundamos en la idea de que la continuación se amoldará siempre a la efectiva necesidad del dueño del negocio, circunstancia que da la medida de la extinción del contrato.

Los mencionados artículos 1718.2, 1737 y 1739 CC toman su expresión directamente de los artículos 1609.2, 1627 y 1629 del proyecto de 1851; el primero y el último lo hacen, a su vez, de los artículos 1991.2 y 2010 del *Code*. Sin embargo, no parece que esta similitud deba llevar a consecuencias sustantivas, por la identidad de fundamento que ofrecen los supuestos⁸² y por la interpretación que de ellos realizan los autores que más directamente inspiran su contenido⁸³. Y, de hecho, las opciones legislativas son de lo más variado, destacando aquellas que no establecen diferencias o que unifican en un solo artículo las consecuencias de la

⁷⁹ En contra, BOILEUX, comentando el art. 1991 del *Code*: «mais comme ce n'est point là une obligation qui naisse directement du mandat, la loi borne ce devoir au cas de péril dans la demeure». La doctrina española no desliga la continuación de la gestión del cumplimiento del contrato; véase GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *op. cit.*, p. 358, al tratar de la muerte del mandante o del mandatario: «mas ni una ni otra detendrá la prosecución del cumplimiento de lo que estuviere empezado, ni la del mandante suspenderá la ejecución de una cosa, cuya demora, si se consultase a los herederos pudiera traer graves perjuicios»; ELÍAS, *op. cit.*, núm. 3906.

⁸⁰ Lógicamente, en sede de sociedad y de gestión de negocios ajenos prevé la conclusión de la actividad, en vistas a la liquidación o al cumplimiento de la obligación legal.

⁸¹ Si nos atenemos al tenor literal del Código, la muerte del mandante obliga al mandatario a acabar el negocio comenzado al morir el mandante, si hubiese peligro en la tardanza (art. 1718.2). La renuncia conlleva una obligación de continuar su gestión, hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta (art. 1737), mientras tras la muerte del mandatario, sus herederos deben notificarlo al mandante y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste (art. 1739).

⁸² GARCÍA GOYENA encuentra un precedente del artículo 1627 en el Código prusiano y un fundamento en la equidad y la identidad de razón entre este artículo y el 1609.2. De hecho, el autor efectúa repetidas remisiones entre los artículos que contemplan la obligación de concluir o de continuar la gestión. Así, loc. cit., p. 851; comentario al art. 1609, *op. cit.*, p. 842, donde encuentra un paralelismo con los artículos 1597 (actual art. 1704) y 1892 (actual art. 1888); comentario al artículo 1629, *op. cit.*, pp. 851-852, donde se remite al artículo 1597; comentario al art. 1597, *op. cit.*, p. 835, con referencia al artículo 1629 (actual art. 1739). Téngase en cuenta, de todos modos, que el artículo 1737 CC, si bien acoge el principio general, se amolda mejor a los supuestos de renuncia justificada o tempestiva, ya que, de ser injustificada e intempestiva, la indemnización prevista por el artículo 1736 CC cubrirá las consecuencias de la falta de ejecución (véase *infra*, ap. 4.2).

⁸³ De hecho POTHIER vincula la obligación de acabar lo comenzado a la muerte del mandante (*Traité mand.*, cit., núm. 101, p. 151), mientras que la muerte del mandante determina que el mandatario «non seulement peut, mais doit faire l'affaire dont il s'est chargé, savoir, lorsque c'est une affaire instante qui n'est susceptible d'aucun retardement et qui ne peut être faite que par de mandataire, les héritiers n'étant pas sur le lieu».

extinción del mandato por muerte de ambos contratantes, para reflejar una obligación de continuar la gestión cuando ésta no admita demora⁸⁴.

Así, si bien *a priori* podría pensarse que el artículo 1718.2 CC encierra mayor extensión que el artículo 1739 CC por el hecho de continuar en vida la persona a quien, en consideración de sus cualidades personales, se encomendó la gestión, no resulta menos cierto que ésta puede ser totalmente inadecuada según el criterio de los herederos del mandante. Y, si la obligación de finalizarla puede resultar inapropiada o excesiva para la tutela de los intereses del mandante o de sus herederos⁸⁵, del mismo modo corre el riesgo de ser insuficiente una mera conservación del *statu quo*, a la espera de que provea el dueño del negocio. La falta de integridad no se corresponde necesariamente a la noción de urgencia, aunque siempre se dé la inversa y aquélla aparezca como punto de partida. Así como la paralización de la actividad puede no acarrear perjuicio alguno para el dueño del asunto⁸⁶, es realmente la apreciación de este perjuicio o de la urgencia en la continuación de la gestión la que determina su extensión⁸⁷. El límite de la obligación se halla en aquello que es *consecuencia necesaria* de la gestión comenzada: el gestor deberá realizar únicamente aquellos actos que deriven necesariamente de los comenzados anteriormente a la extinción del contrato. Esta extensión determina, en sentido positivo, el límite de lo exigible y la medida de su responsabilidad derivada de incumplimiento (art. 1107 CC) y, en el negativo, aquello a lo que no se extiende la obligación⁸⁸. Excepcionalmente, la atención de los intereses gestionados requerirá el inicio de la actividad aún después de la extinción del contrato⁸⁹. No debe sorprender tal implicación de la noción de urgencia, en la medida que es una noción de hecho y que la extinción

⁸⁴ Así, artículos 1969 y 1979 del Código Civil argentino. Establece el artículo 1969: «No obstante, la cesación del mandato es obligación del mandatario, de sus herederos o representantes de sus herederos incapaces, continuar por sí o por otros los negocios comenzados que no admiten demora, hasta que el mandante, sus herederos o representantes dispongan sobre ellos, bajo plena responsabilidad por los perjuicios que de su omisión resultare». Véase también artículo 405.2 del Código suizo de las obligaciones: «Toutefois, si l'extinction du mandat met en péril les intérêts du mandant, le mandataire, ses héritiers ou son représentant sont tenus de continuer la gestion jusqu'à ce que le mandant, ses héritiers ou son représentant soient en mesure d'y pourvoir eux-mêmes».

⁸⁵ Véase MINERVINI, *op. cit.*, p. 410.

⁸⁶ Véase SAEVOLA, *op. cit.*, t. XXVI p. 73 y p. 1006: «Si las circunstancias no exigen ninguna medida de conservación, los herederos se abstendrán, dejando las cosas en el estado en que el difunto las ha dejado. Abandonarán al mandante, debidamente advertido, el cuidado de continuar por sí mismo o por otro mandatario, lo que la muerte de su causante no le ha permitido terminar».

⁸⁷ La obligación del gestor tras la extinción del contrato no se limita pues a los actos de ordinaria administración, sino que comprende a los de administración extraordinaria, pudiendo alcanzar su correcto cumplimiento los actos de disposición sobre los que concurra dicha urgencia (en contra LEÓN ALONSO, *Comentarios...*, cit., p. 605). Así, y tomando los ejemplos de POTHIER, la continuación de la gestión abarcaría no sólo el envío de lo adquirido antes de la extinción del contrato (véase *Traité mand.*, cit., núm. 101, p. 152), sino también la reventa de las mercancías adquiridas anteriormente (véase *Traité soc.*, cit., núm. 155, p. 194).

⁸⁸ Véase DEMOLOMBE, *op. cit.*, núm. 131, pp. 122-123.

⁸⁹ Véase DOMAT, *op. cit.*, t. III, tít. XV, sect. IV, núm. 7, p. 59.

del contrato puede haber ocurrido en un momento en que es imposible que el dueño del negocio se haga cargo de él⁹⁰. Pero no debe confundirse en modo alguno con el inicio usual de la gestión tras la extinción, a la que ni está obligado el gestor ni tampoco vincula al dueño, a menos que aquél pueda ampararse en la buena fe (art. 1738 CC).

Finalmente, extinguido el contrato, la obligación de gestión sólo perdura hasta que el dueño del negocio pueda retomarla. La carga de notificación que el artículo 1739 impone a los herederos del mandatario es un paso indispensable para que el mandante pueda proveer personalmente o a través de otro a sus asuntos. Llama la atención que el heredero del mandante no esté obligado a notificar el fallecimiento de su causante⁹¹. La ubicación sistemática del artículo 1718 en sede de las obligaciones del mandatario quizá no lo favorece. Generalmente el contrato de mandata es de los que se celebran en interés de una de las partes y, además, debe tenerse en cuenta que el contenido de la obligación acota indirectamente su duración y el mandatario sólo continua la gestión en la medida en que la inactividad puede reportar perjuicio a los herederos del mandante. Así, la indolencia de los interesados en recuperar la gestión excluye el peligro en la tardanza y no puede perjudicar al mandatario. En este sentido, la legitimación del mandatario para pedir judicialmente la fijación de un término, requiriendo así a los herederos del mandante para que se hagan cargo de sus asuntos⁹², es un instrumento útil para evitar contiendas sobre la apreciación de la situación de urgencia o peligro y que éstos quieran desentenderse de la actividad (art. 1727.2 CC) pretendiendo que el mandatario se ampare en las normas de gestión de negocios ajenos (art. 1893 CC).

3. EL INICIO DE LA ACTIVIDAD GESTORA POSTERIOR A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

3.1 LA PROTECCIÓN LEGAL DEL GESTOR IGNORANTE

La concurrencia de una causa de extinción, estando aún las cosas íntegras, conlleva la extinción del contrato que fundamenta la obligación de gestión y, generalmente, no nacerán acciones entre las partes⁹³. A esta

⁹⁰ Véase POTHIER, *Traité mand...*, cit., núm. 107, pp. 155-156. Redundan en la idea SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 73; MINERVINI, *op. cit.*, p. 416; NANNI, *op. cit.*, p. 183. Sin concurrir peligro en la tardanza inmediatamente después de la extinción del contrato, creemos que es esencial discriminar y que la gestión no vincularía al dueño del negocio.

⁹¹ Véase MANRESA, *op. cit.*, p. 579.

⁹² Así, el artículo 2601 del Código Civil mejicano: «En el caso del artículo anterior, tiene derecho el mandatario a pedir al juez que señale un término corto a los herederos a fin de que se presenten a encargarse de sus negocios».

⁹³ No nacerán acciones derivadas de la obligación de gestión. No obstante es posible que, en base al contrato, se puedan reclamar por diversos conceptos, como la restitución de la provisión de fondos (art. 1728 CC) o la liquidación resultante de la actividad social llevada a cabo hasta el momento (art. 1708 CC).

evidencia se contraponen el tenor del artículo 1738 CC, según el cual es válido lo hecho por el mandatario, ignorando la causa de extinción. Tres constataciones deberán guiar su estudio: el artículo contempla la gestión comenzada después de la extinción; persigue principalmente la protección del mandatario de buena fe; junto con lo anterior, se pretende concentrar en un solo precepto la tutela de los terceros, también de buena fe, que confían en la apariencia de mandato, planteándose la posible divergencia de situaciones subjetivas.

No entra en nuestro propósito profundizar en las causas de extinción que abarca el artículo 1738. En la medida en que es un artículo de mandatario, son fundamentalmente la muerte⁹⁴ y la quiebra o insolvencia (concurso) del mandante, la declaración de incapacidad que excluya la realización de determinados negocios o encargos o la aptitud para obrar por cuenta de otro (art. 210 CC) y la declaración de ausencia (art. 183 CC *in fine*)⁹⁵.

Que el artículo 1738 está haciendo referencia a una gestión *nueva*, es decir, cuyo inicio es posterior a la extinción del contrato, es algo que debe deducirse de su consideración conjunta con los mencionados artículos 1718.2 y 1739 CC. Sólo en este caso se entiende que la ley precise aclarar expresamente la validez de lo actuado, en vez de formular la actividad en términos de obligación. La situación no es exclusiva del mandato, sino que se reproduce cuando la extinción es susceptible de ser ignorada por el gestor que da comienzo a la actividad. Así, se plantea también en sede de sociedad, cuando un socio desconoce el fallecimiento de un consocio y se diferencia de la participación del heredero en lo que sea consecuencia necesaria de lo hecho hasta el momento de la extinción (art. 1704.1 *in fine*)⁹⁶.

Justifica la dicción del artículo 1738 la posición subjetiva del mandatario que, de buena fe, ignora la extinción del contrato. Las consecuen-

⁹⁴ El artículo 1738 CC no debe configurarse como una manifestación de una eficacia extintiva de la muerte diferida al momento en que el mandatario tiene conocimiento de ella, explicación que sí casa con el carácter recepticio de la revocación. Equipara los supuestos, sin extraer otras consecuencias, FERNÁNDEZ ELÍAS, *op. cit.*, p. 388.

⁹⁵ Acogiendo el carácter recepticio de la declaración de revocación del mandato (art. 1735 CC), se elimina esta circunstancia de las que encierra el artículo 1738: véase ALBALADEJO, *Derecho civil*, II. 2, Barcelona, 1982, p. 328; MINERVINI, *op. cit.*, p. 419. Tampoco son relevantes las causas de extinción que afectan al mandatario, al no poder éste ignorarlas.

⁹⁶ Véase por todos, POTHIER, *Traité soc...*, cit., núms. 155 y 156, pp. 194-195, quien marca claramente la diferencia entre la obligación de acabar los asuntos comenzados por el difunto (y se remite al D.17.2.40) y la imposibilidad de iniciar otros de nuevos, ya que a partir de la extinción no se puede actuar por cuenta de la sociedad ni obligar, por este motivo, a los socios. Ello, salvo que un socio ignore la disolución, en cuyo caso vincula a los socios o a sus herederos. Concluye diciendo: «La bonne foi en laquelle étoit cet associé, rend en ce cas ces contrats valables, de même que la bonne foi d'un mandataire rend valable tout ce qu'il a fait en exécution d'un mandat, depuis la mort du mandant, lorsque le mandataire ignoreoit cette mort qui avoit éteint le mandat» (núm. 156, p. 195). También el D.17.2.65.10 centra la situación: «Quod si integris omnibus manentibus alter decesserit, deinde tunc sequatur res de qua societatem coierunt; tunc eadem distinctionem utemur, qua in mandato, ut, si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas; si minus nota, non valeat».

cias son para él importantes pues, de aplicar estrictamente las previsiones legales, su actuación no vincularía al mandante (arg. art. 1727) y quedaría responsable frente a los terceros (arg. art. 1725). Su gestión, de negocio ajeno, sólo sería asumida por el mandante dependiendo de una hipotética ratificación (art. 1892 CC). Y, sin embargo, ésta se califica de *válida y eficaz*, lo cual significa que el mandatario tiene acción, derivada del contrato, para reclamar al mandante el cumplimiento del contrato (como se verá, siendo el mandato representativo y el tercero de buena fe, también vincula a éste con el mandante).

La eficacia de lo hecho a falta de vínculo contractual que obligue y legitime para actuar *ex novo* por cuenta de otro sólo puede ser la consecuencia de una previsión legal o ficción jurídica establecida, con criterios de equidad, para proteger un interés que se juzga lesionado por la estricta aplicación del Derecho⁹⁷. El fenómeno ya descrito por los autores clásicos como un artificio impropio del normal funcionamiento del contrato⁹⁸: si éste se extingue *re integra*, cuando la actividad gestoria se inicia después de la extinción, en las mencionadas circunstancias de ignorancia, se hace imprescindible un recurso que permita la utilización de las acciones que ya no pueden derivar del contrato. Se dice que éstas, aunque no procedan *stricti iuris*, sí competen *utilitatis causa*, con la finalidad que el mandatario no se vea perjudicado⁹⁹.

El artículo 1738 es un precepto principalmente de mandatario y sólo indirectamente de protección de terceros¹⁰⁰. Ni siquiera puede afirmarse que la buena fe de los terceros sea requisito de operatividad del artícu-

⁹⁷ Véase TROPLONG, *op. cit.*, núm. 811, p. 721: «Et l'on viendrait renverser à l'aide d'une argutie logique ces actes consommés loyalement! Que deviendrait le crédit? Qui voudrait être mandataire? Qui voudrait traiter avec des mandataires? Et l'utilité du mandat ne se trouverait-elle pas détruite par l'exagération de ses propres principes?. L'équité a donc fait taire le langage de la subtilité du droit, et l'on a décidé que l'ignorance du mandataire laisse subsister le mandat»; MANRESA, *op. cit.*, p. 582.

⁹⁸ Véase BARTOLUS, *In secundam Dig. vet. partem Commentaria*, Augustae Taurinorum, 1574, ad D.17.1.26: «Morte mandantis solvitur mandatum, sed effectus durat si mandatarius ignoravit. Nota quod licet morte finiatur mandatum, tamen si post mortem impleatur mandatario ignorante, sufficit ad actionem & liberationem»; DONELLUS, *De jure...*, cit., L. XVI, cap. XXIII, col. 1023: «semper mandatoris morte solvitur mandatum re integra; etiam tunc cum postea per ignorantiam impletum est mandatum, etsi fatentur obligationem et actionem mandati hoc casu durare».

⁹⁹ Véase ACCURSIUS, *op. cit.*, ad D.17.1.26: «Si tamen per ignorantiam impletum est competere actionem utilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit mandatoris morte solvitur mandatum: sed obligatioen aliquando durare. Si quis debitori suo mandaverit, ut Titio solveret & debitor, mortuo eo, cum id ignoraret, solverit: liberari eum oportet». Se pregunta DONELLUS, loc. cit., col. 1022-1023: «¿Quomodo igitur in hac re mandati actio; cum non sit haec actio nisi ex mandato; fateamur autem hanc tunc natam, cum nullum amplius esset mandatum?»; y responde: «Agnoscut veteres stricti juris ratione id fieri non posse: ideo utilitatis causa receptum esse dicunt; ne quis forte haec contraria esse existimet, quod mandatum solutum esse voluit, durare vero mandati obligationem. Receptum hoc autem utilitatis causa ideo, ne probabilis ignorancia mandatario damnum adferat». También por esta causa perdura la acción pro socio, véase CUJACIUS, loc. cit., in lib. XXXII, ad l. LXV, lit. E, col. 479: «si ignorans socium vita decessisse, negotium illud confecerit, valeat societas (...) & sit ex ea causa inter eum & socium superstitem actio pro socio».

¹⁰⁰ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 249; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, p. 288.

lo¹⁰¹: si bien el tercero de mala fe no puede vincular al mandante, el mandatario de buena fe o ignorante de la extinción conserva su acción contra el mandante para reclamar el cumplimiento de distintos extremos ajenos al éxito de la gestión e independientes de la final vinculación de tercero y mandante (arts. 1728 y 1729 CC)¹⁰².

Aunque la situación subjetiva que caracteriza al mandatario es sin duda la buena fe, no parece que el recurso del artículo 1738 CC se fundamente propiamente en la apariencia¹⁰³, sino en la confianza de que ninguna circunstancia ha venido a turbar la relación que le viene vinculando al mandante. La referencia a la apariencia se predica con mayor propiedad de los terceros extraños a la relación y no de quien participó del contrato, relación *inter partes* cuya extinción no le ha sido notificada. Es más, mientras no tenga conocimiento de la extinción debe perseguir el cumplimiento del contrato¹⁰⁴ y con tal convencimiento actuará, situación de confianza que la ley valora y protege¹⁰⁵ y que debe desligarse de un hipotético deber de notificar. No existe un deber de notificar, habida cuenta que ni es coercible ni su cumplimiento sería posible en ocasiones (así, si los herederos ignoran la existencia del mandato) y no por ello el mandatario deja de beneficiarse del artículo 1738 CC. Téngase en cuenta que la notificación no se configura como un requisito de extinción del que vendría a ser una confirmación el artículo 1738¹⁰⁶. Fuera, naturalmente, de las declaraciones recepticias, la causa de extinción opera *ipso iure*¹⁰⁷, lo cual no excluye una carga de notificación por parte del mandante o sus herederos, con tal de evitar la aplicación del artículo 1738¹⁰⁸.

¹⁰¹ Véase GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 250. En contra, DÍEZ PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1979, pp. 294 y 301.

¹⁰² DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. V, Bruxelles, 1941, núm. 474, p. 461; SCAEVOLA, *op. cit.*, t. XXVI, p. 981; véase también GORDILLO CAÑAS, en el *Comentario...*, cit., p. 1596.

¹⁰³ Véase LYON-CAEN, G., «Les effets juridiques de l'apparence en droit privé», en *RTDC*, 1946, p. 107: «La notion de mandat apparent, dont la base se trouve dans le Code civil, permet de valider les actes du mandataire de bonne foi alors que le mandat a pris fin à son insu par la mort du mandant, et également les actes passés par le mandataire avec des tiers de bonne foi, lorsque ceux-ci ignoraient que le mandat avait été révoqué antérieurement par le mandant».

¹⁰⁴ Véase PLANIOL, M., y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI.2 (contrats civils), París, 1954, núm. 1494, p. 849.

¹⁰⁵ Véase GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente (Una aplicación del principio general de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978, p. 251: «El art. 1738, en lo que de más específico tiene su *ratio*, nos aparece, en consecuencia, como una norma de protección de la *confianza* del mandatario (también representante) que, indirectamente y como de rebote, opera un resultado protector también del tercero mientras no obste de su parte mala fe. (...) La tutela del tercero transcurre normalmente por los cauces de la protección de la apariencia; excepcional e indirectamente se obtiene —no como fin sino como resultado— mediante la protección de la confianza del representante».

¹⁰⁶ Véase FERNÁNDEZ ELÍAS, *op. cit.*, p. 388.

¹⁰⁷ Afirmación que se limita a la virtualidad de la causa de extinción y no conculca aquella que destaca sus efectos *ex nunc* y la relevancia del proceso liquidatorio.

¹⁰⁸ Véase LAURENT, F., *Principi di Diritto civile*, vol. XXVIII, Milano, s. f., núm. 81, p. 65: «La morte mette fine al mandato di pien diritto, senza che vi sia bisogno di notifica-

El artículo 1738, en la medida que es una ficción legal, permite reproducir la situación contractual que vinculaba mandante y mandatario. Sin que represente obviar el advenimiento de la causa de extinción, puede afirmarse que contempla la subsistencia de los efectos del mandato ya extinguido¹⁰⁹ o la *ultraactividad* del mandato¹¹⁰, abarcando su contenido obligatorio y, eventualmente por lo que respecta a las relaciones externas del mandatario con terceros, representativo¹¹¹. Dada su finalidad, el artículo 1738 contiene una facultad o recurso del que se puede prevaler el mandatario si lo cree oportuno¹¹² y se prefiere la buena fe del mandatario a los intereses del mandante. Éste debería incluso asumir las consecuencias de la gestión fracasada aunque realizada dentro de los límites del encargo (art. 1714 CC) y según las instrucciones recibidas (art. 1719.1 CC), si el mandatario decidiera ampararse en el artículo 1738 CC y es que cualquier solución a un conflicto de intereses que no se apoye en criterios de culpabilidad puede derivar en soluciones concretas discutibles desde el prisma de uno de los intereses en juego¹¹³. Más complejo resulta el conflicto si se amplía el artículo 1738 a la protección de los terceros de buena fe.

3.2 LA PROTECCIÓN LEGAL DE LOS TERCEROS DE BUENA FE

El artículo 1738 hace confluír dos realidades: la protección del mandatario y la de los terceros de buena fe que, en el mandato representativo (o incluso no representativo si recae sobre cosas *proprias del mandante* –art. 1717.2 *in fine*–), han contratado con un mandatario que ha perdido tal condición¹¹⁴. Que se trata de dos situaciones subjetivas distintas, dignas ambas de protección, constituyó una evidencia para los redactores del Código Civil francés, que estimaron oportuno añadir (en momento

re la morte del mandante al mandatario (...). Senza dubbio, conviene informare il mandatarario della circostanza che pon fine alle sua facultà. Può anzi essere ciò necessario in fatto, se gli eredi vogliono impedire che il mandatario continui la sua gestione, perchè se il mandatarario ignora la morte del mandante, quello che ha compiuto in questa ignoranza è valido (art. 2008)».

¹⁰⁹ Véase ALBALADEJO, *Derecho civil...*, cit., p. 332.

¹¹⁰ Véase LEÓN ALONSO, *Comentarios...*, cit., pp. 576-577.

¹¹¹ Véase *infra*, ap. 3.2.

¹¹² Véase MINERVINI, *op. cit.*, p. 418; LUMINOSO (*op. cit.*, pp. 437-438, nota 33) pone en duda «se gli effetti tipici del mandato intesi a trasferire al mandante i risultati dell'atto gestorio si producano automaticamente (...) oppure in un momento successivo in forza di una dichiarazione del mandatario».

¹¹³ Así, al fundamentar GARCÍA GOYENA el correspondiente artículo 1628 del proyecto de 1851 decía: «En el caso de este artículo el mandatario obra de buena fe y en utilidad de solo el mandante (...)».

¹¹⁴ Véase HERNÁNDEZ MORENO, anotaciones a *Derecho civil (parte general)*, vol. 2, 1.ª parte, por L. Enneccerus y H. C. Nipperdey, trad. de la 39.ª ed. alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por B. Pérez González y J. Alguer, 3.ª ed. al cuidado de A. Hernández Moreno y M. del C. Gete-Alonso, p. 548; sobre la excepción relativa a las cosas propias del mandante, véase GRAMUNT FOMBUEÑA, M. D., «La excepción de *cosas propias del mandante*», en *RDP*, 1989, p. 641. Apunta GORDILLO CAÑAS que también es aplicable al mandato no representativo, cuando los terceros saben que el mandatario actúa por cuenta ajena (*Comentario...*, cit., p. 1595).

bastante temprano ya que aparece en la redacción definitiva del *Conseil d'Etat*) un artículo que contemplara de modo expreso al tercero de buena fe ¹¹⁵. El artículo 1762 del Código civil italiano de 1865, en cambio, optó, como el español, por una redacción sincrética que tomaba en consideración a los terceros desde la óptica del mandatario ¹¹⁶, mientras que el actual de 1942 deslinda ambas situaciones y contempla al mandatario de buena fe en su artículo 1729 y a los terceros en sede de representación (art. 1396) ¹¹⁷.

La posibilidad de proteger de forma autónoma y específica a los terceros de buena fe no se desprende de una interpretación «auténtica» de los artículos 1734 y 1738 del Código Civil español (*ex base* 1a de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888), que recogen la orientación que expresamente imprime García Goyena a esta cuestión. De los comentarios del autor, que arrancan del artículo 1624 y se extienden al artículo 1628 del proyecto de 1851, se deduce una clara opción en favor de los intereses del mandante, en sacrificio de aquellos de los terceros. De ahí la redacción estricta dada al artículo 1734 CC, en beneficio de los terceros solamente cuando el mandato se dio para contratar con ellos, tan distinta de la dicción amplia del artículo 2005 del *Code* ¹¹⁸; tratándose de la vinculación

¹¹⁵ Durante la *Discussion du Conseil d'Etat*, se acuerda la redacción de un artículo enunciator del principio general de protección de los terceros de buena fe. Véase FENET, *op. cit.*, p. 578: «Ce n'est pas seulement dans le cas prévu par cet article que les engagements contractés par le mandataire sous le nom du mandat sont valides à l'égard des tiers; il en est de même à l'égard de tous les autres cas où il y a eu cessation de pouvoir, même quoique le mandataire l'ait connu, et lorsque les tiers sont de bonne foi. Il faudrait donc répéter cette exception à l'égard des tiers dans quelques articles suivants». Y así, se introdujo un nuevo artículo según el cual: «Dans tous les cas, les engagements doivent être exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi» y se suprimió el segundo párrafo del artículo 23 (actual 2006 *Code*).

¹¹⁶ Artículo 1762 Código civil italiano de 1865: «E' valido ciò che fa il mandatario in nome del mandante, nel tempo che ignora la morte di lui od una delle altre cause per cui cessa il mandato, purchè siano in buona fede coloro coi i quali contratta».

¹¹⁷ Artículo 1729 Código civil italiano: «Gli atti che il mandantario ha compiuto prima di conoscere l'estinzione del mandato sono validi nei confronti del mandante o dei suoi heredi» y artículo 1396.2: «Le altre cause di estinzione del potere di rappresentanza conferito dall'interessato non sono opponibili ai terzi che le hanno senza colpa ignorate». También distingue claramente el Código civil argentino entre el mandatario (art. 1966) y los terceros de buena fe (art. 1967 y 1968).

¹¹⁸ Artículo 2005 *Code*: «La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire». Los redactores del *Code* conocen el sacrificio que para los intereses del mandante significa la protección del tercero que ignora la revocación y hacen recaer sobre aquél su torpeza a la hora de escoger un representante poco leal. Así lo expresan BERLIER (véase FENET, *op. cit.*, p. 589): «le mandant doit s'imputer d'avoir dès le principe mal placé sa confiance, et des tiers de bonne foi ne sauraient être victimes de cette première faute, qui eut été étrangère» y TARRIBLE (véase FENET, *op. cit.*, p. 602): «il ne suffirait pas alors d'avoir notifié la révocation à un mandataire peu délicat, qui, quoique parfaitement instruit de la cessation de ces pouvoirs, la cacherait à ces tierces personnes, et ferait avec elles des traités primitivement autorisés par le mandat. Le commettant resterait obligé envers les tiers, tout comme s'il n'y avait par eu de révocation, et la réparation du préjudice qu'il pourrait en souffrir ne pourrait plus être que dans le recours contre le mandatarie éhonté qui aurait osé faire usage d'un pouvoir révoqué».

del mandante con terceros de buena fe, el autor prefirió no someterla al arbitrio del mandatario que, de mala fe, sigue obrando como tal ¹¹⁹. Así, el tercero que (de buena fe) ha contratado con quien ya no es mandatario carece de acción contra el mandante y sólo puede dirigirse contra aquél en demanda de responsabilidad (arg. art. 1725 CC) ¹²⁰. En la misma línea, no entraba en el propósito del artículo 1628 del proyecto la protección autónoma de los terceros, es decir, cuando su situación subjetiva no coincide con la del mandatario, conocedor de la extinción ¹²¹.

Este enfoque no permite desconocer, sin embargo, la progresiva ampliación de la protección legal de los terceros de buena fe en sede de mandato, que supera la estrecha concepción del artículo 1734 CC ¹²² y defiende una interpretación extensa del artículo 1738, contenedor de una virtualidad general protectora de los terceros que actúan confiados en la apariencia jurídica ¹²³. Interpretación extensa que, al margen de la cuestión de la existencia de un principio general protector de la apariencia jurídica en el Ordenamiento español ¹²⁴, se sustenta en la buena fe y confianza justificada del tercero que se vería afectado por una relación con la que no tiene conexión alguna. Su situación subjetiva no presenta relación con la del mandatario ¹²⁵ y tampoco con la del mandante. Este último es

¹¹⁹ Véase GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 849: «Todos los que nombran administradores saben que éstos han de contratar con terceros, porque así lo exige la índole de la administración. ¿Cómo pues podrán hacer saber a todos la revocación de los poderes? ¿Avisándolo en los periódicos oficiales? ¿Haciéndola pública en el domicilio del administrador por edictos o pregones? Esto sería absurdo a la par que peligroso e inconveniente: otra cosa es cuando se da el poder para tratar con personas ciertas y determinadas, pues que tienen un fundamento especial en el mismo poder cuya revocación ha de ser fácil poner en su noticia sin ningún inconveniente. Por estas consideraciones más se redactó el artículo tal como se halla». En la misma línea, OLIVIERI (voz cit., núm. 280, p. 462) discrimina si el mandante o sus herederos conocen los terceros con quienes ha de tratar el mandatario o no y anota: «la notifica ai terzi della revoca del mandato non è sempre possibile: come, ad esempio, gli eredi notificerebbero ai terzi la fine de un mandato verbale conferito dal decuius mentre essi ignoravino persino la esistenza di tale mandato verbale?».

¹²⁰ Véase ALBALADEJO, «La representación»..., cit., p. 790.

¹²¹ Véase GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 851, quien tras especificar que el Código prusiano conoce tal circunstancia, puntualiza: «pero esto sólo podrá sostenerse en el caso de nuestro artículo 1624»; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 649.

¹²² Véase MANRESA, *op. cit.*, pp. 575-576, que baraja la noción de publicidad razonable.

¹²³ A nivel jurisprudencial, son relevantes las STS de 5 de diciembre de 1958 y de 3 de julio de 1976, profusamente citadas por la doctrina. Véase ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., p. 413; LACRUZ-RIVERO, *Elementos*..., cit., II, 3, p. 353; PUIG BRUTAU, J., *Estudios de Derecho Privado I*, por ROCAS-SASTRE, R. M., y PUIG BRUTAU, Madrid, 1948, p. 434; GORDILLO CAÑAS, *Comentario*..., cit., p. 1596; ALBÁCAR y MARTÍN GRANIZO, *op. cit.*, pp. 706-707. Para una interpretación orientada al estudio de la extinción del poder y centrada en la protección de los terceros de buena fe, véase HERNÁNDEZ MORENO, *Anotaciones*..., cit., p. 548.

¹²⁴ En contra, véase LADARIA CALDENTENY, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, pp. 156-157. Para la formulación de un principio general, véase GORDILLO CAÑAS, *La representación*..., cit., p. 465; del mismo autor, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia», en *ADC*, 1982, p. 126.

¹²⁵ Véase LAURENT, *op. cit.*, núm. 115, p. 92; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, p. 289: «La buena fe de los terceros es, en este caso, fundamento suficiente por sí solo para que sean protegidos, sin necesidad de considerar requisito ulterior y concurrente la buena fe del apoderado»; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 434.

ciertamente la parte contractual legitimadora u otorgante del poder y, en la mayoría de los casos, su conexión con el tercero se limitará a esta causalidad objetiva. A esta apreciación debe reducirse la connotación sancionadora que a veces se atribuye al artículo 1738¹²⁶ y que seguramente proviene de la extensión de criterios elaborados en sede de revocación donde el mandante, notificado el mandatario y no habiendo recuperado el poder, es parcialmente causante de la apariencia que confunde al tercero¹²⁷.

Admitido un principio general protector de la confianza de terceros en la segunda parte del artículo 1738 CC, deberá afirmarse que no es necesaria la buena fe cumulativa de mandatario y tercero, la cual sólo permite su tutela jurídica indirecta. Prescindiendo de la situación subjetiva del mandatario, el tercero goza de una protección inmediata y autónoma¹²⁸, que se traduce incluso en una ampliación de los supuestos de extinción abarcados por la segunda parte del artículo¹²⁹.

Desde la óptica de los terceros de buena fe, el artículo 1738 no se está refiriendo a los efectos obligatorios del contrato de mandato, sino a sus efectos representativos derivados de la existencia del poder¹³⁰. De ahí la duda de si está reflejando una perduración de los efectos del poder o del contrato de mandato, que se manifiesta especialmente cuando la buena fe concurre en el tercero pero no en el mandatario¹³¹. A pesar de la redac-

¹²⁶ Destacando, la imputación del mandante, véase PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, p. 289: «una cosa es que el apoderado traspase los límites del poder o actúe sin poder alguno (...) y otra muy distinta, la revocación o cesación del poder, que no llega a terceros sin culpa de ellos, porque en este supuesto, cabe imputar al poderdante el riesgo de la creencia en el poder que él ha creado»; DÍEZ PICAZO, *La representación...*, cit., p. 294; ALBALADEJO, *Derecho civil...*, cit., I, 2, p. 413.

Subrayando la suficiencia de la confianza suscitada por la apariencia, véase MAZEAUD, H., «La maxime Error communi facit jus», en *RTDC*, 1924, p. 957; LEAUTE, «Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence», en *RTDC*, 1947, p. 302; SCAEVOLA, *op. cit.*, pp. 985-986, quien destaca que entre las causas de extinción «existen algunas que excluyen toda culpa del mandante si el mandatario continúa usando sus poderes»; GORDILLO CAÑAS, *Comentario...*, cit., p. 1597.

¹²⁷ Así se desprende de los discursos de la elaboración del *Code*. Así el más arriba citado argumento de BERLIER durante la *Présentation au corps législatif* (FENET, *op. cit.*, p. 589) es trasladado al principio general (art. 2009 *Code*) por BERTRAND DE GREUILLE (FENET, *op. cit.*, pp. 613-614).

¹²⁸ Véase DOMINÉDO, voz «Mandato. Diritto civile», en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1964, núm. 50, p. 135: «Estremo necessario e sufficiente è la buona fede del terzo perchè sia valido il negozio da lui concluso con il mandatario rappresentante, poco importando al terzo che quegli ignorasse o no la causa che poneva termine alla procura, dato che la buona fede del mandatario viene in considerazione solo nei rapporti interni con il mandante e non riguarda il terzo, per il quale è decisiva la sua bona fede».

¹²⁹ Véase PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, núm. 1501, p. 859: «La regla se aplica sea cual fuere la causa que haya puesto término al mandato; revocación, renuncia, muerte, quiebra, incapacidad posterior».

¹³⁰ Destaca GORDILLO CAÑAS (*La representación...*, cit., p. 56) cómo la protección de los terceros está en la base de los esfuerzos por dotar de autonomía al poder.

¹³¹ Véase DÍEZ PICAZO, *La representación...*, cit., pp. 139-140: «Se deduce de ello que no hay verdadera abstracción e independencia del apoderamiento, sino una serie de normas especiales de protección de los terceros de buena fe. La línea de principio parece ser esta: para un tercero de buena fe el apoderamiento surte sus efectos con independencia de las vicisitudes de la relación causal subyacente; en cambio, para quien no es un tercero de buena fe la relación subyacente debe influir en la eficacia del apoderamiento».

ción del artículo 1709 CC¹³², debe partirse de la naturaleza generalmente representativa del mandato en el Código Civil, derivada del encargo que confiere al mandatario facultad para actuar eficazmente en una esfera de intereses ajenos y que se diferencia de los efectos obligatorios derivados de la aceptación¹³³. De manera que la operatividad del artículo 1738 CC abarcará la totalidad del mandato, en su vertiente obligatoria y representativa¹³⁴. Afectará pues a la vinculación entre mandante y mandatario, el cual debe responder ex contractu de los perjuicios que haya podido causar al primero¹³⁵, y supone también la creación de una legitimación extraordinaria de la que se va a beneficiar el tercero y que hace preferible la expresión *eficacia a la de validez* (arts. 1259 y 1738 CC)¹³⁶. En efecto, la legitimación es aquella relación de la persona con el objeto del negocio que la faculta para disponer eficazmente sobre él, la cual siempre ostenta el propietario (legitimación directa) pero que también puede transferirse a un tercero por vía negocial (poder) o legal (así, representaciones legales o legitimación extraordinaria derivada de la apariencia)¹³⁷.

De todas formas, esta habitual vinculación no es obstáculo para admitir la diferencia conceptual entre mandato y poder¹³⁸, ofreciendo el artículo 1738 la base argumentar la perduración de los efectos del poder, a falta de una regulación específica¹³⁹.

¹³² Claramente distinta de la que ofrece el art. 1984 del *Code*: «Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire».

¹³³ Sobre el contenido obligacional y legitimador o representativo, véase HERNÁNDEZ MORENO, A., «Mandato, poder y representación: nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil», en *RJC*, 1980, pp. 393-394. Destaca GRAMUNT FOMBUENA la doble vertiente legitimadora y obligacional del mandato, derivada del encargo y de la aceptación (véase «La excepción...», cit., p. 632).

¹³⁴ Véase GORDILLO CAÑAS (*La representación...*, cit., p. 251), quien, aplicando la premisa de la dependencia causal entre mandato y representación, atribuye un contenido extenso a los efectos del mandato aparente; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 638.

¹³⁵ Véase GORDILLO CAÑAS, *La representación...*, cit., p. 253, donde rechaza expresamente la configuración de la responsabilidad del mandatario como extracontractual o derivada de la gestión de negocios ajenos.

¹³⁶ Véase BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico, traducción y concordancias*, por A. Martín Pérez, Madrid, s. f., p. 186.

¹³⁷ Véase CARNELUTTI, F., *Teoría generale del diritto*, Roma, 1951, p. 183; BETTI, *op. cit.*, p. 186; MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona, 1993, p. 9; BARRAL Y VIÑALS, I., *La reserva de la facultad de disponer en la donación (análisis del artículo 639 del CC)*, Barcelona, 1996, pp. 162 y 163.

¹³⁸ Véase HERNÁNDEZ MORENO, *Anotaciones...*, cit., pp. 550-551): «El hecho de que todo mandato pueda conferir poder de representar no cambia la naturaleza de las cosas, por cuanto nadie discute la posible existencia de un negocio jurídico de apoderamiento desligado del contrato de mandato, y el poder faculta para lo mismo dentro de éste que fuera de él. Más aún: conectado al propio contrato de mandato, juega un papel netamente diferente de éste y su existencia no tiene por qué depender de la del contrato. De ahí que nos parezca imprescindible insistir en la natural independencia entre el contrato de mandato y el poder o legitimación que deriva de éste aun a pesar de la derivación misma, es decir, aunque, por definición, todo mandato otorga facultades de representación».

¹³⁹ El artículo 1396 del Código civil italiano contempla de forma específica la extinción del poder (véase, por ejemplo, MOSCO, L., *La rappresentanza volontaria nel diritto*

4. GESTIÓN NO ÍNTEGRA Y DESISTIMIENTO UNILATERAL

4.1 JUSTOS MOTIVOS Y TEMPESTIVIDAD EN EL DESISTIMIENTO UNILATERAL

Entre los contratos que conllevan una obligación de hacer para otro, los que se fundamentan en una especial relación de *fiducia* añaden, a las causas de extinción que contempla el artículo 1156 CC, el desistimiento unilateral¹⁴⁰. Bajo distintas denominaciones se ordenan diversas posibilidades que la ley (o naturalmente el pacto, art. 1255 CC) configura en función de las características concurrentes en cada concreto supuesto¹⁴¹. Puede afirmarse que es posible tanto en las obligaciones de medios como de resultado (art. 1594 CC), en aquellas que derivan de contratos de duración indefinida (art. 1707 CC) o determinada (arts. 1705, 1749, 1775 CC), de contratos onerosos (arts. 1584.1, 1594, 1700.4 CC) o gratuitos (arts. 1732.1 y 2, 1749 y 1745 CC)¹⁴² o de contratos celebrados en interés de ambas partes (art. 1584.1 CC) o de una de ellas, en cuyo caso la facultad de desistimiento no es necesariamente prerrogativa de ésta (arts. 1732.2, 1749 y 1776 CC).

Entre los contratos que generan una obligación de llevar a cabo una actividad de medios en favor de otra persona a la que une una particular

privato, Napoli, 1961, pp. 427-428). En sede de mandato, la estricta distinción entre mandato –fuente de obligaciones– y poder –posibilidad de producir efectos jurídicos del patrimonio del representado–, permite enfocar el artículo 1738 únicamente desde el prisma del poder; véase PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pp. 120 a 123, donde señala: «El artículo 1738 admite, muy significativamente, la subsistencia de la representación frente a terceros de buena fe, a pesar de haberse extinguido el poder».

¹⁴⁰ MONTES PENADES, «Perfiles jurídicos...», *cit.*, p. 31.

¹⁴¹ Insiste PUIG PEÑA en la configuración legal de las condiciones del desistimiento (véase PUIG PEÑA, F., voz «Desistimiento unilateral», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. VII, Barcelona, 1955, pp. 291 y 292). Ello no es obstáculo para defender la aplicación analógica de las normas de desistimiento en los contratos de duración indefinida, por entenderse que el Ordenamiento no tolera la vinculación perpetua de un sujeto. Véase RAGEL SÁNCHEZ, L. F., «Denuncia en el contrato de agencia por tiempo indeterminado», en *ADC*, 1985, pp. 75-76: «debe darse preferencia a la denuncia unilateral cuando se trate de una obligación duradera o de tracto sucesivo, de duración indeterminada y en la relación exista un componente fiduciario».

¹⁴² Se ha cuestionado la posibilidad de renuncia cuando el mandato es retribuido, entendiéndose que el abandono de la actividad gestoria carece de fundamento cuando el mandatario percibe un precio por su actividad (véase LAURENT, *op. cit.*, núm. 107, p. 87). Lo cierto es que el Código no distingue y que la renuncia es admisible en ambos casos (véase SCAEVOLA, *op. cit.*, t. XXVI, pp. 947-948; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 600; DOMINÉDÓ, voz *cit.*, p. 133); pero una vez reconocida la obligación de retribuir cuando el mandatario hace de la gestión su profesión (art. 1711.2 CC), es cierto que parece prescindir de ésta y construye la institución sobre los parámetros de la gratuidad (art. 1711.1 CC). Tradicionalmente, el pacto de remuneración es un plus añadido al tipo contractual gratuito (art. 1711) o *quoad constitutionem* (art. 1760 CC), mientras que el salario sería un elemento típico del contrato sinalagmático y oneroso. Sin embargo, la gratuidad se desdibuja en la codificación y la distinción entre el mandato y el arrendamiento de servicios debe buscarse en el tipo de actividad prestada carente, en el segundo caso, de especialización por no revertir en los negocios del dueño (véase GETE-ALONSO CALERA, M. C., *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pp. 588-589 y 663 a 665).

relación de confianza, cabe señalar los de mandato y depósito. Son contratos para los cuales la ley prevé el desistimiento unilateral para ambas partes aun cuando la gestión no haya concluido o no se haya cumplido el plazo. No puede decirse que converja la misma *ratio* en cada una de las partes: mientras en el mandante y el depositante el desistimiento no parece limitado por más requisito que la lógica notificación y se basa únicamente en la pérdida de confianza en la contraparte¹⁴³, la facultad del mandatario y del depositario queda claramente delimitada de manera que éstos no extinguen su obligación ni se liberan a su simple voluntad¹⁴⁴. Si bien es cierto que no es justo que un servicio de liberalidad pueda volverse gravoso para quien se obliga, también lo es que contraída dicha obligación y habiéndose iniciado el servicio, el deudor no puede desatender los intereses cuyo cuidado asumió. Y así, dos datos fundamentales convergen en este último supuesto: la justa causa y la tempestividad de la renuncia.

También participa de estos requisitos la voluntad del socio de no continuar en la sociedad (arts. 1705, 1706 y 1707 CC). La especial consideración de la confianza que media en este contrato impide que pueda subsistir sin voluntad y buen entendimiento entre los consocios¹⁴⁵. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta que las referencias al contrato de sociedad presentan interés por lo que respecta a la intempestividad y justos motivos de la renuncia, pero no son útiles para una consideración de su relevancia en sede de cumplimiento. En efecto, el Código prevé unas consecuencias jurídicas especialmente graves, por sus connotaciones sancionadoras, cuando la renuncia se produce de mala fe (art. 1705.1 CC), o bien arbitra los mecanismos necesarios para evitar perjuicios, cuando ésta no se hace en tiempo oportuno (art. 1705.2).

La configuración legal de la facultad de renuncia¹⁴⁶ encuentra justificación en la excepcionalidad que ésta representa, tanto en relación con el principio de vinculación contractual¹⁴⁷, como en relación con el principio de indisponibilidad de la deuda por parte del deudor, quien no puede autoliberarse¹⁴⁸. En efecto, si la validez y el cumplimiento del contrato

¹⁴³ Véase GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 849, quien, al comentar el artículo 1623 pr (actual art. 1733 CC), señala: «El mandato, como el depósito, tienen por objeto el interés o beneficio del mandante, y éste puede renunciarlo en todo tiempo: nace también de la confianza que puede cesar luego».

¹⁴⁴ Véase MANRESA, *op. cit.*, p. 574.

¹⁴⁵ Véase GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 834, comentario al artículo 1595 pr (actual art. 1700 CC).

¹⁴⁶ La renuncia aparece como derecho potestativo o facultad de configuración, cuyo resultado es, en este caso, la extinción del contrato; véase Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1993, p. 434; CRESPO ALLUE, F., *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, p. 145.

¹⁴⁷ Véase SALVADOR CODERCH, P., comentario al art. 1595, en *Comentario al Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1202.

¹⁴⁸ Destacando esta indisponibilidad también en sede del artículo 1256, véase BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, p. 246; QUIÑONERO CERVANTES, E., comentario al art. 1256, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. XVII, vol.1-A, Madrid, 1993, p. 309.

no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC), creemos que tampoco podrá dejarse a su arbitrio la extinción del contrato, por cuanto el desistimiento unilateral (supuesto de extinción) es el reverso del incumplimiento cuando no se lleva a cabo según los requisitos previstos por la ley¹⁴⁹. Es conocido que los contratos, perfeccionados por intercambio de consentimientos, son de obligado cumplimiento para las partes y sus herederos (arts. 1254 y 1257.1 CC). Consiguientemente, las partes no pueden evitar este cumplimiento, o por lo menos no pueden hacerlo indemnes en contra de la voluntad de la contraparte. Por ello, la ley, al mismo tiempo que prevé la facultad de desistimiento, configura sus pautas, lo que equivale a concretar su definición y la medida de su eficaz ejercicio^{150, 151}.

En general, puede afirmarse que la facultad de renuncia unilateral se da, en su contenido más amplio, en los contratos en que media una relación de confianza y que son celebrados por tiempo indeterminado¹⁵²: éstos admiten la renuncia unilateral, mientras que aquellos que tienen una duración limitada requieren una justa causa. Así, se contraponen el artículo 1705.1 y el artículo 1707 CC, predicando —el primero— la disolución por renuncia de uno solo de los socios únicamente del contrato celebrado por tiempo indeterminado, mientras que el segundo condiciona la renuncia del que se celebra por tiempo definido a la existencia de *justos motivos*, ejemplificados en el artículo 1707 *in fine*¹⁵³.

¹⁴⁹ En contra RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del Contrato)*, Madrid, 1991, p. 290.

¹⁵⁰ En este sentido, se ha llegado a dudar de la existencia de una verdadera facultad de renuncia: véase DOMINEDÒ, voz cit., p. 133.

¹⁵¹ El reconocimiento de la renuncia conlleva una modalización de sus efectos. Así, el desistimiento en el contrato de arrendamiento de obra, aún comenzada, no legitima al contratista para reclamar la totalidad del precio, sino el valor de la parte de la obra ejecutada y los gastos y utilidad que pueda reportarle la ejecución de la obra, conceptos, estos dos últimos, a los que cabe atribuir contenido indemnizatorio (ilustrativo resulta POTHIER en su *Traité du contrat de louage*, en *Oeuvres de Pothier*, t. IV, París, 1825, núms 440 y 441, p. 500; véase también TROPLONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage*, t. II, París, 1859, núm. 1025, p. 408). Asimismo el anacrónico artículo 1584 CC contempla la posibilidad de que el amo despida al criado doméstico sin justa causa y antes de expirar el término por el que fue contratado mediante el pago del salario devengado e indemnización del salario de quince días; posibilidad de desistimiento que se ofrecía sin limitaciones al criado por considerarse la parte más débil (véase GARCÍA GOYENA, *Comentarios...*, cit., com. al art. 1525 pr, p. 800, y com. art. 1535 pr, p. 803).

¹⁵² Véase Díez-PICAZO, *La representación...*, cit., p. 310; MONTES PENADES, «Perfiles jurídicos...», cit., p. 31; Véase GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 834 (com. art. 1595 pr): «La razón es porque siendo la sociedad una especie de fraternidad, se aviene mal con la idea de coacción o violencia y porque la comunión forzada es madre de pleitos y discordias: en el artículo 1622 hay otra excepción de la regla mencionada respecto del mandante y mandatario, por la naturaleza especial de aquel contrato; en todos los otros nadie puede separarse de su obligación por su sola voluntad».

¹⁵³ Véase también la distinción en el artículo 1583 CC que, para declarar la nulidad del arrendamiento de servicios hecho de por vida, diferencia previamente entre el contratado sin tiempo fijo y el contratado por cierto tiempo o para una obra determinada. Se refleja el cierto desfavor con que la ley contempla las vinculaciones que, sin ser vitalicias, son indefinidas, que se traduce en una renuncia más flexible.

En el contrato de mandato, la configuración de la renuncia no depende del tiempo pactado¹⁵⁴. Ciertamente éste puede comprender uno o varios negocios determinados o bien todos los negocios del mandante (o todos los que se refieran a una misma explotación) (art. 1712 CC) y, en este último caso, puede pactarse el encargo sin tiempo fijo. Sin embargo, admitida la renuncia con base en el principio de que la liberalidad nunca ha de perjudicar, el punto de referencia del legislador es aquí la fuerza obligatoria del contrato (art. 1718.1 CC) y la consideración de cada uno de los negocios o actividades que emprende el mandatario. A pesar de la dicción del artículo 1732.2, no debe partirse de una admisión indiscriminada de la renuncia.

La renuncia unilateral es, en primer lugar y sin lugar a dudas, una renuncia con justa causa, circunstancia que permite eludir la obligación asumida por el mandatario y que debe ponerse en relación con todas aquellas situaciones que permiten al mandatario poner fin a la gestión cuando ello va en grave detrimento suyo (art. 1736 *in fine*)¹⁵⁵. Sin embargo, el Código tanto contempla la renuncia con justa, como la injustificada (ex art. 1737 CC). No debe llamar la atención que la primera, causa de extinción inequívoca del contrato de mandato, conlleve la obligación de continuar la gestión hasta que el mandante haya podido atender sus negocios (cosa que, como ya se ha puesto de manifiesto, deriva de la extinción del contrato no estando ya las cosas íntegras). Sí suscita curiosidad, en cambio, la dicción del artículo 1736 que aglutina diversos extremos. Contempla un principio general de admisión de la renuncia y, en su parte final, la existencia de causas que permiten una renuncia indemne. A lo que añade una obligación de indemnizar si de la renuncia resultaren perjuicios para el mandante. Creemos que está contemplando la renuncia injustificada, cuyos efectos son indemnizatorios. Y, debe añadirse, habrá perjuicio para el mandante cuando la gestión comenzada se interrumpe bruscamente cuando el mandatario abandona la gestión por su única voluntad¹⁵⁶.

En este contexto, la renuncia no puede desvincularse del dato que venimos poniendo de relieve en este trabajo: el hecho de que el mandatario ya haya dado inicio —o no— a la actividad gestoria. Creemos que no sólo no es indiferente esta constatación, sino que además contribuye a la configuración del concepto de renuncia en sede de mandato y permite deslindar entre incumplimiento y extinción de la obligación de gestión.

¹⁵⁴ Véase CARNELLUTTI, F., «Del recesso unilaterale nel mandato di commercio», en *Studi di Diritto commerciale*, Roma, 1917, pp. 263-264.

¹⁵⁵ Véase POTHIER, quien tras anunciar la fuerza obligatoria del contrato, señala: «Il peut néanmoins, depuis le contrat, survenir plusieurs justes causes qui déchargent le mandataire de l'obligation d'exécuter le mandat, pourvu qu'il en donne avis au mandataire» (véase *Traité mand...*, cit., núms. 39 a 42, pp. 104-105). Es común a todas estas justas causas el hecho que constituyen un impedimento suficiente para el desempeño de la actividad gestoria (véase loc. cit., núm. 42, p. 105: «Ces termes généraux comprennent toutes les espèces d'empêchements légitimes qui peuvent survenir depuis le contrat»).

¹⁵⁶ Véase MANRESA, *op. cit.*, p. 574.

4.2 RENUNCIA INTEMPESTIVA E INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GESTIÓN

No puede obviarse la afirmación de que el contrato de mandato presenta, en principio, la misma fuerza vinculante que cualquier otro (art. 1091 CC) y que el incumplimiento de la obligación de hacer que genera deriva en la indemnización de los daños y perjuicios (art. 1101 CC)¹⁵⁷. El cumplimiento del encargo conlleva la extinción de la obligación (art. 1156.1 CC), mientras que su incumplimiento definitivo supone una infracción objetiva de la conducta descrita en la prestación, la cual debe calificarse como *contravención al tenor de la obligación* (art. 1101 CC) y cuyo efecto jurídico no es precisamente extintivo¹⁵⁸, sino que, unida la producción de un daño a fundamentos subjetivos de responsabilidad, deriva en ejecución e indemnización¹⁵⁹. Tratándose de una obligación personalísima la indemnización de los daños se incrementará en la medida en que ésta sustituye a la ejecución forzosa (art. 924 LEC)¹⁶⁰.

Generalmente, el necesario cumplimiento de la obligación determina que cualquier declaración del deudor en el sentido que no piensa llevarla a cabo, unida a la efectiva inexecución, deba calificarse de incumplimiento. Y, sin embargo, la admisión legal o convencional de la renuncia hace derivar tal situación del incumplimiento a la extinción. Así, el depositario, obligado a guardar la cosa y restituirla cuando le sea pedida (art. 1766 CC), puede restituir la cosa al depositante antes del término designado, si tiene justos motivos para no conservar el depósito (art. 1776 CC). Del mismo modo, el mandatario, obligado a cumplir el encargo (art. 1718.1 CC), puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante y no queda obligado a indemnizar si su renuncia se funda en imposibilidad de continuar desempeñando el encargo sin grave detrimento suyo (art. 1736 CC)¹⁶¹.

¹⁵⁷ Véase POTHIER, *Tr. mandat*, cit., núm. 38, p. 103: «Il étoit libre au mandataire, avant qu'il eût accepté le mandat, de l'accepter ou de ne pas l'accepter (...); mais lorsqu'il l'a accepté, par cette acceptation, il contracte l'obligation d'exécuter le mandat; et s'il ne l'exécute pas, il est tenu envers le mandant des dommages et intérêts résultants de l'inexécution du mandat»; véase MANRESA, *op. cit.*, p. 574; HERNÁNDEZ MORENO, *Anotaciones...*, cit., p. 547.

¹⁵⁸ Véase BADOSA COLL, *Dret d'obligacions...*, cit., pp. 378-379.

¹⁵⁹ Véase BADOSA COLL, *La diligencia...*, cit., p. 251; GRAMUNT FOMBUENA, M. D., *La mora del deudor en el Código civil*, Barcelona, 1993, pp. 142-143.

¹⁶⁰ Véase BADOSA COLL, *Dret d'obligacions...*, cit., p. 392.

¹⁶¹ La formulación sistemática que de la situación efectúa el Proyecto de Código Civil de 1836 es extraordinariamente clara. Tras establecer el deber general de cumplir el encargo (art. 1413) y de destacar la obligación de concluir todo aquel encargo iniciado una vez se haya dado principio a él (art. 1414), el artículo 1415 formula una excepción que se mantiene aún cuando ya se haya dado inicio a la gestión: «Sin embargo de lo establecido en los artículos anteriores, podrá el mandatario dejar de cumplir el mandato, aún después de aceptado y comenzado, en los casos siguientes: 1) cuando le sobreviniese alguna enfermedad grave o cualquier otro accidente que le impida continuar en la ejecución del mandato, en cuyo caso deberá notificarlo sin dilación al mandante, 2) si se originase enemistad grave entre ambos contrayentes, 3) cuando teniendo que hacer alguna anticipación pecuniaria para cumplir el mandato, sabe el mal estado de los negocios del mandante y recela con fundamento que éste no podrá reintegrarle».

Puede afirmarse que la renuncia aparece como causa extintiva cuando la decisión del renunciante viene determinada por una justa causa. No se trata tanto de una causa de inimputabilidad al deudor de la infracción obligacional, es decir, de un caso fortuito que opera sobre el objeto de la prestación y que extingue la obligación, eliminando el incumplimiento¹⁶², cuanto de la configuración legal de una causa de extinción que engloba aquellas circunstancias susceptibles de influir sobre la voluntad del obligado y que lo legitiman para extinguirla voluntaria y unilateralmente¹⁶³. El deudor puede liberarse de su obligación incluso provocando un perjuicio al acreedor¹⁶⁴.

Sin embargo, no toda renuncia conlleva la extinción de la obligación, viéndose modalizados sus efectos por la ley. A veces, la causa de extinción simplemente perpetúa los efectos del contrato, extendiéndose su cumplimiento a la obligación de continuar la gestión no íntegra (art. 1737 CC): éste es el efecto máximo de la renuncia con justa causa. En este contexto, el mandante podrá reclamar el cumplimiento a través de la acción del contrato y no la indemnización¹⁶⁵.

Pero cuando la renuncia carece de justa causa puede considerarse como infracción obligacional productora de daño y cae en el ámbito del incumplimiento, determinando una obligación de indemnizar¹⁶⁶. La

¹⁶² Véase, en este sentido, LAURENT, *op. cit.*, núm. 108, p. 88; sobre el caso fortuito y demás criterios de inimputabilidad, véase BADOSA COLL, *Dret d'obligacions...*, cit., pp. 370 y 383.

¹⁶³ Dibuja claramente la distinción TROPLONG, *op. cit.*, núm. 355, p. 342: «Quand nous parlons de force majeure nous n'entendons pas parler de celle qui influe sur la volonté personnelle du mandataire et le détermine à renoncer au mandat; elle touche à la personne du mandataire plutôt qu'à la chose qui fait l'objet de la procuration. Nous ne nous occupons ici que de la force majeure qui, sans affecter la personne même du mandataire, sans le faire changer de résolution, porte sur les choses et sur les faits, et rend impossible l'exécution que le mandataire voudrait effectuer»; sobre la renuncia con justa causa, véase *op. cit.*, núms. 340 a 343, pp. 332 a 336.

¹⁶⁴ Véase TROPLONG, *op. cit.*, núm. 340, pp. 332-333, y núm. 343, p. 336: «Quand les choses sont entières le mandataire n'a pas besoin d'aller chercher des excuses; sa volonté de renoncer au mandat lui suffit. Ce n'est que lorsque les choses ne sont plus entières et que la renonciation arrive tardivement qu'il lui faut des raisons péremptoires pour justifier son inaction».

¹⁶⁵ Véase CARNELLUTTI, «Del recesso...», cit., pp. 250-251, en relación a la revocación: «Qui non si impone al mandante a cagione della revoca un obbligo di risarcimento del danno, il quale, apparendo (...) inconciliabile con l'essercizio legittimo della revoca, induca a limitare il concetto di questa con l'affermare il diritto solo fintanto che l'esecuzione non sia intrapresa; invece gli si fa l'obbligo di riconoscere l'esecuzione avvenuta fino al momento della revoca, adempiendo alle obbligazione che gliene derivano. Il mandatario esperisce l'actio mandati contraria, non l'azione di risarcimento. Insomma essendo il mandato, come ogni specie di contratto di lavoro, a esecuzione continuativa, la revoca opera ex nunc; ma questo non influisce sulla sua libertà».

¹⁶⁶ Véase CARNELLUTTI, «El recesso...», cit., p. 251: «l'obbligo di risarcimento imposto al mandatario è proprio una forma di esecuzione del rapporto, onde sorge la sua inconciliabilità assoluta con la pretesa estinzione del rapporto operata dalla rinuncia in ogni caso. Solo pertanto la rinuncia giustificata da una particolare specie di giusta causa: il notevole danno della continuazione del mandato, ha virtù di recesso unilaterale, risolve cioè il rapporto di mandato»; véase HERNÁNDEZ MORENO, *Anotaciones...*, cit., p. 548: «Las únicas hipótesis de extinción de responsabilidad del mandatario son las de o no producción de perjuicios por la renuncia o imposibilidad de cumplir por causa de necesidad».

indemnización no deriva únicamente de la objetiva producción de un daño, sino que requiere un criterio de imputación suficiente, culpa o dolo ¹⁶⁷ y que hallamos implícita en la interrupción de la obligación de hacer sin justa causa ¹⁶⁸.

Para perfilar la existencia de un daño para el mandante debe partirse de la apuntada distinción entre gestión íntegra y no íntegra. La necesidad de considerar conjuntamente la ausencia de justa causa y la falta de integridad se manifiesta claramente en el artículo 1978 del Código civil argentino, según el cual: «El mandatario puede renunciar el mandato dando aviso al mandante, pero si lo hiciera en tiempo indebido, sin causa suficiente, debe satisfacer los perjuicios que la renuncia causare al mandante». En efecto, estando las cosas íntegras, tanto da que la renuncia repose o no en una justa causa ¹⁶⁹. Ciertamente se aprecia en este caso una infracción objetiva si comparamos la conducta debida con su (no) realización; pero falta en todo caso la producción de un daño, dándose la circunstancia de que el mandante puede llevar a cabo la actividad gestoria por sí mismo o encargarla a otro. Siendo la obligación personalísima, se resuelve en indemnización y ésta no procede por no existir daño alguno en el patrimonio del mandante ¹⁷⁰.

Si, en cambio, el mandatario ya dio inicio a la gestión el desistimiento injustificado se califica como incumplimiento y es causa de daños indemnizables ¹⁷¹. La paralización de la gestión supone un cumplimiento parcial (es decir, incumplimiento, art. 1169.1 CC). Pero esta afirmación coexiste con el contenido del artículo 1737 CC que, en todo caso, obliga al deudor-renunciante a continuar la gestión. Esta actividad no sólo elimina los daños indemnizables que puedan derivar de la renuncia, sino que además no casa con el supuesto que los produce, ya que la obligación

¹⁶⁷ Véase BADOSA COLL, *Dret d'obligacions...*, cit., p. 379.

¹⁶⁸ Derivando la indemnización no del incumplimiento, sino de la efectiva producción de un daño para el mandante, véase LEÓN ALONSO, *op. cit.*, p. 562.

¹⁶⁹ Véase TROPLONG, *op. cit.*, núm. 338, p. 333, y núms. 796 y 797, pp. 712-713; OLIVIERI, voz cit., p. 461; SCAEVOLA, *op. cit.*, t. XXVI, p. 955.

¹⁷⁰ Véase POTHIER, *Tr. mandat*, cit., núm. 44, p. 106: «Le mandataire peut quelquefois se décharger de l'obligation d'exécuter le mandat, quoiqu'il ne soit survenu aucune juste cause qui l'en dispense; c'est lorsqu'il fait savoir au mandant qu'il n'entend pas l'exécuter, dans un temps où la chose est encore entière (...). La raison est que l'obligation que le mandataire a contractée d'exécuter le mandat, étant une obligation d'un fait, obligatio facti laquelle (...) ne se résout qu'aux dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation, il s'ensuit que le mandant, étant supposé ne souffrir rien (...), le mandataire peut manquer impunément à son obligation»; véase LAURENT, *op. cit.*, núm. 106, p. 87.

¹⁷¹ Véase DONELLUS, *De jure...*, cit., L. XVI, cap. 23, núm. XI, col. 1024: «Ideo in hac renuntiatione mandati exigimus ut qui renunciat, tempestive (...) Quod si mandarius tandiu exspectet, dum opportunitas rei gerendae amissa sit, atque ita res perierit madatori: tenebitur mandatori eo quod interest: quam actionem nulla renuntiatione postea evitabit»; aproximando, a estos efectos, en la nota núm. 6 el cumplimiento y la renuncia tempestiva; TROPLONG, *op. cit.*, núm. 799, p. 715; OLIVIERI, voz cit., p. 461: «nel secondo caso, invece, non potendo più il mandante provvedere per la diversa esecuzione del mandato, a cose non integre, è sempre obbligato il mandatario a tener indenne il mandante, costituendo la rinunzia mancata esecuzione del contratto»; SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 955.

de continuar la vinculamos a la extinción y la de indemnizar al incumplimiento. Sin embargo, cabe afirmar que la continuación de la gestión trasmuta la falta de integridad, o bien en conclusión (cumplimiento a pesar de la declaración de renuncia), o bien determina los efectos propios de la renuncia en condiciones de integridad: ausencia de perjuicio. Indemnización y continuación no son pues actividades acumulables. La obligación consignada en el artículo 1737 CC tiende a eliminar los perjuicios que contempla el artículo 1736 CC y permite perfilar la revocabilidad del mandato sin justa causa y cuando su ejecución ya ha comenzado. De no ser así no tendría sentido que el artículo 1737 contemplara ambos tipos de renuncia, ya que la carente de justa causa encontraría su propio ámbito de aplicación en el artículo 1736 y la indemnización de los daños haría inútil el recurso a la continuación de la gestión. También podrían evitarse perjuicios al mandante dando un plazo de preaviso suficiente para tal finalidad, circunstancia que excluiría toda actividad sorpresiva y, consiguientemente, la producción de un daño que, de producirse, habría de achacarse al descuido del mandante. Aunque el Código no establezca un plazo de preaviso, puede considerarse conveniente, apareciendo como carga cuya actuación permite al deudor evitar la producción de daños indemnizables¹⁷². Así pues, puede concluirse que el mandatario puede renunciar sin justa causa cuando no produce daño al mandante, cosa que ocurre estando las cosas íntegras e incluso cuando, no estándolo, respeta un preaviso razonable o bien no materializa inmediatamente su declaración de desistimiento, continuando su actividad hasta el momento en que el mandante esté en situación de recuperar la gestión.

¹⁷² Establece el artículo 1653.2 del Código civil peruano que el mandatario puede apartarse del mandato si notifica el mandante y transcorre el plazo de treinta días. El artículo 1727 del Código civil italiano, contempla el preaviso en referencia al caso concreto de mandato por tiempo indeterminado: «Se il mandato è a tempo indeterminato, il mandatario che rinunzia senza giusta causa è tenuto al risarcimento, qualora non abbia dato un congruo preavviso». Véase DÍEZ-PICAZO, *La representación...*, cit., p. 311; POTHIER, *Tr. mandat*, cit., núm. 43, p. 106.

El sistema de liquidación del pasivo hereditario en el Derecho común español: ¿Sistema de corte personalista o sistema patrimonialista? (Una perspectiva comparada)

EVELIA MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

SUMARIO: I. *El objeto del presente estudio.*—II. *Referencia a los sistemas de liquidación del pasivo hereditario:* 1. Los dos grandes modelos de regulación del pasivo hereditario. Relatividad de esta distinción. 2. Breve referencia a las soluciones adoptadas por Ordenamientos que pueden ser considerados como ejemplos del «sistema de continuación de la persona». 3. Brevísima referencia a las características que consideramos más peculiares del sistema del *Common Law*. 4. Breve análisis de los Ordenamientos fuertemente patrimonializados del Derecho continental, con especial referencia a la familia de Códigos Hispanoamericanos.—III. *Valoración del sistema de liquidación del pasivo hereditario, acogido en nuestro ordenamiento:* 1. Yuxtaposición de tendencias personalistas y patrimonialistas. 2. Carácter predominantemente patrimonial del sistema. 3. Crítica del sistema: falta de unidad orgánica entre las distintas instituciones y pragmatismo en sus soluciones.

I. EL OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO

Desde una perspectiva comparada y a grandes rasgos, el fenómeno sucesorio puede ser contemplado de dos maneras radicalmente opuestas: sucesión como subrogación del heredero en la posición jurídica del causante frente a sucesión como adquisición de un remanente de bienes. Esta diversa concepción predeterminará, en principio, la existencia de dos posibles regímenes de liquidación del pasivo hereditario¹: el llama-

¹ Al respecto, la doctrina mayoritariamente estudia este tema con referencia a la existencia de dos únicos modelos de liquidación del pasivo hereditario, antagónicos y contrapuestos entre sí. *Vid.*, entre otros muchos, PUIG BRUTAU, J., «Introducción al Derecho de

do «sistema de continuación de la persona» y el «sistema de sucesión en los bienes»².

Entre ambos sistemas y según opinión común, median profundas diferencias.

En el «sistema de continuación de la persona», la transmisión hereditaria de los bienes, derechos y obligaciones se produce en virtud del principio de sucesión universal: el heredero sustituye personalmente al causante en todos sus bienes, derechos y obligaciones. El heredero es, en definitiva, el responsable directo y personal por las deudas hereditarias, el administrador y el liquidador de la herencia y, también, el ejecutor del testamento. Además, esta subrogación global del heredero en la posición jurídica del causante conlleva la confusión de los patrimonios y, consiguientemente, la responsabilidad personal e ilimitada del heredero (*ultra vires*) por las deudas hereditarias³.

El «sistema de sucesión en los bienes», por el contrario, desconoce la idea de sustitución personal o subrogación del heredero en la esfera jurídica del causante, y la herencia se configurará, simplemente, como la adquisición de un remanente de bienes en favor del sucesor⁴. La

Sucesiones por causa de muerte», *Rev. Intrn. del Notariado*, 1959, pp. 66 ss. Ídem: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. 1.º, Barcelona, 1975, pp. 9 ss. DE COSSÍO, A., «La intervención de las autoridades judiciales y administrativas en la liquidación de la herencia dentro del Derecho español», *Rev. Inst. Der. Comp.*, 1958, pp. 73 ss. ROCA SASTRE, R. M., «Crítica institucional del Código Civil», en *Estudios sobre Sucesiones*, t. I, Madrid, 1981, pp. 42 ss. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «El fenómeno sucesorio», *RCDI*, 1981, p. 769. LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires» en la herencia y en los legados*, en «Estudios de Derecho Privado», dirigidos por MARTÍNEZ RADIO, t. II, Madrid, 1965, pp. 416-417 y 419. DEL MORAL Y LUNA, A., «Hacia el heredero limitadamente responsable», *AAMN*, 1953, pp. 706 ss. PÉREZ SAUQUILLO, G., «Responsabilidad del heredero respecto a los legados», en *AAMN*, 1952, pp. 223 ss. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero y los derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario*, Madrid, 1989, pp. 22 ss. GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados*, Madrid, 1989, pp. 175 ss. PETITJEAN, H., *Fondaments et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*, París, 1959, pp. 17 ss. BUCKLAND y MCNAIR, *Roman Law and Common Law*, Cambridge, 1952, pp. 143 ss. RHEINSTEIN, M., *The Law of Decedents' Estates*, Indianápolis, 1955, pp. 10 ss., 562 ss., 697 ss. RIPERT, G., y BOULANGER, J., *Traité de Droit Civil*, t. IV, París, 1959, pp. 703-704. FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions*, París, 1982, pp. 172 ss. MAZEAUD (H. et L.) y MAZEAUD (J.), *Leçons de Droit Civil*, t. IV, *Successions. Libéralités*, París, 1982, pp. 460 ss. MARTY, G. et RAYNAUD, P., *Droit civil, Les Successions et les Libéralités*, París, 1983, pp. 158-159.

² También denominados «sistema romano» y «sistema germánico». Entre otros, utilizan esta terminología, ROCA SASTRE, R. M., *Crítica institucional del Código Civil*, cit., pp. 55-56 y 58-59. CASTÁN TOBEÑAS, J., «La dogmática de la herencia y su crisis actual», *RGL y J*, 1959, pp. 257 ss., y 1960, pp. 153 ss. ROVIRA JAÉN, F. J., «En torno a las deudas de la herencia», *RCDI*, 1969, p. 1575.

³ Por ejemplo, *vid.* la interesante explicación de SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, trad. esp. de Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960, pp. 289 ss., acerca de la responsabilidad del heredero *ultra vires hereditatis* y su conexión con la *successio*. Igualmente, pueden consultarse otros autores preocupados en demostrar una connatural relación entre la responsabilidad ilimitada del heredero y su subrogación en la esfera jurídica del causante, *v. gr.*, *vid.* KASER, M., *Das Römische Privatrecht*, München, 1975, pp. 564 ss.

⁴ *Vid.*, por ejemplo, PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 67.

principal misión del Derecho sucesorio, en este sistema, es regular un procedimiento de liquidación del patrimonio hereditario: el fallecimiento del sujeto deudor (causante) impone, por razones de seguridad en el tráfico, la satisfacción de los créditos que tenía pendientes; lo transmitido a los herederos no es más que un saldo activo, siendo imprescindible la regulación de una forzosa y previa liquidación del patrimonio hereditario, tras la cual se procederá a la distribución del residuo entre los herederos que sólo pueden ser considerados meros destinatarios del remanente⁵.

En definitiva, en los «sistemas de continuación de la persona» existirá una tendencia hacia la «*prolongación o supervivencia relativa*» de las relaciones jurídicas del causante; en los «sistemas de sucesión en los bienes», se pretenderá una «*rápida, casi inmediata, liquidación*» de la esfera jurídica del finado⁶. Por ello, las exigencias de seguridad en el tráfico jurídico impondrán, en el primero de los sistemas, la intervención del heredero ya que éste será el nuevo deudor que responderá directa y personalmente; y, en el segundo de los sistemas, la regulación de un previo y forzoso procedimiento de liquidación del patrimonio hereditario, será una exigencia de orden público.

En este breve análisis comparativo, se aprecia una dualidad de soluciones a la hora de regular un mismo y fundamental problema del derecho sucesorio: la transmisión de los bienes y derechos y el pago del pasivo hereditario⁷. Esta dualidad de soluciones implicará, a su vez, la posibilidad de configurar la estructura del sistema sucesorio en forma

⁵ Se ajustan a esta concepción del fenómeno sucesorio los Ordenamientos angloamericanos, considerados paradigmas del sistema de «sucesión en los bienes». Al respecto, existe una abundante literatura, *vid.*, entre otros, CURTI, A., *Manuel de droit civil et commercial anglais*, t. I, *Droit civil*, París, 1928. DAVID, R., *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, París, 1948. PETITJEAN, H., *Fondaments et Mécanisme de la Transmission Successorale...*, cit., París, 1959. RHEINSTEIN, M., *The Law of Decedents' Estates*, cit., Indianápolis, 1955. BAILEY, S. J., *The law of wills*, 5.^a ed., London, s. f. RANKING, SPICER & PEGLERS'S., *Executorship Law and Accounts*, London, 1948. COHN, E. J., *Manual of Cerman Law*, London, 1950. MORRIS, J. H. C., *Theobald on the Law of Wills*, London, 1954. LAWSON, F. H., *Introduction to the Law of Property*, Oxford, 1958. PARRY, D. H., *The Law of Succession Testate and Intestate*, London, 1961. CRETNEY, S. & MELLOWS, G., *Theobald on wills*, London, 1971. SAMUELS, R., *Equity and Succession*, London, 1974. PARRY & CLARK, *The Law of Succession*, London, 1988.

⁶ Cfr. ESPINAR LAFUENTE, F., *La herencia legal y el testamento*, Barcelona, 1956, pp. 52 y 451. También, *vid.* RHEINSTEIN, M., *The Law of Decedents' Estates*, cit., pp. 10 ss., quien gráficamente señala esta principal diferencia: el *civil law* considera que la muerte del deudor es un hecho accidental que no afecta a la relación entre crédito y deuda, porque ésta subsiste con un nuevo deudor, el heredero, que se coloca en el lugar del anterior; en cambio, el *common law* estima que la muerte del deudor es ocasión oportuna para extinguir la deuda pagando al acreedor.

⁷ *Vid.* PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho de Sucesiones...*, cit., pp. 67 ss. *Ídem.*, *Fundamentos...*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 10 ss. DE COSSIO, A., *La intervención de las autoridades judiciales y administrativas en la liquidación de la herencia...*, cit., pp. 73 ss. BUCKLAND y MCNAIR, *Roman Law and Common Law*, cit., pp. 140 ss. Todos estos autores ponen de manifiesto que ambos sistemas pretenden resolver problemas similares; sus diferencias son el fruto de diversas evoluciones históricas y no el mantenimiento de criterios de política legislativa diversos.

dispar: así, el distinto alcance de la responsabilidad del heredero, la existencia de un sistema directo de adquisición hereditaria frente a un sistema de adquisición fiduciaria y la ausencia de un procedimiento liquidatorio frente a la exigencia de su regulación, serán las consecuencias lógicas de las ideas rectoras de uno y otro concepto del fenómeno sucesorio (*successio* frente a *adquisitio*)⁸.

El sistema de liquidación del pasivo hereditario acogido en nuestro Ordenamiento, tradicionalmente ha sido relacionado con los «sistemas de continuación de la persona»⁹. Pero, acaso, esta opinión conlleva una hipervaloración de sus tendencias personalistas, olvidando la existencia de otras tendencias de signo contrario que conllevarían la patrimonialización de nuestro sistema.

Una obra (la de Peña Bernaldo de Quirós, titulada *La herencia y las deudas del causante*, publicada en 1967)¹⁰ y su impacto en nuestra doc-

⁸ Acerca de la correlación entre las ideas rectoras de estos sistemas y sus diferencias estructurales, pueden consultarse, entre otros muchos, ANCEL, B., «Cour de cassation (1.^{er} Ch. civ.), 19, juillet, 1976 (Comentario jurisprudencial), *Rev. Crit. Droit Intern. Privé*, 1978, pp. 342 ss. RIPERT, G., y BOULANGER, J., *Traité de Droit Civil*, cit., t. IV, pp. 780 ss. PETITJEAN, H., *Fondaments et Mécanisme de la Transmission Successorale...* cit., pp. 37 ss., y 143 ss. RHEINSTEIN, M., *The Law of Decedents' Estates*, cit., pp. 562 ss. En concreto y respecto a la relación entre los sistemas de liquidación del pasivo hereditario y los sistemas de adquisición hereditaria (adquisición directa o fiduciaria de los bienes), *vid.*, entre otros, ALPANES DOMÍNGUEZ, E., «Albaceazgo de realización y albaceazgo de entrega», en *Estudios de Derecho Privado*, dirigidos por A. de la E. Martínez-Radio, t. II, Madrid, 1965, pp. 590 ss. ROCA SASTRE, R. M., «La adquisición hereditaria en el Derecho comparado», en *Estudios sobre Sucesiones*, t. II, Madrid, 1981, pp. 422 ss.

⁹ Explícitamente es así calificado por GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero...*, cit., pp. 23 y 43 ss. LÓPEZ CONTRERAS, J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., pp. 417 y 424. DE COSSÍO y CORRAL, A., *La intervención de las autoridades judiciales y administrativas en la liquidación de la herencia...*, cit., pp. 73 ss.

¹⁰ La labor de Peña Bernaldo de Quirós ha sido meritoria: este autor ha puesto de manifiesto las peculiaridades de nuestro sistema liquidatorio; ha desterrado la posibilidad de explicar el fenómeno sucesorio exclusivamente con ideas romano-clásicas o francesas que, en opinión generalizada de la doctrina, se tenían por ciertas; y, basándose en la tradición del Derecho castellano intermedio, ha demostrado el carácter preponderantemente patrimonial de nuestro sistema, fundamentalmente: la persistencia individualizada del patrimonio hereditario y la afección de éste al pago de las deudas y cargas de la herencia como directrices que subyacen en nuestro sistema. Con anterioridad a la obra de Peña Bernaldo de Quirós, en la doctrina española ya existía un movimiento revisionista que abogaba por implantar, como aspiración de *lege ferenda*, un sistema legislativo de responsabilidad limitada y que intentaba explicar el sistema vigente desde una concepción más patrimonialista huyendo de las explicaciones dictadas por las influyentes doctrinas francesa e italiana. Entre otros, pertenecían a este movimiento FALCÓN, M., *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, t. III, Barcelona, 1893, pp. 416 ss. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado y concordado extensamente*, t. XVII, Madrid, 1900, especialmente, pp. 467 ss. y 501 ss. CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*, cit., t. III, pp. 21 ss. VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil*, t. V, Valladolid, 1937, pp. 529 ss. DE CASSO Y ROMERO, I. y CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO, F., *Diccionario de Derecho Privado*, t. I, Barcelona, 1950, pp. 129 ss., especialmente, p. 133. JAÉN, V., *Derecho civil*, Madrid, 1928, pp. 689 ss. DEL MORAL Y LUNA, A., *Hacia el heredero limitadamente responsable*, cit., pp. 703 ss. IGLESIAS SANTOS, J., «La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno», en *AAMN*, 1952, p. 68.

trina¹¹ han puesto de manifiesto los rasgos patrimonialistas que caracterizan nuestro sistema de liquidación del pasivo hereditario. Tras ello, su tradicional adscripción en los llamados «sistemas de continuación de la persona» no resulta clara; pero tampoco es posible su encuadre en el llamado «sistema de sucesión en los bienes».

El análisis de nuestro sistema liquidatorio exigirá hacerse desde una perspectiva comparada que mostrará su relación con un numeroso conjunto de Ordenamientos pertenecientes al Derecho continental y de difícil clasificación dentro de uno de los dos antagónicos modelos de regulación del pasivo hereditario. Todos estos Ordenamientos, como seguidamente veremos, participan de la común tendencia consistente en arbitrar una fórmula de administración y liquidación del patrimonio hereditario que asegure la no confusión de patrimonios y cuyo efecto sea la afección del patrimonio hereditario al pago de las deudas y cargas de la herencia. Mas esta lograda vinculación del patrimonio hereditario a las responsabilidades herenciales es fruto, en estos Ordenamientos, de una yuxtaposición de tendencias dispares: ninguno de ellos renuncia a su tradición romanista y todos ellos tienden a conseguir un efecto sucesorio patrimonializado (sucesión en el remanente de los bienes).

II. REFERENCIA A LOS SISTEMAS DE LIQUIDACIÓN DEL PASIVO HEREDITARIO

1. LOS DOS GRANDES MODELOS DE REGULACIÓN DEL PASIVO HEREDITARIO. RELATIVIDAD DE ESTA DISTINCIÓN

La existencia de dos únicos modelos antagónicos de regulación del pasivo hereditario sólo se evidencia en el análisis comparativo de aquellos Ordenamientos que acogen soluciones más dispares. Esto es: comparando los Ordenamientos que siguen más fielmente el originario siste-

¹¹ Sin duda, la obra de Peña Bernaldo de Quirós ha influido notablemente en nuestra actual doctrina, resultando la generalidad de sus argumentos muy convincentes para un amplio sector doctrinal. Entre otros y sin ánimo de exhaustividad, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, t. V, vol. 1.º, Barcelona, 1979, pp. 247 ss. y 253 ss., entre otras. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1981, pp. 25 ss. PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos cit.*, t. V, vol. 1.º, pp. 249 ss. ROVIRA JAÉN, F. J., *En torno a las deudas de la herencia*, cit., pp. 1573 a 1601. GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados*, cit., pp. 196 a 218. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Madrid, 1988, pp. 887 ss. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia*, Madrid, 1990, pp. 30 ss., 39 ss., entre otras. También, *vid.* GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Comentario a los arts. 988 a 1034 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo García, t. XIV, vol. 1.º, Madrid, 1989, aunque este último autor considere que los rasgos que permiten hablar de patrimonialización del sistema son, más que disposiciones de Derecho positivo, aspiraciones de *lege ferenda*.

ma romano con aquellos otros que derivan del Ordenamiento jurídico británico¹². En cambio, fuera de esta estricta perspectiva comparada, la variedad de soluciones acogidas en los distintos Ordenamientos dificultan la tarea de encuadrar a muchos de éstos dentro de uno y otro sistema.

Dentro del derecho continental y sus derivados (Ordenamientos iberoamericanos) existen numerosos Códigos (*v. gr.*, BGB, Códigos de Portugal, Méjico, Perú, Brasil, etc.) que participan de una concepción patrimonialista del efecto sucesorio (adquisición de un residuo de bienes en favor del heredero) y que, no obstante, en orden a la liquidación del patrimonio hereditario, proponen soluciones que no son equiparables con las acogidas en los Ordenamientos del sistema del *Common Law*.

Aunque los citados Códigos, en ocasiones, hayan sido calificados como exponentes del «sistema de sucesión en los bienes»¹³, todos ellos, a nuestro juicio, son de difícil encuadre tanto en este sistema como en el «sistema de continuación de la persona». La tradición romanista, común en los precitados Códigos, de una parte, hará imposible su asimilación con los Ordenamientos del sistema del *Common Law*; y, de otra parte, no impedirá una concepción patrimonialista (acaso economicista) del efecto sucesorio que constituirá una nota diferenciadora de los mismos respecto de aquellos que siguen el llamado «sistema de continuación de la persona».

A) ¿EXISTIRÁN DOS ÚNICOS MODELOS DE LIQUIDACIÓN DEL PASIVO HEREDITARIO?

La existencia de este numeroso grupo de Códigos (*v. gr.*, BGB, Código Civil de Portugal, Méjico, Perú, Brasil y en general la familia de Códigos Iberoamericanos) que, con marcadas tendencias patrimonialistas, propenden a considerar como principal efecto sucesorio la adquisición de un eventual beneficio económico en favor de los herederos, nos hará dudar acerca de cuál sería el sistema de liquidación que los mismos acogen. Y aunque algunos de estos Códigos hayan sido calificados como exponentes del «sistema de sucesión en los bienes» no creemos que puedan ser considerados como tales a menos que amplíemos ostensiblemente el concepto de «sistema de sucesión en los bienes» y que la existencia de un procedimiento liquidatorio sea la única característica decisoria para incluirlos dentro de este sistema.

¹² Ambos (sistema romano frente al sistema británico) pueden ser considerados como «los dos grandes y únicos sistemas originarios del derecho». Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, p. 435.

¹³ *Vid.*, por ejemplo, LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., pp. 425-426. PÉREZ SAUQUILLO, G., *Responsabilidad del heredero...*, cit., pp. 225-226, respecto del BGB como «sistema de sucesión en los bienes». *Vid.* ROCA SASTRE, R. M., «El “Beneficium Separationis” y los actuales sistemas de separación sucesoria», en *Estudios sobre sucesiones*, t. I, Madrid, 1981, pp. 351 ss., donde compara y asimila los sistemas sucesorios de Méjico, Perú, Brasil... con el sistema inglés. GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., pp. 185 ss.

Si así fuera y los adscribiéramos en el «sistema de sucesión en los bienes», no obstante, seguirían apreciándose profundas diferencias entre estos Ordenamientos del Derecho continental y los pertenecientes al sistema del *Common Law*, y el análisis de los Ordenamientos, pretendidamente ubicados dentro del llamado «sistema de sucesión en los bienes», exigiría el estudio de dos ámbitos de comparación diferenciados.

Uno, contraponiendo los Ordenamientos del sistema del *Common Law* con los Ordenamientos personalistas del *Civil Law*; existiendo, desde esta perspectiva, una clara y nítida diferencia entre los dos grandes modelos de liquidación del patrimonio hereditario.

Otro, circunscribiendo el análisis comparativo al Derecho continental y confrontando Ordenamientos de marcadas tendencias personalistas (*v. gr.*, Códigos Civiles de Francia o Italia, que son ejemplos del «sistema de continuación en la persona») con aquellos otros que, por la patrimonialización del efecto sucesorio, se dicen, exponentes del «sistema de sucesión en los bienes» (*v. gr.*, BGB, entre otros). Se apreciaría que, aquí, las diferencias entre los dos «ideales» sistemas de liquidación no son tan radicales¹⁴. En este último ámbito de comparación, la contraposición de sistemas quedaría reducida a un distinto enfoque o punto de vista respecto del alcance de la responsabilidad del heredero. En los sistemas fuertemente inspirados en la tradición romanista se presume que el heredero responde ilimitadamente, salvo que acepte a beneficio de inventario. En los llamados sistemas germánicos (Ordenamientos fuertemente patrimonializados) se presume que el heredero no responde *ultra vires*, salvo que no haya cumplido los requisitos legales para la protección de los acreedores, en cuyo caso responderá ilimitadamente¹⁵.

Todos estos Ordenamientos del Derecho continental fuertemente patrimonializados, no pueden merecer la calificación de «sistema de sucesión en los bienes» porque no es posible su asimilación con los Ordenamientos del *Common Law*; pero, tampoco pueden ser considerados como exponentes del llamado «sistema de continuación de la persona» porque, mediante la regulación de un procedimiento liquidatorio, propenden a

¹⁴ Cfr. PÉREZ SAUQUILLO, G., *Responsabilidad del heredero...*, cit., p. 225: «Realmente, la diferencia entre el sistema de sucesión en los bienes y sucesión en la persona es más espectacular y aparatosa que real».

¹⁵ En este sentido, *vid.* LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., pp. 425-426. PÉREZ SAUQUILLO, G., *Responsabilidad del heredero...*, cit., pp. 225-226. CASTÁN TOBEÑAS, J., *La dogmática de la herencia...*, cit., R. G. L. y J., 1960, pp. 154-155. KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, en ENNECEERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, t. V, vol. 2.º, Barcelona, 1976, pp. 104 a 106. PLANITZ, H., *Principios de Derecho Privado Germánico*, trad. esp. por Carlos Melón Infante, Barcelona, 1957, p. 379. COLIN, A. et CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, t. VII, trad. de la redacción de la R. G. L. y J., con notas sobre el Derecho Civil español por D. De Buen, Madrid, 1955, pp. 326 ss., especialmente, p. 335. MAZEAUD (H. et L.) y Mazeau (J.), *Leçons de Droit Civil*, cit., t. IV, pp. 464-465.

considerar como principal efecto de la sucesión la adquisición de un remanente en favor de los sucesores.

B) NO ES POSIBLE LA ASIMILACIÓN ENTRE LOS ORDENAMIENTOS DEL SISTEMA DEL *COMMON LAW* Y LOS ORDENAMIENTOS DEL DERECHO CONTINENTAL

Todos los Ordenamientos del llamado Derecho continental y sus derivados (Códigos hispanoamericanos) participan de una común inspiración romana (más o menos atenuada, según los casos), y esta común tradición marcará una sustancial diferencia que impedirá su asimilación o comparación con los Ordenamientos angloamericanos¹⁶.

La existencia, en el Derecho continental, de Ordenamientos preponderantemente patrimoniales es fruto de una evolución común a todo el Derecho continental y tendente a la patrimonialización del efecto sucesorio¹⁷; evolución que, en determinados Ordenamientos (aquellos de

¹⁶ Participa de esta opinión RAMOS ARMERO, M., «El beneficio de separación de patrimonios», en *Estudios de Derecho Privado*, bajo la dirección de A. de la E. Martínez-Radio, t. II, Madrid, 1965, pp. 457-458, que rechaza y critica la tendencia doctrinal de aproximar los Ordenamientos del Derecho continental con aquellos del sistema del *Common Law*. En cambio, intentan la aproximación de los referidos Ordenamientos, entre otros, PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho de Sucesiones...*, cit., pp. 67 ss. Ídem., *Fundamentos...*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 10 ss. DE COSSÍO, A., *La intervención de las autoridades judiciales y administrativas en la liquidación de la herencia...*, cit., pp. 73 ss. BUCKLAND y MCNAIR, *Roman Law and Common Law*, cit., pp. 140 ss. y 154 ss.

¹⁷ Esta evolución tendente a la patrimonialización del efecto sucesorio es común en todo el derecho continental tal y como viene a demostrar la fuerte corriente doctrinal que, en la actualidad, se dirige a proponer y arbitrar un sistema sucesorio que disminuya el alcance de la responsabilidad del heredero. Numerosos autores entienden, pues, que la no confusión de patrimonios, la organización de un procedimiento de liquidación del pasivo hereditario y, consiguientemente, la responsabilidad *intra vires hereditatis*, son más conformes con la naturaleza y finalidad moderna de la institución de heredero y con las actuales exigencias del crédito. La solución que se propone es establecer, como régimen general en los actuales Ordenamientos del Derecho continental, la administración separada de los bienes (lograda por la organización de un procedimiento liquidatorio) que persiga, finalmente, la afección del patrimonio hereditario al pago de las deudas. Abogan por una futura reforma en tal sentido, entre otros, BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, trad. esp. por Bacci y Larrosa, Madrid, 1979, p. 582, nota núm. 2. VOCINO, C., *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, Milano, 1942, pp. 12 ss. DE SIMONE, M., *La separazione dei beni ereditari*, Napoli, 1942, pp. 4 ss. PERCEROU, J., *La liquidation du passif héréditaire en Droit limitadamente*, Rev. trim. dr. civ., 1905, pp. 535 ss. DEL MORAL y LUNA, A., *Hacia el heredero limitadamente responsable*, cit., pp. 703 ss. PÉREZ SAUQUILLO, G., *Responsabilidad del heredero...*, cit., pp. 223 a 228. LÓPEZ JACOISTE, J. J., *El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio*, R. G. L. y J., 1958, pp. 473-474. DE CASSO y ROMERO, I./CERVERA y JIMÉNEZ-ALFARO, F., *Diccionario de Derecho Privado*, voz «Aceptación de la herencia», t. I, Barcelona, 1950, p. 133. CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones...*, cit., p. 377. BORDA, G., *Tratado de Derecho civil argentino. Sucesiones*, t. I, Buenos Aires, 1970, pp. 21-22 (*vid.* autores y obras citadas por este autor en la p. 20, nota núm. 18). Otros autores, aunque no participen de esta opinión, advierten que el sistema que impone la responsabilidad del heredero *ultra vires hereditatis* está, actualmente, en discusión y, reseñan los argumentos de *lege ferenda* propuestos por quienes consideran aconsejable un cambio en la valoración del sistema. *Vid.*, a este respecto, MAZEAU (H. et L.) y MAZEAU (J.), *Leçons de Droit Civil*, cit., t. IV, pp. 479 ss. RIPERT, G., y BOULANGER, J., *Traité de Droit Civil*, cit., t. IV, p. 705. COLIN, A. et CAPITANT, H., *Curso elemental*

difícil clasificación en uno u otro sistema de liquidación), ha alcanzado un mayor grado de patrimonialización, propendiendo a considerar como principal efecto de la sucesión la adquisición de un eventual beneficio económico en favor de los herederos o, más genéricamente, de los sucesores. No obstante, ni siquiera en los Ordenamientos más patrimonializados se han llegado a borrar las huellas del vetusto concepto romano de la *successio in universum ius defuncti*¹⁸. Podemos, pues, decir que esta evolución tendente a la patrimonialización del efecto sucesorio participa de dos ideas rectoras: la regulación de un procedimiento liquidatorio y el mantenimiento más o menos atenuado del concepto romano del sucesor universal. Desde luego, la intensidad de la patrimonialización operada es muy distinta en cada uno de los Ordenamientos. Ambas ideas cardinales (procedimiento liquidatorio reglado y mantenimiento del sucesor universal) empero están presentes en todo el Derecho continental, tanto en los Ordenamientos más personalistas (ejemplos del llamado «sistema de continuación de la persona»), como en los más patrimonializados (aquellos de difícil clasificación).

En los Ordenamientos de marcadas tendencias personalistas (*v. gr.*, Francia, Italia...), y pese al mantenimiento de principios y conceptos del Derecho romano, la relación de causalidad entre el concepto de sucesor universal y la responsabilidad ilimitada del heredero ha quedado desdibujada y el alcance de la responsabilidad del heredero se ha desvinculado de la idea de subrogación personal en la esfera del causante para relacionarse con la organización de un procedimiento de liquidación del patrimonio hereditario¹⁹; limitándose *intra vires hereditatis* la responsabilidad del heredero siempre que el proceso liquidatorio asegure la no confusión de los patrimonios²⁰. No obstante, en estos sistemas, la liquidación inorganizada del patrimonio hereditario,

de Derecho civil, trad. esp., t. VII, Madrid, 1955, pp. 334 ss. MARTY, G., *et* RAYNAUD, P., *Les Successions...*, cit., pp. 188 a 190. Por último, explican la evolución de sus respectivos Ordenamientos tendentes a la patrimonialización del efecto sucesorio, entre otros, GALVAO TELLES, I., *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1985, pp. 145 ss. BORDA, G., *Tratado...*, cit., t. I, especialmente, pp. 286 y 304.

¹⁸ *Vid.*, por ejemplo, respecto del Código civil portugués GALVAO TELLES, I., *Direito das Sucessões*, cit., pp. 137 ss. Acerca de la evolución del Derecho mejicano y de la subsistencia de sus raíces romanistas, *vid.* MAGALLÓN IBARRA, J. M., *Instituciones de Derecho Civil*, t. V, *Derecho Sucesorio*, México, 1990, pp. 1 ss.

¹⁹ Existe, en la doctrina de estos Ordenamientos, la común tendencia de considerar que la responsabilidad *ultra vires* ha dejado de ser una consecuencia natural de la sucesión y pasando a ser una incidencia de la liquidación del patrimonio hereditario. *Vid.*, entre otros y como más representativos, VOCINO, C., *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, cit., pp. 12 ss. PERCEROU, J., *La liquidation du passif héréditaire en Droit français*, cit., pp. 535 ss. Ídem., «La liquidation du passif héréditaire en droit comparé spécialement en droit allemand», *Riv. trim. dir. civ.*, 1905, pp. 811 a 874. FLOUR, J. y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., pp. 172 a 174. ANCEL, B., *Cour de cassation (1.º Ch. civ.) 19 juillet 1976*, cit., pp. 339 ss.

²⁰ *Cfr.* COLIN, A. *et* CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, cit., t. VII, p. 335. En este mismo sentido, la limitación de la responsabilidad se debe al hecho de existencia de patrimonios separados, *vid.* NATOLI, U., *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano, 1949, t. II, pp. 65 ss.

y la consiguiente responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero, siguen siendo las consecuencias normales (aunque no necesarias) del principio de continuidad de la personalidad²¹. Obsérvese que en estos Ordenamientos el régimen ordinario es la confusión de patrimonios y la responsabilidad ilimitada del heredero y que, sólo excepcionalmente y como correctivos a las consecuencias perniciosas del sistema, se organiza en ellos un proceso liquidatorio que provoque la separación de patrimonios limitando la responsabilidad del heredero (*v. gr.*, aceptando la herencia a beneficio de inventario)²².

En los Ordenamientos fuertemente patrimonializados del Derecho continental, el alcance de la responsabilidad del heredero ciertamente se desvincula del concepto de sucesión a título universal²³. En ellos el régimen ordinario es la regulación de un procedimiento liquidatorio que evite la confusión de patrimonios y que limite el alcance de la responsabilidad del heredero *intra vires hereditatis*²⁴; pero, en cambio, ni se abandona el concepto de sucesión universal (que conserva hondas raíces romanas)²⁵, ni la institución de heredero dejará de desempeñar un papel central en el fenómeno sucesorio²⁶.

La valoración del sistema del *Common Law* es, por contra, muy distinta. En estos Ordenamientos, y a consecuencia del desconocimiento del concepto de sucesión universal, el fenómeno sucesorio se explica, exclusivamente, mediante la organización de un procedimiento de administración y liquidación del patrimonio hereditario; procedimiento que adquiere

²¹ Cfr. FLOUR, J. y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., p. 173.

²² *Vid. infra*, epígrafe titulado: «Breve referencia a las soluciones adoptadas por los Ordenamientos que pueden ser considerados como ejemplos del sistema de continuación de la persona».

²³ *Vid.*, por ejemplo, BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, pp. 21 ss.

²⁴ Bien, porque el beneficio de inventario sea el cauce liquidatorio ordinario (*v. gr.* Código civil portugués), bien porque toda sucesión sea indefectiblemente sometida a una fase liquidatoria previa e independiente a la posterior adjudicación de los bienes hereditarios (*v. gr.*, Código Civil de México).

²⁵ Pese a la concepción patrimonialista del efecto sucesorio (toda herencia es sometida a una fase liquidatoria, el heredero sólo responderá *intra vires hereditatis*, adquiriendo el eventual residuo) estos sistemas no prescinden del concepto de sucesor universal y continúan explicando esta institución, ya en virtud de la idea de subrogación personal en la posición jurídica del causante (*v. gr.*, art. 1227 CC de Bolivia: «Heredero es aquel que después de la muerte del testador entra en todos los bienes, acciones y derechos del difunto, ocupando el lugar que éste dejó...»), ya mediante la idea de adquisición de un patrimonio que, por influencia de la doctrina romano-helénica de la *universitas*, será concebido como un todo orgánico comprensivo del activo y del pasivo (*v. gr.*, art. 1281 CC de México: la herencia «es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos los derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte»).

²⁶ Ni siquiera en Ordenamientos fuertemente patrimonializados como el peruano (donde el pago de las deudas hereditarias es previo a la adjudicación de bienes por los herederos ejercida por albaceas o ejecutores —cfr. arts. 871 ss— y donde expresamente se huye del concepto romano de *successio* —cfr. art. 660—), el heredero deja de ocupar su tradicional posición de sucesor universal: sigue siendo el responsable personal por las deudas hereditarias (aunque, obviamente, con una responsabilidad limitada —cfr. art. 661—); es, subsidiariamente (en defecto de albaceas), el administrador y liquidador del caudal relicto (cfr. art. 792); y continúa en su consideración de nato ejecutor de las últimas voluntades (lo cual parece desprenderse de los arts. 778 ss.)

re un marcado carácter social y público y que exige la ineludible injerencia de la autoridad²⁷.

Si bien existe una común necesidad de liquidar el patrimonio hereditario (tanto en los Ordenamientos del *Common Law* como en los pertenecientes al *Civil Law*)²⁸, las respectivas instituciones y técnicas jurídicas puestas al servicio de esta común necesidad son, en uno y en otro ámbito, heterogéneas e incluso incompatibles, por más que la doctrina haya intentado una aproximación de los mismos²⁹.

C) PROFUNDAS DIFERENCIAS EN LAS CONFIGURACIONES ESTRUCTURALES DE LOS SISTEMAS SUCESORIOS ACOGIDOS EN LOS PAÍSES DEL *COMMON LAW* Y EN LOS ORDENAMIENTOS DEL DERECHO CONTINENTAL

El concepto de liquidación del patrimonio hereditario, propio del sistema del *Common Law*, como masa de bienes en concurso de acreedores que aproxima su estructura a la liquidación de una sociedad o de los negocios de un quebrado³⁰, que exige la ineludible intervención de organismos de la Administración pública³¹, y que escinde el destino del

²⁷ Vid. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La administración de la herencia en el Derecho español*, cit., pp. 435 a 458. PARRY & CLARK, *op. cit.*, pp. 160 ss.

²⁸ Vid. PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho de Sucesiones...* cit., pp. 75-76.

²⁹ En contra, responden al propósito de aproximar los sistemas del *Civil Law* y *Common Law*, entre otros, PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho de Sucesiones...* cit., pp. 64 ss. RHEINSTEIN, M., *The Law of Decedents' Estates*, cit., p. 590, que propone un paralelismo entre dos procedimientos liquidatorios: el *Statute of nonclaim* (liquidación de la herencia como masa de bienes en concurso de acreedores) con el *Aufgebotsverfahren* (procedimiento intimidatorio regulado en el BGB), señalando (*op. cit.*, p. 698) que la posición de los acreedores hereditarios en uno y otro sistema no se diferencia sustancialmente. Ídem, *op. cit.*, p. 571, que pretende conciliar el concepto de sucesión a título universal (propio del *Civil Law*) con la adquisición unitaria de los bienes (tanto los bienes del *personal estate* como los del *real estate*) por el ejecutor (*personal representative*), actualmente regulada en los sistemas del *Common Law* y cuya finalidad es ofrecer una liquidación global de las deudas en base a la totalidad de los bienes. En un sentido similar, BUCKLAND y MCNAIR, *Roman Law and Common Law*, cit., pp. 140 ss., señala las coincidencias funcionales que pueden existir entre el ejecutor del *Common Law* y el *heres* romano e, igualmente (en las pp. 152 ss.), pretende aproximar el concepto de herencia (típico del Derecho romano) con la actual transmisión unitaria del patrimonio del difunto (en el *Common Law*), en razón de su destino (esto es: la unificación del tratamiento de la *personal property* y de la *real property*, para asegurar el pago del pasivo hereditario).

³⁰ Vid. RHEINSTEIN, M., *The Law of Decedents' Estates*, cit., pp. 571 ss., especialmente, p. 590, con referencia al llamado *Statute of nonclaim* que obliga a los acreedores a reclamar el pago dentro de un periodo breve, si no quieren perder el derecho a ser satisfechos con los bienes inventariados. Igualmente, BROWN, L. N., «Winding Up Decedent's Estates in French and English Law», *Tulane Law Review*, vol. 33, 1959, pp. 631 ss., especialmente, p. 633, que describe la liquidación de la sucesión como liquidación de una masa de bienes colectiva, similar a la liquidación de los negocios del quebrado.

³¹ Vid. RHEINSTEIN, M., *The Law of Decedents' Estates*, cit., pp. 10 ss., que señala cómo los países angloamericanos han desarrollado un sistema sucesorio que se funda en la intervención de los bienes de las personas fallecidas por parte de organismos de la administración pública, aunque paradójicamente estos pueblos sean poco propensos a admitir las interferencias del poder público en los asuntos privados (cfr. p. 12). Abundando en esta idea, vid. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La administración de la herencia en el Derecho español*, cit., pp. 435 ss. que describe la necesidad preteritoria de liquidar el patrimonio en el sistema inglés como una cuestión de orden público y, en su consecuencia, el *personal*

beneficio económico de la función de Administración y ejecución de la herencia³², no tiene parangón en el Derecho continental ni siquiera en los Ordenamientos más fuertemente patrimonializados.

Fuera del ámbito del *Common Law*, la liquidación del patrimonio hereditario se explica y se configura sobre bases muy distintas. En el Derecho continental (y sus derivados), sea cual fuere el grado de patrimonialización del respectivo Ordenamiento, predomina un sistema directo de adquisición hereditaria³³, y la administración y liquidación de la herencia es, de ordinario, encomendada a los herederos, en tanto son sucesores a título universal³⁴; ello, aunque se recurra a una fórmula de administración separada del patrimonio hereditario, bien como mecanismo general (en los Ordenamientos más patrimonializados), bien como regulación específica de determinados supuestos (en los Ordenamientos de claras tendencias personalistas); en cualquiera de los casos, la administración y liquidación de la herencia sigue, normalmente, correspondiendo a los herederos³⁵, y éstos verán limitada su

representative, es casi un funcionario público que se halla sometido al constante, ineludible y severo control de la autoridad pública (cfr. p. 440).

³² El *personal representative* obtiene la «propiedad fiduciaria» de la sucesión y ejerce su cargo como delegado del Poder judicial; a su vez, es el encargado de distribuir el remanente entre los herederos, los cuales son meros destinatarios del residuo. Respecto de la figura del ejecutor y administrador de la herencia en el sistema del *Common Law* (*personal representative*), *vid.*, entre otros, COHN, E. J., *Manual of Cerman Law*, cit., pp. 183 ss. BUCKLAND y MCNAIR, *Roman Law and Common Law*, cit., pp. 143 ss y 154 ss. RHEINSTEIN, M., *The Law of Decedents' Estates*, cit., pp. 584 ss. y 665 ss. PETITJEAN, H., *Fondaments et Mécanisme de la Transmission Successorale...*, cit., pp. 38 ss.

³³ En el denominado Derecho continental (y sus derivados: Códigos Civiles Hispanoamericanos donde se advierten, según los casos, influencias y directrices del derecho español, italiano, francés o alemán) predomina un sistema de adquisición directa que, en su triple vertiente (adquisición de la sucesión, obtención de la posesión y administración de los bienes relictos), se caracteriza por efectuar el sucesor la adquisición hereditaria directamente de su causante, sin interferencia de autoridad o persona alguna. Al respecto, *vid.* ROCA SASTRE, R. M., *La adquisición hereditaria en el Derecho comparado*, cit., pp. 421 ss.; especialmente, *vid.*, acerca de una posible sistematización de los diferentes Ordenamientos en grupos de Códigos que participan de un similar sistema jurídico, pp. 421-422 (notas al pie); respecto del sentido y rasgos característicos del sistema de adquisición hereditaria directa, pp. 422 ss., y sobre la radical oposición entre las soluciones adoptadas en el llamado Derecho continental frente al Derecho angloamericano, pp. 429 y 437 ss. (páginas estas últimas dedicadas al estudio del sistema de adquisición fiduciaria en la órbita de países angloamericanos).

³⁴ A modo de ejemplo y comparando Códigos de tendencias tanto personalistas como patrimonialistas, *vid.* artículo 602, párrafos 2.º y 3.º ZGB; artículos 1922, 1942 y 1967 a 1969 BGB; artículos 718 ss. y 743 ss. *Code civil français*; artículos 459 y, especialmente, 460 *Codice civile italiano*; artículos 1031 ss. Código Civil de Bolivia; artículos 778 ss., especialmente, artículo 792, Código Civil de Perú, artículo 1240, párrafos 2.º y 3.º Código Civil de Chile, artículos 1382 ss. (especialmente, 1382 y 1388) y 3410 ss. (especialmente, 3418) Código civil de Argentina, y otros muchos más Códigos.

³⁵ *Vid.*, por ejemplo, artículos 793 ss. *Code civil français*, respecto de la herencia beneficiaria donde se confiere la administración y liquidación del patrimonio a los herederos; igualmente, artículos 484 ss. *Codice civile italiano*; artículos 1993 ss. BGB; artículos 1247 ss. Código Civil de Chile, teniendo en cuenta que la llamada «aceptación beneficiaria» es, en este último Ordenamiento, el régimen general de liquidación del pasivo hereditario ya que todas las herencias, sin excepción, están sometidas a un proceso de liquidación (se sucede en el «acervo líquido», cfr. art. 959).

responsabilidad a las fuerzas de la herencia, pero seguirán siendo (puesto que son sucesores universales) responsables directos y personales por las deudas hereditarias³⁶.

Es más, incluso cuando se prevenga la necesaria intervención de curadores que administren y liquiden la herencia de forma previa e independiente a la definitiva adquisición de los bienes por los herederos, la organización del procedimiento liquidatorio tampoco será parangonable con el sistema de liquidación del pasivo regulado en los países angloamericanos³⁷. La concurrencia, en su caso, de administradores y ejecutores de la herencia, no alterará sustancialmente la posición jurídica de los herederos en la sucesión, y en lo esencial no interfiere el proceso sucesorio entre el causante y los herederos, ni siquiera en los Ordenamientos más patrimonializados³⁸.

Así pues, en Ordenamientos del Derecho continental de claras tendencias patrimonialistas, aunque la administración y liquidación de la herencia sea ejercida por un executor o albacea³⁹ y, por muy amplias que fuesen las facultades dispositivas de los liquidadores, ello no implica que los herederos queden privados de la propiedad de los bienes hereditarios⁴⁰, ni

³⁶ Sometida la herencia a un procedimiento liquidatorio (cual puede ser, v. gr., el beneficio de inventario), los patrimonios del causante y del heredero no se confunden y la responsabilidad del heredero queda limitada a las fuerzas de la herencia; por lo demás, el heredero continúa siendo el sucesor universal con todas las atribuciones conexas a esta forma de suceder. Vid. GETE ALONSO Y CALERA, M. C., «Comentario al art. 263 Compilación de Cataluña», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. XXIX, vol. 3.º, p. 363; el beneficio de inventario sólo implicará una limitación patrimonial que no influye en lo que significa subentrar en la posición jurídica de *de cuius*. Respecto de la limitación de los actos dispositivos sobre los bienes hereditarios como consecuencia del proceso de liquidación del caudal relicto, *vid.*, entre otros, GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados*, cit., p. 178. FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., pp. 185 a 190. ANCEL, B., *Cour de cassation (1.ª Ch. civ.) 19 juillet 1976*, cit., pp. 344 ss.). En contra, un sector minoritario de la doctrina ha entendido que, sometida la herencia a administración y liquidación, la subrogación del heredero en la posición subjetiva del causante queda aplazada hasta que se produzca la liquidación del caudal relicto; durante todo el proceso liquidatorio no existe una responsabilidad personal del heredero, sino una simple subjeción objetiva de los bienes relictos *cum viribus*. Vid. LÓPEZ JACOISTE, J. J., *El beneficio de separación de patrimonios...*, cit., pp. 493 a 496. CICU, A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, p. 177.

³⁷ Acerca de la administración separada de los bienes por el curador de la herencia, *vid.*, por ejemplo y entre otros, SALVI, C., *La cesione dei beni ai creditori*, Milano, 1947, pp. 53 ss.

³⁸ Vid. ROCA SASTRE, R. M., *La adquisición hereditaria en el Derecho comparado*, cit., p. 437.

³⁹ Ejecutores o albaceas designados por el testador, por la mayoría de los herederos o por el Juez, que necesariamente intervendrán, ya en determinados supuestos (v. gr., BGB), ya, en toda sucesión (v. gr., Código Civil de México).

⁴⁰ Por ejemplo, en el Derecho alemán, conforme al 1981 BGB, la herencia será puesta en administración y liquidada por un curador de bienes designado judicialmente y con amplias facultades de administración y disposición; sin embargo, la propiedad de los bienes sigue perteneciendo a los herederos y el curador sólo será el representante de los herederos en el cumplimiento de sus cometidos (*vid.* 1984 ss. BGB). El Código Civil de México (*vid.* arts. 1706 ss.) prevé que toda herencia, sin excepción, sea sometida a un proceso liquidatorio ejercido por un albacea designado al efecto, bien por el testador, bien por la

entraña en favor de los administradores la posesión propiamente dicha de los bienes hereditarios, ya que éstos sólo tendrán una simple detentación o mera posesión inmediata de los mismos⁴¹. En estos casos (salvo excepciones⁴²) tampoco los herederos quedarán exonerados de una responsabilidad personal por las deudas hereditarias, aunque, obviamente, ésta sea limitada *intra vires hereditatis*⁴³. Y, en general (incluso en los Ordenamientos más patrimonializados), los herederos continúan cumpliendo las funciones propias de su título de adquisición (*v. gr.*, la ejecución de las postreras voluntades del causante)⁴⁴.

D) HETEROGENEIDAD Y VARIEDAD DE SOLUCIONES PROPUESTAS EN EL DERECHO CONTINENTAL

La valoración de los distintos sistemas de liquidación del patrimonio hereditario acogidos en los Ordenamientos del Derecho continental y

mayoría de los herederos, bien por el juez; no obstante, los herederos siguen conservando la propiedad de los bienes hereditarios. También y a modo de ejemplo, el Código Civil de Argentina (art. 3.381) prevé que el heredero conserve su calidad de tal y la propiedad de los bienes, aun en el supuesto extremo de hacer «abandono de los bienes» traspasando entonces la administración y liquidación de la herencia a los acreedores de ésta y a los legatarios (*vid.* BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, p. 274).

⁴¹ Consúltese la valoración que al respecto hace ROCA SASTRE, R. M., *La adquisición hereditaria en el Derecho comparado*, cit., pp. 430 ss., especialmente, p. 436.

⁴² En algunos Ordenamientos se regula la facultad del heredero de hacer abandono de los bienes y en tal caso el heredero se verá liberado de responsabilidad personal entregando el caudal relicto a los acreedores hereditarios para que éstos satisfagan sus créditos. *Vid.*, por ejemplo, 1990 BGB respecto de esta facultad de abandonar los bienes, cuando la ordenación de la administración del caudal relicto no es factible o es suspendida por faltar una masa adecuada a los gastos de este procedimiento, cobrando los acreedores hereditarios por vía de ejecución forzosa.

⁴³ Por ejemplo y con referencia al Derecho alemán, ordenada la liquidación del caudal por un curador de los bienes, el heredero sigue siendo responsable personal por las deudas, aunque con responsabilidad limitada (ello, conforme al 1975 BGB y según se deduce del 1985 del mismo cuerpo legal). No queda, pues, exonerado de una responsabilidad personal que será limitada mientras subsista la administración, pero que incluso puede llegar a ser ilimitada si, una vez terminada la administración, aún quedan acreedores hereditarios desconocidos sin cobrar y el heredero ha dejado transcurrir el plazo que se le concede para formar el inventario y justificar con él el paradero de la masa hereditaria. *Vid.*, en este punto, BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. de la 2.^a ed. alemana y anotado conforme al Derecho español por J. L. Lacruz Berdejo, Barcelona-Madrid, 1953, p. 223. Desde una distinta perspectiva, también en el Código Civil de Perú se establece la responsabilidad personal del heredero (*vid.* art. 871), limitada al valor de los bienes hereditarios (cfr. art. 661) aunque, en este Ordenamiento, toda herencia queda sometida a un proceso liquidatorio ejercido por los albaceas (sobre la indefectible necesidad de albacea en toda sucesión *mortis causa*, *vid.* art. 792 CC Perú) a los cuales se les encomienda todas las funciones de administración y liquidación de la herencia (*vid.*, principalmente, art. 787 CC Perú).

⁴⁴ Por ejemplo en un sistema de fuertes tendencias patrimonialistas, como el contemplado en el Código Civil de Chile, el heredero (y sólo él) es el encargado de cumplir funciones de carácter personal, cuales son: representar al difunto —artículo 1271— y ejecutar las últimas voluntades —artículo 1097—; estas funciones siempre son desempeñadas por el heredero, incluso en los supuestos donde la administración y liquidación de la herencia corresponda a un albacea (testamentario o dativo). También, en el Código Civil de Perú, estas funciones de carácter personal pueden ser encomendadas al heredero: incumbirá a éste el cumplimiento de las mismas, en forma subsidiaria, cuando no exista albacea —cfr. artículo 792 CC Perú.

sus derivados ha de hacerse, necesariamente, desde una perspectiva histórica. Fruto de las respectivas evoluciones históricas serán el desvanecimiento, más o menos intenso, del concepto romano de *successio* y la mitigación o, en su caso, la eliminación de sus tradicionales consecuencias, esto es: la *confusio bonorum* y la responsabilidad del heredero *ultra vires hereditatis*⁴⁵. La progresiva patrimonialización de estos Ordenamientos (muy diversa en su intensidad) viene referida más concretamente al efecto sucesorio perseguido (adquisición de un remanente de bienes como principal finalidad de la sucesión) que a la propia explicación *in genere* del fenómeno sucesorio, ya que en todos estos Ordenamientos ni se destierra el concepto de sucesor universal, ni la figura del heredero ha dejado de tener la consideración de institución central en la organización del Derecho sucesorio. Obsérvese, pues, que incluso en los sistemas sucesorios más patrimonializados (*v. gr.*, Portugal, Méjico, Perú, Chile, etc.) el heredero sigue conservando un evidente sabor romanista⁴⁶.

Ciertamente se plantea un crucial problema: ¿qué queda, en estos actuales Ordenamientos, del *heres* romano?

La cuestión es compleja y no puede simplificarse entendiendo que, hoy en día, el heredero pueda ser considerado un mero adquirente de bienes o un liquidador de la herencia⁴⁷. Entendemos, pues, que las actuales tendencias patrimonialistas no se concretan tanto en proponer un cambio radical del concepto de sucesor universal, como en valorar desde una perspectiva patrimonial (acaso economicista) el efecto sucesorio, esto es: la adquisición de un saldo activo en favor del heredero. Y ello no es incompatible con el mantenimiento (más o menos atenuado) de un concepto romanista de la institución de heredero⁴⁸ ni, con la consideración del heredero como institución central del Derecho sucesorio continental.

E) DIFICULTAD DE CLASIFICAR LOS ORDENAMIENTOS MÁS PATRIMONIALIZADOS DEL DERECHO CONTINENTAL EN UNO DE LOS DOS MODELOS DE LIQUIDACIÓN DEL PASIVO HEREDITARIO

La patrimonialización del efecto sucesorio en el Derecho continental, consecuencia de las respectivas y específicas evoluciones históricas, con-

⁴⁵ En sentido similar, *vid.* ROCA SASTRE, R. M., *El «Beneficium Separationis»...*, cit., pp. 369 ss.

⁴⁶ *Vid.*, respecto del Derecho portugués, GALVAO TELLES, I., *Direito das Sucessões*, cit., pp. 138 ss. Acerca del Derecho mejicano, MAGALLÓN IBARRA, J. M., *Instituciones...*, cit., t. V, pp. 17 ss.

⁴⁷ Conclusión a la que llegan, entre otros, CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones...*, cit., p. 377. BONFANTE, P., *Instituciones...*, trad. cit., p. 582, nota núm. 2. BARASSI, L., *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, trad. y notas de comparación al Derecho español por R. García de Haro de Goytisolo, con la colaboración de M. Falcón Carreras, Barcelona, 1955, pp. 399-400.

⁴⁸ *Vid.*, por ejemplo: Artículo 1227 Código Civil de Bolivia («el heredero... entra en todos los bienes, acciones y derechos del difunto ocupando el lugar que éste dejó...»); artículo 1281 Código Civil de Méjico («el heredero sucede en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos que no se extinguen por la muerte»).

lleva una gran diversidad y complejidad en la regulación de los distintos procedimientos de liquidación del pasivo hereditario acogidos en cada uno de estos Ordenamientos.

Esta complejidad y variedad de soluciones acogidas en la organización de un procedimiento liquidatorio hace imposible el análisis y sistematización de las mismas bajo un criterio exclusivamente dual y simplista de modelos de «continuación en la persona» y «sucesión en los bienes»⁴⁹; dualidad que, de ser posible, exigiría necesariamente regular la liquidación del pasivo optando, bien por mantener el concepto de *successio* con sus consecuencias ordinarias (*confusio bonorum*, responsabilidad *ultra vires hereditatis*...), bien por ignorar absolutamente el concepto de sucesión a título universal y explicar el fenómeno sucesorio por la exclusiva organización de un procedimiento liquidatorio. Nada más lejos de la realidad. La experiencia comparada demuestra que son posibles las combinaciones más complejas y la yuxtaposición de tendencias (de carácter personalista o patrimonialista) más diversas.

Así, por ejemplo, nos puede sorprender que Ordenamientos donde imprescindiblemente se regula una fase liquidatoria previa (que da lugar a la existencia de patrimonios separados)⁵⁰ acojan soluciones «a la francesa» en temas como el pago de las deudas hereditarias (que provocan la división automática de las deudas entre los herederos)⁵¹ o el beneficio de separación (con el establecimiento de un sistema preferencial)⁵²; cuando en el plano teórico y ajustándonos a la explicación dualista, la regulación del beneficio de separación como ordenación de preferencias y la división automática de las deudas entre los coherederos son mecanismos típicos de un sistema personalista («continuación en la persona»), establecidos como contrapeso a la

⁴⁹ Dificultad que algunos autores han tenido en cuenta, intentando, entonces, ensayar otras posibles clasificaciones. Por ejemplo, ROCA SASTRE, R. M., *El «Beneficium Separationis»...*, cit., pp. 342 ss., propone una sistematización del problema, basada en el efecto que produce el procedimiento de liquidación del patrimonio, distinguiendo entre Ordenamientos jurídicos que adoptan el principio de separación de patrimonios como sistema facultativo y Ordenamientos con separación automática de patrimonios. CASTÁN TOBEÑAS, J., *La dogmática de la herencia...*, cit., R. G. L. y J., 1960, pp. 156-157, clasifica los diversos y posibles sistemas de liquidación del pasivo atendiendo al alcance de la responsabilidad del heredero.

⁵⁰ Por ejemplo, en los Códigos Civiles de Chile o Argentina el régimen ordinario es la liquidación de la herencia bajo el llamado beneficio de inventario. Toda sucesión, salvo supuestos residuales, está sometida a una fase liquidatoria previa. *Vid.*, especialmente, artículo 959 CC de Chile: «En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios: 1.º Las costas de publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión. 2.º Las deudas hereditarias. 3.º Los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria. 4.º Las asignaciones alimenticias forzosas. 5.º La porción conyugal a que hubiere lugar... El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley». *Vid.*, también, artículos 1240 ss. 1247 ss. del Código Civil de Chile y artículos 3357 ss. del Código Civil de Argentina.

⁵¹ *Vid.* artículos 1354 ss. del Código Civil de Chile y artículos 3490 a 3493 del Código Civil de Argentina (un dato curioso: el Código Civil de Argentina, siguiendo en ello el modelo francés, acoge la preferencia de los llamados acreedores quirografarios, cfr. artículo 3397).

⁵² *Vid.* artículos 1378 ss. del Código Civil de Chile y artículos 3433 ss. del Código Civil de Argentina.

anarquía liquidatoria (llegando a producirse una relativa separación y afectación de bienes hereditarios en virtud del beneficio de separación) y a la responsabilidad *ultra vires* del heredero (respecto de la separación de bienes)⁵³.

Esta yuxtaposición de tendencias (patrimonialistas y personalistas) y la variedad de combinaciones parecen ser características comunes a todos aquellos Ordenamientos pertenecientes a la familia de Códigos Ibero-americanos. En todos ellos, a pesar de su evidente tradición romanista, resulta muy difícil (tal vez inútil) su encuadre en el llamado sistema de «continuación en la persona» porque su carácter latino no impide una concepción patrimonial (economicista) del efecto sucesorio; y, de otra parte, las raíces romanas en las que se inspiran estos Ordenamientos hacen imposible la asimilación de los mismos con aquellos del sistema del *Common Law*, en orden a la organización de un procedimiento liquidatorio.

F) SUPERACIÓN DE UNA VISIÓN EXCLUSIVAMENTE DUALISTA

Creemos que una explicación exclusivamente dualista de los sistemas de liquidación del pasivo hereditario debe ser superada, no debiendo ser ignorado todo ese extenso conjunto de Ordenamientos que aúnan y combinan tendencias dispares y que propenden a la patrimonialización del efecto sucesorio, sin renunciar a la tradición romanista. La existencia de este conjunto de Ordenamientos viene a demostrar que es posible organizar un proceso liquidatorio que provoque la separación de patrimonios y asegure la satisfacción de los créditos de los acreedores hereditarios, sin acudir a la intervención de un complejo y costoso órgano de administración y liquidación que (a modo del sistema del *Common Law*) exija la estrecha vigilancia de los Tribunales y que prescinda absolutamente del concepto de sucesor universal⁵⁴.

Es oportuno, por tanto, superar una visión exclusivamente dualista y sería preferible y más esclarecedora la distinción entre tres posibles soluciones, en orden a la liquidación del pasivo hereditario. Esto es: la liquida-

⁵³ De ahí que numerosos autores valoren el beneficio de separación y la división automática de las deudas como mecanismos que sólo son útiles en los Ordenamientos que siguen un modelo de «continuación en la persona». Al respecto, puede consultarse ROCA SASTRE, R. M., *El «Beneficium Separationis»...*, cit., pp. 342 a 349. Ídem, ROCA SASTRE, R. M., *Crítica institucional del Código Civil*, cit., p. 44. LÓPEZ JACOISTE, J. J., *El beneficio de separación de patrimonios...*, cit., pp. 484 a 488. La experiencia comparada, por contra, demostrará que ambos mecanismos son compatibles y también útiles en sistemas donde el régimen ordinario es la organización de un procedimiento liquidatorio que evita la confusión de patrimonios. *Vid., infra*, «Breve análisis de los Ordenamientos fuertemente patrimonializados del Derecho continental...» y, principalmente, *vid.* el epígrafe titulado «Ordenamientos donde la responsabilidad del heredero es ordinariamente limitada». Acerca de la compatibilidad entre una efectiva separación de bienes (producida por el beneficio de inventario) y el beneficio de separación como sistema de preferencias para el pago de las deudas hereditarias, puede consultarse GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «El Beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán (Análisis del art. 264 de la Compilación de Cataluña)», *ADC*, 1983, pp. 1378 ss.

⁵⁴ A una conclusión similar llega PUIG BRUTAU, J., *Introducción al Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 76.

ción de la herencia propuesta en los sistemas personalistas (llamados «sistemas de continuación de la persona»), la regulación del procedimiento liquidatorio en el sistema del *Common Law* («sistema de sucesión en los bienes») y la liquidación del patrimonio hereditario en todos aquellos Ordenamientos de marcadas tendencias patrimonialistas que no prescinden de su inspiración romana (Ordenamientos patrimonializados del derecho continental de difícil clasificación en uno de los dos sistemas precitados).

Justificada, pues, la necesidad de superar una visión exclusivamente dualista, nos proponemos estudiar los sistemas de liquidación del pasivo hereditario bajo la triple clasificación ya expuesta.

2. BREVE REFERENCIA A LAS SOLUCIONES ADOPTADAS POR ORDENAMIENTOS QUE PUEDEN SER CONSIDERADOS COMO EJEMPLOS DEL «SISTEMA DE CONTINUACIÓN EN LA PERSONA»

Los Códigos Civiles de Francia, Italia y también el Derecho catalán⁵⁵, entre otros, siguen de forma próxima el patrón del Derecho romano. Sus características más sobresalientes son: la *confusio bonorum* y la ausencia de un procedimiento de liquidación del pasivo hereditario como régimen ordinario, con el consiguiente alcance de la responsabilidad del heredero *ultra vires hereditatis*.

Obviando por ahora toda referencia al Derecho catalán⁵⁶, en estos Ordenamientos, la transmisión *mortis causa* de los bienes, derechos y

⁵⁵ En el presente estudio haremos referencia tanto a la Compilación del Derecho Civil de Cataluña como al actualmente vigente Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre). El Código de Sucesiones ha modificado parcialmente la anterior legalidad, mostrando una tímida evolución hacia la patrimonialización del sistema. Fundamentalmente: agiliza los trámites de la aceptación beneficiaria y de la formación del inventario; de lo cual puede desprenderse que intenta establecer un *doble iter liquidatorio*; esto es: un procedimiento liquidatorio organizado cual sería la herencia beneficiaria y otro inorganizado para los supuestos de aceptación pura y simple. Al respecto, *vid.* el Preámbulo de la citada Ley 40/1991 de 30 de diciembre y compárense los artículos 261 y siguientes de la Compilación catalana y los actualmente vigentes artículos 30 y siguientes del Código de Sucesiones catalán. No obstante, creemos que el actual Código de Sucesiones debe seguir en la consideración de exponente del sistema de «continuación de la persona», pues, en él subsisten sin modificación alguna los grandes principios propios del Derecho romano, tales como el principio de necesidad de heredero en la sucesión (básicamente reconocido en los arts. 1, 3, 67, 102, 125, 136 y 323 y reafirmado con el mantenimiento de la cuarta Falcidia en los arts. 273 ss.), el principio de universalidad del título de heredero (arts. 1 y 34), el principio de incompatibilidad de títulos sucesorios (arts. 3, 41 y 322), entre otros.

⁵⁶ Aunque en el Derecho catalán el fenómeno sucesorio siga sustentándose en la idea de subrogación del heredero en la esfera personal del causante, tras el nuevo Código no puede afirmarse que la adquisición de un remanente de bienes por el heredero sea un efecto secundario, pues, sin duda, en este nuevo Código, el beneficio de inventario ha dejado de ser un mecanismo corrector del sistema para convertirse en el régimen liquidatorio ordinario. Al respecto, compárense el nuevo artículo 30 del Código de Sucesiones catalán que simplifica ostensiblemente los trámites de la aceptación beneficiaria con los antiguos artículos 261 y 199 de la Compilación catalana y los requisitos exigidos en ellos.

obligaciones se explica por el efecto de subrogación global del heredero en la misma posición del causante, siendo secundaria la adquisición de bienes⁵⁷. El heredero, ocupando la misma posición jurídica que su causante, gestiona y administra libremente los bienes hereditarios⁵⁸. No existe regulación de procedimiento alguno para la liquidación del pasivo hereditario, de forma que el heredero irá pagando a los acreedores (sin distinguir entre acreedores hereditarios o personales) y a los legatarios en la medida en que se presenten y sin que, al respecto, se establezca ningún sistema de prioridad o preferencia⁵⁹. Es más, desde el instante en que el heredero ingresa en la posición jurídica de su causante, se refunden dos conjuntos patrimoniales (*confusio bonorum*) en uno solo (patrimonio cuya titularidad pertenece al heredero) y dejan de existir dos clases de deudas (las del causante y las propias); a partir de ahora, existirá un único deudor (el heredero) que responderá de igual manera y con todos sus bienes (*ultra vires hereditatis*) por todo tipo de deudas, siendo indiferente cuál fuese el sujeto pasivo en el momento de generarse el vínculo obligatorio⁶⁰.

Sólo dos institutos, los llamados beneficios de separación de patrimonios y beneficio de inventario (aunque considerados como regímenes excepcionales⁶¹), vendrán a minorar las consecuencias más perjudiciales de la *confusio bonorum* y de la responsabilidad *ultra vires hereditatis*⁶².

A) ACERCA DEL BENEFICIO DE SEPARACIÓN EN LOS «SISTEMAS DE CONTINUACIÓN DE LA PERSONA»

Mediante el llamado beneficio de separación de patrimonios se intenta minorar una de las perjudiciales consecuencias provocadas por

⁵⁷ Acerca de una exposición de las características más relevantes del «sistema de continuación en la persona», *vid.*, por ejemplo, AUBRY, C. *et* RAU, C., *Cours de Droit civil Français*, cit., t. VI, pp. 427 ss.

⁵⁸ Acerca de los amplios poderes del heredero para administrar y liquidar la herencia, como consecuencia de la confusión de patrimonios, *vid.*, por ejemplo, MAZEAU (H. *et* L.) y MAZEAU (J.), *Leçons de Droit Civil*, cit., t. IV, pp. 514 ss.

⁵⁹ Sobre la anarquía liquidatoria como característica peculiar de «los sistemas de continuación de la persona», *vid.*, por ejemplo, FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., pp. 172-173.

⁶⁰ *Vid.*, al respecto, entre otros muchos, CRISTÓBAL MONTES, A., «Antecedentes históricos y de derecho comparado del beneficio de separación», en *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1987, pp. 126-127. MAZEAU (H. *et* L.) y MAZEAU (J.), *Leçons de Droit Civil*, cit., t. IV, p. 460. BARASSI, L., *Instituciones...*, vol. I, trad. cit., p. 413. VOCI, P., «Voz *Erede e eredità*», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XV, Varese, 1966, p. 180.

⁶¹ Sobre la consideración de regímenes excepcionales, *vid.*, entre otros muchos, AUBRY, C. *et* RAU, C., *Cours de Droit Civil Français*, t. VI, París, 1873, pp. 444 ss. DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho civil*, t. II, vol. 2.ª, trad. anotada y concordada con la legislación española de R. Serrano Suárez y J. Santa-Cruz Teijeiro, Madrid, 1978, p. 351.

⁶² Entre otros, *vid.* COLIN, A. *et* CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, cit., t. VII, p. 328. MAZEAU (H. *et* L.) y MAZEAU (J.), *Leçons de Droit Civil*, cit., t. IV, p. 458. MARTY, G. *et* RAYNAUD, P., *Les Successions...*, cit., pp. 164-165. BARASSI, L., *Instituciones...*, vol. I, trad. cit., p. 400. RUGGIERO, R., *Instituciones...*, cit., t. II, vol. 2.º, pp. 362 ss.

la *confusio bonorum* y por la consiguiente anarquía liquidatoria, esto es: evitar que el heredero pague a sus acreedores personales con bienes de la herencia o que éstos exijan el cobro de sus créditos sobre los mismos, previamente y con independencia a la satisfacción de los acreedores del causante y al pago de los legados. En suma, la concurrencia en la misma herencia de acreedores personales del heredero (cuando éste está sobrecargado de deudas) puede empeorar la situación de los acreedores hereditarios y, subsiguientemente, la de los legatarios, mermando el patrimonio de responsabilidad inicial que garantiza el pago de las deudas hereditarias y, en su caso, el de los legados.

El *beneficium separationis* romano, bajo la preocupación de establecer un régimen protector de los créditos hereditarios, apareció como un instrumento separador o aislante de los patrimonios hereditario y privativo del heredero, que, en principio, no suponía un cambio del sistema de responsabilidad *ultra vires hereditatis*, aunque su efecto segregacionista modalizara dicha responsabilidad, sin eliminar su alcance ilimitado⁶³.

En la actualidad, la mayoría de los Ordenamientos que regulan este instituto desde la tradición romanista, han evolucionado regulándolo como un sistema de preferencias para el cobro de las deudas hereditarias y no han conservado el originario efecto aislante de los patrimonios.

El Código civil francés regula el beneficio de separación de patrimonios alterando profundamente la *separatio* romana. Aunque los artículos 878 y 881 del *Code français* utilicen el término «separación de patrimonios», el llamado beneficio de separación no enerva la confusión de patrimonios: sólo atribuye a los acreedores del causante y a los legatarios un derecho de prelación o preferencia para el cobro de sus créditos frente a los acreedores del heredero y respecto de los bienes hereditarios sobre los que se ha hecho valer sus derechos⁶⁴.

⁶³ Sobre el *beneficium separationis* en el Derecho romano, consúltense, por ejemplo: ROCA SASTRE, R. M., *El «Beneficium Separationis»...*, cit., pp. 317 a 341. BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, vol. VI, *La successioni (Parte Generale)*, Milano, 1974, pp. 436 ss. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona-Caracas-México, 1979, pp. 623 a 635. PETIT, E., *Tratado elemental del Derecho Romano*, trad. esp. por José Ferrández González, Buenos Aires, 1980, pp. 727 a 729. VOCI, P., *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1954, p. 540. BIONDO, B., *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1972, pp. 648 ss. Más extensamente, idem, *Diritto Ereditario Romano. Parte generale*, Milano, 1954, pp. 359 ss.

⁶⁴ En general y respecto de la solución acogida en el Código francés como sistema de preferencias para el cobro de las deudas, vid. ROCA SASTRE, R. M., *El «Beneficium Separationis»...*, cit., pp. 342 ss. LÓPEZ JACOISTE, J. J., *El beneficio de separación de patrimonios...*, cit., pp. 484 ss. CRISTÓBAL MONTES, A., *Antecedentes históricos y de derecho comparado del beneficio de separación*, cit., pp. 152 ss. Específicamente, pueden consultarse BAUDRY-LACANTINERIE, G. et WAHL, A., *Traité théorique et pratique de Droit civil*, t. IX, *Des Successions*, vol. 3.º, París, 1905, pp. 468 ss. AUBRY, C. et RAU, C., *Cours de Droit civil Français*, cit., t. VI, pp. 476 ss. MAZEAUD (H. et L.) y MAZEAU (J.), *Leçons de Droit Civil*, cit., t. IV, pp. 522 ss. COLIN, A. et CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, cit., t. VII, p. 383. MARTY, G. et RAYNAUD, P., *Les Successions...*, cit., pp. 184 ss. FLOUR, J. y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., pp. 204 ss.

El Código Civil italiano también opta por un sistema preferencial que, aunque más perfeccionado que el francés⁶⁵, no impide la confusión de patrimonios⁶⁶.

En cambio, el Derecho catalán mantiene el efecto de separación de patrimonios que producía el *beneficium separationis* romano⁶⁷.

La regulación del beneficio de separación, en los Códigos Civiles de Francia e Italia, no desvirtúa la estructura ni los principios informadores del sistema de continuación en la persona⁶⁸. Concebido como un sistema de prelación no evita la confusión de patrimonios y sólo minorra sus consecuencias más perjudiciales⁶⁹. Este beneficio opera de forma singular, adscribiendo determinados bienes hereditarios al pago preferente de los acreedores hereditarios que ejercitaron este derecho⁷⁰. Desde luego, no altera el principio de responsabilidad *ultra*

⁶⁵ Regula con mayor claridad y minuciosidad las relaciones entre acreedores separatistas y no separatistas (cuestión ésta que permanece oscura en el Código Civil francés). Respecto de esta materia, pueden consultarse, preferentemente, DE SIMONE, M., *La separazione dei beni ereditari*, cit., pp. 184 ss. CICU, A., *Derecho de Sucesiones. Parte General*, trad. de J. M. González Porras, con extensas anotaciones de Derecho español común y foral de M. Albaladejo, Barcelona, 1964, pp. 645 ss.

⁶⁶ Sobre una valoración del sistema de preferencias acogido en la regulación del beneficio de separación italiano, pueden consultarse CRISTÓBAL MONTES, A., *Antecedentes históricos y de derecho comparado del beneficio de separación*, cit., pp. 156 ss. ROCA SASTRE, R. M., *El «Beneficium Separationis»...*, cit., pp. 348-349. Especialmente, *vid.* DE SIMONE, M., *La separazione dei beni ereditari*, cit., pp. 65 ss. y 183 ss. BARASSI, L., *Le Successioni per causa di morte*, Milano, 1947, pp. 145 ss. Ídem, *Instituciones...*, vol. I, trad. cit., pp. 407 ss. AZZARITI, G., *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, pp. 136 y ss, especialmente, pp. 143 ss. MESSINEO, F., *Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codici e norme complementari)*, vol. VI, *Diritto delle successione per causa di morte*, Milano, 1962, p. 432.

⁶⁷ Tanto en la Compilación de Cataluña (arts. 264 y 263.3) como en el vigente Código de Sucesiones (arts. 37 y 35, 3.º *in fine*) que reiteran las normas de la anterior legislación. *Vid.*, principalmente, GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán...*, cit., pp. 1377 ss.

⁶⁸ A favor, la práctica totalidad de la doctrina francesa y de la actual doctrina italiana. *Vid.*, por ejemplo, COLIN, A. et CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, cit., t. VII, pp. 384 ss.: «La separación de los patrimonios no modifica nada en principio los efectos normales de la transmisión de la herencia...». En el mismo sentido, *vid.* MARTY, G. et RAYNAUD, P., *Les Successions...*, cit., pp. 183-184. CICU, A., *Derecho de Sucesiones*, trad. cit., pp. 624 ss.: «La configuración del instituto como separación de patrimonios, y como hecho que rescinda... los efectos de la aceptación de la herencia, ha sido expresamente rechazada en el nuevo Código». En contra, que sepamos, RIPERT, G., y BOULANGER, J., *Traité de Droit Civil*, cit., t. IV, p. 826, y parte de los comentaristas del antiguo Código Civil italiano de 1865. Entre estos últimos, consúltense, por ejemplo, LOSAÑA, *La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*, Torino, 1914, pp. 45 ss. VERGA, «La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede», *Riv. dir. civ.*, 1936, pp. 148 ss. Al respecto, CICU, A., *op. cit.*, pp. 621 a 624, hace una reseña acerca de las discusiones y soluciones propuestas por la antigua doctrina italiana. Igualmente, RUGGIERO, R., *Instituciones...*, cit., t. II, vol. 2.º, pp. 369 ss., compendia, las opiniones que mantuvieron los comentaristas del Código de 1865.

⁶⁹ Cfr. MARTY, G. et RAYNAUD, P., *Les Successions...*, cit., p. 184.

⁷⁰ En general y sobre la valoración del principal efecto de este beneficio (vinculación de determinados bienes al pago de deudas hereditarias) *vid.*, entre otros, ROCA SASTRE, R. M., *El «Beneficium Separationis»...*, cit., pp. 371-372. CRISTÓBAL MONTES, A., *Antecedentes históricos y de derecho comparado del beneficio de separación*, cit., pp. 153 ss. Matizando esta valoración algún autor reconoce como efecto del beneficio cierta auto-

vires del heredero, pues los acreedores que no puedan cobrar en forma plena sus derechos con los bienes de la herencia, podrán dirigir su acción contra el patrimonio del heredero⁷¹.

En cambio, en Derecho catalán el beneficio de separación tiene una configuración esencialmente «segregacionista» y la preferencia del cobro sólo será consecuencia de la efectiva separación de patrimonios operada⁷². La separación de patrimonios, en este Ordenamiento, persigue que el patrimonio de responsabilidad con el que contaban los acreedores (patrimonio del causante) se mantenga afecto al pago de sus deudas, prescindiendo de la adquisición hereditaria⁷³. Este beneficio elimina, pues, la *confusio bonorum*⁷⁴, pero no interfiere ni modifica el sistema de responsabilidad hereditaria; por tanto, no evita los efectos de la responsabilidad ilimitada en los supuestos de aceptación pura y simple y de decadencia del beneficio de inventario⁷⁵, y los acreedores hereditarios mantendrán entonces su posibilidad de accionar contra el patrimonio privativo del heredero⁷⁶. Ciertamente, y al igual que ocurría en el Derecho romano, el beneficio de separación regulado en Derecho catalán desvirtuará el régimen de confusión patrimonial⁷⁷. Mas esta posible

mía del patrimonio hereditario. Vid. FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., pp. 201-202. Otros autores, por contra, absolutamente niegan que con el beneficio de separación se produzca una verdadera separación de patrimonios, vid. MAZEAUD (H. et L.) y MAZEAU (J.), *Leçons de Droit Civil*, cit., t. IV, p. 521. Acerca del concreto mecanismo de adscripción de bienes para el pago de deudas, consúltense, entre otros muchos, AUBRY, C. et RAU, C., *Cours de Droit civil Français*, cit., t. VI, pp. 476 ss. BAUDRY-LACANTINERIE, G. et WAHL, A., *Traité...*, cit., t. IX, vol. 3.º, pp. 487 ss. FLOUR, J. y SOULEAU, H., *op. cit.*, pp. 204 ss. COLIN, A. et CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, cit., t. VII, pp. 382-383. BARASSI, L., *Instituciones...*, vol. I, trad. cit., pp. 408 ss. AZZARITI, G., *Le successioni e le donazioni*, cit., pp. 138 ss., especialmente, pp. 147 ss. MESSINEO, F., *Manuale di Diritto Civile...*, cit., vol. VI, pp. 428 ss. CÍCU, A., *Derecho de Sucesiones*, trad. cit., pp. 629 ss. RUGGIERO, R., *Instituciones...*, cit., t. II, vol. 2.º, pp. 373 ss.

⁷¹ Vid. AUBRY, C. et RAU, C., *Cours de Droit Civil Français*, cit., t. VI, pp. 499-500. BAUDRY-LACANTINERIE, G. et WAHL, A., *Traité...*, cit., t. IX, vol. 3.º, pp. 535 ss. FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., p. 202. MAZEAUD (H. et L.) y MAZEAU (J.), *Leçons de Droit Civil*, cit., t. IV, p. 521. COLIN, A. et CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, cit., t. VII, pp. 377 y 384. AZZARITI, G., *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 138. MESSINEO, F., *Manuale di Diritto Civile...*, cit., vol. VI, pp. 431 ss.

⁷² Vid. artículo 37 Código de Sucesiones de Cataluña.

⁷³ Cfr., GETE-ALONSO y CALERA, M. C., *El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán...*, cit., p. 1380. Vid., ROCA SASTRE, R. M., *El «Beneficium Separationis»...*, cit., pp. 368 y 371.

⁷⁴ Cfr. GETE-ALONSO y CALERA, M. C., *El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán...*, cit., p. 1382.

⁷⁵ Vid. artículo 35, 3.º *in fine* Código de Sucesiones de Cataluña: «En previsión de que el beneficio de inventario decaiga, éstos (los acreedores hereditarios) podrán, sin embargo, hacer valer simultáneamente el beneficio de separación de patrimonios».

⁷⁶ Vid. GETE-ALONSO y CALERA, M. C., *El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán...*, cit., p. 1390 ss.

⁷⁷ En Derecho romano, la desviación del régimen de confusión de patrimonios que provoca el beneficio de separación se trataba de explicar recurriendo a la ficción de que las cosas ocurrirían como si el deudor no hubiese fallecido, suponiendo que los acreedores que han impetrado la separación prefieren *defunctum sequi*. Al respecto, vid., las consideraciones que hace CRISTÓBAL MONTES, A., *Antecedentes históricos y de derecho comparado del beneficio de separación*, cit., pp. 129 ss.

desviación del sistema viene configurada como una «prerrogativa»⁷⁸ concedida por el Juez⁷⁹ en favor de acreedores hereditarios y legatarios⁸⁰. Así pues, el beneficio de separación no opera *ministerio legis* y para que sus efectos se produzcan hace falta que sea previamente solicitada por quienes están legitimados para ello, pudiendo sólo gozar de este beneficio aquellos acreedores y legatarios a los que efectivamente se les haya concedido⁸¹.

La posible desvirtuación (Derecho catalán) o minoración (Derecho francés e italiano) de la regla de la *confusio bonorum* no implica un cambio de valoración en las estructuras del llamado «sistema de continuación en la persona». Por el contrario, ésta es una institución típica de los Ordenamientos que siguen este sistema: la necesidad de tutelar los derechos de los acreedores hereditarios y de los legatarios es mayor en los sistemas donde el régimen ordinario sea la confusión de patrimonios⁸².

En Ordenamientos como el francés o el italiano, el beneficio de separación es un simple correctivo de las consecuencias perjudiciales del sistema, y por ello es configurado como un régimen excepcional⁸³: un «privilegio»⁸⁴ concedido a los acreedores hereditarios y legatarios que,

⁷⁸ Término empleado por GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán...*, cit., pp. 1383 ss. En cambio, BORRELL I SOLER, A. M., *Derecho civil vigente en Cataluña*, t. V, *Sucesiones por causa de muerte*, Barcelona, 1944, p. 487, lo califica de «privilegio». Y GASSIOT MAGRET, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, Barcelona, 1980, p. 317, habla de «facultad».

⁷⁹ Siguiendo la tradición catalana el Juez discrecionalmente concede el beneficio de separación y adopta las medidas conducentes a su efectividad. Cfr. artículo 37 Código de Sucesiones catalán: «El Juez, previo inventario de la herencia y previa adecuada justificación, concederá este beneficio y adoptará, en su caso, las medidas conducentes a su efectividad». Vid. BORRELL I SOLER, A. M., *Derecho Civil...*, cit., t. V, p. 486. GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán...*, cit., pp. 1388 ss. ROCA SASTRE, R. M., *El «Beneficium Separationis»...*, cit., p. 368.

⁸⁰ Obsérvese que el actual artículo 37 Código de Sucesiones catalán ha suprimido la legitimación en favor de los acreedores por gastos de última enfermedad que era contemplada por el artículo 264 de la Compilación de Cataluña. Sobre la legitimación de estos acreedores, consúltese, por todos, GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán...*, cit., pp. 1383 ss.

⁸¹ Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán...*, cit., pp. 1383 ss. Ídem: «Comentario al artículo 264 Compilación de Cataluña», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, t. XXIX, vol. 3.º, Madrid, 1986, pp. 389 ss.

⁸² Ciertamente, el beneficio de separación es una institución típica de los sistemas de «continuación de la persona», mas, no sólo es útil y necesaria en estos sistemas, también dicho instituto vendrá a reforzar la protección crediticia en sistemas donde exista peligro de confusión de patrimonios aunque el régimen ordinario sea la liquidación organizada del patrimonio hereditario y la separación de patrimonios. Por ello, no estamos plenamente de acuerdo con las opiniones de RAMOS ARMERO, M., *El beneficio de separación de patrimonios*, cit., p. 456, y de ROCA SASTRE, R. M., *El «Beneficium Separationis»...*, cit., p. 372, que predicen la exclusiva utilidad del beneficio de separación en los sistemas personalistas que sigan la regla de la *confusio bonorum*.

⁸³ Cfr. AZZARITI-MARTÍNEZ, F. S., y AZZARITI, G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1973, p. 180.

⁸⁴ Término utilizado por la doctrina francesa para describir la naturaleza jurídica del beneficio de separación. Vid., entre otros, MAZEAUD (H. et L.) y MAZEAUD (J.), *Leçons de Droit Civil*, cit., t. IV, pp. 472, y 516 ss. RIPERT, G. y BOULANGER, J., *Traité de Droit Civil*, cit., t. IV, p. 826. MARTY, G. et RAYNAUD, P., *Les Successions...*, cit., pp. 181 a 184.

legitimados para ello, opongán la separación⁸⁵ en tiempo oportuno⁸⁶ y con los requisitos exigidos al respecto⁸⁷.

En Derecho catalán, parece tratarse más de una prerrogativa que de un régimen excepcional: obsérvese que no existe plazo preclusivo para invocar tal beneficio⁸⁸ y que el Juez, discrecionalmente, lo concede previo inventario y previa adecuada justificación⁸⁹.

B) ACERCA DEL BENEFICIO DE INVENTARIO EN LOS «SISTEMAS DE CONTINUACIÓN DE LA PERSONA»

El beneficio de inventario se introduce como correctivo de las consecuencias perniciosas que para el heredero tiene el principio de responsabilidad *ultra vires hereditatis*⁹⁰. Este beneficio afecta directamente al sistema de responsabilidad, limitando el alcance de ésta y respondiendo el heredero beneficiario por las deudas hereditarias *intra vires hereditatis*⁹¹.

La introducción del beneficio de inventario en el Derecho romano supuso un giro hacia una concepción más patrimonialista del propio sistema sucesorio romano⁹². La limitación *intra vires* de la responsa-

⁸⁵ Por todos, *vid.* FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., p. 207-208. AZZARITI, G., *Le successioni e le donazioni*, cit., pp. 147 ss. MESSINEO, F., *Manuale di Diritto Civile...*, cit., vol. VI, p. 431.

⁸⁶ En Derecho italiano se establece un plazo de caducidad de tres meses, a contar desde el día de la apertura de la sucesión. *Vid.* artículo 516 *Codice Civile*.

⁸⁷ Respecto de los requisitos exigidos en cada uno de estos Ordenamientos para solicitar el beneficio de separación, pueden consultarse, por ejemplo, FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., p. 202. *Vid.* MESSINEO, F., *Manuale di Diritto Civile...*, cit., vol. VI, pp. 427 ss.

⁸⁸ Cfr. artículo 37, 1.º Código de Sucesiones catalán. *Vid.* ROCA SASTRE, R. M., *El «Beneficium Separationis»...*, cit., p. 368.

⁸⁹ *Vid.* GETE-ALONSO y CALERA, M. C., *El beneficio de separación de patrimonios en el Derecho civil catalán...*, cit., pp. 1387 ss. *Idem: Comentario al artículo 264 Compilación de Cataluña*, cit., pp. 389 ss.

⁹⁰ *Vid.*, entre otros, MAZEAUD (H. et L.) y MAZEAUD (J.): *Leçons de Droit Civil*, cit., t. VI, p. 458. BARASSI, L., *Instituciones...*, cit., vol. I, trad. cit., p. 400.

⁹¹ Discutiéndose, tanto en la doctrina romanista como la doctrina de los respectivos Ordenamientos que actualmente regulan el beneficio de inventario (bajo el patrón del Derecho romano), si la limitación de la responsabilidad *intra vires* es de orden cualitativo (*cum viribus*) o cuantitativo (*pro viribus*). Prevalciendo, al respecto, la opinión de que llega a producirse una limitación de orden cualitativo (*cum viribus*). Respecto de la doctrina romanista, *vid.*, por todos, BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, cit., vol. VI, pp. 489-490. IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Instituciones*, cit., p. 626, nota núm. 145 (que cita en este sentido la opinión de la mayoría de los pandectistas y de numerosos romanistas). Acerca de esta posición mayoritaria en las actuales doctrinas francesa e italiana, consúltense, entre otros muchos, CICU, A., *Derecho de Sucesiones. Parte General*, trad. cit., pp. 529 ss. VOCIÑO, C., *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, cit., pp. 72 ss. RADAELLI, S., *L'eredità giacente*, Milano, 1948, pp. 69 ss. FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., p. 186. MAZEAUD (H. et L.) y MAZEAUD (J.), *Leçons de Droit Civil*, cit., t. IV, pp. 410-411. Esta cuestión no plantea ninguna dificultad en el Derecho catalán ya que el artículo 263, 1.º Comp. cat., expresamente, establece la responsabilidad *cum viribus* del heredero beneficiario: «el heredero no responderá de las obligaciones del causante ni de las cargas hereditarias con sus bienes propios, sino únicamente con los bienes de la herencia».

⁹² En general y sobre la valoración de la introducción del beneficio de inventario en el Derecho romano, pueden consultarse entre otros muchos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.,

bilidad del heredero, según alguna reconocida opinión, fue consecuencia del establecimiento de un nuevo sistema de extinción y liquidación de las relaciones jurídicas del causante⁹³; con la aceptación a beneficio de inventario, no llega a producirse la *confusio bonorum* y el patrimonio hereditario queda configurado como un patrimonio separado afecto al pago de las deudas hereditarias⁹⁴; el heredero beneficiario responde limitadamente porque ha cumplido toda una serie de requisitos (fundamentalmente la confección de un inventario⁹⁵) que permiten liquidar el patrimonio hereditario y asegurar a los acreedores hereditarios la satisfacción de sus créditos con los bienes hereditarios⁹⁶. Mas la práctica unanimidad de la doctrina romanista ha estimado que el beneficio de inventario es una situación excepcional dentro del sistema general de confusión de patrimonios y de responsabilidad *ultra vires* del heredero⁹⁷.

En los Ordenamientos que actualmente siguen de forma más próxima el modelo romano, el beneficio de inventario (al igual que ocurría en el Ordenamiento donde se inspiran) introduce una clara tendencia patrimonializante del fenómeno sucesorio. Con el beneficio de inventario se produce una desviación de los contornos normales del fenómeno sucesorio: se evita la confusión de patrimonios y se restringe la responsabilidad del heredero por las deudas del causante a los bienes hereditarios.

Esta desvirtuación del fenómeno sucesorio ha suscitado dificultades a la hora de armonizar el significado de la sucesión a título universal con

La herencia y las deudas del causante, cit., pp. 21 ss. HERNÁNDEZ GIL, A., *El testamento militar (en torno a un sistema hereditario romano)*, Madrid, 1946, pp. 104 ss. BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, cit., vol. VI, pp. 424 y 487 ss.; este último autor afirma que el Emperador Justiniano tuvo el propósito de abolir la responsabilidad *ultra vires*; pues, en su pensamiento ésta no debía ser otra cosa que una penalidad (cfr. *op.cit.*, p.487).

⁹³ Vid. SCHERILLO, G., voz *Inventario (beneficio di)*. *Diritto romano* en «Novissimo Digesto Italiano», t. XV, Torino, 1979, pp. 11 ss.

⁹⁴ En Derecho romano y respecto a la configuración del patrimonio hereditario como patrimonio separado en la herencia beneficiaria, entre otros, pueden consultarse: BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, cit., vol. VI, pp. 487 ss., especialmente, p. 491. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, cit., pp. 625-626. VOCI, P., *Istituzioni di Diritto Romano* cit., p. 541. BIONDO, B., *Istituzioni di Diritto Romano* cit. pp. 647-648. Más extensamente, Idem: *Diritto Ereditario Romano*, cit., pp. 353 ss.

⁹⁵ Cfr. VOCI, P., *Voz Erede e eredità*, cit., p. 181.

⁹⁶ En esta línea, vid. BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano* cit., vol. VI, pp. 487 ss.

⁹⁷ Cabe destacar, al respecto, la opinión de FADDA, C., *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, vol. II, Milano, 1949, pp. 327 y 420. En el mismo sentido, consúltense WINDSCHEID, B., *Diritto Delle Pandette*, Trad. dei professori C. Fadda e P. E. Bensa, con note e riferimenti al Diritto Civile Italiano, vol. III, Torino, 1925, pp. 338-339; y, cuantos autores y obras hemos citado *supra* nota núm. 90. Con un matiz diferente, SCHERILLO, G., *Inventario*, cit., p. 12, quien afirma que el beneficio de inventario implica la implantación en el Derecho Romano de un sistema contrapuesto y superpuesto a la tradicional *successio*. Desde otra perspectiva, BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, cit., vol. VI, p. 487, relativiza el carácter excepcional del beneficio de inventario en el Derecho romano y llega a afirmar que conforme a la idea del legislador, la responsabilidad limitada es la ordinaria y la responsabilidad ilimitada será una consecuencia de la omisión del inventario y no una consecuencia necesaria de la aceptación.

el efecto que pretende la herencia beneficiaria (la separación de patrimonios y la responsabilidad limitada del heredero)⁹⁸.

A este respecto, se llegó a dudar acerca de la naturaleza jurídica del heredero beneficiario; si éste era o no heredero, o si, siéndolo, era el deudor que ocupaba el lugar del difunto, o si, más que un heredero, era una especie de administrador de los bienes relictos en interés de acreedores y legatarios⁹⁹. Actualmente, esta cuestión ha quedado zanjada y no es objeto de controversia alguna afirmar que el heredero beneficiario es, con todas sus consecuencias, heredero aunque su responsabilidad esté limitada patrimonialmente¹⁰⁰.

De otra parte, en los llamados «sistemas de continuación de la persona», el beneficio de inventario es considerado como un régimen excep-

⁹⁸ Las construcciones dogmáticas más clásicas, que centran la explicación de la sucesión a título universal, bien en la idea de continuación de la personalidad del causante (v. gr., ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette*, versione italiana di F. Serafini, vol. III, Bologna, 1879, ed. facsímil de Arnaldo Forni Editore, 1981, pp. 129 ss. AUBRY C. et RAU, C., *Droit Civil Français*, t. IX, París, 1917, pp. 375 ss.), bien concepción de la herencia como *universitas iuris* (v. gr., vid. WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, trad. cit., vol. III, pp. 101 ss.), tenían serias dificultades para conciliar la posición jurídica del heredero beneficiario con el intrínseco sentido de la sucesión a título universal; ya, porque dos patrimonios separados no pudieran pertenecer a un mismo sujeto, esto es, al heredero (Vid. AUBRY, C., et RAU, C., *Op. y loc. cit.*, pp. 333 ss.), ya porque la herencia como *universitas* comprendía todas las deudas con independencia de si el patrimonio activo ofrecía o no la suficiente cobertura (Cfr. WINDSCHEID, B.: *Op. loc. y pp. cit.*). Mas, en la actualidad, no existe obstáculo alguno en admitir que dos patrimonios (el del heredero y el hereditario), permaneciendo diferenciados e individualizados, pertenezcan a un mismo titular: el heredero (Vid. DE SIMONE, M., *Il ralasio dei beni nell' eredità beneficiata*, Napoli, 1941, *passim*). Además, la transmisión de las deudas hereditarias y la responsabilidad limitada del heredero beneficiario es, hoy, fácilmente explicada desde una concepción objetiva del fenómeno sucesorio, esto es, en virtud de un patrimonio unificado en razón de su destino que, alejándose del concepto de *universitas iuris*, propone la concepción de patrimonio hereditario afecto al pago de las deudas y cargas de la herencia. V. gr., vid. CARIOTA-FERRARA, L., *Le Successioni per causa di morte*, t. I, *Principi. Problemi fondamentali*, Napoli, 1959, pp. 115 ss. PINO, A., *Il patrimonio separato*, Padova, 1950, *passim*. A este último respecto consúltese, también, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., *passim*.

⁹⁹ Sobre las posiciones de la doctrina extranjera que, a este respecto, discutió la naturaleza jurídica del heredero beneficiario (fundamentalmente la antigua doctrina francesa y los comentaristas del Código civil italiano de 1865), vid. VOCINO, C., *Contributo alla dottrina del beneficio d' inventario*, cit., pp. 72 ss. Ídem, *Inventario* (beneficio di). *Diritto civile* en, *Novissimo Digesto Italiano*, t. IX, Torino, 1979, pp. 14 ss.

¹⁰⁰ Vid. VOCINO, C., *Contributo alla dottrina del beneficio d' inventario* cit., p. 195. Ídem: *Inventario*, cit., p. 17. A este respecto, por ejemplo, vid. GETE-ALONSO y CALERA, M. C., *Comentario al art. 263 Compilación de Cataluña*, cit., pp. 362 ss., claramente expresa que es posible separar la «asunción de la cualidad de heredero» de la «fijación del régimen de responsabilidad». En contra y excepcionalmente, algún autor; que sepamos, CICU, A., *Derecho de Sucesiones. Parte General*, trad. cit., pp. 517 ss. y 529 ss., que niega que el heredero beneficiario sea deudor personal y asimila su situación a la del adquirente de una finca hipotecada que responde pero no debe; aunque, al respecto, precisa (*op. cit.*, pp. 542 ss.) que la falta de subrogación en la relaciones pasivas no implica que, en las demás relaciones jurídicas, el heredero ocupe el puesto de su causante. En España, en un sentido análogo, LÓPEZ JACOISTE, J. J., *El beneficio de separación de patrimonios* cit., pp. 494-495, llega a afirmar que «... la *successio in locum et jus* queda suspendida, de forma que se aplaza hasta la liquidación de las deudas la subrogación del heredero en la posición subjetiva dejada vacante por el causante».

cional¹⁰¹; porque el efecto sucesorio pretendido en tales sistemas es la subrogación personal del heredero en la posición jurídica del causante, y salvo el supuesto de herencia beneficiaria, se confundirán los patrimonios y el heredero responderá *ultra vires hereditatis*.

En su consecuencia, comúnmente la doctrina ha explicado la naturaleza de la aceptación beneficiaria como «forma especial», «modalidad» o «condición» de la aceptación de la herencia¹⁰². La excepcionalidad de este régimen radicaría, precisamente, en que ésta es la «forma» de aceptación que únicamente permite la ley para restringir el alcance de la responsabilidad del heredero¹⁰³. No obstante, la explicación del beneficio de inventario como «forma» o «modalidad» de la aceptación ha sido superada por la doctrina más reciente¹⁰⁴. Actualmente, partiendo de la concepción común de la herencia beneficiaria como supuesto de separación de patrimonios¹⁰⁵, se explica la limitación de la responsabilidad *intra vires* como

¹⁰¹ *Vid.*, por ejemplo y entre otros muchos, AUBRY, C. et RAU, C., *Cours de Droit Civil Français*, cit., t. VI, pp. 444 ss. Con la salvedad del actual Código de Sucesiones Catalán donde el beneficio de inventario no puede ser considerado como régimen excepcional pues en sus artículos 16 a 37 regula tanto la aceptación pura y simple como la beneficiaria estableciendo un doble *iter* liquidatorio de carácter facultativo, agiliza los trámites y requisitos de la aceptación beneficiaria, amplía ostensiblemente los supuestos de beneficio de inventario de pleno derecho y establece una normativa propia y extensa de este beneficio atendiendo a su consideración de simple procedimiento liquidatorio. Respecto de esta valoración, consúltese el Preámbulo de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre.

¹⁰² Al respecto, *vid.* VOCINO, C., *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, cit., pp. 195 ss., que analiza las distintas posiciones doctrinales con indicación de los autores que las siguen. Ídem: *op. cit.*, pp. 221 ss., expone su tesis que fundamentalmente, consiste en separar, como negocios distintos y autónomos, el acto de la aceptación del acto que afecta al tipo de responsabilidad: por la aceptación (que es un derecho potestativo) se produce la sucesión y el llamado hace suyas las obligaciones del causante respondiendo *ultra vires hereditatis*, por «el otro acto» (que debe considerarse un negocio de naturaleza procesal, por desarrollar sus efectos en el ámbito de la ejecución forzosa y ante el incumplimiento de las obligaciones del causante) el heredero restringe la responsabilidad excluyendo de ella sus propios bienes y, en consecuencia, es otro derecho potestativo que nace como efecto del ejercicio de la aceptación (supone una «modalización» de la aceptación de la herencia).

¹⁰³ *Cfr.* CÍCU, A., *Derecho de Sucesiones. Parte General*, trad. cit., p. 522: «La excepcionalidad de la figura consiste precisamente en esto: que la ley, ...permite al heredero sustraerse a uno de los efectos propios de la adquisición hereditaria: subentrando en el puesto del difunto en todas las relaciones jurídicas transmisibles debería subentrar también en las deudas; pero se le permite que no subentre en ella». *Vid.* AZZARITI, G., *Le successioni e le donazioni* cit., pp. 147 ss.

¹⁰⁴ Por ejemplo, *vid.* BRAMA, R., *Accettazione di eredità con beneficio di inventario*, Milano, 1987, pp. 37 ss.

¹⁰⁵ Esta es la concepción que predomina mayoritariamente en la doctrina francesa, italiana y catalana. Entre otros, *vid.* CARIOTA-FERRARA, L., *Le Successioni per causa di morte* cit., t. I, pp. 115 ss. PINO, A., *Il patrimonio separato*, cit., pp. 56-57. MASSIMO BIANCA, C., *Diritto civile*, t. II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985, p. 416. BRAMA, R., *Accettazione di eredità con beneficio di inventario*, cit., pp. 35-36. FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., pp. 184 ss. AUBRY, C. et RAU, C., *Cours de Droit Civil Français*, cit., t. VI, pp. 544 ss. GASSIOT MAGRET, J., *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, cit., p. 316. PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRÍAS, E., *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, t. III, vol. 2.º, Barcelona, 1979, pp. 517 y 527-528. BORRELL I SOLER, A. M., *Derecho Civil...*, cit., t. V, p. 477. GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., *Comentario al art. 263 Compilación de Cataluña*, cit., pp. 362 ss., entendiéndose esta autora que la separación de patrimonios es «el efecto más visible del beneficio de inventario» (*Cfr.*, p. 367).

consecuencia del establecimiento de un procedimiento liquidatorio¹⁰⁶. Acertadamente, la doctrina más actual pone de manifiesto la correlación entre la regulación de un procedimiento liquidatorio que enerva la confusión de patrimonios y el alcance limitado de la responsabilidad del heredero¹⁰⁷. Pero a pesar de esta última posición doctrinal, el beneficio de inventario, en Ordenamientos como el francés o el italiano, continúa en su consideración de régimen excepcional: puede que la responsabilidad *ultra vires* no sea un efecto necesario de la sucesión; en cambio, sí será su consecuencia natural y lógica¹⁰⁸. El beneficio de inventario es un simple correctivo de las consecuencias perniciosas que para el heredero tiene el principio general de responsabilidad ilimitada, y de ahí el carácter facultativo que tiene este beneficio en los sistemas de «continuación de la persona». Se pensará en este beneficio como instituto característico de estos sistemas¹⁰⁹, en tanto que es el medio adecuado para fomentar la aceptación de herencias insolventes¹¹⁰. Pero, a su vez, será un instituto singular que exigirá, para obtener esta excepcional limitación de la responsabilidad, el cumplimiento de numerosos y complejos requisitos¹¹¹.

Si, ciertamente, el beneficio de inventario provoca una desviación de los contornos normales del fenómeno sucesorio, esta desviación no supondrá un cambio en la valoración del sistema: el heredero beneficiario seguirá siendo el deudor personal, con una potencial responsabilidad *ultra vires hereditatis*, materializada en todos los supuestos de decadencia del beneficio de inventario¹¹²; de ahí, que el rasgo característico de los sistemas de «continuación de la persona» continúe siendo la anarquía liquidatoria y la confusión de patrimonios¹¹³.

¹⁰⁶ Por ejemplo, *vid.* GETE-ALONSO y CALERA, M. C., *Comentario al art. 263 Compilación de Cataluña*, cit., pp. 362 ss., quien claramente señala que la separación bienes y la organización de un procedimiento de liquidación del patrimonio son los instrumentos por los cuales se consigue el efecto que pretende el beneficio de inventario, esto es: limitar *intra vires hereditatis* la responsabilidad del heredero.

¹⁰⁷ Consúltense, entre otros, FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., pp. 185 y 190. ANCEL, B., loc. cit., pp. 344 ss. NATOLI, U., *L'amministrazione dei beni ereditari* cit., t. II, pp. 65 ss.

¹⁰⁸ Por ejemplo, *vid.* FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., p. 173, pone de manifiesto que la ausencia de un procedimiento de liquidación (y la consiguiente responsabilidad ilimitada) es una consecuencia «natural» del sistema de continuación de la persona (aunque no sea consecuencia necesaria) y bajo este prisma estudia la aceptación a beneficio de inventario como régimen excepcional de carácter facultativo (pp. 186 ss.).

¹⁰⁹ Cfr. ROCA SASTRE, R. M., *Crítica institucional*... cit., p. 50.

¹¹⁰ Cfr. ELÍAS, J., A. y FERRATER, E., *Manual del Derecho civil vigente en Cataluña*, Barcelona, 1885, p. 790. CICU, A., *Derecho de Sucesiones. Parte General*, trad. cit., pp. 517-518.

¹¹¹ Así, por ejemplo, MAZEAUD (H. et L.) y MAZEAU (J.): *Leçons de Droit Civil*, cit., t. IV, pp. 404 ss., muestra que la aceptación beneficiaria es un supuesto excepcional en el sistema francés. Los numerosos y complicados requisitos que se le exigen al heredero beneficiario para que su beneficio no decaiga, aconsejan que se siga el sistema de aceptación pura y simple en una sucesión indiscutiblemente solvente y que, ante una herencia insolvente, sea preferible su no aceptación.

¹¹² Por ejemplo, *vid.* BRAMA, R., *Accettazione di eredità con beneficio di inventario*, cit., pp. 104 ss. y 145 ss.

¹¹³ Entre otros muchos, *vid.* FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., pp. 189 a 191. RIPERT, G., y BOULANGER, J., *Traité de Droit Civil*, cit., t. IV, pp. 699, 701 y 707.

C) PLURALIDAD DE HEREDEROS Y DIVISIÓN DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS ENTRE LOS MISMOS Y EN PROPORCIÓN A SU CUOTA HEREDITARIA, COMO REGLA GENERAL EN LOS LLAMADOS «SISTEMAS DE CONTINUACIÓN DE LA PERSONA»

En estos sistemas, la ausencia de un procedimiento liquidatorio impide toda posible cohesión entre deudas hereditarias y bienes del causante; verificada la sucesión, los bienes del causante se distribuyen entre los herederos y se disuelven, indiferenciadamente, en los respectivos patrimonios de cada uno de los herederos y, consiguientemente, se operará, igualmente, la división de las deudas entre los coherederos¹¹⁴. Se produce, pues, una profunda alteración del régimen que garantiza el pago de las deudas hereditarias: el acreedor en lugar de un deudor (el causante), tendrá varios de muy distinta solvencia (cada uno de los coherederos) los cuales responderán con su respectivo patrimonio (dada la confusión patrimonial operada) de forma parciaria y en proporción a su cuota hereditaria¹¹⁵.

Aunque la regla de división *ipso iure* de las deudas hereditarias entre los coherederos, usualmente, se ha explicado en consonancia con los rasgos estructurales del llamado «sistema de continuación de la persona»¹¹⁶, no obstante, no parece que dicha regla sea un efecto consubstancial de la *successio*¹¹⁷.

Recordemos que la regla de división *ipso iure* de las deudas hereditarias entre los varios herederos fue impuesta, en Derecho romano, por la Ley de las XII Tablas, y que, originariamente, cada coheredero era responsable *in solidum* por las deudas de su causante frente a los acreedores¹¹⁸.

CICU, A., *Derecho de Sucesiones. Parte General*, trad. cit., p. 541. Especialmente, consúltese, VOCINO, C., *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, cit., pp. 398 ss.

¹¹⁴ Vid. CICU, A., *Derecho de Sucesiones. Parte General*, trad. cit., pp. 465-466.

¹¹⁵ Sobre la valoración del principio de división *ipso iure* de las deudas hereditarias, vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 16-17.

¹¹⁶ Al respecto, vid. MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Les Successions...*, cit., pp. 212-213, quien afirma que esta regla es una consecuencia más del principio de continuación de la persona; la falta de un procedimiento de liquidación y la ausencia de una individualización del patrimonio hereditario impedirá que los acreedores hereditarios puedan satisfacer íntegramente sus créditos con los bienes hereditarios, debiendo dirigirse contra los actuales dueños de los mismos y en la proporción en que han heredado dichos bienes.

¹¹⁷ Así, otros autores, v. gr., FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions* cit., pp. 176-177, expresan que esta regla es contraria a la idea de continuación de la persona y a la propia naturaleza indivisible de la *saisine*; de ahí, que sea preciso determinar el alcance de esta regla, entendiéndose al respecto que la división de las deudas tiene fundamento cuando los acreedores hereditarios se dirigen contra los bienes personales del heredero; en cambio, carecerá de sentido si se reclama el pago de los créditos sobre los bienes hereditarios por tanto, antes de la partición, los acreedores hereditarios podrán satisfacer sus créditos íntegramente y sobre la totalidad de los bienes hereditarios y, en este sentido, cita sentencias favorables. Igualmente, vid. RIPERT, G., y BOULANGER, J., *Traité de Droit Civil*, cit., t. IV, pp. 786-787, quien entiende que la regla de división de las deudas hereditarias entre los herederos es la consecuencia lógica de la pluralidad de titulares que llega a producirse tras la partición.

¹¹⁸ Vid. BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, cit., vol. VI, p. 84-85, quien sostiene que esta regla fue la primera limitación establecida a la carga excesiva de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* de los herederos.

Al respecto, la doctrina más actual explica la división de las deudas simplemente como una especie de compensación o contrapeso en favor de los herederos que responden *ultra vires hereditatis*¹¹⁹. Y reconociendo por otra parte el perjuicio que ocasiona al acreedor hereditario esta regla, propone la corrección de este efecto limitando ostensiblemente, mediante excepciones, los supuestos donde rige la regla de divisibilidad de las deudas¹²⁰.

A pesar de todo ello, en los llamados sistemas «puros» de continuación de la persona la regla base sigue siendo la división *ipso iure* de las deudas hereditarias.

Muestra de ello son los siguientes preceptos:

El artículo 873, *Code civil français*: «*Les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout; sauf leur recours, soit contre leur cohéritier, soit contre les légataires universels, à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer*». El artículo 1220 *Code civil français*: «*... La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur* »¹²¹.

El artículo 752, *Codice civile* italiano: «*I coerederi contribuiscono tra loro al pagamento dei debiti e pesi ereditari in proporzione delle loro quote ereditarie...*». El artículo 754,1 *Codice civile* italiano: «*Gli eredi sono tenuti verso i creditori al pagamento dei debiti e pesi eretari personalmente in proporzione della loro quota ereditaria...*»¹²².

¹¹⁹ Vid. FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., p. 176. ANCEL, B., loc. cit., p. 344.

¹²⁰ Respecto de las excepciones propuestas por la doctrina justificadas, bien por la naturaleza de la deuda (deudas indivisibles, hipotecarias, obligaciones tributarias...), bien por la voluntad del testador (que imponga, v. gr., el cumplimiento de la obligación a cargo de un heredero) o por la actuación de los sucesores al administrar o liquidar la herencia, citamos, a modo de ejemplo, la consulta de los siguientes autores: RIPERT, G. y BOULANGER, J., *Traité de Droit Civil*, cit., t. IV, pp. 790 ss. COLIN, A. et CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, cit., t. VII, pp. 341 ss. FLOUR, J., y SOULEAU, H., *Les Successions*, cit., pp. 178-179. MARTY, G., et *Les Successions...* cit., pp. 215 ss. AZZARITI, G., *Le successioni e le donazioni*, cit., pp. 732 ss. CICU, A., *Derecho de Sucesiones. Parte General*, trad. cit., pp. 870 ss. BORRELL I SOLER, A. M., *Derecho Civil...*, cit., t. V, pp. 473-474. PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRÍAS, E., *Fundamentos...*, cit., t. III, vol. 2º, pp. 555-556. PUIG FERRIOL, L., *Comentario al art. 100 de la Compilación de Cataluña*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por Manuel ALBALADEJO, t. XXVIII, vol. 1º, Madrid, 1982, pp. 50 ss.

¹²¹ El *Code Civil* reconoce una excepción a esta regla en su artículo 815-17, reformado por ley número 76/1286, de 31 de diciembre de 1976: en esta norma, se les reconoce a los acreedores hereditarios la facultad de perseguir el embargo y venta de los bienes indivisos, dispensándoles, entonces, de fragmentar sus acciones y eludiendo, así, el posible concurso con los acreedores del heredero.

¹²² No obstante, el propio *Codice Civile* establece importantes y numerosas excepciones a esta regla, entre ellas: la indivisibilidad de los créditos garantizados con hipoteca y de la deudas de naturaleza indivisible (cfr. art. 754 CC it.); la posibilidad de realizar el pago de las deudas hereditarias antes de efectuar la partición y mediante la venta de bienes muebles o inmuebles acordada por determinados sucesores (cfr. 719 CC it.); la realización de un pago predivisional en dos procedimientos liquidatorios distintos (el procedimiento

El artículo 1, 2.º pfo., Código de Sucesiones catalán: «Si concurren a la sucesión simultáneamente, una pluralidad de herederos, adquieren el patrimonio hereditario en proporción a sus respectivas cuotas. Sin embargo, las obligaciones y cargas de la herencia se dividen en proporción a las respectivas cuotas sin solidaridad entre los herederos»¹²³.

D) JUICIO DE ESTOS SISTEMAS

La organización de la sucesión *mortis causa* está basada en el efecto que se pretende conseguir, esto es: en la subrogación del heredero en las relaciones jurídicas del causante y en la pervivencia relativa de las mismas, aún después de la muerte. La muerte del causante no implica una situación análoga a la quiebra; por el contrario se pretende que la relación crédito-deuda continúe (dentro de lo posible) su vida normal y que el deudor difunto sea sustituido por su heredero como nuevo deudor¹²⁴. Por todo, la configuración estructural del fenómeno sucesorio guarda una exacta correlación con el «contenido sustancial» de la institución de heredero (como sucesor *in locum et in ius* del causante)¹²⁵, y la figura del heredero es, definitivamente, una institución de derecho necesario: la única institución que garantiza la transmisión *mortis causa* de los bienes, derechos y obligaciones¹²⁶.

concurral y el abandono de los bienes) regulados dentro del instituto del beneficio de inventario (Cfr. arts. 498 ss. y 507-508 CC it., respectivamente).

¹²³ Norma que reitera la doctrina del artículo 100 Compilación de Cataluña: «Los derechos, obligaciones y las cargas de la herencia cuando fueren varios los herederos, se dividen en proporción a las respectivas cuotas, sin solidaridad entre ellos».

¹²⁴ Todas estas consideraciones y otras más son claramente expuestas por la doctrina francesa y catalana, destacándose en este tema la abundantísima literatura italiana. Al respecto, pueden consultarse cuantos autores y obras hemos ido citando en las notas precedentes, a los cuales pueden agregarse, entre otros y como más significativos, PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 109 de la Compilación de Cataluña, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por Manuel ALBALADEJO, t. XXVIII, vol. 1.º, Madrid, 1982, pp. 182 ss. CARIOTA-FERRARA, L., *Problemi di teoria generale nel Diritto ereditario*, Riv. Dir. Civ., 1955, pp. 14 ss. COVIELLO, N., *Delle successione. Parte Generale*, ed. enteramente rehecha por L. COVIELLO, Napoli, 1935, pp. 1 ss. BARBERO, D., *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936, pp. 430 ss. NICOLA, R., *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, pp. 134 ss. CAPOZZI, G., *Successioni e donazioni*, t. I, Varese, 1983, pp. 41 ss.

¹²⁵ ¿Cuál es el contenido sustancial de la institución de heredero? No pretendemos, desde luego, dar respuesta a esta cuestión. Mas creemos oportuno señalar a este respecto que en la actualidad (incluso en los Ordenamientos que participan de una concepción personalista del fenómeno sucesorio, cuales son los que ahora examinamos), la institución de heredero ha perdido su basamento moral y de orden intelectual, propio de la vieja tradición romana, que configuraba al heredero como el continuador de la esfera personalísima del causante, como el curador de su «herencia moral». El heredero ha dejado de ser una necesidad «moral» de continuación de la personalidad, para convertirse, en los llamados sistemas «de continuación de la persona», en el medio técnico que explica el problema de la transmisión *mortis causa* de los bienes y las obligaciones del causante. Vid. RIPERT, G., y BOULANGER, J., *Traité de Droit Civil* cit., t. IV, pp. 705-706. ¿Estandemos, tal vez, asistiendo a un dilatísimo proceso de «empobrecimiento» del concepto de heredero?

¹²⁶ Expresamente, califican la institución de heredero como institución de derecho necesario o de orden público: FERRI L., «Disposizioni generali sulle successioni. Libro segundo: Successioni (arts. 456-511)», en *Commentario del Codice civile a cura di A. Sialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1980, p. 16. COVIELLO, L., *Diritto Successorio*, Baria, 1962, p. 10.

Las tendencias patrimonializantes que pudieran advertirse (en virtud de los beneficios de inventario y de separación) son simples correctivos de las consecuencias perniciosas que el sistema tiene, tanto para los herederos como para los acreedores hereditarios. No provocan una desvirtuación del efecto de subrogación personal del heredero en la posición del difunto sino que agregan, a este pretendido efecto, la finalidad de garantizar el cumplimiento de las deudas hereditarias con los bienes de la herencia (o con determinados bienes) y la posibilidad de que el heredero obtenga un eventual beneficio económico (el remanente de los bienes) siempre que él se someta a un procedimiento de liquidación del pasivo hereditario. A pesar de ello, en estos Ordenamientos el heredero seguirá conservando potencialmente la responsabilidad *ultra vires hereditatis*.

3. BREVÍSIMA REFERENCIA A LAS CARACTERÍSTICAS QUE CONSIDERAMOS MÁS PECULIARES DEL SISTEMA DEL «COMMON LAW»

En este tema es obligada la referencia a los Ordenamientos anglo-americanos en tanto que, siendo exponentes del «sistema de sucesión en los bienes», explican cómo ultimar la transmisión *mortis causa* de los bienes y derechos acudiendo a la organización de un procedimiento liquidatorio del patrimonio hereditario¹²⁷. Pero, ahondando más, el sistema del *Common Law* viene a demostrar que el heredero no es una institución de «derecho natural» (no es institución consubstancial al fenómeno sucesorio); el concepto de sucesor universal es prescindible y todos estos Ordenamientos lo ignoran, produciéndose, no obstante, la transmisión de los bienes y derechos¹²⁸.

En el Derecho anglosajón la sucesión se produce en dos etapas: una primera fase de administración y liquidación del patrimonio hereditario, llevada a cabo por el *personal representative* y (en su caso) por la figura del *trusts*¹²⁹; una segunda fase de distribución del residuo entre los beneficiarios, ya fueren éstos los designados en testamento (*general residuary legacy*), ya los llamados por ley¹³⁰. El fenómeno sucesorio, en estos Ordenamientos, conlleva la indefectible intervención del *personal representative*¹³¹ que, aunque técnicamente sea considerado como representante del difunto, en verdad es

¹²⁷ Este será el principal interés que ofrece el estudio de estos Ordenamientos para los juristas del derecho continental. Vid. PUIG BRUTAU, J., *Introducción al derecho de sucesiones por causa de muerte...*, cit., pp. 66 ss. y 75.

¹²⁸ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de sucesione. Parte General*, Barcelona, 1961, pp. 33-34: «La sucesión universal *mortis causa* es una particularidad del Derecho continental romanizado, habiendo otros procedimientos para atender a la necesidad de distribuir los bienes y salvar los derechos adquiridos, a la muerte de un titular». Igualmente, vid. COHN, E. J., *Manual of Cerman Law*, cit., p. 183.

¹²⁹ Vid., por todos, CLARK, J. B., *The Law of Succession*, London, 1983, pp. 134 ss.

¹³⁰ Vid., por ejemplo, PETITJEAN, H., *Fondaments et Mécanisme de la Transmission Successorale...*, cit., pp. 121 ss. y 133 ss.

¹³¹ Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La administración de la herencia...*, cit., p. 438. Vid. PARRY & CLARK, *The Law of Succession* cit., pp. 140 ss. DE COSSÍO, A., *La intervención de las autoridades judiciales y administrativas en la liquidación de la herencia...*, cit., p. 75.

un administrador y liquidador de la herencia que ejerce un cargo de carácter público, bajo el severo control de los Tribunales¹³², quedando, a menudo, sus poderes limitados por la intervención del *truts*¹³³. Interesa a estos Ordenamientos la efectiva, casi inmediata, liquidación del patrimonio hereditario, asimilándose su estructura a la liquidación de una masa de bienes en concurso de acreedores¹³⁴; de forma que los posibles beneficiarios del residuo sólo son definitivamente «designados» cuando finaliza todo el complejo mecanismo de liquidación del patrimonio hereditario¹³⁵.

Baste esta escuetísima referencia para evidenciar que todas las dificultades propias del derecho continental (*v. gr.*, el alcance de la responsabilidad del heredero, el discutido efecto de la partición hereditaria, la separación o confusión de patrimonios...) son ajenas en los Ordenamientos del *Common Law* porque, precisamente, en estos Ordenamientos se desconoce el concepto de sucesor a título universal¹³⁶.

4. BREVE ANÁLISIS DE LOS ORDENAMIENTOS FUERTEMENTE PATRIMONIALIZADOS DEL DERECHO CONTINENTAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA FAMILIA DE CÓDIGOS HISPANOAMERICANOS

A) CARACTERÍSTICAS COMUNES

El amplio conjunto de Ordenamientos de difícil clasificación en uno u otro de los dos grandes sistemas de liquidación del pasivo hereditario¹³⁷

¹³² *Vid.*, por todos, REINSTEIN, M., *The Law of Decedents' Estates*, cit., pp. 12 ss.

¹³³ *Vid.*, entre otros muchos, PERCEROU, J., *La liquidation du passif héritaire en Droit comparé...*, cit., pp. 860 ss. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La administración de la herencia...*, cit., pp. 443 (acerca de las analogías y diferencias entre la figura del *truts* y el *personal representative*). PARRY & CLARK: *The Law of Succession* cit., pp. 240 ss. (respecto de las funciones del *truts*).

¹³⁴ Entre otros, *vid.* REINSTEIN, M., *The Law of Decedents' Estates*, cit., p. 590. BROWN, L. N., *Winding Up Decedents' Estates...* cit., p. 633.

¹³⁵ A este respecto existen diferencias entre el sistema inglés y los diversos sistemas americanos. Así, en Inglaterra, donde la propiedad real y personal han sido sometidas a un mismo tratamiento (tras la promulgación del *Administration of Estates Act* en 1925), se dispone que el ejecutor o administrador adquiera la propiedad fiduciaria de todos los bienes, de manera que los definitivos beneficiarios serán nombrados sólo cuando se proceda a la distribución del residuo, tras la administración y completa distribución de la herencia. *Vid.*, al respecto, LAWSON, F. H., *Introduction to the Law of Property*, cit., pp. 165 ss. BUCKLAND & McNAIR, *Roman Law and Common Law...*, cit., p. 146. En cambio, en la mayoría de los Estados norteamericanos, la propiedad real es adquirida por los sucesores (en algunos Estados -*v.gr.*, Texas o California- los herederos o legatarios adquieren la propiedad de todos los bienes), ello sin perjuicio del derecho del ejecutor o administrador a poseer y disponer de los bienes para cumplir la función de liquidar la herencia y distribuir el residuo. *Vid.* REINSTEIN, M., *The Law of Decedents' Estates*, cit., pp. 17, 570 ss., 637, 659 ss. y 705.

¹³⁶ *Vid.* GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La administración de la herencia...* cit., p. 441. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones* cit., pp. 34-35.

¹³⁷ Obsérvese que el estudio de Códigos como el alemán, mejicano, brasileño, etc., frecuentemente plantea dudas acerca de su pertenencia, bien al «sistema de continuación de la persona», bien al «sistema de sucesión en los bienes». Por ejemplo, para algunos

merece, a nuestro juicio, un estudio separado; todos estos Ordenamientos optan por una solución diferenciada respecto del común problema de la transmisión, administración y liquidación de la herencia y, quizá (¿por qué no?), todos ellos pudiesen ser considerados como exponentes de un tercer sistema de liquidación del pasivo hereditario.

Por de pronto, todos estos Ordenamientos participan de la común tendencia consistente en arbitrar una fórmula de administración y liquidación del patrimonio hereditario que asegure la no confusión de patrimonios, y cuyo efecto sea la afección del patrimonio hereditario al pago de las deudas hereditarias, quedando así limitado el alcance de la responsabilidad del sucesor a las fuerzas de la herencia.

Esta común característica es consecuencia del acogimiento de una concepción objetiva del fenómeno sucesorio, esto es: la transmisión de un patrimonio¹³⁸. Concepción que no está exenta de dificultades según cuál sea el propio concepto de patrimonio acogido en cada uno de estos Ordenamientos pero que, a la postre, permitirá admitir la persistencia unificada del patrimonio en razón de su destino, es decir: como patrimonio afecto al pago de las deudas hereditarias.

Me explico:

Por ejemplo, el Código Civil de Argentina en sus artículos 3279 y 3281 acoge la concepción de patrimonio ideada por los franceses Aubry et Rau; el patrimonio es concebido como atributo o emanación de la personalidad y, en definitiva, es una entidad abstracta, independiente de los bienes que lo integran; no siendo concebible su transmisión sino, sólo, mediante la ficción de considerar a los herederos como continuadores de la personalidad del causante¹³⁹. Correlativamente y en teoría, siempre se

autores, el BGB es calificado como exponente del «sistema de continuación de la persona» (Cfr. MAZEAUD H. L. et MAZEAUD, J., *Leçons de Droit Civil*, cit., t. IV, p. 465); en cambio, para otros, es ejemplo del «sistema de sucesión en los bienes» (cfr. BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, p. 21). Además, autores que decididamente defienden la pertenencia al «sistema de sucesión en los bienes» de Ordenamientos como el alemán, el mejicano o el brasileño reconocen, no obstante, la existencia de «elementos romanizantes» los cuales configurarían una muy peculiar estructura en todos estos Ordenamientos. Respecto del BGB, vid. GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., pp. 185 ss. Acerca de Códigos como el de Brasil, Méjico, Perú, entre otros (BGB, inclusive), vid. BORDA, G., *Sucesiones* cit., t. I, pp. 21-22. De otra parte, algunos autores han llegado a concluir que no existen sistemas puros y, de alguna manera, reconocen la yuxtaposición de tendencias dispares (personalistas y patrimonialistas) en Ordenamientos tales como el portugués, brasileño o mejicano. Vid., por ejemplo, MAZEAUD (H. et L.) y MAZEAUD (J.): *Leçons de Droit Civil*, cit., t. IV, pp. 464-465.

¹³⁸ La explicación del fenómeno sucesorio como transmisión de un patrimonio está enraizada en la concepción justinianea de la *universitas*; el propio concepto de *universitas* hace inteligible el hecho de que los bienes derechos y deudas sean transmitidos en bloque y conserven una cohesión entre sí, ofreciendo, por tanto, un expediente conciliatorio entre sucesión a título universal y adquisición de un patrimonio. Cfr. SCHERILLO, G., *Inventario*, cit., p. 11. En sentido similar, vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, Madrid, 1967, pp. 20 ss., señala que el concepto de patrimonio como unidad que en sí misma comprende las deudas y cargas surge de la concepción de *hereditas* como *universitas*.

¹³⁹ Art. 3279 CC de Argentina: «La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual

produciría la confusión de patrimonios, pues el heredero no podría ser titular de dos patrimonios separados: el heredero siempre respondería *ultra vires hereditatis*¹⁴⁰. No obstante, pese al tenor literal de las citadas normas, el sistema sucesorio argentino acoge un concepto de patrimonio hereditario más realista, esto es: como patrimonio unificado por ley en razón de su destino donde las deudas hereditarias son, en todo caso, consideradas como un *minus valor*¹⁴¹. En este Ordenamiento, el juego de las instituciones puestas al servicio de la patrimonialización del sistema permitirán la individualización del acervo hereditario y su afección al pago de las deudas y cargas de la herencia; principalmente el beneficio de inventario, como régimen ordinario de liquidación del pasivo¹⁴², evitará la confusión de patrimonios y limitará *intra vires hereditatis* la responsabilidad del heredero¹⁴³.

El Código Civil alemán, igualmente, acoge en su § 1922¹⁴⁴ un concepto abstracto de patrimonio hereditario como entidad independiente de los elementos que lo integran¹⁴⁵. La sucesión a título universal tendrá, consiguientemente, por objeto un todo ideal sin consideración a su contenido especial; y por efecto del subingresso del heredero en la posición jurídica del causante, se producirá *ipso iure* la unión del patrimonio hereditario con el del heredero¹⁴⁶. Bajo tales premisas un amplio sector de la doctrina alemana ha considerado que la sucesión en el patrimonio (como unidad abstracta e ideal) es el origen y fundamento de la responsabilidad ilimitada del heredero¹⁴⁷. Sin embargo, otro importante sector doctrinal enjuicia el complejo sistema alemán desde otro punto de vista: este Ordenamiento, fundamentalmente, tien-

la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código». Artículo 3281 CC de Argentina: «La sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial ni a los objetos de esos derechos». En el mismo sentido, podrían también citarse otros preceptos como el art. 3417: «El heredero que ha entrado en posesión de la herencia... continúa la persona del difunto...»

¹⁴⁰ Vid. la crítica que realiza BORDA, G., *Sucesiones* cit., t. I, pp. 16 a 20 y 22, respecto del concepto de patrimonio acogido en el Código Civil de Argentina. Igualmente, FERNELLES, V., *Tratado de las sucesiones*, Buenos Aires, 1941, t. I, pp. 10 ss., critica la teoría de la universalidad jurídica enlazada con la tesis de la continuación de la personalidad que acoge dicho Código y propone su abandono en una futura reforma legislativa.

¹⁴¹ Vid., especialmente, BORDA, G., *Sucesiones* cit., t. I, pp. 218 a 228.

¹⁴² Obsérvese que conforme al artículo 3363 CC de Argentina (art. reformado en 1968 y en virtud de la Ley 17.711), «Toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga...».

¹⁴³ Sobre estos extremos, vid. BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, pp. cits., y pp. 304-305.

¹⁴⁴ § 1922, BGB, según el cuál el patrimonio del causante pasa como un todo a los herederos.

¹⁴⁵ Concepción enraizada en el pandectismo alemán. Vid. WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, trad. cit., vol. III, pp. 101 ss. DERNBURG, H., *Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, t. V, Halle A. G., 1905, pp. 22 ss. PLANCK, G., *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. V, Berlín, 1902, pp. 8 ss.

¹⁴⁶ Cfr. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 11 ss. y 185. (Relaciónense arts. 1922 y 1967 BGB).

¹⁴⁷ Vid. KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, cit., t. V, vol. 2.º, pp. 101 ss., especialmente, 104 ss. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 11 y 207 ss. MAROTZKE, W., *Erbrecht (arts. 1967-2017 BGB)*, en J. VON STAUDINGERS: «Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12», Berlín, 1982, pp. 21 ss. (vid. bibliografía allí cit.).

de a resolver el problema de la transmisión sucesoria mediante la liquidación organizada del pasivo hereditario; en verdad, la responsabilidad del heredero es, esencialmente, limitable y el patrimonio hereditario conserva su unidad y persistencia individualizada en aras a la protección de los acreedores hereditarios¹⁴⁸. Si, en el plano teórico, puede predicarse la confusión de patrimonios y la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, las instituciones concretas puestas al servicio de la transmisión sucesoria proceden a establecer un organizado régimen liquidatorio donde las deudas tendrán la consideración de carga tácita del patrimonio hereditario¹⁴⁹.

Otro Ordenamiento donde se supera la vacuidad del concepto de *universitas* es el mejicano. El Código Civil mejicano, bajo una concepción de herencia enraizada con la tradición romanista¹⁵⁰, concibe el fenómeno sucesorio como transmisión de un patrimonio afecto al pago de las deudas y cargas de la herencia¹⁵¹ e impone *ex lege* la regulación de un procedimiento liquidatorio que asegure la persistencia individualizada del caudal relicto y su afección al pago de las deudas hereditarias¹⁵².

Otros Ordenamientos, en cambio, ya han prescindido de acoger en su articulado una concepción abstracta del patrimonio hereditario y, en mayor consonancia con el régimen de liquidación del pasivo hereditario que regulan, expresamente describen la herencia como transmisión de un activo patrimonial o de un remanente una vez deducidas las deudas¹⁵³.

¹⁴⁸ Según lo reconoce la práctica unanimidad de la doctrina alemana. Por todos, *vid.* BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 209 ss., especialmente, p. 210, nota núm. 3. Igual valoración hace, al respecto, GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., p. 187: ... la herencia, dentro de este Ordenamiento, puede ser calificada «como masa autónoma destinada a la satisfacción de los acreedores...».

¹⁴⁹ *Vid.*, principalmente, 1975 BGB donde se limita la responsabilidad del heredero por las obligaciones inherentes al caudal relicto en los supuestos de administración (curatela del caudal relicto con el fin de satisfacción de los acreedores hereditarios) o de concurso. Ambos institutos, administración y concurso de la herencia (respectivamente regulados en los §§ 1976 ss. y 1988 ss. BGB) evidencian la unificación del patrimonio hereditario por razón de su destino. Otras instituciones en las que subyace la idea de sucesión como transmisión de un patrimonio en liquidación y cuyo principal efecto es el alcance limitado de la responsabilidad del heredero, son: el procedimiento intimidatorio (1970 ss. BGB), la realización de inventario (§§ 1993 ss. BGB) y la intervención del ejecutor testamentario (§§ 2197 ss.).

¹⁵⁰ *Vid.* art. 1281 CC de Méjico, donde expresa que la herencia «es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte». Al respecto, *vid.* MAGALLÓN IBARRA, J. M., *Instituciones de Derecho Civil*, t. V, *Derecho sucesorio*, México, 1990, pp. 1 ss., que estudia la relación existente entre el concepto de herencia acogido en el actual art. 1281 CC de Méjico con el concepto romano de *universitas* y con la tradición del Derecho histórico castellano.

¹⁵¹ Acerca del concepto de sucesión referido a la transmisión de un conjunto de bienes afectado (unificado) a la realización de un fin jurídico-económico; fin consistente en la liquidación del pasivo, determinación del activo líquido y transmisión del remanente en favor de herederos y legatarios, *vid.* MAGALLÓN IBARRA, J. M., *Instituciones...*, cit., pp. 22 a 25.

¹⁵² Claro exponente de tal concepción es el artículo 1678 CC de Méjico, que establece que «la aceptación (hereditaria) en ningún caso produce confusión de los bienes del causante de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario aunque no se exprese».

¹⁵³ *Vid.*, por ejemplo, artículo 2024 CC de Portugal: «Diz-se sucessão o chamamento de uma o mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam»; artículo 2068 CC de

Todos estos Ordenamientos evidencian cómo desde una concepción objetiva del fenómeno sucesorio puede llegar a admitirse la unidad, trabazón y persistencia del patrimonio hereditario y su vinculación a las responsabilidades herenciales.

Como hemos expuesto, la lograda unidad patrimonial de la herencia es fruto de una acusada yuxtaposición de tendencias y, al margen de otras influencias recibidas, ninguno de estos Ordenamientos renuncia a sus raíces romanas.

En ocasiones (*v. gr.*, Derecho alemán), conservan del Derecho romano los principios más generales del Derecho sucesorio y éstos, guardando un difícil equilibrio, encuentran su desarrollo y concreción en instituciones del Derecho germánico¹⁵⁴: instituciones, en principio antagónicas con la tradición romanista, pero que, paradójicamente, son la base para regular un proceso liquidatorio organizado en armonía con principios de carácter personalista¹⁵⁵.

Otras veces, son instituciones típicamente romanas (fundamentalmente el *beneficium inventarii*, también y en menor medida el *beneficium separationis*) las que y en tanto fueron signos precursores de la patrimonialización del efecto sucesorio en el sistema romano, han evolucionado hasta configurar un sistema de liquidación del pasivo hereditario fuertemente patrimonializado basado en la unificación del patrimonio hereditario y en su adscripción al pago de las responsabilidades herenciales¹⁵⁶.

Portugal: «A herança responde pelas despesas com o funeral e sufrágios do seu autor, pelos encargos com a testamentaria, administração e liquidação do património hereditário, pelo pagamento das dívidas do falecido e pelo cumprimento dos legados». En sentido similar, el artículo 660 CC de Perú: «Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores»; artículo 661 CC de Perú: «El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta». Por último y entre otros, también, cabe citar el Código Civil de Brasil que en su art. 1796, claramente preceptúa que la herencia responde del pago de las deudas del causante.

¹⁵⁴ El proceso de elaboración del vigente Derecho alemán, bien pudiera resumirse así: al Derecho romano le pertenecerían los principios más generales del Derecho sucesorio (*v. gr.*, Principio de la sucesión universal) y, en cambio, la regulación de instituciones particulares que imprimirán el carácter esencialmente patrimonial de este Ordenamiento corresponde (preponderantemente) al Derecho germánico. Cfr. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 1 ss.

¹⁵⁵ Ciertamente, la armonización entre tradiciones jurídicas tan dispares no está exenta de dificultades, sufre quiebras y discordancias. En concreto, piénsese en la complejidad del alcance de la responsabilidad del heredero: ilimitada, pero a su vez esencialmente limitable. También, obsérvese la falta de unidad y la complejidad de relaciones existentes entre instituciones dispares, tales como la confección del inventario, el procedimiento intimidatorio, la administración de la herencia, el concurso, etc. Sobre estos aspectos, cfr. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 206 y ss: «Desde un punto de vista técnico, no sólo debe criticarse la extraordinaria complicación de las normas sobre la responsabilidad del heredero, sino, sobre todo, el que los particulares institutos no estén vinculados en una unidad orgánica...». (Cfr. p. 213).

¹⁵⁶ Como ejemplos baste, por ahora, mencionar los Códigos de Portugal o de Méjico. *Primero*. El Código Civil portugués conserva dos especies de aceptación de la herencia; artículo 2052, 1.º: «A herança pode ser aceita pura e simplesmente ou a benefício de inventário». Mediante la aceptación a beneficio de inventario se regula, efectivamente, un pro-

Incluso, la yuxtaposición de tendencias puede ser más compleja y la combinación de tendencias dispares subyacerá tanto en los Principios generales del Derecho sucesorio como en las instituciones que los dotan de contenido: la mixtura alcanzará tal grado que un concreto análisis del sistema de liquidación evidenciará la dificultad de reconocer en cada Principio, en cada institución, cuál es la tradición jurídica predominante; no obstante, el resultado vuelve a ser la organización de un proceso liquidatorio sin abandonar la tradición del Derecho romano¹⁵⁷.

Exponente de esta yuxtaposición de tendencias y también característica común a todos estos Ordenamientos es la individualización de las funciones de administración y liquidación de la herencia que, no obstante, se regulan bajo el presupuesto de un sistema de adquisición directa de los bienes hereditarios, enraizado en la tradición romanista. En líneas generales, el heredero sigue conservando su puesto central en la transmisión sucesoria; el heredero es el adquirente y propietario de los bienes hereditarios, mas las funciones de administración y liquidación de la herencia pueden, en muchos casos, recaer en personas distintas de los sucesores a título universal. Existe al respecto gran variedad de soluciones según el grado de patrimonialización de cada uno de estos Ordenamientos.

En ocasiones, el sistema romano de adquisición directa se conserva en toda su amplitud y el heredero sigue siendo imprescindible, al menos

ceso liquidatorio organizado; artículo 2053, 2.º: «A aceitação a benefício de inventário faz-se requerendo inventário judicial, nos termos da lei de processo, ou intervindo em inventário pendente» (también, *vid.* arts. 1326 ss. Código de Processo civil). Pero, además, el beneficio de inventario es el régimen ordinario de liquidación en Derecho portugués; artículo 2071: «1 Sendo a herança aceita a benefício de inventário, só respondem pelos encargos respectivos os bens inventariados, salvo se os credores ou legatários provarem a existência de outros bens. 2 Sendo a herança aceita pura e simplesmente, a responsabilidade pelos encargos também nao excede o valor dos bens herdados, mas incumbe, neste caso, ao herdeiro provar que herança nao existem valores suficientes para cumprimento dos encargos». En su consecuencia, la herencia responde del cumplimiento de las obligaciones herenciales (*vid.* art. 2068). *Segundo.* De otra parte, en el Derecho mejicano, también el beneficio de inventario es el instituto que ha permitido la patrimonialización del sistema; mas, aquí, es el único proceso de liquidación del pasivo hereditario: toda herencia ha de ser sometida a la llamada aceptación beneficiaria (*vid.* arts. 1678 ss.).

¹⁵⁷ Por ejemplo, el Código Civil de Perú, en vigor desde el 14-IX-1984, se limita a proclamar la limitación de la responsabilidad del heredero a los bienes hereditarios (cfr. art. 661, ya citado). Lo cual implica que llega a producirse la separación o aislamiento automático del patrimonio hereditario y su afección al pago de las deudas. Mas prescinde de hablar de los beneficios de inventario o de separación, inexistentes como institutos autónomos en este Ordenamiento. No obstante, en todo el sistema subyace sutilmente una enraizada tradición romanista, tanto en directrices generales (*v. gr.*, la posición jurídica del heredero y, en concreto, su responsabilidad personal, aunque limitada, por las deudas hereditarias) como en determinadas instituciones (por ejemplo, la necesidad de confeccionar un inventario como principal medio de individualización del patrimonio hereditario y como presupuesto a la organización de un procedimiento liquidatorio —cfr. arts. 661 *in fine*, 787-3, y 791, entre otros—); también, la concesión de ciertas prerrogativas a favor de los acreedores hereditarios que pueden ser relacionadas con el beneficio de separación en tanto establecen un orden de preferencias y una posición jurídica diferenciada de los acreedores hereditarios, según éstos hayan o no ejercido la oposición a la efectiva partición de la herencia (*vid.* arts. 871 ss.).

para cumplir las funciones de administración y liquidación de la herencia¹⁵⁸.

Otras veces, la administración y liquidación de la herencia corresponde de ordinario a los herederos y sólo en circunstancias especiales o excepcionales la administración y liquidación puede corresponder a personas distintas de los sucesores a título universal¹⁵⁹.

La mayor parte de las ocasiones, se deslindan nítidamente las funciones de administración y liquidación de la propia adquisición de los bienes hereditarios. Esta última siempre corresponde a los sucesores a título universal; mas el cargo de administrador y ejecutor de la herencia, en algunos de estos Ordenamientos, puede llegar a ser imprescindible en toda sucesión y ello con independencia de cual sea el sujeto al cual se le encomienden tales funciones. Tales funciones de administración y liquidación pueden corresponder, ya directamente a los herederos o a los interesados en la herencia¹⁶⁰, ya subsidiariamente a los herederos en defecto de liquidador¹⁶¹, ya a terceras personas que administrarán y liquidarán la herencia bajo el control de los interesados (*v. gr.*, de los herederos)¹⁶².

En cualquier caso, estos Ordenamientos vienen a demostrar la posibilidad de administrar y liquidar la herencia sin necesidad de acudir a un órgano intermedio de carácter público y sin prescindir de la intervención de los sucesores.

B) HETEROGENEIDAD DE SOLUCIONES

La yuxtaposición de tendencias, común a este conjunto de Ordenamientos¹⁶³, hace posible las más variadas combinaciones en orden a la

¹⁵⁸ *Vid. infra*: «Códigos Civiles de Chile, El Salvador y Colombia».

¹⁵⁹ Así, por ejemplo, en Derecho alemán y en los supuestos de ejecución testamentaria, administración y concurso de la herencia; en Derecho argentino, cuando la sucesión sea deferida al margen de la institución de heredero, etc. *Vid. Infra*, epígrafes titulados: «Ordenamientos que prevén la responsabilidad, esencialmente, limitable del heredero» y «Código Civil de Argentina».

¹⁶⁰ *Vid. infra*, «Código Civil de Portugal».

¹⁶¹ *Vid. infra*, epígrafes titulados: «Código Civil de Bolivia», «Código Civil de Méjico» y «Codigo Civil de Perú».

¹⁶² *Vid. infra*: «Código Civil de Costa Rica».

¹⁶³ Obsérvese la variedad de fuentes que inspiraron estos Códigos hispanoamericanos. Es cierto que en ellos se conservaron reglas sucesorias de origen hispano (contenidas en las legislaciones española o portuguesa, anteriores al periodo codificador), pero también es verdad que recibieron las más variopintas influencias (*v. gr.*, Código napoleónico, antiguos Códigos de Austria, Holanda, sardo, siciliano, prusiano...). Sobre este tema y respecto de indicaciones de carácter general, *vid.*, RODRÍGUEZ RAMOS, M., *Visión de conjunto del Derecho de America latina*, R. G. L. y J., 1960, pp. 7 a 27, especialmente, pp. 16 ss. MOISSET DE ESPANES, L., *Derecho civil español y americano (sus influencias recíprocas)*, R.D.P., 1972, pp. 600 ss. CASTAN VÁZQUEZ, J. M., *La influencia de Garcia Goyena en las codificaciones americanas*, en «Estudios en homenaje al Profesor Juan Roca Juan», Universidad de Murcia, 1989, pp. 153 a 161. Sobre las distintas fuentes inspiradoras en cada uno de estos Códigos, puede consultarse, entre otros, BEECHE LUJÁN, H., y FOURNIER JIMÉNEZ, F., *Estudio preliminar al Código Civil de Costa Rica*, en «Código Civil de Costa Rica», Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1962, p. 14. LEÓN BARADIARÁN, J., *Estudio preliminar al Código Civil de Perú*, en «Código Civil de Perú», Instituto de Cultura His-

regulación del procedimiento de liquidación del patrimonio hereditario. Realizamos aquí un ensayo de sistematización de tales soluciones atendiendo al alcance de la responsabilidad del sucesor¹⁶⁴. A tal efecto, distinguiremos tres subgrupos: Ordenamientos donde la limitación de la responsabilidad del heredero es simplemente posible; Ordenamientos donde se prevé una responsabilidad ordinariamente limitada; y Ordenamientos en los cuales el heredero siempre responde limitadamente.

a) *Ordenamientos donde la limitación de la responsabilidad del heredero es simplemente posible*

El ejemplo más característico sería el sistema acogido en el Código Civil alemán¹⁶⁵.

El Derecho alemán se asienta en un principio fundamental: el principio de universalidad¹⁶⁶. En este punto el BGB ha seguido la tradición romanista, resolviendo el problema de la transmisión sucesoria mediante la transmisión de un patrimonio, concebido como un todo, a la persona

pánica, Madrid, 1962, pp. 16 ss. MUSTADICH, J. M., *Estudio preliminar al Código Civil de la República Argentina*, en «Código Civil de Argentina», Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960, pp. 16 ss. LIRA URQUIETA, P., *Estudio preliminar al Código Civil de Chile*, en «Código Civil de Chile», Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1961, p. 12. TERRAZAS TORRES, C., *Estudio preliminar al Código Civil de Bolivia*, en «Código Civil de Bolivia», Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1959, pp. 16 ss.

¹⁶⁴ Entre otras posibilidades éste es, a nuestro juicio, el criterio más clarificador. La descripción del alcance de la responsabilidad del heredero nos exigirá estudiar cómo llega a producirse la efectiva separación de patrimonios, cómo resultan individualizados los bienes hereditarios y cómo se regula la protección crediticia. Señalemos que ROCA SASTRE, R. M., *El «Beneficium Separationis»...*, cit., pp. 341 ss., intenta otra clasificación atendiendo a la regulación específica del llamado beneficio de separación y distinguiendo entre sistemas de separación automática y de separación facultativa. Mas observemos que en la mayoría de estos Ordenamientos la efectiva separación de bienes se produce en virtud del beneficio de inventario, no del beneficio de separación que se conserva como sistema de preferencias en el cobro de las deudas hereditarias. El carácter facultativo del beneficio de separación no será un índice exacto para establecer las diferencias y analogías entre distintos Ordenamientos: observése que el Código Civil argentino participa de una regulación del beneficio de separación similar a la establecida en el Código Civil francés y, sin embargo, el procedimiento liquidatorio regulado en el Código de Argentina es más próximo al contemplado por el Código méjicano (que prescinde del beneficio de separación) que al citado Código Civil francés.

¹⁶⁵ Entre otros y como ejemplos donde se establece la limitabilidad de la responsabilidad del heredero, caben citarse los Códigos Civiles de Austria, Suiza, Grecia y la legislación de los países escandinavos. Todos ellos parten del principio de responsabilidad *ultra vires hereditatis* (vid. art. 547 CC de Austria, arts. 571 y 588 CC suizo, 1901 CC de Grecia...) que, no obstante, puede ser limitada sometiendo la herencia a un proceso liquidatorio colectivo, ya fuera éste instado por los herederos, ya por los acreedores y/o legatarios (vid. art. 812 CC de Austria, arts. 580, 589 y 593 ss. CC de Suiza, arts. 1913 ss. CC de Grecia). Respecto de la valoración del sistema acogido en los citados Códigos, vid., entre otros, ROCA SASTRE, R. M., *El «Beneficium Separationis»...*, cit., p. 351. MAZEAUD (H. et L.) y MAZEAUD (J.): *Leçons de Droit Civil*, cit., t. IV, pp. 465 y 543.

¹⁶⁶ Este principio de universalidad (todo causante ha de tener un heredero) ha hallado su expresión en los 1922 y 1967 BGB. Acerca del principio, consulté, por ejemplo, BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 10 ss. KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, cit., t. V, vol. 2.º, pp. 73 ss. KIPP, T., y COING, H., *Erbrecht*, Tübingen, 1990, pp. 4 ss., 67, 302-303 y, especialmente, 501 ss.

(heredero) que subingresa *ope legis* en la posición jurídica del causante. Consecuencia de este principio de universalidad es la responsabilidad personal¹⁶⁷ y también ilimitada del heredero por las deudas hereditarias¹⁶⁸. Mas la tradición germánica que, presumiblemente, partió de la base de no responsabilidad del heredero por las deudas del causante con su propio patrimonio empero sí con los bienes heredados, entró en conflicto con el principio romano de responsabilidad ilimitada¹⁶⁹. De ahí que la solución acogida actualmente en el BGB sea distinta de la regulada en aquellos Ordenamientos que, bajo la influencia romana, siguen un sistema de marcado carácter personalista. En el Código Civil alemán, el heredero responderá ilimitadamente pero con la posibilidad de limitar su responsabilidad¹⁷⁰.

Aunque el alcance de la responsabilidad del heredero en el Código Civil alemán es un problema muy complejo¹⁷¹, en líneas generales, se puede afirmar la limitabilidad de la responsabilidad del heredero siempre que éste cumpla con una serie de requisitos exigidos para asegurar la satisfacción de los acreedores hereditarios, manteniendo así el heredero su propio patrimonio libre de la agresión de éstos.

A este respecto, el heredero puede realizar un inventario fijando la composición del caudal relicto¹⁷²; aunque el inventario no sea en puridad un instrumento que limite la responsabilidad del heredero, la confección del mismo asegura la posibilidad de limitarla y funda la presunción de que en el momento de la apertura de la sucesión no existían más objetos en el caudal hereditario que aquellos relacionados en el inventario¹⁷³. Por ello, si el inventario es otorgado con arreglo a las prescripciones legales, el heredero conserva mecanismos suficientes para evitar que los acreedores puedan perseguir sus propios bienes, logrando que su responsabilidad sea efectivamente limitada¹⁷⁴.

¹⁶⁷ Cfr. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., p. 215.

¹⁶⁸ Cfr. KIPP, T., *Derecho de sucesiones*, cit., t. V, vol. 2.º, p. 101. Vid. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., p. 185, quien relaciona el principio de universalidad con la unión *ipso iure* del patrimonio hereditario con el patrimonio del heredero.

¹⁶⁹ Vid. PLANITZ, H., *Principios de Derecho Privado Germánico*, trad. cit., p. 379. KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, cit., t. V, vol. 2.º, pp. 100 ss. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 206 ss.

¹⁷⁰ Entre otros muchos, vid. COSACK, K., «El Derecho hereditario según los principios del Código Civil alemán comparados con los del Derecho español», trad. esp. por W. Rocas, RDP, 1923, pp. 301 ss. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 210 ss. KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, cit., t. V, vol. 2.º, pp. 104 ss. En contra SIBER: *Erbrecht*, p. 4, que defiende por principio la responsabilidad limitada, pero caducable (*Apud.*, KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, cit., t. V, vol. 2.º, pp. 75 y 106).

¹⁷¹ Según KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, cit., t. V, vol. 2.º, p. 106, porque el BGB intenta configurar distintas situaciones y atender muy distintos intereses. En opinión de BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., p. 213, porque los particulares institutos que regulan el tema no están vinculados en una unidad orgánica.

¹⁷² Vid. § 1993 BGB.

¹⁷³ Vid. § 2009 BGB. Respecto del inventario en Derecho alemán y sus efectos, consúltense, entre otros, KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, cit., t. V, vol. 2.º, pp. 126 ss. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 218 ss.

¹⁷⁴ Por ejemplo y entre otros supuestos, una vez confeccionado el inventario el heredero podrá denegar la satisfacción de los créditos hereditarios sobre su propio patrimonio

Otra fórmula que permite limitar la responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias, aunque no sea con exactitud un medio de limitación de la responsabilidad, es el procedimiento intimidatorio¹⁷⁵. Su finalidad es el conocimiento y concreción del número de acreedores hereditarios y la extensión de sus créditos. Su principal efecto es la confirmación de los créditos presentados dentro de plazo y la exclusión de los restantes; quedando éstos últimos en peor condición al resultar su satisfacción pospuesta al pago de los créditos reconocidos. Además, el heredero (que no haya perdido la facultad de limitar su responsabilidad) puede denegar el pago a estos acreedores con cargo a su propio patrimonio¹⁷⁶.

Desde luego, la responsabilidad del heredero será siempre limitada cuando se produzca «el secuestro del caudal relicto», esto es: la puesta en administración o el concurso del caudal relicto¹⁷⁷. Mediante ambos institutos, administración y concurso, se satisfacen los derechos de los acreedores del caudal relicto; se independiza la masa de la herencia del patrimonio del heredero; se establecen procedimientos organizados de liquidación del pasivo hereditario y el principal efecto es la limitación de la responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias¹⁷⁸. El heredero no puede escoger entre una u otra forma de liquidación (puesta en administración o concurso del caudal relicto). Mientras no pierda el derecho a limitar su responsabilidad, puede solicitar la puesta en administración de la herencia, y cuando quede de manifiesto el exceso de endeudamiento de la masa hereditaria, debe interponer demanda de apertura del procedimiento concursal (no siendo necesario, en este último procedimiento, que el heredero conserve la posibilidad de limitar su responsabilidad)¹⁷⁹. La administración del caudal relicto es una curaduría oficial de

a los acreedores que fueron excluidos del procedimiento intimidatorio (*Aufgebotsverfahren*) y en tal caso, estos acreedores sólo podrán ser pagados con el eventual excedente que quedare una vez satisfechos los acreedores no excluidos (cfr. 1973 BGB; vid. MAROTZKE, W., *Erbrecht*, cit., pp. 64 ss.) También, el heredero que confeccionó el inventario puede solicitar la puesta en administración de la herencia, quedando definitivamente limitada su responsabilidad (*a contrario sensu*, 2013, 1 BGB; vid. MAROTZKE, W., *Erbrecht*, cit., pp. 272 ss.). Igualmente, no perderá la ventaja de responder limitadamente cuando la masa hereditaria es insignificante y no tiene lugar el secuestro de la herencia (Vid. art. 2013 y MAROTZKE, W.: Op. y pp. cit.). Por último conserva, en el proceso civil, la responsabilidad limitada, esto es: la llamada «reserva de la responsabilidad limitada» (Vid. art. 780 LPC y consúltese, KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, cit., t. V, vol. 2.º, pp. 173 ss.).

¹⁷⁵ Vid. §§ 1970 ss. BGB.

¹⁷⁶ Vid. KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, cit., t. V, vol. 2.º, pp. 141 ss. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 220 ss. MAROTZKE, W., *Erbrecht*, cit., pp. 55 ss.

¹⁷⁷ Vid. 1975 BGB.

¹⁷⁸ Cfr. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 221.

¹⁷⁹ Otras diferencias entre la puesta en administración de la herencia y la apertura del concurso vienen referidas a la legitimación. Así, la legitimación para instar el concurso es más amplia; están legitimados para pedir el concurso, el heredero, el curador de la herencia, el ejecutor testamentario, los acreedores de la herencia dentro del plazo de dos años desde la aceptación y, en su caso, los acreedores excluidos y los legatarios. En cambio, sólo pueden solicitar la puesta en administración el heredero limitadamente responsable y los acreedores hereditarios cuando existan motivos fundados para creer que la satisfacción de sus créditos peligrará. Vid. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 222 y 224.

la herencia; el heredero es privado de la administración de la herencia, la cual se entrega a un curador que toma posesión del caudal relicto y lo liquida pagando a los acreedores hereditarios en la medida en que se vayan presentando; no es necesario un procedimiento de liquidación colectiva porque, puesta la herencia en administración, se presupone que la masa hereditaria es suficiente para el cumplimiento de las obligaciones hereditarias. El concurso del caudal relicto, por el contrario y bajo el presupuesto de herencia insolvente, implica la organización de un rígido procedimiento de liquidación colectiva, sujeto a las normas de la ley concursal¹⁸⁰.

Como hemos visto, la yuxtaposición de tendencias (germánica/romana) culmina en la regulación de un complejo sistema de liquidación del pasivo hereditario¹⁸¹. De ahí, que junto a evidentes tendencias personalistas, en todo el sistema alemán subyace la idea de persistencia del patrimonio hereditario como masa de bienes autónoma¹⁸²; consiguientemente, la responsabilidad ordinaria del heredero es posiblemente limitable¹⁸³,

¹⁸⁰ Acerca de ambos procedimientos (administración y concurso del caudal relicto), puede consultarse, entre otros: KIPP, T., *Derecho de Sucesione*, cit., t. V, vol. 2.º, pp. 147 ss. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 221 ss. MAROTZKE, W., *Erbrecht*, cit., pp. 82 ss. KIPP, T., y COING, H., *Erbrecht*, cit., pp. 520 ss., 545 ss. y 555 ss.

¹⁸¹ Yuxtaposición que no sólo queda manifestada por la combinación de Principios generales enraizados en la tradición romanista con instituciones de cuño germánico. También tal yuxtaposición puede advertirse en el concreto estudio de instituciones que, fieles a una tradición germánica (pues sus precedentes inmediatos pertenecen al derecho territorial prusiano), no eliminan un sustrato romanista. Por ejemplo: obsérvese que la confección del inventario que es clave para explicar el sistema alemán de responsabilidad limitable del heredero es, en su actual regulación, el resultado de combinar el principio germánico de responsabilidad limitada con el principio romano de responsabilidad ilimitada que excepcionalmente se limita mediante el *beneficium inventarii*. En este sentido, vid. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 207 ss. Igualmente, cabe apreciar residuos del *beneficium separationis* en la demanda instada por los acreedores hereditarios para solicitar la puesta en administración de la herencia (§ 1981, I y II BGB). Acerca de esta última consideración, vid. BINDER, J.: *Op. cit.*, p. 222. Más extensamente, CRISTÓBAL MONTES, A., *Antecedentes históricos y de derecho comparado del beneficio de separación*, cit., pp. 170 ss.

¹⁸² Esta concepción de herencia como masa autónoma destinada a la satisfacción de los acreedores hereditarios que subyace en la regulación de distintas instituciones alemanas queda manifestada con claridad en la regulación de la responsabilidad de los coherederos por las obligaciones del caudal relicto (§§ 2058 ss. BGB). Ante una pluralidad de herederos, no rige el principio de divisibilidad automática de las deudas; por el contrario, la regla general es la responsabilidad solidaria (aunque con excepciones donde la responsabilidad es cuotal) y su fundamento es la propia naturaleza de la comunidad hereditaria (comunidad de tipo germánico) que precisa la separación administrativa del patrimonio hereditario respecto a los particulares patrimonios de los coherederos. Vid. KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, cit., t. V, vol. 2.º, pp. 313 ss.

¹⁸³ No sólo porque la confección del inventario o el procedimiento intimidatorio aseguren la posibilidad de limitar la responsabilidad. La limitabilidad de la responsabilidad del heredero, en Derecho alemán, queda confirmada en otras instituciones. Por ejemplo, el heredero está a salvo de los acreedores del caudal relicto durante un cierto plazo que la ley le concede para reflexionar y hacerse una visión de conjunto de la situación: antes de aceptar la herencia no puede hacerse valer contra él judicialmente el pago de una deuda del caudal relicto (§ 1958 BGB); después de aceptar la herencia también puede negarse durante tres meses a dar satisfacción a los acreedores (§ 2014 BGB). Más claramente, la limitabilidad de la responsabilidad del heredero queda manifestada en el supuesto de un caudal relicto insignificante donde, por razón de los costes, no es factible ni la puesta en

y efectivamente limitada cuando la individualización del caudal relicto sea confirmada mediante la regulación de un procedimiento liquidatorio organizado (administración y concurso del caudal relicto) ¹⁸⁴.

Por último, el Derecho alemán, siguiendo la tradición romanista, conserva el sistema directo de adquisición hereditaria ¹⁸⁵. El heredero es quien administra, liquida y dispone de los bienes que integran el caudal relicto; no obstante y en circunstancias especiales, la liquidación del caudal relicto corresponderá a otras personas distintas de los sucesores a título universal ¹⁸⁶.

b) *Ordenamientos donde la responsabilidad del heredero es ordinariamente limitada*

La persistencia individualizada del patrimonio hereditario y su afectación al pago de las deudas hereditarias son las directrices seguidas en todos estos Ordenamientos. Mas la patrimonialización del efecto sucesorio es conseguida a raíz de la evolución de institutos típicamente romanos.

En concreto, el beneficio de inventario es el instituto que asegurará la efectiva separación de patrimonios; en virtud de este beneficio la herencia será sometida a un procedimiento liquidatorio reglado; el heredero será configurado como el administrador y liquidador de la herencia, adquiriendo para sí el remanente de los bienes hereditarios una vez satisfechas las deudas y cargas de la herencia y, consiguientemente, el alcance de su responsabilidad se verá limitado a las fuerzas de la herencia.

A su vez, es característica común en este conjunto de Ordenamientos el establecimiento de un doble *iter* liquidatorio: uno reglado (beneficio de inventario), que ofrece garantías suficientes a los acreedores hereditarios y ventajas para el heredero que sólo responderá *intra vires hereditatis*; otro, inorganizado, donde el heredero no se somete a ningún proceso liquidatorio, se confunden los patrimonios, y, como contrapeso a la

administración ni la apertura del concurso; en tal caso, el principio es la responsabilidad limitada del heredero (que puede hacerla valer por vía de excepción contra los acreedores, cfr. § 1990 BGB) y su responsabilidad sólo devendrá ilimitada si infringe los deberes relativos al inventario. Sobre estas cuestiones, *vid.*, por ejemplo, KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, cit., t. V, vol. 2.º, pp. 107, 166 ss. y 170 ss.

¹⁸⁴ Excepcionalmente, el heredero será ilimitadamente responsable frente a acreedores aislados cuando la solicitud de administración de la herencia fuese instada por un heredero que haya perdido parcialmente la posibilidad de limitar su responsabilidad y frente a determinados acreedores hereditarios (cfr. § 2013, 2 BGB, *vid.* KIPP, T., *Derecho de Sucesiones*, cit., t. V, vol. 2.º, p. 147). Igualmente y como supuesto excepcional, instado el concurso de la herencia, el heredero que no haya hecho valer su derecho a la responsabilidad limitada corre el peligro de responder ilimitadamente (esto último, según la opinión de BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., p. 225).

¹⁸⁵ *Vid.* BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., pp. 17 ss.

¹⁸⁶ En concreto, la administración de la herencia, el concurso de la misma y la ejecución testamentaria son instituciones donde se aprecia la existencia de directrices germánicas y, en este sistema, son también excepciones a la regla general de administración y liquidación de la herencia por los herederos. Cfr. BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, trad. cit., p. 186. Respecto del ejecutor testamentario, *vid.* BINDER, J.: *Op. cit.*, pp. 200 ss.

ausencia protección crediticia provocada, el heredero responderá *ultra vires hereditatis*.

En todos estos Ordenamientos el beneficio de inventario viene a regular el procedimiento liquidatorio ordinario; mas, como la patrimonialización del efecto sucesorio es diversa en su intensidad, es también diferente el ámbito de aplicabilidad de este beneficio.

La generalidad de estos Ordenamientos tienden a someter la práctica totalidad de las herencias al procedimiento liquidatorio regulado en el beneficio de inventario, y sólo en supuestos residuales (principalmente, en hipótesis de conducta irregular del heredero) se prescinde de este procedimiento liquidatorio¹⁸⁷.

Otros Ordenamientos, los menos, dejan en manos del heredero la facultad de optar libremente por uno u otro *iter* liquidatorio, quedando, en un caso (aceptación a beneficio de inventario), la protección crediticia suficientemente garantizada por ajustarse la herencia al procedimiento liquidatorio establecido legalmente; en otro caso (aceptación pura y simple), el heredero responderá *ultra vires hereditatis* como consecuencia de haberse apartado del procedimiento reglado¹⁸⁸. Estos últimos Ordenamientos, si bien conservan el carácter facultativo del beneficio de inventario (propio de los sistemas de «continuación de la persona»), en ningún caso tal beneficio tendrá la consideración de excepcional; será, por el contrario, el régimen común de liquidación del pasivo hereditario, y otros mecanismos (prerrogativas en favor de acreedores hereditarios, regulación del beneficio de separación de patrimonios o intervención en el proceso liquidatorio de los interesados en la herencia) evidenciarán el carácter preponderantemente patrimonial del sistema¹⁸⁹.

El establecimiento de un doble *iter* liquidatorio (en su caso, confiada la elección de uno u otro proceso al heredero) creará siempre la necesidad de reforzar la protección crediticia, estableciéndose al respecto meca-

¹⁸⁷ Vid. *infra*, las referencias a Códigos Civiles de Argentina, Chile, Colombia y El Salvador.

¹⁸⁸ Por ejemplo, el Código Civil de Puerto Rico (arts. 952, 953 y ss y 964 ss.); el Código Civil de Bolivia (arts 1024, 1025 ss. y 1031 ss.). Vease también el sistema establecido en el Código Civil de Venezuela, consultándose a este respecto CRISTÓBAL MONTES, A., «El beneficio de separación en el Derecho Venezolano», ADC, 1970, *passim*.

¹⁸⁹ Sin duda, en estos Ordenamientos, la patrimonialización del efecto sucesorio ha sido menor, y la llamada «aceptación pura y simple» no ha llegado a ser considerada como residual. No obstante, el carácter preponderantemente patrimonial del sistema es evidente: los interesados en la sucesión (acreedores, hereditarios y legatarios), exista o no beneficio de inventario, cuentan con los mecanismos necesarios para la protección de sus derechos e intereses. Vid., al respecto y como ejemplo, los artículos 1035 ss. del Código Civil de Puerto Rico respecto del pago de las deudas hereditarias, obsérvese el carácter imperativo de estas normas y en particular destáquese la facultad de los acreedores hereditarios a oponerse a la división de los bienes en tanto no se aseguren sus créditos (art. 1035) y la responsabilidad solidaria de los coherederos por las deudas hereditarias una vez hecha la partición (art. 1037). El heredero conserva la facultad de optar libremente por uno u otro proceso liquidatorio, bajo el presupuesto de ser solventes la mayoría de las herencias y, por ello, de ordinario, es posible prescindir de los trámites y requisitos de la herencia beneficiaria para hacer fluida y ágil la transmisión sucesoria.

nismos suficientes que garanticen la satisfacción de los acreedores hereditarios con independencia de cual sea el procedimiento por el cual la herencia es liquidada; mecanismos que, de otra parte, evidenciarán la persistencia individualizada del patrimonio hereditario y su afección al pago de las deudas hereditarias.

Es común recurrir a la regulación del llamado beneficio de separación de patrimonios con objeto de establecer un orden de prelación en el pago de las deudas hereditarias y la adscripción de los bienes hereditarios al pago de las obligaciones herenciales, ya se trate de afección de determinados bienes¹⁹⁰, ya de la generalidad de los bienes hereditarios¹⁹¹; o, en su caso, puede llegar este beneficio a producir la efectiva individualización del patrimonio hereditario en aras a garantizar los derechos de los acreedores y legatarios¹⁹².

Otros Ordenamientos, en cambio, solucionan esta cuestión sin regular el llamado beneficio de separación y concediendo especiales prerrogativas a los acreedores hereditarios¹⁹³.

Cabe igualmente adoptar soluciones más originales y conseguir esta finalidad de reforzar la protección de los acreedores hereditarios por una vía indirecta: exigir necesariamente la presencia de comisarios y albaceas que junto con los herederos cumplan las funciones de administración y liquidación de la herencia y conseguir, mediante tal administración separada, la efectiva individualización del patrimonio hereditario¹⁹⁴.

Veamos, pues, en concreto, las específicas soluciones propuestas en algunos de estos Códigos¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Vid. artículos 3433 ss. Código Civil de Argentina.

¹⁹¹ Vid. *infra*: «Códigos Civiles de Chile, El Salvador y Colombia». Obsérvese que en estos Códigos la efectiva separación de patrimonios se logra en virtud del beneficio de inventario y ésta es presupuesto para invocar el beneficio de separación que recae sobre la generalidad de los bienes hereditarios y que sólo despliega sus efectos en favor de los acreedores hereditarios separacionistas. Asimismo *vid.* la solución similar que acoge el Código Civil de Bolivia en sus arts. 1055 a 1058 (inclusive).

¹⁹² Al parecer, el beneficio de separación de patrimonios en el Derecho venezolano adquiere una especial relevancia (quizá como consecuencia de la facultad concedida al heredero para optar libremente por la aceptación con o sin beneficio de inventario). En este Ordenamiento, aunque la efectiva separación de patrimonios se consiga en virtud del beneficio de inventario, el beneficio de separación provoca también una autonomía o separación de patrimonios si no estructural o institucional, al menos, funcional o instrumental. Además de ello, este beneficio de separación establece un perfeccionado sistema de prelación en el pago de las deudas hereditarias y en la posterior satisfacción de los legatarios. Vid. CRISTÓBAL MONTES, A., *El beneficio de separación en el Derecho Venezolano*, cit., especialmente, pp. 338 ss.

¹⁹³ Por ejemplo, el Código Civil de Puerto Rico (arts. 1035 ss.) y nuestro Código Civil (arts. 1082 ss.).

¹⁹⁴ Esta fue la solución acogida por el ya derogado Código Civil de Bolivia de 18 de octubre de 1830, denominado «Código de Santa Cruz», que aun siendo objeto de numerosas reformas y derogaciones parciales estuvo vigente hasta la promulgación del nuevo Código Civil de 8 de agosto de 1975. Principalmente, pueden consultarse los artículos 470, 475 y 476 del vetusto y ya derogado Código Civil de Bolivia.

¹⁹⁵ Obviamos el estudio, entre otros, del Código Civil de Puerto Rico, que por sus concomitancias con nuestro Código Civil exigiría adelantar ideas y conclusiones que son objeto de un estudio posterior.

a') Código Civil de Argentina

Aunque las tendencias personalistas en el Código Civil argentino sean innegables ¹⁹⁶, éste Ordenamiento configura el fenómeno sucesorio desde una vertiente preponderantemente patrimonialista, valorando como principal efecto de la sucesión la adquisición de un saldo activo en favor de los herederos.

El Código Civil de la República de Argentina resuelve el problema de la liquidación del pasivo hereditario atendiendo a la concepción de herencia como patrimonio autónomo destinado a la satisfacción de las obligaciones hereditarias; mas, por sus evidentes raíces latinas, no prescinde de configurar al heredero como responsable directo y personal por las deudas del causante ¹⁹⁷.

Al respecto, ciertamente, este Ordenamiento establece un doble *iter* liquidatorio: de una parte, un proceso inorganizado donde falta toda garantía liquidatoria y, en su consecuencia, el heredero responde *ultra vires hereditatis* (aceptación de la herencia pura y simplemente); de otra parte, la regulación de un procedimiento liquidatorio que, evitando la confusión de patrimonios, asegura la satisfacción de los acreedores hereditarios, respondiendo el heredero, consiguientemente, *intra vires hereditatis* (aceptación a beneficio de inventario) ¹⁹⁸.

Mas la patrimonialización del sistema sucesorio es evidente: toda herencia, salvo supuestos residuales, es sometida a un procedimiento organizado de liquidación del patrimonio, cual es el beneficio de inventario.

¹⁹⁶ Baste la lectura de varios artículos del Código Civil de Argentina para crear la apariencia de encontrarnos ante un Ordenamiento que sigue el «sistema de continuación de la persona», cuando por el contrario sigue un sistema fuertemente patrimonializado. Por ejemplo, artículo 3281: «la sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial ni a los objetos de esos derechos». Artículo 3417: El heredero..., continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión...». Artículo 3342: «La aceptación de la herencia causa definitivamente la confusión de la herencia con el patrimonio del heredero, y trae la extinción también de sus deudas o créditos a favor o en contra del difunto, y la extinción también de los derechos reales con que estaban gravados sus bienes a favor del difunto, o que le competían sobre sus bienes». Artículo 3343: «El heredero que ha aceptado la herencia queda obligado, tanto respecto a sus coherederos como respecto a los acreedores y legatarios, al pago de las deudas y cargas de la herencia, no sólo con los bienes hereditarios, sino también con los suyos propios»».

¹⁹⁷ Afirmado pacíficamente por la doctrina argentina y con respecto al heredero universal. Prescindimos aquí de valorar la responsabilidad de los legatarios de cuota por las deudas hereditarias, cuestión esta última muy discutida en Argentina. A favor de configurarlos como responsables directos y personales aunque con alcance limitado *intra vires hereditatis*, vid. FASSI, S. C., *Tratado de los testamentos*, vol. I, Buenos Aires, 1970, pp. 430 ss. En contra, sólo soportarán la existencia del pasivo hereditario como consecuencia de la afección de los bienes hereditarios a la afección de las deudas. Vid. FORNIELES, V., *Tratado de las sucesiones*, cit., t. I, pp. 77 ss.

¹⁹⁸ Respecto de la llamada aceptación pura y simple, vid. artículos 3317, 3319, 3329, 3335, 3341, 3359, 3360, 3408 Código Civil de Argentina, entre otros; la herencia beneficiaria, fundamentalmente, se encuentra regulada en los artículos 3357 ss. Acerca de estas dos formas de aceptación, puede consultarse, BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, pp. 218 ss.

El legislador argentino ha utilizado una institución de rancio abolen-go romano (beneficio de inventario) que, evolucionada, sirve en la actualidad para reglar el procedimiento liquidatorio; siendo la aceptación beneficiaria, en este Código, la regla general en virtud de la cual la práctica totalidad de las herencias son administradas y liquidadas; ya que, aceptar la herencia, salvo expresa manifestación en contrario, implica acogerse al régimen del beneficio de inventario¹⁹⁹.

La llamada aceptación «pura y simple»²⁰⁰ sólo queda relegada a los supuestos de expresa renuncia del beneficio²⁰¹ o de pérdida del mismo por conducta irregular del heredero (cuando el heredero ha confundido deliberadamente los patrimonios, cuando ha realizado actos prohibidos de disposición de bienes y, en suma, cuando ha puesto en peligro la garantía que para los acreedores del causante significa el patrimonio hereditario)²⁰². Si el primer caso (la expresa renuncia del beneficio) permite en supuestos de herencia manifiestamente solvente liquidar ésta sin los inconvenientes de acudir a un procedimiento liquidatorio organizado²⁰³, en la segunda hipótesis (pérdida del beneficio), la responsabilidad *ultra vires hereditatis* queda configurada como sanción impuesta a una conducta irregular del heredero²⁰⁴. En ambos casos, la responsabilidad *ultra vires hereditatis* no es consubstancial al fenómeno sucesorio, sino tan sólo será una incidencia en el proceso liquidatorio.

De otra parte, el beneficio de inventario, en el Código Civil argentino, queda configurado siguiendo fielmente la estructura del *beneficium inventarii* romano. Consiguientemente y de forma similar a la regulación de este beneficio en los Ordenamientos que siguen el «sistema de continuación de la persona», la confección del inventario es el medio o ins-

¹⁹⁹ En concreto, la ley 17.711 de 1968, entre otras normas, reformó el art. 3363 CC Argentina, estableciendo la presunción a favor de la aceptación a beneficio de inventario, salvo expresa renuncia de este beneficio. Acerca de la importancia de esta reforma, puede consultarse, BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, pp. 22, 163 ss. 218 ss., 305.

²⁰⁰ El Código Civil argentino conserva la misma terminología que utilizaba cuando el régimen legal consistía en que el heredero podía limitar su responsabilidad aceptando la herencia a beneficio de inventario. BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, p. 219, justifica la expresión, entendiendo que «... la pureza de la aceptación no consiste ya en la forma de expresarla, sino en ella (la aceptación) está privada de toda calificación jurídica que limite la responsabilidad del heredero».

²⁰¹ Cfr. artículos 3341, 3359 y 3404 CC de Argentina. Vid. BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, p. 220.

²⁰² Así, por ejemplo, pierde el beneficio de inventario el heredero que hubiese incurrido en ocultación de bienes o valores de la sucesión o que los hubiera omitido fraudulentamente; igualmente, si el heredero no ha confeccionado en tiempo el inventario pierde el beneficio; también, si antes de aceptar la herencia el heredero ha realizado actos prohibidos pierde definitivamente la posibilidad de acogerse al beneficio. Vid. artículos 3363 y 3404 ss. CC Argentina. Consúltese, al respecto, BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, pp. 228 ss.

²⁰³ Téngase en cuenta que el ejercicio de la facultad de aceptar la herencia haciendo expresa renuncia del beneficio queda excluido en los supuestos donde puedan verse perjudicados los derechos de los acreedores hereditarios. Por ejemplo: los concursados y fallidos deben considerarse aceptantes beneficiarios de pleno derecho; la imposibilidad legal de contraer obligaciones que afecten a los bienes que forman la masa les impide la aceptación no beneficiaria. Cfr. BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, p. 223.

²⁰⁴ BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, pp. 229 ss., especialmente, 255-256.

trumento de limitación de la responsabilidad²⁰⁵; requisito, por tanto, ineludible para el goce de este beneficio²⁰⁶. Los efectos del beneficio de inventario son, como en los sistemas personalistas, la limitación de la responsabilidad del heredero y la separación de patrimonios²⁰⁷. Empero, entre los Códigos que acogen el «sistema de continuación de la persona» y el Código Civil argentino, existe una radical diferencia: el beneficio de inventario (en este último Ordenamiento) ha dejado de ser un recurso excepcional que corrija las deficiencias del sistema y se ha convertido en la institución que regula el procedimiento liquidatorio. De ahí que el heredero, en este Código, sea, fundamentalmente, un liquidador de los bienes heredados, adquiriendo la posesión de los mismos, pagando las deudas y, si quedare remanente, incorporando éste a su patrimonio²⁰⁸.

Ciertamente, el beneficio de inventario queda configurado como un procedimiento liquidatorio que, produciendo la separación de patrimonios, asegurará la satisfacción de los acreedores hereditarios. Mas, por fuerza, este procedimiento no ofrecerá las garantías de un proceso liquidatorio colectivo²⁰⁹. Por ello y en aras a conseguir una mayor protección crediticia, el Ordenamiento argentino regula el beneficio de separación de patrimonios. El beneficio de separación de patrimonios, en el Código Civil argentino, establece un sistema de preferencias²¹⁰; su regulación es totalmente compatible con el beneficio de inventario, reforzando la protección crediticia que ofrece este último²¹¹ y evitando, en la medida de lo posible, los inconvenientes que producirían la renuncia o pérdida del beneficio de inventario²¹².

También, siguiendo la tradición romanista, en el Derecho argentino se establece un sistema directo de adquisición de los bienes hereditarios: los herederos son quienes administran y liquidan la herencia y ejecutan las últimas voluntades²¹³. Además, este Código regula minuciosamente

²⁰⁵ Acerca de la distinción entre beneficio de inventario y confección del inventario y de la función y razón de ser del inventario en el «sistema de continuación de la persona», pueden consultarse, entre otros muchos: VOCINO, C., *Inventario*, cit., pp. 14 ss. CICU, A., *Derecho de Sucesiones*, trad. cit., pp. 403 ss. Respecto a la confección del inventario en el Derecho argentino y su significado, *vid.* BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, pp. 228 ss. y 238 ss.

²⁰⁶ El inventario en Derecho argentino no sólo ha de ser confeccionado con los requisitos prescritos (*vid.* art. 3370 CC Argentina), también, so pena de perder el beneficio, ha de ser confeccionado en tiempo (*vid.* art. 3408 CC Argentina). *Vid.* BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, pp. 230 ss.

²⁰⁷ Respecto de los efectos del beneficio de inventario en el Código Civil argentino, *vid.* BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, pp. 235 ss.

²⁰⁸ *Cfr.* BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, p. 218. *Vid.*, pags. 235 ss.

²⁰⁹ *Vid.* los problemas que presenta respecto al orden del pago de los acreedores hereditarios, sin que exista una prelación ni se establezca un procedimiento de ejecución colectiva que permita la distribución equitativa de los bienes que garantizan el pago. BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, pp. 258 ss.

²¹⁰ Este beneficio de separación está inspirado en el francés, no produce la separación de patrimonios y sólo establece un orden de prelación en el pago de acreedores hereditarios, legatarios y acreedores personales. *Vid.* BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, p. 287.

²¹¹ *Vid.* BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, pp. 285 ss.

²¹² *Vid.* BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. I, p. 239.

²¹³ *Vid.* PRAYONES, E., *Nociones del Derecho civil, Derecho de Sucesión*, Buenos Aires, 1957, pp. 482 ss.

el albaceazgo; el albacea, en principio, es el encargado de vigilar que los herederos fielmente cumplan las postreras voluntades del causante, pero además, sus facultades pueden llegar a ser más amplias²¹⁴ en determinados supuestos, correspondiéndole, entonces, la tenencia de todos los bienes hereditarios y la administración y liquidación de la herencia²¹⁵.

b') Códigos Civiles de Chile, El Salvador y Colombia²¹⁶

Todos estos Ordenamientos participan de claras tendencias patrimonialistas. El caudal relicto es configurado como patrimonio que debe ser sometido a un proceso de liquidación y afecto al pago de las obligaciones herenciales²¹⁷, lo cual no es incompatible con el mantenimiento de un concepto romanista de la sucesión a título universal²¹⁸. En estos Códigos, el beneficio de inventario es el procedimiento liquidatorio ordinario y sólo cabe la herencia no beneficiaria en supuestos residuales: cuando una conducta irregular del heredero impida seguir un procedimiento organizado de liquidación²¹⁹, o bien cuando éste renuncie al beneficio omitiendo la confección de inventario solemne de los bienes²²⁰.

²¹⁴ Vid. BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. II, pp. 492 ss. PRAYONES, E., *Derecho de Sucesión*, cit., pp. 471 ss.

²¹⁵ Supuestos donde llega a producirse el llamado «secuestro del caudal hereditario» (v. gr., la hipótesis de herencia sin heredero). Vid. BORDA, G., *Sucesiones*, cit., t. II, pp. 503 ss. PRAYONES, E., *Derecho de Sucesión*, cit., pp. 472 ss.

²¹⁶ En este apartado sólo citaré normas del Código Civil chileno ya que los Códigos de El Salvador y Colombia, salvo ligerísimas modificaciones, reiteran las normas del Código Civil chileno. Específicamente, cabe alguna diferencia, en esta materia, entre el Código Civil de Chile y el Código Civil de Colombia: este último Código introduce una mayor intervención de la autoridad pública ya que corresponde al juez vigilar todo el proceso de liquidación y administración de la herencia llevado a cabo por los herederos; en virtud del beneficio de inventario (vid. arts. 588 a 569 CC de Colombia), también, el Código Civil colombiano exige que el heredero preste fianza o caución para proteger los derechos de los acreedores sobre los bienes hereditarios (vid. art. 476 CC de Colombia), exigencia, que en el Código Civil chileno queda reservada sólo para el supuesto donde haya motivo para temer una irregular administración de la herencia por el heredero (vid. art. 1240 CC de Chile). Las diferencias entre el Código Civil de Chile y el Código Civil de El Salvador, a este respecto, son muy poco significativas.

²¹⁷ El art. 959 CC de Chile, claramente expresa: «En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirá del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios: 1.º las costas de publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión. 2.º las deudas hereditarias. 3.º los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria. 4.º las asignaciones alimenticias forzosas. 5.º la porción conyugal a que hubiere lugar, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos.

²¹⁸ vid. art. 1097 CC de Chile: «Los asignatarios a título universal, ...son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles».

²¹⁹ Por ejemplo, art. 1252 en su relación con el art. 1245. (art. 1.252: «Todo heredero conserva la facultad de aceptar con beneficio de inventario mientras no haya hecho acto de heredero». Art. 1245, 1.º: «El que hace acto de heredero sin previo inventario solemne, sucede en todas las obligaciones transmisibles del difunto a prorrata de su cuota hereditaria, aunque le impongan un gravamen que exceda al valor de los bienes que hereda». También y en este caso, como supuesto de pérdida del beneficio de inventario, cfr. art. 1256: «El heredero que en la confección del inventario omitiere de mala fe hacer mención de cualquiera parte de los bienes, por pequeña que sea, o supusiere deudas que no existen, no gozará del beneficio de inventario».

²²⁰ El Código Civil Chileno no regula ni la posibilidad de aceptar la herencia pura y simplemente, ni la expresa renuncia al beneficio de inventario. Presupone que la aceptación,

El beneficio de inventario es el instituto que asegura la efectiva separación de patrimonios²²¹ y, consiguientemente, hace que el alcance de la responsabilidad del heredero quede limitado *intra vires hereditatis*²²². La confección del inventario en estos Ordenamientos es requisito ineludible para acogerse al beneficio de inventario, ya que su finalidad es la descripción detallada y la individualización de todos los bienes hereditarios²²³. La individualización del patrimonio hereditario y su afección al pago de la deudas hereditarias ofrecerá suficientes garantías para el cumplimiento de las obligaciones herenciales²²⁴. Empero, la protección crediticia, en estos Ordenamientos, queda reforzada por el llamado beneficio de separación de patrimonios.

El beneficio de separación establece un sistema de cobro preferente en favor de los acreedores hereditarios y testamentarios que lo insten, teniendo lugar la invocación de este beneficio únicamente cuando no haya llegado a producirse la confusión de patrimonios, ya que la totalidad de los bienes hereditarios son adscritos al pago preferente de los acreedores acogidos a tal beneficio²²⁵.

incluso la tácita, es beneficiaria, salvo que se omita la confección de inventario solemne (*vid.* art. 1245, 2.º: «Habiendo precedido inventario solemne, gozará del beneficio de inventario el que hace acto de heredero»). Igualmente, otras reglas relativas a la apertura de la sucesión y su aceptación, hacen de la confección del inventario solemne un requisito previo a la posesión y administración de los bienes hereditarios (*vid.*, entre otros, art. 1222 y art. 1240, 2.º CC chileno). Pero, aunque este Código no regula la renuncia expresa del beneficio, ésta, a nuestro juicio, es posible. En su favor, cabe esgrimir el art. 1248 («Si de muchos coherederos, los unos quieren aceptar con beneficio de inventario, y los otros, no, todos ellos serán obligados a aceptar con beneficio de inventario») y art. 1249 («El testador no podrá prohibir a un heredero el aceptar con beneficio de inventario»), entre otras normas, donde implícitamente y a *contrario sensu* subyace la posibilidad de renunciar al beneficio.

²²¹ *Vid.* art. 1259: «Las deudas y créditos del heredero beneficiario no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión».

²²² Con responsabilidad *pro viribus*, *vid.* art. 1247: «El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que acepten responsables de las obligaciones hereditarias, sino hasta la concurrencia del valor total de los bienes que han heredado».

²²³ Al respecto, la regulación del beneficio de inventario se centra en detallar minuciosamente la confección del inventario (arts. 1253 ss. CC de Chile), la necesidad de adicionar un inventario complementario de aquellos bienes que con posterioridad sobrevegan a la herencia (art. 1257 CC de Chile) y la exoneración de responsabilidad del heredero beneficiario una vez que se hayan consumido todos los bienes de la sucesión (arts. 1262 y 1263 Código Civil chileno). Cuestión esta última que es distinta del abandono de bienes a los acreedores prevista en el art. 1261 CC de Chile).

²²⁴ *Vid.* artículos 1262 y 1263 Código Civil chileno. Piénsese que, frente a las pretensiones de acreedores hereditarios y testamentarios no satisfechos, el heredero beneficiario sólo quedará exonerado de responsabilidad cuando pruebe que efectivamente los bienes hereditarios fueron consumidos en el pago de deudas y cargas de la herencia.

²²⁵ Pese a que el artículo 1378 del Código Civil chileno textualmente diga que «los acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios podrán pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero», la separación de patrimonios sólo se produce en virtud del beneficio de inventario. Ahora bien, puesto que el derecho de preferencia de estos acreedores se ejercita sobre la totalidad de los bienes hereditarios (cfr. art. 1378 *in fine*: «... tendrán derecho a que de los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones...» CC de Chile), para instar dicho beneficio es presupuesto que no exista confusión de bienes (art. 1380, 2.º CC de Chile). Establece este beneficio un sistema de preferencias, en primer lugar, porque sólo aprovecha a los acreedores que lo instaron (*vid.* art. 1382 CC Chileno) y, en segundo lugar, porque la satisfacción de estos acreedores sigue siendo preferente aun en los supuestos de decadencia del beneficio de inventario, pudiendo

Garantizada la protección de acreedores hereditarios y testamentarios con el beneficio de inventario como régimen al que se somete toda sucesión (salvo excepciones) y reforzada ésta por el beneficio de separación de patrimonios, estos Códigos regulan lo relativo al pago de las deudas hereditarias atendiendo al supuesto común de una herencia mínimamente gravada; bajo este presupuesto (herencia solvente), ni se establece un procedimiento de liquidación colectiva, ni se prohíbe la entrega de los legados antes de realizar el pago de las deudas y cargas de la herencia²²⁶; simplificándose así el proceso liquidatorio y aliviándose la carga de administrar y liquidar el patrimonio hereditario que pesa sobre los herederos. A este mismo propósito parece responder el principio de división automática de las deudas entre los herederos, que de forma similar a como lo estableciera el *Code* francés, es acogido en estos Ordenamientos²²⁷.

También, este sistema ofrece los mecanismos suficientes para proteger a los acreedores hereditarios en el caso contrario de herencia excesivamente endeudada²²⁸. A este respecto, se regula y desarrolla minuciosamente el principio *nemo liberalis, nisi liberatus*, de forma que la satisfacción de los acreedores quede asegurada; de ahí que los acreedores hereditarios siempre, y en subsidio de la acción que les corresponde contra los herederos, tengan acción contra los legatarios persiguiendo los bienes que fueron objeto de legado²²⁹; todo ello en los supuestos donde, por desconocimiento de la situación real de endeudamiento del caudal hereditario, no haya sido previa la satisfacción de las deudas a la entrega de legados²³⁰.

De otra parte, estos Códigos siguen un sistema de adquisición directa de los bienes hereditarios en su formulación más pura: son los herederos quienes adquieren la posesión y propiedad de los bienes hereditarios y

do entonces los acreedores solicitantes del beneficio de inventario y en defecto de bienes hereditarios dirigirse contra los bienes del heredero (*vid.* art. 1383 CC de Chile).

²²⁶ *Vid.* artículo 1374 CC de Chile: «No habiendo concurso de acreedores, ni tercera oposición, se pagará a los acreedores hereditarios a medida que se presenten, y pagados los acreedores hereditarios se satisfarán los legados. Pero cuando la herencia no apareciera excesivamente gravada podrá satisfacerse inmediatamente a los legatarios que ofrezcan caución de cubrir lo que les queda en la contribución a las deudas. Ni será exigible esta caución cuando la herencia está manifiestamente exenta de cargas que puedan comprometer a los legatarios».

²²⁷ En este caso, *vid.* artículos 1354 ss. Código Civil de Chile, donde, quizás como contrapeso de la carga de administrar y liquidar la herencia fielmente y sin la más mínima irregularidad, se establece la división *ipso iure* de las deudas hereditarias tanto para el heredero beneficiario como para quien no puede acogerse al beneficio de inventario.

²²⁸ Comenzando, por ejemplo, por la regla general relativa a la aceptación de la herencia (art. 1240 CC de Chile), donde se prescribe que los herederos pueden ser obligados a prestar caución siempre que haya motivo para temer que bajo su administración peligran los bienes hereditarios.

²²⁹ *Cfr.* artículo 1362 CC de Chile, *in fine*.

²³⁰ Pese a la posibilidad de hacer efectiva entrega de los legados antes de satisfacer las deudas de la herencia (aunque con garantías como la caución ofrecida por los legatarios para responder de su contribución a las deudas, *cfr.* art. 1374 CC de Chile), comúnmente y ante la sospecha de herencia insolvente, los legados son entregados una vez pagadas las deudas hereditarias. *Vid.* artículo 1376 CC Chileno: «No habiendo en la sucesión lo bastante para el pago de todos los legados, se rebajarán a prorrata».

los únicos llamados a cumplir la función de administrar y liquidar el patrimonio hereditario²³¹. La función de los albaceas y ejecutores testamentarios es complementaria: les compete, fundamentalmente, la ejecución de las últimas voluntades y la vigilancia del correcto cumplimiento de la misión que a los herederos corresponde²³².

c) *Ordenamientos que regulan «ipso iure» la responsabilidad limitada del heredero*

El grado de patrimonialización de estos Ordenamientos es mayor: ni el heredero tiene el problema de la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, ni tampoco los acreedores hereditarios ni los legatarios pueden llegar a temer por la confusión de patrimonios. Queda suprimida la posibilidad de un doble *iter* liquidatorio y toda herencia está indefectiblemente sujeta a un organizado proceso de administración y liquidación. No obstante, el establecimiento del régimen liquidatorio sigue enraizado en la tradición romanista, y será, precisamente, el beneficio de inventario el instituto que, evolucionado, sirva de base para regular el proceso liquidatorio²³³.

a') El Código Civil de Portugal

Con claridad meridiana, el Código Civil lusitano parte de la concepción de herencia como patrimonio afecto a la satisfacción de las deudas y cargas hereditarias. Textualmente, el artículo 2068 CC de Portugal, establece:

«A herança responde pelas despesas com o funeral e sufrágios do seu autor, pelos encargos com a testamentaria, administração e liquidação do património hereditário, pelo pagamento das dívidas do falecido, e pelo cumprimento dos legados.»

Consiguientemente, el patrimonio hereditario permanece individualizado en razón de su destino²³⁴ y, en ningún caso, se producirá la confusión de patrimonios²³⁵.

²³¹ *In genere*, *vid.* artículos 1222 ss. Código Civil Chileno. Con excepción, claro está, del supuesto de herencia yacente, correspondiendo entonces la administración y liquidación del patrimonio al albacea testamentario o en su defecto a un curador de los bienes hereditarios designado por el Juez (*vid.* art. 1240, pfo. 2.º CC de Chile).

²³² *Vid.* artículos 1270 ss. Código Civil de Chile.

²³³ Afirmación que es cierta en la generalidad de las soluciones ofrecidas por este grupo de Códigos, pero que en ocasiones sufre variaciones; así, algunos de estos Códigos (*v. gr.*, Código Civil de Perú) prescinden de este beneficio como institución autónoma aunque en el sistema de liquidación del pasivo regulado pervivan claras influencias del citado beneficio. *Vid. supra*, referencia a este Código peruano.

²³⁴ Acerca de la idea de sucesión patrimonial acogida en el Código portugués como fruto de una dilatada evolución que hunde sus raíces en el Derecho romano, que apareció tímida y confusamente establecida en el Código Civil de Seabra y que en el vigente Código portugués aparece perfilada con claridad, *vid.*, por todos, GALVAO TELLES, I., *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1985, pp. 138 ss.

²³⁵ *Vid.* GALVAO TELLES, I., *Direito das Sucessões*, cit., p. 153: la efectiva separación de patrimonios es un efecto directo de la ley cuyas consecuencias serán la preferencia de

La transmisión sucesoria en el Código lusitano queda configurada atendiendo a la concepción de la herencia como patrimonio en liquidación, pero sin renunciar a sus raíces romanas²³⁶.

En Derecho portugués, el patrimonio hereditario nunca llega a confundirse con el patrimonio del heredero; toda herencia es sometida a un proceso liquidatorio y el heredero nunca responde más allá del valor de los bienes heredados.

Más se trata de un procedimiento liquidatorio flexible cuya finalidad es poner al servicio de los sujetos interesados en la sucesión los medios apropiados para la defensa de sus intereses y derechos²³⁷, prescindiendo de complejos requisitos y de numerosas formalidades cuando ello sea innecesario para tramitar una correcta liquidación del pasivo hereditario. Bajo este presupuesto el proceso de liquidación del pasivo hereditario, en el Derecho portugués, se sustenta en dos pilares básicos: la confección del inventario como instrumento de individualización de los bienes hereditarios a efectos de prueba²³⁸ y la necesaria intervención de un sujeto que cumpla las funciones de administración y liquidación de la herencia («*cabeça-de-casal*»²³⁹ o, en su caso, curador de los bienes²⁴⁰).

La confección del inventario, como instrumento que permite la individualización de los bienes hereditarios a efectos de prueba, ni produce la separación de patrimonios ni limita *intra vires* la responsabilidad del heredero ya que ambos son efectos directos de la ley y consecuencia de la concepción objetiva y patrimonial del efecto sucesorio. Por ello, la aceptación a beneficio de inventario, en este sistema, tiene un sentido diverso: su efecto es modalizar la responsabilidad *intra vires hereditatis* del heredero. La aceptación a beneficio de inventario conlleva la carga de confec-

los acreedores hereditarios sobre los personales del heredero, quedando los créditos de los primeros garantizados con los bienes hereditarios y la consiguiente responsabilidad *intra vires hereditatis* del heredero. Este autor enjuicia la solución portuguesa como más perfecta ya que, dice, no es correcto establecer un sistema basado en el principio de confusión de patrimonios para seguidamente crear los instrumentos que destruyan tal principio; esto último, sólo serviría para coger traicioneramente a los desprevenidos (por ejemplo, al heredero que acepta la herencia pura y simplemente porque está convencido de su solvencia).

²³⁶ Respecto de la evolución del sistema portugués y su paulatina patrimonialización basada en los beneficios de inventario y separación de bienes, en tanto que éstos fueron (incluso para el Derecho romano) signos precursores de la individualización del patrimonio hereditario y de una concepción más patrimonialista del efecto sucesorio, *vid.* GALVAO TELLES, I., *Direito das Sucessões*, cit., pp. 145 ss.

²³⁷ La posibilidad de intervención o, en su caso, la necesaria intervención de los acreedores hereditarios y legatarios en el proceso de liquidación de la herencia es constante. *Vid.*, entre otros, artículos 2048 (respecto del supuesto de herencia yacente), 2084 (designación del «*cabeça-de-casal*»), 2086 (remoción del «*cabeça-de-casal*»), 2098, 3.º (pago de las deudas hereditarias tras la partición), todos ellos del Código Civil de Portugal. Igualmente, consúltense, artículos 1326 y 1327, 1329 y 1330, 1332 ss., 1354 ss., 1361, entre otros, del Código Procesal civil portugués.

²³⁸ *Vid.* artículos 1326 ss. Código del proceso civil portugués.

²³⁹ *Vid.* artículos 2079 ss. Código Civil portugués.

²⁴⁰ *Vid.* artículo 2048 Código Civil portugués, relativo al supuesto de herencia yacente.

cionar el inventario²⁴¹ y producirá la afección, sólo de los bienes inventariados, al pago de las obligaciones hereditarias, salvo que los acreedores y legatarios probaren la existencia de otros bienes²⁴². De otra parte, y en aras a la protección de acreedores hereditarios y legatarios, la confección de inventario será obligatoria en todos los supuestos donde pueda peligrar la garantía que ofrece el patrimonio hereditario para el cumplimiento de las obligaciones de la herencia²⁴³; por contra, no será necesaria en los supuestos de herencia manifiestamente solvente²⁴⁴; todo ello sin perjuicio de que cualquier interesado en la herencia pueda instar la confección del inventario exacto y detallado de los bienes hereditarios²⁴⁵.

La concepción de la herencia como patrimonio en liquidación, por último, exige deslindar e individualizar el cargo de administrador y liquidador de la herencia; de ahí, su necesaria intervención en toda sucesión²⁴⁶. Pero el Código Civil lusitano, siguiendo en parte la tradición romana y bajo el sistema de adquisición directa de los bienes hereditarios, dispone que dicho cargo, en principio, incumbirá a los propios herederos²⁴⁷.

b') El Código Civil de Costa Rica

Este Ordenamiento concibe, igualmente, la herencia como patrimonio en liquidación. A tal efecto, toda herencia es sometida a un procedimiento judicial (juicio de sucesión) que asegura, en todo caso, la administración y liquidación del caudal relicto²⁴⁸. Lógicamente, no existe ni siquiera la posibilidad de confusión de patrimonios y el heredero siempre responderá *intra vires hereditatis*²⁴⁹.

Mas en este sistema subyacen claras influencias latinas de forma que, no se prescinde del beneficio de inventario como institución autónoma, quedan vestigios del beneficio de separación como sistema preferencial que permite

²⁴¹ Cfr. artículo 2058, 2.º Código Civil portugués: «A aceitação a benefício de inventário faz-se requerendo inventário judicial, nos termos da lei de processo, ou intervindo em inventário pendente».

²⁴² Cfr. art. 2071 Código Civil portugués: «1 Sendo a herança aceita a benefício de inventário, só respondem pelos encargos respectivos os bens inventariados, salvo se os credores ou legatários provarem a existência de outros bens. 2 Sendo a herança aceita pura e simplesmente, a responsabilidade pelos encargos também nao excede o valor dos bens herdados, mas incumbe, neste caso, ao herdeiro provar que na herança nao existem valores suficientes para cumprimento dos encargos.»

²⁴³ *Vid.*, principalmente art. 2053, 1.º CC de Portugal: «A herança deferida a menor, interdito, inabilitado ou pessoa colectiva...».

²⁴⁴ *Vid.*, artículo 1328 Código del proceso civil portugués.

²⁴⁵ *Vid.* artículos 1329 ss. Código del proceso civil portugués.

²⁴⁶ *Vid.*, principalmente, el artículo 2079 CC de Portugal.

²⁴⁷ Estableciendo, respecto de los herederos a quienes incumbe el ejercicio del cargo de administrador y liquidador de la herencia, un orden de preferencia (*vid.* art. 2.080 CC de Portugal). Disposición, esta última, que no es de *ius cogens*, por lo que cabe que los interesados designen administrador y liquidador de la herencia a quien tengan por conveniente (*vid.* art. 2084 CC de Portugal).

²⁴⁸ *Vid.*, entre otros, artículos 529, 543 y 547 Código Civil de Costa Rica. Igualmente, *vid.* artículos 522 *in fine*, 526 a 528 y 549 Ley de Procedimientos civiles de Costa Rica.

²⁴⁹ Cfr. art. 535, primer inciso, C. C. de Costa Rica: «El heredero no responde de las deudas y cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de ésta».

la adscripción de determinados bienes al pago de las deudas hereditarias y, por último, se establece un proceso de liquidación del pasivo hereditario flexible cuya principal preocupación es regular, en favor de los interesados, los mecanismos suficientes para la protección de sus intereses y derechos.

La aceptación a beneficio de inventario, en forma similar a como se regula en el Código Civil portugués, modaliza la responsabilidad *intra vires hereditatis* del heredero, y en virtud de la confección del inventario²⁵⁰ quedan, a efectos de prueba²⁵¹, individualizados los bienes hereditarios²⁵².

El sistema preferencial (entre distintos acreedores hereditarios y entre acreedores hereditarios y legatarios), propio del llamado beneficio de separación, evoluciona y se transforma en este Código en la regulación de concretas prerrogativas en favor de los acreedores hereditarios²⁵³, destacándose la posibilidad, en su caso, de adscripción de determinados bienes de la herencia a la satisfacción del crédito en favor de aquel acreedor que haya instado la separación de estos bienes²⁵⁴.

Mediante el llamado «juicio de sucesión» toda herencia es sometida a un proceso liquidatorio, mas se establece un procedimiento flexible de liquidación del pasivo hereditario²⁵⁵. Procedimiento que, desprovisto de

²⁵⁰ La aceptación beneficiaria conlleva la obligación de confeccionar el inventario; ello, fácilmente se deduce del artículo 536: «No dándose principio al inventario o no concluyéndose éste por culpa del beneficiario, dentro del término señalado por ley, se tendrá la herencia como aceptada pura y simplemente».

²⁵¹ Téngase en cuenta que en este Código el inventario y su confección no es el instrumento limitativo de la responsabilidad del heredero; sólo, a efectos de prueba, es medio de individualización de los bienes hereditarios. Por ello, aunque es usual la facción del inventario (*vid.* art. 560 CC y arts. 535 y 547 Ley de Proc. civiles de Costa Rica, respecto del inventario confeccionado por el albacea; también, *vid.* artículo 536, cit. *a contrario sensu*, confección de inventario y aceptación beneficiaria), no es preceptiva; en cambio, sometida toda herencia a un procedimiento liquidatorio, la rendición de cuentas presentada por el albacea siempre es necesaria (cfr. art. 554 CC de Costa Rica).

²⁵² Cfr., art. 535, inciso segundo, CC de Costa Rica: «Aceptada pura y simplemente, toca al heredero probar que no hay bienes suficientes para el pago de deudas y cargas; y aceptada a beneficio de inventario, incumbe a los acreedores probar que hay otros bienes además de los inventariados».

²⁵³ *Vid.*, principalmente, artículo 564 CC de Costa Rica: «Los acreedores contra la sucesión se pagarán como fueren presentándose; pero si no fueren acreedores prendarios o hipotecarios y el pago se hiciera dentro de los primeros seis meses después de iniciado el juicio de sucesión, deberán garantizar que devolverán como pago indebido lo que corresponda al acreedor de igual o mejor derecho que reclame antes de vencerse dichos seis meses. Vencido ese término, cesa la fianza y garantía que hubieren presentado». Artículo 565 CC de Costa Rica: «El acreedor que en los dos primeros años después de iniciado el juicio de sucesión no haga uso de los derechos que contra ella tenga, nada podrá reclamar a los acreedores a quienes se hubiere pagado y sólo podrá repetir contra los legatarios cuando en la herencia no hubiere bastantes para cubrir su crédito, y no hubieren transcurrido dos años desde que éstos hayan entrado en posesión de su legado. Lo dispuesto en este artículo no modifica en manera alguna los derechos del acreedor hipotecario».

²⁵⁴ *Vid.* artículo 567 CC de Costa Rica: «El acreedor cuyo crédito no fuere exigible en los seis primeros meses después de iniciado el juicio de sucesión, para conservar ileso su derecho deberá presentarse pidiendo que se separen bienes suficientes para pagarle en su oportunidad o que se garantice el pago por el heredero».

²⁵⁵ No estamos ante un procedimiento colectivo de liquidación del pasivo hereditario; por el contrario, la regla general es ir pagando a los acreedores hereditarios en el orden en que se vayan presentando. Así, si la herencia es solvente y antes de la partición (duran-

complejos trámites, garantiza la completa satisfacción de los intereses y derechos de los sujetos que intervienen en la sucesión bajo los presupuestos de intervención necesaria del albacea en toda sucesión²⁵⁶, control de los interesados en la herencia (acreedores, herederos y legatarios) en todo el proceso liquidatorio²⁵⁷ y vigilancia de tal procedimiento por el Juez²⁵⁸.

Por último, la individualización del caudal relicto como patrimonio afecto al cumplimiento de las obligaciones herenciales exige la necesaria presencia e intervención del albacea por ser éste el sujeto que, bajo el control de los interesados en la herencia, administra y liquida el patrimonio hereditario²⁵⁹.

c') El Código Civil de Méjico

El Código Civil mejicano parte de un concepto objetivo de herencia como transmisión de un patrimonio²⁶⁰; tal concepto será presupuesto para explicar la organización jurídica de la herencia como patrimonio de afectación cuya finalidad es la liquidación del pasivo, la determinación

te la facción del inventario), se podrá proceder al pago de las deudas hereditarias siempre que exista acuerdo entre herederos, acreedores y legatarios (cfr. art. 560 CC de Costa Rica); igualmente, dentro de los seis primeros meses después de iniciado el juicio de sucesión, también se proveerá al pago de los acreedores hereditarios (aunque éstos no fueran preferentes), siempre que los mismos garanticen lo recibido o presten fianza (*vid.* art. 564 CC de Costa Rica).

²⁵⁶ Todo el proceso liquidatorio del patrimonio hereditario gira en torno a la necesaria intervención del albacea, que es el administrador y representante legal de la sucesión (cfr. art. 548 CC de Costa Rica). Además el albacea es el liquidador de la herencia bajo el control de los interesados en la misma y bajo la vigilancia del Juez (*vid.* arts. 549 ss. CC de Costa Rica).

²⁵⁷ Es constante la intervención de todos los interesados en la herencia. Así, por ejemplo, es preceptiva la intervención y el acuerdo entre herederos, acreedores y legatarios en temas tales como nombramiento del albacea cuando falte el testamentario (*vid.* art. 542, 2.º CC de Costa Rica); remoción del albacea (*vid.* art. 556 CC de Costa Rica); necesidad de autorización especial concedida por el convenio de todos los interesados en la sucesión al albacea, para realizar actos de disposición sobre bienes hereditarios (*vid.* arts. 549 y 550 CC de Costa Rica); necesidad de acuerdo de los interesados para proveer el pago de las deudas hereditarias estando pendiente la administración de la herencia (*vid.* art. 560 Código Civil de Costa Rica).

²⁵⁸ El Juez sólo ejerce una simple función de vigilancia del procedimiento liquidatorio, supliendo, a veces, la falta de acuerdo entre los interesados en la herencia (*vid.*, entre otros, arts 542 y 543 CC de Costa Rica respecto de la designación de albacea; art. 550 CC de Costa Rica acerca de la autorización necesaria para que el albacea realice actos de disposición sobre bienes hereditarios).

²⁵⁹ *Vid.*, principalmente, artículos 541 ss. CC de Costa Rica.

²⁶⁰ En virtud del art. 1281 CC de Méjico, la herencia se concibe como «sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte». Esta definición legal de herencia es sin duda consecuencia de la yuxtaposición de diversas tendencias: genéricamente, subyace la fusión entre las influencias romanistas y germánicas y específicamente no son desdeñables la impronta ejercida por el Código napoleónico y la legislación castellana anterior a la codificación. *vid.*, al respecto, MAGALLÓN IBARRA, J. M., *Instituciones...*, cit., t. V, pp. 2 ss. La idea de herencia como patrimonio común cuya titularidad pertenece a todos los herederos queda confirmada en el art. 1288 CC de Méjico. *Vid.* MAGALLÓN IBARRA, J. M., *op. cit.*, pp. 24-25.

del activo líquido y, posteriormente, el reemplazo del heredero en la titularidad de los bienes de su causante²⁶¹.

A tal efecto el Código Civil mejicano suprime la posibilidad de un doble *iter* liquidatorio, pero no renuncia a la tradición jurídica romana, siendo el beneficio de inventario el instituto que asegura el procedimiento liquidatorio al que es sometida toda sucesión y que evita en toda herencia el riesgo de confusión de patrimonios²⁶². El legislador mejicano regula el beneficio de inventario inspirándose plenamente en su precedente romano, pero utiliza este instituto como mecanismo idóneo para coordinar los intereses contrapuestos de los herederos y de los acreedores. Entre las características más relevantes del beneficio de inventario mejicano, cabe destacar: la indefectible necesidad de confeccionar el inventario en toda sucesión, la consideración de la herencia como patrimonio en liquidación durante la facción del inventario (pendiente su formación no podrán los acreedores ni los legatarios exigir el pago de sus créditos y legados), la necesaria aprobación del inventario confeccionado por los interesados en la herencia y en su defecto por el Juez y, por último, la concepción de la herencia como patrimonio en liquidación una vez haya sido aprobado el inventario (necesariamente ha de proveerse al pago de las obligaciones y cargas hereditarias con anterioridad a la del remanente entre los herederos)²⁶³.

Especial relevancia adquiere en el sistema mejicano la figura del albacea. Éste es el administrador y liquidador de la herencia: es quien debe promover la confección del inventario, administrar la herencia y, una vez aprobado el inventario, liquidar la misma y proceder a la partición. Mas, como el Código Civil mejicano prevé un sistema de adquisición directa de los bienes hereditarios por los herederos²⁶⁴, por ello, en defecto de albacea testamentario, ejercerán este cargo los sucesores a título universal; también serán los herederos los encargados de administrar y liquidar el acervo hereditario cuando, existiendo albacea testamentario, éste no cumpla fielmente su función²⁶⁵.

²⁶¹ *Vid.*, principalmente, ROJINA VILLEGAS, R., *Compendio de Derecho Civil*, vol. II, *Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, México, 1986, pp. 327 ss.

²⁶² Pues toda herencia se entiende siempre aceptada a beneficio de inventario, consecuentemente, el patrimonio hereditario es considerado como patrimonio separado y afecto al cumplimiento de las obligaciones de la herencia, y el heredero responderá de las deudas y cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda. *vid.* MAGALLÓN IBARRA, J. M., *Instituciones...*, cit., t. V, pp. 185 ss., especialmente, pp. 194 ss.

²⁶³ En definitiva, el llamado beneficio de inventario es todo un procedimiento de administración y liquidación del pasivo hereditario cuyo presupuesto es la individualización de los bienes hereditarios mediante la confección de un inventario, más o menos solemne, según los casos *vid.*, respecto de todas estas cuestiones, MAGALLÓN IBARRA, J. M., *Instituciones...*, cit., t. V, pp. 215 ss.

²⁶⁴ *Cfr.* artículos 1282, 1288, 1649 y 1704 CC de Méjico, entre otros.

²⁶⁵ Sobre estos extremos, *vid.* MAGALLÓN IBARRA, J. M., *Instituciones...*, cit., t. V, pp. 25, 144, 182 ss., 195 ss. y 247 ss.

d') El Código Civil de Perú

Predomina en este Código una acusada concepción patrimonialista del efecto sucesorio²⁶⁶. La herencia, al igual que en los Códigos precedentes, es concebida como un patrimonio sometido a liquidación: ni existe el peligro de confusión de patrimonios²⁶⁷, ni el heredero responde más allá del valor de los bienes heredados²⁶⁸.

Se prescinde en este Código de los llamados beneficios de inventario y de separación como institutos autónomos, pero no dejan, por ello, de advertirse influencias y vestigios de los mismos en el procedimiento liquidatorio establecido. El proceso liquidatorio se sustenta, aquí, en la indefectible intervención del albacea²⁶⁹, quien es el administrador y liquidador de la herencia²⁷⁰ y el ejecutor de las últimas voluntades del causante²⁷¹. Pero la individualización de los bienes hereditarios se consigue en virtud de la confección de un inventario de los bienes²⁷², y la preferencia de los acreedores hereditarios sobre los bienes de la herencia²⁷³ se resuelve mediante concretas prerrogativas concedidas a éstos que conservan claras reminiscencias del llamado beneficio de separación²⁷⁴.

De otra parte, y pese a que el albacea sea el sujeto encargado de la administración y liquidación de la herencia, el heredero conserva su

²⁶⁶ Sobre este extremo, consúltese FERRERO, A., *Tratado de Derecho Civil*, t. V, *Derecho de Sucesiones*, Universidad de Lima, 1994, Vol. I, pp. 118 ss. y 170 ss., vol. II, pp. 907 ss.

²⁶⁷ *Vid.*, principalmente, art. 880 CC de Perú: «El heredero o legatario que fuere acreedor del causante, conserva los derechos derivados de su crédito, sin perjuicio de la consolidación que pudiere operar».

²⁶⁸ Cfr. artículo 661 CC de Perú: «El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta».

²⁶⁹ *Vid.* artículo 792 CC de Perú: «Si el testador no hubiera designado albacea o si el nombrado no puede o no quiere desempeñar el cargo, sus atribuciones serán ejercitadas por los herederos, y si no están de acuerdo, deberán pedir al Juez el nombramiento de albacea dativo».

²⁷⁰ *Vid.*, principalmente, los artículos 787 y 791 CC. El primero de ellos describe las obligaciones del albacea en tanto es el administrador y liquidador de la herencia y el art. 791 configura al albacea como responsable para asegurar la indemnidad de los bienes hereditarios.

²⁷¹ *Vid.*, por ejemplo, los artículos 787-9.º (en torno a la obligación del albacea de cumplir los encargos especiales del testador), 788 (representación de la testamentaría a efectos de cumplir las últimas voluntades del testador) y el artículo 797 CC de Perú (respecto de la facultad del albacea, en cualquier tiempo y después de haber cesado en el cargo, para exigir que se cumpla la voluntad del testador).

²⁷² *Vid.*, especialmente, art. 661 *in fine*, que alude al inventario confeccionado como instrumento de individualización de los bienes hereditarios a efectos de prueba; art. 787-3.º describiendo la obligación del albacea de confeccionar el inventario con citación de los herederos, legatarios y acreedores de la herencia; y artículo 795 CC de Perú que sanciona al albacea que, dentro de los plazos legalmente establecidos, no empiece la facción del inventario.

²⁷³ Formulada claramente en el art. 872 CC de Perú: «Los acreedores del causante tienen preferencia respecto a los acreedores de los herederos para ser pagados con cargo a la masa hereditaria».

²⁷⁴ *Vid.*, principalmente, los artículos 875 y 876 del CC de Perú. Artículo 875: «El acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los legados, mientras no se le satisfaga su deuda o se le asegure el pago». Artículo 876: «Si no obstante la oposición prevista en el artículo 875 se procede a la partición, sin pagar la deuda ni asegurar su pago, la partición se reputará no hecha en cuanto se refiere a los derechos del oponente».

puesto central en el fenómeno sucesorio: el heredero es el poseedor y propietario de los bienes hereditarios²⁷⁵, a él incumben las funciones de administración y liquidación de la herencia en defecto de albacea testamentario²⁷⁶ y, sobre todo, es el responsable directo y personal (aunque con alcance limitado) por las deudas hereditarias²⁷⁷.

Estamos, en definitiva, ante un procedimiento flexible de liquidación del pasivo hereditario donde los principales implicados en la sucesión (herederos, legatarios y acreedores hereditarios) tienen la facultad de intervenir, en cualquier momento, en el proceso liquidatorio²⁷⁸; y donde, el patrimonio hereditario persiste unificado y afecto al pago del pasivo hereditario²⁷⁹.

e') Soluciones previstas en las Compilaciones de Aragón y Navarra

En ambos Ordenamientos, por ministerio de la ley, la responsabilidad personal del heredero frente a los acreedores hereditarios es siempre limitada *intra vires hereditatis*.

Textualmente, la Ley 318 de la Compilación Navarra, establece:

«Responsabilidad *intra vires*.—El heredero responderá frente a los acreedores hereditarios y legatarios con el valor de los bienes de la herencia exclusivamente; pero si se excediere en el pago a los acreedores, éstos no estarán obligados a restituir. Se considerarán también acreedores de la herencia los que lo sean por gastos de última enfermedad, entierro y funerales.»

El artículo 138 de la Compilación de Aragón prescribe:

«Beneficio legal de inventario.—1. El heredero responde de las deudas de la herencia exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario. Sin embargo, responderá con su propio patrimonio el valor de lo heredado que enajene o consuma. 2. La confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto.»

No cabe duda que ambos cuerpos legales parten de un concepto patrimonialista y objetivo de la herencia²⁸⁰; empero, a nuestro juicio, en ambos falta claridad respecto del sistema de liquidación que acogen.

²⁷⁵ Lo cual se infiere de las normas relativas a la sucesión en general (arts. 660 ss.), de aquellas relativas a la aceptación y renuncia de la herencia (arts. 672 ss.), etc.

²⁷⁶ Cfr. artículo 792 del CC de Perú. Obsérvese, también, que los herederos son los llamados a vigilar y controlar el fiel cumplimiento de los deberes del albacea (cfr. art. 794 del CC de Perú).

²⁷⁷ Cfr. artículo 661 cit. y CC de Perú, y en su consecuencia los artículos 871, 873, 877 y 878 CC de Perú, fijan la posición de los herederos como responsables personales por las deudas hereditarias, hayan sido, o no, ellos mismos los artífices del proceso liquidatorio.

²⁷⁸ *Vid.*, entre otros, los artículos 786, 791, 794 y 854 del CC de Perú.

²⁷⁹ *Vid.* artículos 852 ss., 869 ss. y 871 ss. Obsérvese que, en este Ordenamiento, la pervivencia unificada del patrimonio hereditario cumple directamente la función de asegurar el pago del pasivo hereditario; por ejemplo, el artículo 857 dispone: «Puede también diferirse o suspenderse la partición respecto de todos los bienes o de parte de ellos, por acuerdo de todos los herederos o por resolución judicial ..., cuando la ejecución inmediata pueda ocasionar notable perjuicio al patrimonio hereditario, o si es preciso para asegurar el pago de deudas o legados».

²⁸⁰ Respecto a la Compilación de Aragón, *vid.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentario al art. 138 de la Comp. de Aragón*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones

Por lo pronto, prescinden del beneficio de inventario (al menos como categoría autónoma)²⁸¹ y no regulan en contrapartida un procedimiento liquidatorio claro que salvaguarde los derechos e intereses de los acreedores hereditarios²⁸², pudiendo convertirse la transmisión sucesoria en una peligrosa aventura para los acreedores de la herencia²⁸³.

Forales», dirigidos por Manuel ALBALADEJO, t. XXXIV, vol. 2.º, Madrid, 1988, pp. 142 ss. CORRAL MARTÍNEZ, R., y SANCHO GARGALLO, I., *Parte general y normas comunes a las diversas clases de sucesión*, en «Estudios sobre Derecho Sucesorio Aragonés», Universidad de Zaragoza, 1986, pp. 48 y 63 ss.

²⁸¹ Claramente, la Compilación de Navarra en su Ley 318 establece un sistema de responsabilidad *intra vires* del heredero sin que aluda ni a la confección de un inventario ni a sistema de liquidación alguno que resulte emparentado con el beneficio de inventario. Respecto del art. 138 de la Compilación de Aragón y pese al uso de la expresión «beneficio legal de inventario», hay que situar esta norma dentro de la singularidad del sistema aragonés que recoge aquí la tradición medieval de las Observancias 3.ª, 12.ª y 13.ª; evitando, así, toda comparación con el beneficio de inventario. Si la terminología utilizada («beneficio legal de inventario») continúa hoy siendo arrastre del Apéndice aragonés de 1925, en Derecho aragonés (incluso bajo la vigencia del art. 44 del Apéndice) el heredero siempre ha respondido limitadamente por las deudas hereditarias sin necesidad de manifestación acerca de acogerse al llamado beneficio y sin que llegaran a cumplirse las formalidades de los artículos 1010 ss. del Código Civil (cfr. Sentencia de 13 de noviembre de 1962). Acerca de la singularidad del Derecho aragonés en este tema, *vid.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentario al art. 138 de la Comp. de Aragón*, cit., pp. 143 ss. CORRAL MARTÍNEZ, R., y SANCHO GARGALLO, I.: *Op. cit.*, pp. 64 y 65. Respecto de las Observancias citadas y su interpretación doctrinal, puede consultarse, entre otros, DIESTE Y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho civil Aragonés*, Madrid, 1869, pp. 566 ss.

²⁸² La Compilación Navarra parece buscar en el beneficio de separación (Ley 319) el mecanismo idóneo para que los acreedores hereditarios puedan ser satisfechos. En virtud de esta Ley 319, los acreedores hereditarios podrán solicitar del Juez la formación de inventario y la separación de bienes de la herencia con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos. Este instituto asegurará, pues, la afección de los bienes hereditarios al pago de las deudas y legados de aquellos acreedores y legatarios separacionistas, aunque también aprovechará a aquellos que no hayan solicitado la separación que serán pagados con posterioridad y sin más preferencia entre ellos que la que corresponda a la naturaleza de sus créditos. De otra parte, la Compilación de Aragón, en aras a la protección de los acreedores hereditarios, sólo recurre a establecer que el heredero responderá con su propio patrimonio y hasta el valor de lo heredado que enajene o consuma (art. 138, 1.º, *in fine*). No obstante el art. 138 Comp. de Aragón ha sido objeto de varias interpretaciones. Así, MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentario al art. 138 de la Comp. de Aragón*, cit., pp. 147 ss., sostiene que el último inciso de esta norma establece un principio objetivo de salvaguarda de los derechos de los acreedores hereditarios; la responsabilidad del heredero se dará en todo caso de enajenación o consunción de bienes hereditarios, incluso cuando en el patrimonio hereditario subsistan bienes suficientes para satisfacer los créditos, y sólo quedará el heredero exonerado de esta responsabilidad cuando éste haya dejado de tener la titularidad de los bienes por causas ajenas a su voluntad; la responsabilidad aludida lo es sobre el valor de lo enajenado o consumido, no sobre los bienes del patrimonio del heredero, ello con independencia de la facultad de los acreedores para exigir judicialmente el embargo y subasta de ciertos bienes del heredero. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, t. V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988, p. 122, hace una valoración distinta de la norma aragonesa: «Es de suponer que el heredero demandado por un acreedor de la herencia habrá de presentar, para exonerarse de responsabilidad o limitarla, una relación de los bienes recibidos, siendo el acreedor quien tendrá que demostrar que tales bienes no alcanzan para el pago de su crédito, o que ha recibido, además, otros distintos; o bien, probablemente, que a sabiendas satisfizo créditos de rango inferior o legados, dejando insolvente el caudal.

²⁸³ A nuestro juicio, el estudio del sistema de liquidación del pasivo hereditario de ambas Compilaciones exigirá la aplicación supletoria de las normas del Código Civil relativas a la herencia beneficiaria como patrimonio en administración (art. 1026 CC) y como patrimonio en liquidación (arts. 1027, 1028, 1029 y 1030 CC, fundamentalmente) y, desde luego, en tanto

III. VALORACIÓN DEL SISTEMA DE LIQUIDACIÓN DEL PASIVO HEREDITARIO ACOGIDO EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Nuestro Ordenamiento participa de caracteres similares a aquellos Ordenamientos que, perteneciendo al Derecho continental y sin renunciar a sus raíces latinas, propenden a la patrimonialización del sistema. La yuxtaposición de tendencias, el carácter preponderantemente patrimonial del sistema y, en el plano estructural, el establecimiento de un doble *iter* liquidatorio, justificarán la ubicación de nuestro sistema liquidatorio dentro del conjunto de Ordenamientos que hemos calificado de fuertemente patrimonializados. Observemos, pues, que en nuestro sistema de liquidación del pasivo hereditario, se advierte la existencia de características que son comunes a todo ese conjunto de Ordenamientos. Entre las cuales, caben destacarse: la persistencia del patrimonio hereditario y su afección al pago de las deudas y cargas hereditarias (como directrices del sistema), el mantenimiento (más o menos atenuado) del concepto romano de sucesor a título universal, la utilización de institutos de abolengo romano (beneficio de inventario) para regular el procedimiento de liquidación del pasivo hereditario (procedimiento ordinario, en el caso español) y, también, el establecimiento de un orden de prelación para el cobro de las deudas y cargas hereditarias sobre el caudal hereditario.

Al igual que los Códigos hispanos, nuestro sistema presentará análogas dificultades en orden a la armonización de aquellas tendencias dispares que se aunan, combinan y yuxtaponen, siendo necesaria la valoración del sistema desde una perspectiva histórica²⁸⁴.

que es un patrimonio colectivo destinado al pago de las deudas hereditarias serán de aplicación los artículos 1082 ss. CC. Con ello quedará fijado el procedimiento de liquidación del patrimonio hereditario, respetando las peculiaridades de estos Ordenamientos.

²⁸⁴ De modo muy destacado, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., *passim*, especialmente, pp. 9 a 129, realiza un análisis histórico del sistema español tras el cual quedan revalorizados los elementos particulares de nuestro sistema, resultan justificadas sus tendencias patrimonialistas y quedan subvertidas muchas de las ideas que fueron consideradas como directrices del sistema por una doctrina demasiado apegada a concepciones romano-francesas. De otra parte, la experiencia comparada ha venido a demostrar la importancia del elemento histórico como clave para explicar las distintas peculiaridades de aquellos Ordenamientos donde, precisamente, el sistema liquidatorio previsto es fruto de una yuxtaposición de tendencias. Pues, de no ser así, ¿cómo explicaríamos el diverso significado y alcance de una misma institución en los distintos Ordenamientos? Obsérvese, por ejemplo, cómo el beneficio de inventario llega a cumplir diferentes funciones: en un caso, es el régimen al que forzosamente ha de someterse toda sucesión (arts. 1750 ss. del CC mejicano); en otro supuesto, este beneficio individualizará a efectos de prueba los bienes hereditarios afectos al pago del pasivo y en ningún caso llega a producirse la confusión de patrimonios (principalmente, art. 2071 CC portugués), o, por último, la aceptación beneficiaria tendrá el carácter de regla general aunque subsista el riesgo de confusión de patrimonios en los supuestos de aceptación pura y simple y de pérdida del beneficio (según la reforma introducida por la ley 17.711/1968 en el Código Civil argentino). Acerca de un análisis histórico que evidencie los particularismos de los Ordenamientos citados, pueden consultarse, entre otras, las obras de MAGALLÓN IBARRA, J. M., *Instituciones de Derecho civil*, t. V, *Derecho Sucesorio*, México, 1990. GALVAO TELLES, I., *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1985. BORDA, G. A., *Tratado de Derecho civil argentino, Sucesiones* (2 vols.), Buenos Aires, 1970.

Desde este punto de vista y apoyándonos en la experiencia del Derecho comparado, abordaremos la valoración del sistema de liquidación que nuestro Ordenamiento acoge; mas, conociendo la complejidad y amplitud de este tema, que bien pudiera ser objeto de un extensísimo estudio, en estas páginas únicamente pretenderemos mostrar las directrices más generales del sistema. Excluimos de nuestro objetivo el estudio de concretas instituciones y de específicas e importantes disposiciones, a las cuales sólo haremos breves referencias en tanto nos sirvan para mantener un juicio general sobre el sistema liquidatorio español y, en concreto, perseguimos únicamente señalar o poner de manifiesto aquellas características predominantemente patrimoniales del sistema que permitan su ubicación dentro de los Ordenamientos fuertemente patrimonializados del Derecho continental.

1. YUXTAPOSICIÓN DE TENDENCIAS PERSONALISTAS Y PATRIMONIALISTAS

Sin duda, un rasgo común a todos los Ordenamientos de origen ibérico es la yuxtaposición de tendencias pertenecientes a tradiciones jurídicas diversas; yuxtaposición que permitirá la existencia de sistemas liquidatorios que, sin renunciar a la tradición romanista, se caracterizan por la patrimonialización del efecto sucesorio.

En nuestro Ordenamiento, igualmente, se advierte la existencia de tendencias dispares; tendencias que, guardando un cierto equilibrio, se aúnan y combinan para configurar un sistema predominantemente patrimonializado basado en la persistencia individualizada del patrimonio hereditario y en su afección al pago de las deudas y cargas de la herencia.

A. LA EXISTENCIA DE TRADICIONES JURÍDICAS DIVERSAS

Bastará un rastreo por distintos artículos de nuestro Código Civil para evidenciar la existencia de tendencias personalistas y patrimonialistas que, en principio, pudieran ser consideradas como antagonicas²⁸⁵.

Hay artículos de nuestro Código Civil que están inspirados en la tradición romanista: son normas que suponen la continuidad personal del causante por su sucesor universal. Así y entre otros, los artículos 659 («La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte») y 661 CC («Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones») podrían ser clara muestra de remisión a los conceptos romanos de *universitas* y de *successio*²⁸⁶. El artículo 1257 CC,

²⁸⁵ Manifiesta el antagonismo que subyace en los distintos artículos de nuestro Código Civil, por ejemplo, ROCA SASTRE, R. M., *Crítica institucional del Código Civil*, cit., pp. 55 ss.

²⁸⁶ Sobre este respecto, *vid.*, por ejemplo, HERNÁNDEZ GIL, A., *Obras Completas*, t. IV, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1989, p. 475. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero...*, cit., p. 23. PÉREZ SAUQUILLO, G., *Responsabilidad del heredero...*, cit., pp. 237-238. LÓPEZ CONTRERAS, J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., p. 417.

interpretado conforme a su tenor literal, induciría a considerar la sucesión como sustitución del heredero en la esfera personal de su causante²⁸⁷. Y, desde luego, el artículo 1003 CC, como derivación de la idea de continuidad del heredero en la personalidad del *de cuius*, consagraría la responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero que acepta pura y simplemente, bajo el presupuesto de la confusión de patrimonios²⁸⁸.

De otra parte, en otros tantos artículos se advierte la existencia de tendencias patrimonialistas: por citar los más importantes, los artículos 1027 y 1029 CC (que el intérprete debe desligar del estrecho campo del beneficio de inventario) demuestran la vigencia del principio *nemo liberalis nisi liberatus*²⁸⁹; también, los artículos 1082 y 1084 CC en tanto establecen mecanismos efectivos para que los acreedores hereditarios gocen, al menos, de la garantía patrimonial que ofrece el caudal hereditario²⁹⁰.

B. BREVÍSIMA RESEÑA ACERCA DE LAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES SOBRE EL SISTEMA VIGENTE

Las distintas interpretaciones doctrinales acerca del sistema de liquidación del pasivo hereditario acogido en nuestro Ordenamiento, también evidencian la existencia de tradiciones jurídicas dispares.

En líneas generales, existen en el seno de nuestra doctrina dos grandes corrientes de opinión que corresponden, en un caso, a la hipervalorización de las tendencias personalistas del sistema para concluir que estamos ante un «sistema de continuación de la persona»; y, en otro caso, a una revalorización de las tendencias patrimonialistas y de las peculiaridades propias de nuestro sistema²⁹¹.

²⁸⁷ En virtud de esta norma, queda vigente en nuestro sistema de la idea de *successio* o subrogación del heredero en la esfera personal de su causante. *vid.*, entre otros, LÓPEZ CONTRERAS, J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., p. 417. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero...*, cit., pp. 21-22.

²⁸⁸ *Vid.*, entre otros muchos, DE COSSÍO Y CORRAL, A., *La intervención de las autoridades judiciales y administrativas en la liquidación de la herencia...*, cit., pp. 73 ss. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero...*, cit., pp. 43 ss. LÓPEZ CONTRERAS, J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., pp. 426 ss.

²⁸⁹ *Vid.*, por todos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 180 ss. (donde defiende el ámbito de aplicación general de estas normas) y, pp. 212 ss. (donde describe el régimen específico de estas prelación).

²⁹⁰ *Vid.*, por todos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 223 ss. (respecto del art. 1082 CC) y pp. 205 a 207 y 231 ss. (acerca del art. 1084 CC).

²⁹¹ Acerca de ambas posiciones doctrinales, *vid.*, *infra*, autores y obras citadas. en las siguientes notas. Además, puede consultarse GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados*, cit., pp. 188 a 196, quien reseña los rasgos distintivos de una y otra. En nuestra Jurisprudencia, igualmente existen dos posturas diferenciadas respecto de la valoración del sistema liquidatorio español. De una parte, no faltan Sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que mantengan la vigencia en nuestro sistema de la idea de *successio* con sus más clásicas consecuencias (subrogación del heredero en la personalidad del causante, confusión de patrimonios y responsabilidad *ultra vires hereditatis* como rasgos estructurales del sistema). 5., entre las más conocidas, las Sentencias de 8 de abril de 1927, de 9 de diciembre de 1932, de 1 de marzo de 1955, de 22 de enero de 1963, y las Resoluciones de 10 de junio

No olvidamos que un importante sector de la doctrina sigue relacionando nuestro sistema con los de marcadas tendencias personalistas. Según esta opinión, la confusión de patrimonios y la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, son las reglas generales en nuestro sistema en virtud del artículo 1003 CC y como consecuencia de estar vigente la idea de subrogación del heredero en la esfera de su causante²⁹².

En favor de esta tesis «tradicional»²⁹³ y como argumentos más usuales, suelen esgrimirse los siguientes:

La idea de *successio* está vigente en nuestro sistema²⁹⁴ y, consiguientemente, el heredero se convertirá en deudor personal de las obligaciones de su causante como si él mismo las hubiese contraído²⁹⁵. El patrimonio

de 1916, de 22 de septiembre de 1924, de 30 de junio de 1956. De otra parte y frente a esta orientación jurídica, tampoco son escasas las Sentencias y Resoluciones que conciben la sucesión como transmisión de un remanente de bienes, donde la regla general es la autonomía del patrimonio hereditario y su afección al pago de las deudas; entre las más citadas, *vid.* las Sentencias de 2 de marzo de 1896, de 9 de febrero de 1901, de 24 de noviembre de 1911, de 5 de noviembre de 1920, de 19 de septiembre de 1929, de 31 de octubre de 1942, de 11 de octubre de 1943, de 27 de junio de 1949, de 22 de mayo de 1950, de 18 de junio de 1959, de 27 de enero de 1961, de 24 de enero de 1963, de 19 de octubre de 1963 y de 21 de marzo de 1968. También, responden a esta concepción, y entre otras, las Resoluciones de 25 de agosto de 1925, de 18 de noviembre de 1932, de 14 de septiembre de 1934 y de 1 de septiembre de 1976.

²⁹² En este sentido y entre otros muchos, *vid.* ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, t. V, *Sucesiones*, Madrid, 1978, pp. 69 ss. DE COSSÍO Y CORRAL, A., *La intervención de las autoridades judiciales y administrativas en la liquidación de la herencia...*, cit., pp. 73 ss. GINOT LLOBATERAS, F., *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral*, ADC, 1950, pp. 1064 ss. y 1081 ss. PÉREZ SAUQUILLO, G., *Responsabilidad del heredero respecto a los legados*, cit., pp. 238 ss. LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires» en la herencia y en los legados*, cit., pp. 424, 427, 432, entre otras. Igual postura fue anteriormente defendida por LACRUZ BERDEJO, J. L., *La responsabilidad del heredero en el Código Civil*, RCDI, 1961, *passim*. Desde una posición más crítica y reconociendo rasgos estructurales del sistema de carácter patrimonial, *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. VI, vol 1.^o, *La sucesión en general*, Madrid, 1978, pp. 186 ss. Más extensamente, *Ídem. La dogmática de la herencia y su crisis actual*, cit., R. G. L. y J., 1960, pp. 159 ss. También dentro de esta corriente de opinión puede incluirse a GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero...*, cit., pp. 23, 43 ss. y 57 ss., en tanto que este autor defiende la vigencia en nuestro sistema de la idea de *successio* y en consecuencia la confusión de patrimonios como regla general. Y, por último, Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1989, pp. 555 a 557, defendiendo este autor que nuestro sistema no evita la confusión de patrimonios.

²⁹³ «Tesis tradicional», calificativo comúnmente empleado para identificar esta corriente de opinión. Así, por ejemplo GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados*, cit., pp. 188 ss., lo utiliza. Igualmente, GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentario al art. 1003 CC*, loc. cit., pp. 263 ss.

²⁹⁴ Cfr. DE COSSÍO Y CORRAL, A., *La intervención de las autoridades judiciales y administrativas en la liquidación de la herencia...*, cit., p. 73: El Código Civil «vigente recibe la idea romana de sucesión universal, de la cual resulta corolario inevitable la responsabilidad personal e ilimitada de heredero por el pasivo hereditario, a su vez efecto reflejo de la confusión de patrimonios...».

²⁹⁵ Por ejemplo, Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *La responsabilidad del heredero en el Código Civil*, cit., p. 193: «... en virtud del art. 1003 Código Civil, el heredero que acepta pura y simplemente resulta deudor de las deudas hereditarias, sin limitación alguna, y no como un simple responsable del patrimonio, sino como un deudor obligado a prestar personalmente...».

hereditario desaparecerá como tal y las deudas pasarán a afectar a un nuevo patrimonio: el del heredero. La consecuencia será doble: el heredero responderá con todos sus bienes (sean o no de procedencia hereditaria) y, a su vez, sobre todos estos bienes concurrirán indiferenciadamente los acreedores hereditarios, los legatarios y los acreedores personales del heredero²⁹⁶. La regla general será, por tanto, la confusión de patrimonios²⁹⁷ y el heredero, como efecto de la aceptación pura y simple, responderá por las deudas y cargas de la herencia *ultra vires hereditatis*²⁹⁸. No obstante, el heredero tendrá la facultad de limitar el alcance de su responsabilidad en virtud del beneficio de inventario; mas este instituto

²⁹⁶ Esta común explicación del fenómeno sucesorio basada en la disolución del patrimonio hereditario tras la aceptación, creándose, pues, un nuevo ámbito de responsabilidad (el patrimonio actual del heredero) fue la postura más seguida por la doctrina menos reciente, pero también un importante sector de la doctrina actual continuando apoyándose en la misma explicación. Aunque con fundamentos distintos (unos explicando el fenómeno de disolución del patrimonio hereditario por la transmisión de un *universum jus*, otros en virtud de la vigencia de la idea de continuación o subrogación del heredero en la posición jurídica del causante) siguen esta postura, entre otros, MANRESA y NAVARRO, J. M., *Comentario al art. 1003 CC*, en «Comentarios al Código Civil español», t. VII, Madrid, 1956, pp. 489 ss. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. VI, *Derecho de sucesión (mortis causa)*, vol. 1.º, Madrid, 1910, pp. 13 y 20 ss. OSSORIO MORALES, J., *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, pp. 176 ss. CASTÁN TOBEÑAS, J., *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, cit., R. G. L. y J., 1959, pp. 315 ss. BONET RAMÓN, F., *Derecho civil común y foral*, t. II, *Derecho de familia y sucesiones*, Madrid, 1940, p. 31. BORREL Y SOLER, A. M., *Algunos problemas sobre el beneficio de inventario*, R. J. C., 1951, pp. 503 ss. RAMOS ARMERO, M., *El Beneficio de Separación de Patrimonios* cit., p. 452. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *Crítica de un privilegio: el beneficio de separación*, R.D.N., 1966, pp. 99 ss. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores...*, cit., pp. 21 ss., 43, 57, entre otras. LÓPEZ JACOISTE, J. J., *El beneficio de separación de patrimonios...*, cit., p. 504.

²⁹⁷ Vid. nota anterior. Igualmente, alguna Sentencia de nuestro Tribunal Supremo reitera esta doctrina. Vid., por ejemplo, las Sentencias de 9 febrero de 1901 y de 1 de marzo de 1955.

²⁹⁸ En nuestra doctrina y respecto de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero, es frecuente encontrarnos con explicaciones que son propias del sistema francés o italiano. Así, entender que la responsabilidad *ultra vires* es consecuencia del modo de aceptar la herencia: siendo la aceptación pura y simple la forma ordinaria y, por contra, la aceptación a beneficio de inventario, el modo excepcional de aceptar la herencia. Entre otros, vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios...*, cit., t. VI, vol. 3.º, pp. 1.750 ss. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, t. V, *De las Sucesiones en particular*, vol. II, Madrid, 1963, págs 231 ss. ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951, p. 268. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil...*, cit., t. VI, vol. 1.º, p. 143. BONET RAMÓN, F., *Derecho civil...*, cit., t. II, p. 64. NÚÑEZ LAGOS, R., *El Derecho sucesorio ante la tradición...*, cit., p. 30. PÉREZ SAUQUILLO, G., *Responsabilidad del heredero respecto a los legados*, cit., *passim*. GINOT LLOBATERAS, F., *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados...*, cit., p. 1081. También, en este sentido, vid. la Resolución de 30 de junio de 1956 que, respecto de nuestro sistema, afirma: «... sistema inspirado en la *successio in ius* donde cuadrará mejor el principio de responsabilidad ilimitada, aunque pueda limitarse con el beneficio de inventario». Ahora bien, la doctrina más moderna, aunque defienda que estamos ante un «sistema de continuación en la persona», ha superado la concepción de aceptación beneficiaria como modalidad especial o condicional de aceptar la herencia, relacionando la responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero, bien con la ausencia de un procedimiento liquidatorio, bien con una exigencia de la ley en pro de satisfacer los derechos de los acreedores hereditarios; vid, entre otros, LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., pp. 426-427. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores...*, cit., pp. 59 ss.

seguirá valorándose como mecanismo corrector del sistema y como único medio que consigue la separación de patrimonios ²⁹⁹.

Pero esta posición doctrinal ha sido objeto de una profunda crítica y revisión.

C. CRÍTICA Y REVISIÓN DE LA TEORÍA «TRADICIONAL»

Esta orientación doctrinal ha merecido fuertes críticas por valorar nuestro sistema liquidatorio de espaldas a la tradición jurídica castellana. Los autores que siguen esta postura «tradicional» pretenden explicar el sistema acogido en nuestro Ordenamiento con ideas del Derecho romano-clásico y con tesis análogas a las defendidas por autores italianos y franceses ³⁰⁰, mas nuestro sistema no es «una pervivencia arqueológica del Derecho romano, ni tampoco una copia del Código Civil francés» ³⁰¹. El sistema liquidatorio español es fruto de una larga evolución histórica y sus rasgos más peculiares (los cuales permitirán reafirmar la patrimonial-

²⁹⁹ Entre otros muchos, *vid.* SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios...*, cit., t. VI, vol. I.º, pp. 19 y 35. PUIG PEÑA, F., *Tratado...*, cit., t. V, vol. II, pp. 231 ss. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, cit., t. VI, Vol I.º, pp. 180 ss. LÓPEZ JACOISTE, J. J., *El beneficio de separación de patrimonios...*, cit., especialmente, pp. 417 ss., especialmente, 497 a 498. LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., p. 432. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores...*, cit., principalmente, pp. 66 ss.

³⁰⁰ *Vid.*, en este sentido, las críticas que merece esta posición doctrinal para autores como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 115, quien señala que la «preocupación por seguir la doctrina forjada sobre Derechos extranjeros y sobre el Derecho romano clásico, no ha permitido a la doctrina española ver la singularidad del sistema vigente que es esencialmente conforme con el Derecho tradicional español...». Igualmente, ROVIRA JAÉN, F. J., *En torno a las deudas de la herencia*, cit., pp. 1573-1574 y 1583, nos manifiesta que por la inclinación de la doctrina a valorar el sistema con ideas romano-francesas, «las soluciones dadas... están condicionadas a la última luz que los romanistas arrojan sobre la *successio*...». Por su parte, GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados*, cit., p. 199, denuncia el olvido de «... los elementos propios del particularismo español... por una doctrina que formada en la mentalidad codificadora, se hallaba casi siempre demasiado apegada a los criterios defendidos por los autores y comentaristas del Código Civil francés». En sentido similar, *vid.* ARMEDO DELGADO, M., *Testamentos y particiones*, t. I, *Títulos sucesorios*, Madrid, 1951, p. 45, quien señala que las confusiones y absurdas consecuencias existentes en nuestro sistema respecto de temas como la posición del heredero, su diferencia con el legatario, la responsabilidad por las deudas, etc., «proceden de mantener los principios del sistema sucesorio romano, que teniendo indudable fundamento en las concepciones de aquel antiguo Derecho, deben considerarse inadecuadas en el moderno ordenamiento civil. También, y entre otros más, *vid.* NÚÑEZ LAGOS, R., *El Derecho sucesorio ante la tradición española...*, cit., pp. 385 a 387, que en pro de la necesidad de interpretar el Código Civil atendiéndonos a la tradición castellana y prescindiendo de la apariencia francesa, afirma contundentemente que «...». Los redactores de nuestro Código Civil no siguieron al Código de Napoleón ni al italiano. Nuestros civilistas, sin embargo, han sido más dados a seguir a los autores franceses e italianos que a los españoles anteriores al siglo XIX, infundiendo así a muchos preceptos de nuestro Código Civil un espíritu poco en consonancia con su tenor literal y con su tradición española».

³⁰¹ *Cfr.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 355-356. Siguiendo a este autor, *vid.*, también, ROVIRA JAÉN, F., *En torno a las deudas de la herencia...*, cit., pp. 1573-1574.

lización del efecto sucesorio) difieren bastante de aquellos otros que caracterizan a los sistemas personalistas.

Así pues, la comprensión del sistema liquidatorio español y la valoración de sus características predominantemente patrimoniales exigen un análisis histórico del mismo³⁰². Pues si, ciertamente, los antecedentes de nuestro sistema liquidatorio pueden hallarse en el Derecho romano³⁰³, los caracteres más genuinos del mismo, en cambio, quedaron configurados por nuestro Derecho tradicional.

A lo largo de los siglos del Derecho intermedio, y recibiendo influencias diversas (romano-justinianeas, germánicas y canónicas), se elaborará un peculiar sistema dotado de características patrimonialistas. En estos siglos quedan afianzadas las directrices del sistema liquidatorio español, esto es: la idea de sucesión universal como sucesión en el patrimonio, la responsabilidad *intra vires hereditatis* como responsabilidad ordinaria del heredero y la persistencia individualizada del patrimonio hereditario. Estas tres ideas cardinales, que fueron elaboradas por nuestro Derecho tradicional, configuraron un sistema liquidatorio fuertemente patrimonializado³⁰⁴. Al respecto, uno de los rasgos más característicos, presente en toda la evolución de nuestro sistema y que ayudó a afianzar el carácter predominantemente patrimonial del mismo, fue el concepto residual de herencia³⁰⁵; concepto que, manifestado en el tradicional brocado «antes es pagar que heredar», fue elaborado por nuestro Derecho intermedio³⁰⁶,

³⁰² Acerca de la importancia del elemento histórico en la valoración de nuestro sistema, *vid.*, entre otros, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., *passim*, especialmente, conclusiones (pp. 355-356). ROVIRA JAÉN, F. J., *En torno a las deudas de la herencia* cit., pp. 1.575 ss. NÚÑEZ LAGOS, R., *El Derecho sucesorio ante la tradición española...*, cit., pp. 385 ss. y, principalmente, pp. 404 ss., aseverando este autor que «la exposición de nuestro Derecho sucesorio sólo puede hacerse mediante conceptos y realidades definidos históricamente» (cfr., *op. cit.*, p. 405).

³⁰³ *Vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 9 a 28.

³⁰⁴ Sin duda uno de los mayores logros de la obra de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., es el concienzudo y riguroso estudio que hace del Derecho intermedio (*vid.* pp. 31 a 91), demostrando este autor que los caracteres más genuinos del sistema español, en lo fundamental, fueron elaborados por nuestro Derecho tradicional (*vid.* conclusiones, pp. 355 ss.).

³⁰⁵ Acerca del concepto residual de herencia, *vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 35 ss., 64 ss., 106 ss., 128 ss., 201 ss. y 208 ss., entre otras páginas. Muchos son los autores que, siguiendo a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, reconocen en este tradicional concepto residual de herencia, la base para poder afirmar que, en nuestro actual Ordenamiento, el patrimonio hereditario conserva una cohesión y unidad interna precisamente por su afección al pago de las deudas y cargas de la herencia. *V. gr.*, *vid.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La responsabilidad de los herederos...*, cit., p. 32, nota núm. 27, entre otras páginas. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, t. V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1981, pp. 25-26.

³⁰⁶ Respecto de la procedencia de este principio «no hay herencia sino residuo», algún autor atribuye su origen a la influencia del elemento germánico en nuestro Ordenamiento. *Vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, cit., R. G. L. y J., 1959, p. 272. En cambio, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 33 ss., relaciona tal principio con la concepción de herencia que fue acogida en Las Partidas (P. 7, 33,8); cuerpo legal que supo conciliar un concepto

y posteriormente elevado a la categoría de principio general del Derecho por nuestra jurisprudencia³⁰⁷.

En el momento de la Codificación vuelven a combinarse tendencias dispares, mas predominarán las influencias de marcados rasgos patrimonialistas, quedando configurado definitivamente un sistema preponderantemente patrimonializado³⁰⁸. Obsérvese al respecto que, frente a la influencia de los Códigos Civiles de Francia e Italia³⁰⁹, nuestro Código, en términos generales, respetó la tradición jurídica castellana³¹⁰ y, junto a ello, recibió la importante influencia de Códigos Civiles fuertemente patrimonializados como el portugués y el mejicano; directriz esta última que revalidará el carácter patrimonialista del sistema acogido en nuestro Ordenamiento³¹¹.

romanista de sucesión (en su vertiente objetiva de *hereditas* como *universitas*) con la idea de transmisión de un patrimonio afecto al cumplimiento de las deudas y cargas hereditarias.

³⁰⁷ Tanto por la jurisprudencia anterior al Código Civil, como por la posterior. Entre las sentencias que, con anterioridad al Código Civil, declaraban la vigencia del concepto residual de herencia como principio que rige en nuestro sistema, cabe citar, entre otras, la Sentencia de 25 de enero de 1861 (Las deudas están invisceradas en el patrimonio, no obstante la sucesión); la Sentencia de 21 de junio de 1869 (La herencia del finado es «lo que queda después de satisfechas todas sus deudas y responsabilidades»); la Sentencia de 12 de diciembre de 1873 («No existe herencia sino después de pagadas las deudas y legados»); y la Sentencia de 23 de septiembre de 1887. Respecto de las Sentencias posteriores al Código Civil, *vid.*, por ejemplo, las Sentencias de 22 de diciembre de 1890, de 4 de mayo de 1892, de 18 de marzo de 1897, de 9 de febrero de 1901, de 20 de abril de 1910, de 28 de noviembre de 1910, de 24 (ó 21) de noviembre de 1911, de 5 de noviembre de 1920 (... es «principio general de Derecho, sancionado por nuestra legislación, a contar desde las leyes de Partida, y constantemente aplicado por nuestro Tribunal que la herencia de una persona la constituye el remanente de sus bienes después de satisfechas las deudas y obligaciones»), de 5 de diciembre de 1941, de 18 de junio de 1959, de 10 de marzo de 1966 y, desde luego, la reciente Sentencia de 23 de octubre de 1992 que califica al tradicional principio «antes es pagar que heredar» de principio de orden público. También, *vid.* la conocida Resolución de 19 de septiembre de 1929.

³⁰⁸ *Vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 95 a 112.

³⁰⁹ No negamos la efectiva influencia de los Códigos Civiles francés e italiano. *Vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 109-110 y 355-356. Además, las claras reminiscencias romano-francesas que se encuentran en nuestro Código han provocado discordancias y desajustes en el sistema liquidatorio español: así, en el Derecho histórico español eran menos numerosas las hipótesis de pérdida del beneficio de inventario y era más frecuente, en la práctica, la utilización de este beneficio; el Código Civil, influido por el francés e italiano, introdujo en nuestro Ordenamiento las consecuencias perniciosas propias de un sistema de continuación de la persona; así, por ejemplo, aumentó los formalismos que sancionaban la pérdida del beneficio de inventario, hizo desaparecer el uso frecuente del beneficio, etc. (*vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *op. cit.*, pp. 183-184). No obstante, la influencia ejercida por estos Códigos de características personalistas, al parecer, fue más formal que sustancial. Al respecto, NÚÑEZ LAGOS, R., *El Derecho sucesorio ante la tradición española...*, cit., p. 387, quien advierte que «con frecuencia se suele olvidar por nuestros civilistas que el legislador español, si calcó ciertos preceptos, repudió, en junto y en bloque, el sistema técnico del Derecho sucesorio francés. No es lo mismo copiar algún detalle ornamental que reproducir la estructura, plano y estilo de un edificio».

³¹⁰ Máxime cuando la Base 18 establecía: «Respecto... del pago de las deudas hereditarias, se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia». *vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 111-112.

³¹¹ *Vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 110-111; ídem: *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, en «Centenario de la Ley del Notariado», vol. I, Madrid, 1965, p. 35, notas núms. 107 y 108. También, consúltese MOUTON Y OCAMPO, L., *Necesidad de la revisión del Código Civil*, R. G. L.

Demostrado que la valoración del sistema liquidatorio español desde una perspectiva histórica evidenciará el carácter predominantemente patrimonial del sistema, la llamada tesis «tradicional» (que emparentaba nuestro Ordenamiento con aquellos otros que eran exponentes del sistema de continuación de la persona) ha sido objeto de una profunda revisión y, en la actualidad, la práctica totalidad de nuestra doctrina reconoce la existencia de claras tendencias patrimonialistas en nuestro sistema; aunque, como mero arrastre, perdure el examen y la comparación de nuestro Ordenamiento con los de características personalistas³¹².

Como ilustración de ello, apuntamos las siguientes consideraciones en tomo a las cuales existe un cierto consenso en la doctrina mayoritaria, a la hora de enjuiciar los rasgos de carácter patrimonial existentes en nuestro sistema.

Primera.—La generalidad de la doctrina ha advertido que el concepto romano de *successio*, en nuestro Derecho, ha quedado prácticamente desvanecido³¹³. El fundamento de la responsabilidad ilimitada del heredero ya ha dejado de ser la idea de continuación de la personalidad o de subrogación en la esfera del causante y será la propia ley la que extienda o limite el alcance de la responsabilidad del heredero³¹⁴. Es más, incluso puede afirmarse que «... *la estructura romana pura se halla desvanecida, de tal forma que el hecho de que el patrimonio personal del heredero absorba el del difunto y pueda llegar a verse afectado por las deudas de la sucesión, depende exclusivamente, de un concreto precepto positivo*»³¹⁵.

Segunda.—De otra parte, es opinión común afirmar que la herencia beneficiaria no es el único supuesto donde el patrimonio hereditario conserva una autonomía³¹⁶; la persistencia individualizada del patrimonio

y J., 1908, pp. 447-448, quien no se explica cómo los redactores del Código Civil que contaban con los Códigos de Méjico y de Portugal como precedentes inmediatos de nuestro Código Civil, copiaron en algunos aspectos la doctrina de Códigos como el francés o italiano y regularon la responsabilidad universal patrimonial del heredero (art. 1003 CC) manteniendo los beneficios de inventario y deliberar con el carácter que tenían para el Derecho Justiniano, cuando siguiendo la influencia lusitana y mejicana procedía haber admitido que la herencia, en todo caso, se entendiera aceptada a beneficio de inventario.

³¹² Así, en trabajos muy recientes (vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores...*, cit.) sigue afirmándose que nuestro Ordenamiento responde a un sistema de continuación de la persona y participa de sus más sobresalientes peculiaridades; no obstante, y tras estas afirmaciones, paradójicamente, se reconoce el carácter predominantemente patrimonial del sistema: si en la primera parte del trabajo («Responsabilidad del heredero») se afirma la vigencia de la idea de *successio* y la confusión de patrimonios como regla general—cfr. *op. cit.*, pp. 24 ss. y 45 ss.—, en la segunda parte («Derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario») se afirma la persistencia individualizada del patrimonio hereditario, su autonomía y su afección al pago de las deudas hereditarias—cfr. *op. cit.*, especialmente, pp. 132 y ss—).

³¹³ Cfr. ROCA SASTRE, R. M., *Crítica institucional del Código Civil*, cit., p. 57. También, vid. IGLESIAS SANTOS, J., *La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno*, cit., pp. 56 ss.

³¹⁴ En este sentido, vid. LÓPEZ CONTRERAS, *la respon. intra vires y ultra vires*, p. 427. LACRUZ BERDEJO, J. L., *La responsabilidad del heredero...*, cit., p. 195. SOTO NIETO, F., *Principios sucesorios vigentes en el Derecho civil especial de Cataluña*, R. D. P., 1985, p. 617.

³¹⁵ Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados*, cit., p. 197.

³¹⁶ La doctrina mayoritariamente (incluso el sector que defiende posturas más tradicionales), en realidad, sólo admite la confusión de patrimonios en los supuestos de heredero único que haya aceptado pura y simplemente y en el supuesto de pluralidad de herederos, tras la liquidación o partición de la herencia. Vid., a este respecto y entre otros muchos, CASTÁN TOBEÑAS, J., *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, cit., R. G. L. y J., 1960, pp. 162 ss. ESPINAR LAFUENTE, F., *La herencia legal y el testamento*, cit., p. 286.

hereditario es también reconocida en la hipótesis de herencia yacente³¹⁷ y en el supuesto de pluralidad de herederos en situación de indivisión³¹⁸.

Tercera.—Cada vez es mayor el sector doctrinal que propende a minorar el pretendido carácter excepcional del beneficio de inventario, considerando que tal instituto es simplemente un proceso liquidatorio reglado³¹⁹; o más precisamente, es el régimen liquidatorio ordinario que nuestro sistema admite³²⁰. En su consecuencia, muchas de sus normas tienen un ámbito de aplicabilidad generalizado; no sólo serán aplicables a los llamados

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Notas a Binder*, cit., p. 227. Ídem: *Elementos...*, cit., t. V, Barcelona, 1981, pp. 103 y 124. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores...*, cit., pp. 119 ss. Si bien, advierten que el supuesto donde los patrimonios del causante y del heredero se mantienen más enérgicamente separados no es otro que el beneficio de inventario. *Vid.*, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, cit., t. VI, vol 1.º, p. 180. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, cit., t. V, Barcelona, 1981, p. 104. ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio...*, cit., p. 285 ss. LÓPEZ JACOISTE, J. J., *El beneficio de separación de patrimonios...*, cit., pp. 475 ss. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentario al art. 1003 CC*, loc. cit., p. 266.

³¹⁷ Supuesto donde la persistencia del patrimonio hereditario es ampliamente admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Al respecto, *Vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, cit., t. VI, vol 1.º, pp. 97-98 y 118. Ídem: *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, cit., R. G. L. y J., 1959, pp. 315 y 316 (*Vid.* autores allí cit.). ESPIN CÁNOVAS, D., *Manual...*, cit., t. V, pp. 51 ss. BONET RAMÓN, F., *Derecho civil...*, cit., t. II, pp. 46 ss. FERRANDIS VILELLA, J., *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, pp. 34 ss. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 80 ss. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Notas a Binder*, cit., pp. 36 ss. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La responsabilidad de los herederos...*, cit., pp. 53-54. También, consultéense y entre otras, las Sentencias de 29 de abril de 1900, de 13 de febrero de 1936, de 21 de junio de 1943, de 20 de septiembre de 1982 y, la Resolución de 17 de marzo de 1919.

³¹⁸ Destacan la autonomía del patrimonio del difunto en el supuesto de pluralidad de herederos y aunque la herencia haya sido aceptada pura y simplemente, entre otros, DE LA CÁMERA, F., *El derecho hereditario «in abstracto»*, RCDI, 1926, p. 490. OSSORO MORALES, J., *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1943*, en R. G. L. y J., 1943, p. 562. FERRANDIS VILELLA, J., *La comunidad hereditaria* cit., p. 45. ESPINAR LAFUENTE, F., *La herencia legal y el testamento*, cit., pp. 147, 151, 152 y 157, entre otras. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, cit., t. VI, vol 1.º, p. 133. LÓPEZ JACOISTE, J. J., *El beneficio de separación de patrimonios...*, cit., p. 47. GARCÍA VALDECASAS, G., *La Comunidad hereditaria en el Derecho español*, AAMN, 1953, pp. 264 ss. PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 305 ss. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores...* cit., pp. 123 ss. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La responsabilidad de los herederos...*, cit., pp. 41 ss. También, *vid.* las Sentencias de 27 de junio de 1944, de 6 de mayo de 1958, de 20 de enero de 1978 y de 19 de mayo de 1980.

³¹⁹ En la actual doctrina difícilmente encontramos definiciones del beneficio de inventario como correctivo o mecanismo excepcional del sistema y, en cambio, abundan las referencias a este instituto como procedimiento liquidatorio o sistema de liquidación. *Vid.*, entre otros muchos, LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., especialmente, p. 432. GINOT LLOBATERAS, F., *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados...*, cit., p. 1092. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones*, vol. II, *Perspectiva dinámica*, Madrid, 1984, pp. 484 y 540 ss.

³²⁰ Que sepamos y respecto a esta tesis (beneficio de inventario como régimen liquidatorio ordinario), defendida por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 157 ss., no ha existido en nuestra doctrina ninguna fuerte oposición o refutación de la misma; puede, por el contrario, afirmarse que esta postura ha sido admitida por un amplio sector doctrinal. *Vid.*, entre otros, ROVIRA JAÉN, F. J., *En torno a las deudas de la herencia*, cit., pp. 1.595 ss. GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados*, cit., p. 201 ss.

«supuestos de limitación de la responsabilidad *ipso iure*³²¹», también a todas aquellas hipótesis donde sea necesario someter la herencia a un proceso de administración y liquidación³²².

Cuarta.—Desde luego, la mayoría de los autores afirma la existencia en nuestro sistema de un orden de prelación para el cobro de las deudas y cargas de la herencia sobre el caudal relicto; orden que se encuentra recogido en los artículos 1027 y 1029 CC, los cuales, y pese a una defectuosa sistemática —que los ubicó en el régimen de la herencia beneficiaria—, tienen un ámbito de aplicación general; así pues, los acreedores hereditarios, seguidos de los legitimarios y por último de los legatarios, tendrán, en este orden, un derecho preferente sobre el patrimonio hereditario³²³.

Quinta.—Son también mayoría quienes reconocen que nuestro sistema huye de las perniciosas consecuencias de la confusión de patrimonios; optando unos por considerar consagrado un régimen donde el patrimonio hereditario conserva una cierta cohesión para afrontar el pago de las deudas y cargas hereditarias con los propios bienes de la herencia³²⁴, o, al

³²¹ Acerca de estas hipótesis —la herencia dejada a los menores e incapaces (art. 992), la dejada a los pobres (art. 992), a un sordomudo (art. 996), la deferida en favor del Estado (arts. 956, 957), la reclamada judicialmente a quien lleva más de un año poseyéndola (art. 1021 CC)...—, *vid.*, por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, cit., t. VI, vol. 1.º, pp. 188 ss. LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., pp. 429 ss. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama...*, cit., vol. II, *Perspectiva dinámica*, pp. 486 ss.

³²² Ello, respecto de hipótesis tales como la herencia deferida al heredero instituido bajo condición, a término o plazo; la institución hecha en favor del no concebido; la institución en favor de persona jurídica aún no reconocida; la institución en favor del alma; la institución en favor de los pobres; y, desde luego, entre otras hipótesis, la situación de la herencia durante la formación del inventario. *Vid.*, por todos, GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La Administración de Herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, pp. 24 ss. Ídem: *Los supuestos de administración de la herencia*, RDP, 1948, *passim*.

³²³ A favor, la práctica totalidad de la doctrina, entre otros muchos, *vid.* LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., pp. 440-441. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 253 ss. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, cit., t. V, Barcelona, 1988, p. 115. PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 320 ss. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama...*, cit., vol. II, *Perspectiva dinámica*, pp. 550 ss. GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., pp. 199, 203 y 204. Especialmente, *vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 180 ss., donde justifica el ámbito de aplicación general de estas normas, y pp. 212 ss., donde describe el régimen de relaciones que opera en nuestro sistema. Desde otro punto de vista, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, pp. 19 ss., opina que, en nuestro Derecho Positivo, el mencionado orden de prelación es difícilmente reconstruible como principio. Y, desde una posición crítica, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Derecho de sucesiones*, Valencia, 1992, pp. 560 ss., apunta la dificultad de llevar a la práctica la mencionada preferencia cuando la herencia es aceptada pura y simplemente.

³²⁴ La generalidad de nuestra actual doctrina reconoce que, en nuestro sistema, se produce la separación de patrimonios en forma automática. Pues, aunque institucionalmente la separación de patrimonios no tenga entidad autónoma, al menos funcionalmente, existe este efecto aislante, resultando que las normas correspondientes de la LEC y de la LH son una confirmación de la persistencia del patrimonio hereditario en nuestro sistema. Entre otros muchos *vid.* ROVIRA JAÉN, F. J., *En torno a las deudas de la herencia*, cit., pp. 1.589 ss. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 247 ss. PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 253 ss. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, cit., t. V, Barcelona, 1988, pp. 107 ss. y 114. GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución*

menos, reconociendo otros la existencia de «atisbos» respecto de la separación de patrimonios tanto en el régimen previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil como en el regulado por la Legislación Hipotecaria³²⁵.

Sexta.—Por último, y como consecuencia de la cohesión interna que guarda el patrimonio hereditario y su afección al pago de las deudas y cargas de la herencia, no existe inconveniente en admitir que nuestro sistema, de forma muy particular, refuerza la posición de los acreedores hereditarios (arts. 1082 ss. CC)³²⁶. En concreto, el artículo 1082 CC que concede a los acreedores hereditarios la facultad de paralizar el acto divisorio de los bienes de la herencia entre los coherederos³²⁷; y el artículo

de toda la herencia en legados..., cit., pp. 201 ss. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La responsabilidad de los herederos por las deudas*, cit., págs 37 ss. 52, 55 ss., 77 ss. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores...*, cit., pp. 136 ss. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 553 ss. Y, principalmente, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 146 ss., 181 ss. 211 ss., entre otras.

³²⁵ Los que ocupan posiciones más tradicionales (defendiendo, incluso, la vigencia de la confusión de patrimonios como regla general) admiten, si no la efectiva separación automática de patrimonios, sí la individualización del patrimonio relicto —o, en su caso, de determinados bienes— en virtud de preceptos tales como los artículos 973-3.º, 1038-4.º y 1093 LEC, artículos 45-2.º, 47-1, 48-1 y 52 L. H. Aunque entre unos y otros autores varía la intensidad con que conciben los posibles efectos aislantes de estas normas, dentro de esta corriente de opinión cabe citar, entre otros, LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., p. 426. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Apuntes de Derecho sucesorio*, ADC, 1952, pp. 908-909, nota núm. 550. Ídem: *Panorama...*, cit., vol. II, *Perspectiva dinámica*, pp. 563 ss. CRISTÓBAL MONTES, A., *El Beneficio de Separación en el Derecho español*, RCDI, 1970, pp. 65 ss. (*passim*). DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil*, en «Centenario de la Ley del Notariado», Sección 3.ª, vol. I, Madrid, 1964, p. 798, nota núm. 143. GARCÍA BAÑÓN, A., *El Beneficio de Separación*, Pamplona, 1962, pp. 20 ss. GETE-ALONSO Y CALERA, C., *Las garantías hipotecarias del legado. Examen de la anotación preventiva de legado*, RJC, 1981, pp. 327 ss.

³²⁶ Aunque la doctrina «tradicional» valora estas normas como prerrogativas adicionales o excepcionales, concedidas en favor de los acreedores hereditarios (*v. gr.*, PÉREZ SAUQUILLO, G., *Responsabilidad del heredero respecto a los legados*, cit., p. 241), abunda en nuestra doctrina la explicación de las citadas normas (arts. 1082 CC ss.) en virtud del concepto residual de herencia y de la vigencia del principio castellano «primero es pagar y después heredar». *Vid.* GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., p. 190. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La responsabilidad de los herederos por las deudas*, cit., p. 52. GARCÍA VALDECASAS, G., *la Comunidad hereditaria en el Derecho español*, pp. 267 ss. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 223 ss., entre otras.

³²⁷ Actualmente, la generalidad de la doctrina considera que esta acción sirve para paralizar la efectiva adjudicación o entrega de los bienes hereditarios antes que los acreedores hereditarios resulten hayan sido pagados o, al menos, sus créditos garantizados. *Vid.*, al respecto, GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., p. 198. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 306 ss. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 223 ss. PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 305 ss. CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones...*, cit., t. III, *Sucesiones*, p. 384. En contra, el llamado sector doctrinal tradicional, interpreta restrictivamente este art. 1082 CC, como facultad concedida a los acreedores hereditarios, ejercitable únicamente antes de la partición y para impedir la misma. *Vid.* ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio...*, cit., p. 334. LÓPEZ JACOISTE, J. J., *El beneficio de separación de patrimonios...*, cit., p. 504. CRISTÓBAL MONTES, A., *El Beneficio de Separación en el Derecho español*, cit., pp. 108-109. GONZÁLEZ PALOMINO, J., *La adjudicación para pago de deudas*, en «Estudios Jurídicos de Arte menor», vol. I, Pamplona, 1964, pp. 189 ss.

lo 1084 CC, que apartándose del Derecho romano³²⁸, impone la responsabilidad solidaria en el caso de pluralidad de herederos, garantizando los derechos de los acreedores hereditarios en la medida en que no se hallan obligados a dividir sus acciones entre los múltiples herederos y no verán, por tanto, alterada su posición después de la muerte del causante³²⁹.

D. YUXTAPOSICIÓN DE TENDENCIAS: VALORACIÓN DE LOS RASGOS ESTRUCTURALES DE NUESTRO SISTEMA LIQUIDATORIO

Descrito muy brevemente el estado de nuestra doctrina acerca de la valoración del sistema liquidatorio, no causará sorpresa alguna que defendamos que sus rasgos patrimonialistas son el fruto de una yuxtaposición de tendencias diversas. Varios son los autores que han advertido, como peculiaridad de nuestro sistema, esta mixtificación de tradiciones jurídicas dispares³³⁰; llegando, algunos autores, a calificar nuestro sistema de *tertium genus* entre los llamados sistemas de «continuación de la

³²⁸ Ya que, por contra de lo que ocurre en los sistemas de corte personalista, aquí no se produce la división de las deudas hereditarias entre los herederos. Este art. 1084 CC encuentra su antecedente inmediato en el art. 932 del Proyecto de GARCÍA GOYENA, justificando su autor esta norma como medida necesaria para proteger a los acreedores hereditarios. Vid. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, t. II, Madrid, 1852, ed. facsímil, Barcelona, 1973 (art. 932), p. 282. Así pues, en virtud de esta norma y de la no división de las deudas hereditarias entre los herederos, permanece incólume el derecho de los acreedores a reclamar el todo contra cualquiera de los coherederos. Vid. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentario a los artículos 1084 ss. CC*, en «Comentarios al Código Civil español», t. VII, Madrid, 1956, pp. 898 ss.

³²⁹ Ahora bien, nuestra doctrina discute en qué momento nace la responsabilidad solidaria de los coherederos. Al respecto existen, principalmente, dos posturas. 1.^a Los coherederos son responsables solidarios tanto antes como después de la partición. Consúltese, fundamentalmente, ALBALADEJO GARCÍA, M., *La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante, antes de la partición*, ADC, 1967, pp. 477-513. También, vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.^o, pp. 283 ss. GONZÁLEZ PALOMINO, J., *La adjudicación para pago de deudas*, cit., pp. 199 ss. GARCÍA RÚBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados*, cit., pp. 198-199 y 206 ss. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 205 a 207 y 327 ss. 2.^a Antes de la partición no existe entre los coherederos responsabilidad solidaria. Vid. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La responsabilidad de los herederos por las deudas*, cit., *passim*. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios...*, cit., t. VI, vol. 3.^o, pp. 2.095-2096. GARCÍA VALDECASAS, G., *La comunidad hereditaria en el Derecho español*, cit., pp. 267 ss. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, cit., t. V, Barcelona, 1988, pp. 130 ss. CASTÁN TOBEÑAS, J., *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, cit., R. G. L. y J., 1960, p. 164. ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio...*, cit., p. 291.

³³⁰ Por ejemplo, ROCA SASTRE, R. M., *Crítica institucional del Código Civil*, cit., p. 57, afirma que nuestro sistema mixtifica los dos tipos examinados (sistema romano y sistema germánico). ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio...*, cit., p. 32, describe nuestro sistema como pugna latente entre componentes históricos diversos, aportados unos por el sistema romano, otros por el germánico. CASTÁN TOBEÑAS, J., *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, cit., R. G. L. y J., 1960, pp. 188 ss., concluye que «la herencia en el Código Civil español... responde a un sistema mixto... La lucha secular entre la concepción romana de la herencia (de sentido personal, más o menos acentuado según las épocas) y la concepción germánica (de sentido patrimonial) ha dado por resultado la creación de un régimen sucesorio en el que coexisten elementos de una u otra significación...». También, en un sentido similar, vid. DEL MORAL Y LUNA, A., *Hacia el heredero limitadamente responsable*, cit., pp. 703 ss.

persona» y los de «sucesión en los bienes»³³¹ y renunciando, otros, a clasificar nuestro sistema dentro de uno u otro modelo³³².

Si cuantas opiniones hemos dejado citadas evidencian la certeza de la yuxtaposición de tendencias que opera en nuestro sistema, la experiencia comparada viene a demostrar que la mixtura de tradiciones jurídicas diversas es característica común de todos aquellos sistemas que sin renunciar a sus raíces romanistas propenden a la patrimonialización del efecto sucesorio. Y, en concreto, una valoración de los rasgos estructurales de nuestro sistema nos permitirá clasificarlo dentro del grupo de Ordenamientos predominantemente patrimonializados. Así, nuestro Ordenamiento, de forma similar a cuantos ya han sido objeto de referencia y partiendo de una concepción objetiva del fenómeno sucesorio, propende a arbitrar un sistema de administración y liquidación de la herencia que evite la confusión de patrimonios y que permita la adscripción de los bienes hereditarios al pago de las deudas y cargas de la herencia; mas resuelve tal problema con una solución dual, esto es: estableciendo un doble *iter* liquidatorio.

Pero vayamos por partes.

a) *Concepto romanista de sucesión y efecto sucesorio de carácter patrimonial*

Nuestro Código Civil, en sus artículos 659 y 661, acoge una concepción objetiva del fenómeno sucesorio³³³, concepción que explicando el fenómeno de la sucesión como transmisión del conjunto de relaciones activas y pasivas del difunto, hace inteligible el hecho de que los bienes, derechos y obligaciones conserven una cohesión entre sí; ofreciendo, pues, la posibilidad de conciliar la idea de sucesión con la efectiva transmisión de un patrimonio afecto al pago de las deudas y cargas hereditarias³³⁴. Obsér-

³³¹ Como más significativo, *vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 135-136: «el sistema español se presenta con un significado intermedio entre el sistema romano y el anglosajón, con ventajas respecto de los dos».

³³² *Vid.*, GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados*, cit., p. 200: «... el encaje del Derecho español entre los comparados ha de ser tratado desde una perspectiva distinta y más general, en la que no se olvide, por una parte, que la pretensión de reducir todo al “sistema” corresponde a un tipo de mentalidad decimonónica, hoy completamente superada, y de otra —como tuvimos ocasión de comprobar al trazar un bosquejo de los ordenamientos vecinos al nuestro—, que el Derecho de sucesiones resulta un campo especialmente propicio para el desarrollo de los particularismos nacionales...».

³³³ Acerca del concepto objetivo de herencia como patrimonio, acogido, principalmente, en los artículos 659 y 661 CC, *vid.* ROCA SASTRE, R. M., *Crítica institucional del Código Civil*, cit., pp. 56-57, quien señala que la idea de adquirir *per universitatem* caracteriza nuestra sucesión. En el mismo sentido y entre otros, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 475: nuestro Código en sus artículos 659 y 661 «... acoge un concepto de sucesión enraizado con la tradición romanista que bien podría ser clara muestra de remisión a la idea de *universitas* romana». GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La Administración de Herencia en el Derecho español*, cit., pp. 20 ss.

³³⁴ Al respecto y entre otros, *vid.* ROCA SASTRE, R. M., *Crítica institucional del Código Civil*, cit., pp. 56-57, quien señala que esta concepción objetiva del fenómeno sucesorio, enraizada con la tradición romanista, se aleja de la idea de *successio* o subrogación del heredero en la esfera de su causante. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 20 ss., explicando la herencia en su vertiente objetiva la cual

vese, como dato ilustrativo, la semejanza (o mejor, la identidad) entre el artículo 659 del CC español y el artículo 1281 del CC mejicano³³⁵; en uno y otro Código, la concepción objetiva del fenómeno sucesorio permitirá arbitrar un procedimiento de liquidación del pasivo hereditario³³⁶ y asegurar el cumplimiento de las obligaciones herenciales con el propio patrimonio hereditario³³⁷.

b) *Yuxtaposición de tendencias y establecimiento de un doble «iter» liquidatorio*

De otra parte, nuestro Código, igual que todos aquellos donde la responsabilidad del heredero era ordinariamente limitada, soluciona el problema de liquidación del pasivo hereditario estableciendo un doble *iter* liquidatorio. Uno, mediante un procedimiento liquidatorio reglado (beneficio de inventario) que ofrece garantías suficientes a los acreedores hereditarios y ventajas para el heredero que ve limitado el alcance de su responsabilidad *intra vires hereditatis*. Otro, donde se confunden los patrimonios en daño del heredero quedando éste responsable por las deudas y cargas de la herencia *ultra vires hereditatis*, como sanción por haberse apartado del procedimiento liquidatorio reglado y como contrapeso por la ausencia de protección crediticia que provoca esta liquidación inorganizada del patrimonio hereditario³³⁸.

El establecimiento de un doble *iter* liquidatorio es consecuencia de la yuxtaposición de tendencias (personalistas y patrimonialistas) de las cuales participa nuestro Ordenamiento.

Por ello, de una parte y como pura derivación de la subsistencia de tendencias romanistas que evocan la idea de subrogación del heredero en la esfera personal del *de cuius* (arts. 659, 661 CC y su relación con el

permite concebir la sucesión como transmisión de un patrimonio unificado por razón de su destino, esto es: afecto al pago de las deudas y cargas; en otra ocasión, este mismo autor (*op. cit.*, pp. 128-129) reprocha a la doctrina española no haber entendido «en qué términos son compatibles el concepto universal de herencia –la herencia comprende todos los bienes derechos y obligaciones, art. 659– y el concepto residual –no hay herencia sino en el residuo después de pagadas las deudas–. También, consúltese ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 20 ss., acerca del concepto objetivo de herencia como patrimonio que recoge el art. 659 CC.

³³⁵ Artículo 1281 CC de Méjico: «Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte».

³³⁶ Procedimientos, sin duda, distintos (doble *iter* liquidatorio en el sistema español y necesidad indefectible de liquidar en forma reglada la sucesión en el sistema mejicano) pero que en común tienen la idea de afección de los bienes hereditarios al pago de las deudas y cargas de la herencia.

³³⁷ Con razón, afirma GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., p. 197, que la experiencia comparada demuestra que recogiendo la idea de sucesión como transmisión en el conjunto de relaciones –activas y pasivas– del difunto, se puede llegar a establecer, como criterio general, la responsabilidad limitada al activo hereditario.

³³⁸ Acerca de la valoración del doble *iter* liquidatorio establecido en nuestro Ordenamiento, *vid.*, especialmente, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., *passim*, principalmente, pp. 143 ss., 170 ss. y 265 ss. También consúltese GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., p. 200.

art. 1003 CC), es posible la transmisión sucesoria con ausencia de todo procedimiento liquidatorio organizado, conllevando la confusión de patrimonios y la consiguiente responsabilidad universal patrimonial del heredero. Artículos, todos ellos, de clara inspiración romanista que, a nuestro juicio, deben valorarse como pervivencia de tendencias personalistas que no llegan a impedir la patrimonialización del efecto sucesorio y que permitirán en los supuestos más comunes de herencia manifiestamente solvente que la transmisión sucesoria se realice en forma fluida y con ausencia de trámites y de complejos requisitos procedimentales³³⁹.

Pero, de otra parte, el beneficio de inventario será el instituto que venga a regular el procedimiento organizado de liquidación del pasivo hereditario. Este beneficio tendrá la consideración de régimen ordinario en tanto que se encuentra ubicado dentro de un sistema fuertemente patrimonializado donde el caudal relicto permanece individualizado y afecto al cumplimiento de las obligaciones herenciales. Mostrar, pues, como cierta la valoración del beneficio de inventario como régimen ordinario de liquidación del pasivo hereditario exigirá justificar la persistencia del patrimonio hereditario y su afección al pago de las deudas hereditarias³⁴⁰; directrices, ambas, que, pese a una deficiente sistematización, se encuentran claramente recogidas en distintas normas de nuestro Código Civil y demás preceptos aplicables de la Legislación Hipotecaria y de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁴¹. Desde esta perspectiva, el beneficio de inventario mostrará, en toda su pureza, el efecto sucesorio (concepto residual de

³³⁹ En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pone de manifiesto que los artículos 659 a 661 CC deben ser interpretados en su conjunto y a la luz del clima histórico que configuró la redacción de los mismos en el Código Civil; esta interpretación revelará que nuestro Código acoge la idea de sucesión a título universal como sustitución en la titularidad patrimonial (*vid. ídem: op. cit.*, pp. 141 ss. También, *vid.* la Resolución de 25 de agosto de 1923). De otra parte, el art. 1003 CC (sin negarle su filiación romana) ha de ser interpretado también desde una perspectiva histórica y, en este sentido, la responsabilidad universal patrimonial del heredero será una incidencia liquidatoria que funciona como sanción cuando el heredero liquida el patrimonio hereditario a su riesgo y sin asumir la carga de gestionar dicho patrimonio, conforme a un determinado régimen establecido (*Vid. ídem: op. cit.*, pp. 80, 82, 85, 109, 120, 134, 139, 145, 171, 192, 207, 212, 229, 232, 236, entre otras). Otros autores, valoran los mencionados artículos (principalmente, arts. 661 y 1003 CC) con un mayor radicalismo, llegando a calificarlos de «atavismos históricos», y «trasnochado residuo del Derecho romano». Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentario al art. 998 Código Civil*, loc. cit., pp. 182 ss. *Idem: Comentario al art. 1003 Código Civil*, loc. cit. pp. 258 ss. *Ídem: Comentarios a los artículos 1010 ss. Código Civil. Sección quinta: Del beneficio de inventario y del derecho de deliberar*, loc. cit., pp. 309 ss.

³⁴⁰ Al respecto, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., principalmente, pp. 133 ss. 157 ss. y 265 ss., enjuicia el beneficio de inventario como régimen ordinario, ubicando este instituto en un sistema de características patrimoniales cuyas fundamentales ideas-bases son: el concepto de sucesión universal como sucesión en el patrimonio (el heredero es deudor en cuanto nuevo titular del patrimonio hereditario), la persistencia individualizada del patrimonio hereditario al cual quedan afectas las deudas y cargas de la herencia y, consiguientemente, la responsabilidad ordinaria del heredero es *intra vires hereditatis* debiendo considerar que la responsabilidad *ultra vires* es una incidencia liquidatoria independiente del fenómeno sucesorio.

³⁴¹ *Vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 134 y 208 ss. Aunque más adelante haremos un breve comentario a este respecto.

herencia) al cual propende nuestro sistema; y las disposiciones que regulan este beneficio darán respuesta acertada al carácter preponderantemente patrimonial del sistema: pues, de una parte, este instituto asegura la efectiva y más enérgica separación de patrimonios³⁴², y, de otra parte, viene a regular un procedimiento de administración y liquidación del patrimonio hereditario donde quedan satisfechos los intereses de los acreedores hereditarios, de los herederos y de los legatarios.

Existe, pues, una estrecha relación entre las directrices de carácter patrimonial del sistema (persistencia del patrimonio hereditario y su afectación al pago de las deudas) y el procedimiento organizado de liquidación del pasivo hereditario (beneficio de inventario), en tanto que éste ha dejado de ser un mecanismo corrector del sistema (función propia de este instituto en los sistemas personalistas) para convertirse en un medio o instrumento al servicio de un sistema preponderantemente patrimonial³⁴³.

En su consecuencia, muchas de las normas que integran la regulación del beneficio de inventario pueden ser desligadas del estrecho campo de este instituto para otorgarles un ámbito de aplicación más general³⁴⁴. Así, tal y como reconoce la práctica totalidad de nuestra doctrina, son de aplicación general (no obstante su ubicación dentro del beneficio de inventario) todos aquellos preceptos que regulan la preferencia de cobro sobre el

³⁴² Es opinión común, en nuestra doctrina, reconocer que el beneficio de inventario, como efecto, provoca la más enérgica separación de patrimonios. En este mismo sentido que nosotros hemos expuesto, afirmando la persistencia del patrimonio hereditario en todo caso (con o sin beneficio de inventario), *vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, cit., t. V, Barcelona, 1988, p. 108: «Habiendo beneficio de inventario la separación es más intensa el caudal mantiene una vida propia mediante un régimen específico, la administración separada y la subrogación real, hasta que se complete la liquidación conforme a las reglas legales o se pierda el beneficio de inventario». También, *vid.* GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La Administración de Herencia en el Derecho español*, cit., p. 266. ROCA SASTRE, R. M., *Notas de adaptación al Derecho de Sucesiones de Kipp*, cit., t. V, vol. 1.º, p. 423. Desde una óptica más tradicional manteniendo que la confusión de patrimonios es la regla general, *vid.*, entre otros, LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., p. 435. LÓPEZ JACOISTE, J. J., *El beneficio de separación de patrimonios...*, cit., pp. 34 y 35.

³⁴³ La experiencia comparada ha venido a demostrar cómo en los sistemas fuertemente patrimonializados de raíces latinas se ha operado este tránsito y el beneficio de inventario ha dejado de ser un mecanismo corrector del sistema para convertirse en un instrumento utilizado por el propio sistema. Ello, llegando a cumplir este instituto dos funciones distintas: 1.ª como régimen ordinario de liquidación del pasivo hereditario, en los Ordenamientos donde la responsabilidad del heredero es ordinariamente limitada (*v. gr.*, Códigos Civiles de Argentina, Chile, El Salvador, Colombia...); 2.ª como instituto que regula la liquidación del patrimonio hereditario a la cual indefectiblemente debe ser sometida toda sucesión, en los Ordenamientos que regulan *ipso iure* la responsabilidad limitada del heredero (*v. gr.*, Códigos Civiles de Portugal, Costa Rica, Méjico...).

³⁴⁴ *Vid.*, por todos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 176 ss., especialmente, pp. 180 a 182, quien señala la trascendencia práctica que conlleva la consideración del beneficio de inventario como régimen ordinario, esto es y entre otras consecuencias: la integración del régimen del heredero puro y simple por el del heredero beneficiario, en cuya virtud resultarán aplicables con carácter general todas aquellas normas que —ubicadas en las disposiciones relativas al beneficio— resuelven conflictos entre terceros (acreedores de la herencia, legatarios y acreedores particulares), con independencia de si se produjo la aceptación beneficiaria o si la herencia fue aceptada a beneficio de inventario o pura y simplemente.

caudal relicto de los acreedores hereditarios frente a los legatarios y la de estos últimos frente a los acreedores particulares (v. gr., arts. 1027, 1029 y 1034 CC); pues, al fin y al cabo, del cumplimiento de las obligaciones herenciales responde básicamente el patrimonio hereditario³⁴⁵.

Igualmente, y en tanto que el beneficio de inventario es también el régimen ordinario de administración hereditaria, cabe predicar el carácter general de las normas relativas a la administración de la herencia (v. gr. arts. 1020, 1026 y 1032, 2.º CC), las cuales, y faltando una regulación general de esta materia en nuestro Código, constituirán la principal cantera³⁴⁶ de donde extraer reglas básicas aplicables a todo supuesto en el cual se precise someter (o se someta) la herencia a administración³⁴⁷.

Como vemos, el establecimiento de un doble *iter* liquidatorio es un buen expediente para conciliar una concepción patrimonialista del efecto sucesorio con la no renuncia de la tradición romanista, manifestada ésta por el mantenimiento (más o menos atenuado) del concepto romano de sucesor universal y por la utilización de institutos de abolengo romano cual es el beneficio de inventario.

Dicho lo cual, nos resta enjuiciar las características predominantemente patrimoniales de nuestro sistema para así confirmar la ubicación del mismo dentro del grupo de Ordenamientos que, fuertemente patrimonializados, prevén, como ordinaria, la responsabilidad del heredero *intra vires hereditis*.

2. CARÁCTER PREDOMINANTEMENTE PATRIMONIAL DEL SISTEMA

Sin duda, el riguroso estudio de Peña Bernaldo de Quirós vino a demostrar el carácter preponderantemente patrimonial de nuestro sistema liquidatorio³⁴⁸.

³⁴⁵ Obsérvese que las reglas de prelación contenidas en los artículos 1027 a 1029 y 1034 CC, haya o no beneficio de inventario, pueden hacerse valer por los acreedores de la herencia y los legatarios a través del juicio de testamentaría (también y respecto de los primeros por el de *ab intestato*); e incluso tales normas son también aplicables en las ejecuciones individuales cual es la llamada tercería de mejor derecho. Respecto de este último extremo, vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, cit., t. V, Barcelona, 1988, pp. 115 y 116.

³⁴⁶ Ello, sin perjuicio de poder completar la regulación positiva de la administración hereditaria con reglas procesales (arts. 1096 ss. LEC, sobre la administración de la testamentaría y arts. 1005 ss., sobre la administración del *ab intestato*); máxime, cuando el Código Civil, con relativa frecuencia se remite en esta materia a las normas adjetivas.

³⁴⁷ Vid. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Los supuestos de administración de la herencia*, RDP, 1948, *passim*. Ídem: *La Administración de la Herencia en Derecho español*, cit., pp. 24 ss.

³⁴⁸ En su obra ya citada *La herencia y las deudas del causante*, Madrid, 1967. Obra que para un amplio sector de la doctrina ha merecido elogios y adhesiones, por ejemplo, vid., ROVIRA JAÉN, F. J., *En torno a las deudas de la herencia*, cit., *passim*, especialmente, p. 1601. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentario al art. 1003 CC*, loc. cit., pp. 264 ss. GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., págs 196 ss.

Peña deduce su tesis, ante todo, de la tradición histórica castellana en la cual imperaba el concepto residual de herencia y su corolario «antes pagar que heredar»; esta concepción quedó reflejada en nuestro Código Civil, donde puede apreciarse que el fenómeno sucesorio afecta, en su repercusión patrimonial, únicamente al cambio de titularidad del patrimonio hereditario; de modo que, no obstante la sucesión, el patrimonio hereditario, por razón de su afección a las deudas y cargas de la herencia, conserva una cohesión interna y persiste individualizado con independencia de las vicisitudes de la titularidad, sea cual sea el procedimiento liquidatorio seguido y hasta la total extinción de las cargas a las que está afecto³⁴⁹.

Demuestra este autor que nuestro sistema se asienta en tres cardinales ideas:

Primera.—*La sucesión hereditaria es, fundamentalmente, sucesión en el patrimonio.*—El heredero es deudor en cuanto que es el nuevo titular de un patrimonio al cual afectan las deudas. No cabe entender que, en virtud de la sucesión, las deudas cambien de patrimonio responsable; por el contrario, las deudas se conservan inalteradas a través de las vicisitudes de la titularidad y no sufren más alteración que la estrictamente irremediable del cambio de titularidad del patrimonio³⁵⁰.

Segunda.—*La responsabilidad del heredero, institucionalmente ordinaria, es «la intra vires cum viribus».*—De la sucesión como cambio de la titularidad de un patrimonio sólo se desprende la responsabilidad *cum viribus*³⁵¹. La responsabilidad *ultra vires hereditatis*, tanto en nuestro sistema vigente como en nuestro Derecho tradicional, es independiente del fenómeno sucesorio y viene a ser una incidencia liquidatoria³⁵²; una sanción por haberse apartado del procedimiento liquidatorio ordinario (no aceptando la herencia a beneficio de inventario) o por haber omitido ciertas garantías liquidatorias (supuestos de pérdida del beneficio de inventario)³⁵³; lo que provocará, en daño del heredero, la confusión de patrimonios³⁵⁴.

Tercera.—*Persistencia individualizada del patrimonio hereditario y su afección al pago de las deudas y cargas de la herencia.*—El patrimonio hereditario persiste siempre individualizado por razón de su afectación al pago de las deudas y cargas hereditarias, a pesar de la muerte de su titular

³⁴⁹ Vid., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 148, 207, 356, entre otras.

³⁵⁰ Vid., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 150 ss.

³⁵¹ Vid., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 152-153.

³⁵² Vid., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 157 ss.

³⁵³ Vid., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 172 ss. y 178 ss.

³⁵⁴ Vid., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 180 ss.

y sean cuales fueran las vicisitudes por las cuales atraviere la titularidad del patrimonio hereditario (herencia yacente, herencia aceptada con o sin beneficio de inventario, herencia partida)³⁵⁵. El patrimonio del causante siempre continúa diferenciado en cuanto centro de responsabilidad por las deudas y cargas que le afectan³⁵⁶.

La certeza de los argumentos esgrimidos por Peña Bernaldo de Quirós ha sido reconocida por la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia actual.

Así, es común afirmar que el patrimonio hereditario persiste individualizado en cuanto es centro autónomo de responsabilidad por las deudas y cargas que le afectan³⁵⁷. El patrimonio hereditario es, en definitiva, instrumento de garantía de las legítimas expectativas de los acreedores hereditarios y medio de satisfacción coactiva de los intereses de dichos acreedores³⁵⁸. La desaparición de una persona (muerte del causante) no tiene por qué trastornar la esfera de responsabilidad de la cual gozaban los acreedores del difunto, que *ex artículo 1911 CC*, era el patrimonio del causante. El heredero no tiene facultad alguna para modificar la garantía que el patrimonio del difunto ofrecía a los acreedores hereditarios, con la realización de actos voluntarios tales como la aceptación a beneficio de inventario, aceptación pura y simple, partición... Por último, el pretendido proceso de confusión de patrimonios que se produciría tras la aceptación pura y simple carece de sólida base legal; máxime cuando de la interpretación del artículo 1023, 3.º CC, *a contrario sensu*, fácilmente se deduce que la confusión de patrimonios operada tras la aceptación pura y simple se produce sólo en daño del heredero, pero en ningún caso en daño de terceros, esto es: no ha de perjudicar ni a los acreedores hereditarios ni a los legatarios³⁵⁹. En su consecuencia, la separación de patrimonios, en nuestro sistema, no es un remedio excepcional, sino la situación en que normalmente se encuentra toda herencia adquirida³⁶⁰.

³⁵⁵ *Vid.*, fundamentalmente, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 191 ss.

³⁵⁶ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 207.

³⁵⁷ Por ejemplo y entre otros, *vid.* GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentario al art. 1003 CC*, loc. cit., pp. 264 ss. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 26 y 248 ss. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, cit., t. V, Barcelona, 1988, pp. 114 ss.

³⁵⁸ Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., p. 202.

³⁵⁹ Acerca de todos estos extremos, *vid.* la exposición rigurosa y acertada de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 203 ss. En la generalidad de sus planteamientos, siguen la tesis expuesta por Peña, entre otros, GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., pp. 199 ss., especialmente, p. 201. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentario al art. 1003 CC*, loc. cit., pp. 263 ss. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 251-252, especialmente, nota núm. 7. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, cit., t. V, Barcelona, 1988, pp. 114 ss. PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 260 ss. y 299 ss. ROVIRA JAÉN, F. J., *En torno a las deudas de la herencia*, cit., pp. 1589 ss.

³⁶⁰ Esta conclusión, expuesta brillantemente por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 192 y 200 ss., ha sido muy seguida por la doctrina más reciente; señalando, a este respecto, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.º, p. 249, nota 1^{er} que los autores que suelen pensar lo contrario, muchas veces

En este mismo sentido, la Resolución de 1 de septiembre de 1976 entiende que los patrimonios del causante y del heredero no se confunden en perjuicio de los interesados en el caudal relicto, ni siquiera mediando la aceptación pura y simple; aduciendo en su apoyo argumentos que ya hemos dejado aquí reseñados y alguno más como el régimen del concurso o de la quiebra y el carácter imperativo de las normas sobre la prelación de créditos. Transcribimos, al respecto, uno de sus considerandos más significativos:

«Que aun cuando la cuestión tiene dividida a la doctrina patria, e incluso una mayoría opta por la tesis de la confusión de patrimonios en base principalmente a los artículos 659 y 660 del CC, un detenido estudio de sus preceptos y de otros Cuerpos legales, llevan a la conclusión contraria ya que: a) El artículo 1023-3.º CC. establece la confusión de los bienes particulares del heredero con los que pertenezcan a la herencia, sólo cuando lo sea en «daño de aquél», de lo que se deduce que no opera en daño a terceros como son acreedores y legatarios, para los cuales el patrimonio hereditario debe permanecer inalterado, lo que es perfectamente congruente con el sistema, la que de no ser así podría unilateralmente el heredero, según la postura que adopte –aceptación pura y simple o a beneficio de inventario– actuar con posibilidad de perjudicar los derechos de los acreedores. b) El régimen de concurso o quiebra, o las normas imperativas sobre la prelación de créditos de los artículos 1921 a 1925 del CC quedarían su aplicación a la voluntad del particular, si se confundieran los patrimonios con la obligada secuela de que concurrirían los acreedores del causante y del heredero sobre el nuevo patrimonio formado y con la nueva prelación que correspondería. c) Las facultades de intervención que a los acreedores hereditarios se confieren en la LEC –juicio de testamentaria– para lograr el pago o aseguramiento del importe de sus créditos sobre el patrimonio del causante, y todo ello aunque el heredero no se haya acogido al beneficio de inventario o lo hubiese perdido»³⁶¹.

por simple arrastre, en su mayoría sólo han tratado el tema en general y sin ahondar en él. A favor de esta postura (pues al menos afirman que si no institucionalmente, sí funcionalmente se produce la separación de patrimonios en toda herencia), *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., *op y loc cit.*, pp. 249 a 252. GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, *cit.*, p. 201. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La responsabilidad de los herederos por las deudas*, *cit.*, pp. 30 ss. y 119 ss. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, *cit.*, t. V, Barcelona, 1988, pp. 115 ss. PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos*, *cit.*, t. V, vol. 1.º, pp. 259 ss. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores...*, *cit.*, pp. 132 ss. En contra, y manteniendo a este respecto la tesis tradicional, existen autores que han variado su posición inicial y han llegado a admitir recientemente que, en el supuesto de herencia aceptada pura y simplemente, no está ausente la idea de evitar la confusión patrimonial. *Vid.* DíEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1989, p. 555. Compárese con una anterior edición, *v. gr.*, *Sistema...*, *cit.*, vol. IV, Madrid, 1986, pp. 683-684. Absolutamente en contra, CRISTÓBAL MONTES, A., *La separación de los bienes hereditarios*, Caracas, 1970, pp. 92 ss., especialmente, p. 115, afirma que la posición defendida por Peña y que ha sido ampliamente acogida en nuestra doctrina, «se halla reñida con claros y tajantes preceptos del Código Civil».

³⁶¹ En contra, DíEZ-PICAZO, L., *Sistema...*, *cit.*, vol. IV, Madrid, 1989, pp. 555-556, entiende que no puede deducirse la separación de patrimonios de los argumentos utilizados en la citada Resolución. En otras palabras, había confusión de patrimonios. *Primero*, el citado art. 1023, 3.º CC «lo único que se propone es configurar el efecto de la aceptación a beneficio de inventario. Si destaca la separación patrimonial es porque no la hay en la aceptación pura y simple. Pero que tampoco la haya en ésta cuando sea perjudicial para

Además de cuanto hemos expuesto, el régimen previsto en el Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y Legislación hipotecaria viene a confirmar la idea de la herencia como patrimonio que constituye un ámbito independiente de responsabilidad y un centro autónomo de imputación de derechos y obligaciones. Sin intención de agotar la relación de preceptos que corroborarían la autonomía patrimonial y la adscripción de los bienes hereditarios al pago de las deudas y cargas, citaremos los más significativos.

En nuestro Código Civil, si bien son muchas las normas que revalidarían la idea de persistencia del patrimonio hereditario y su afección al pago de las deudas hereditarias³⁶², entre ellas, deben destacarse, el artículo 510 CC, el artículo 891 CC, los artículos 1027, 1029 y 1031 CC y los artículos 1082 y ss.

El artículo 510 CC demuestra cómo los bienes hereditarios están especialmente afectos al cumplimiento de las deudas de la herencia. En este supuesto, el legatario (usufructuario) procederá a pagar estas deudas en tanto que los bienes, sobre los que recae su derecho, están destinados a satisfacerlas.

El artículo 891 CC es una muestra más de la vigencia de nuestro tradicional principio «*no hay herencia, sino en el residuo*» y, distribuida toda la herencia en legados, la efectiva adjudicación de los legados quedará imperativamente pospuesta al pago de cuantas obligaciones herenciales pesen sobre el caudal relicto. Dada esta exigencia institucional de previo pago de las deudas hereditarias, el artículo 891 CC señala que el pago de las deudas y gravámenes hereditarios corre a cargo de los legata-

los acreedores hereditarios y legatarios no lo dice. La interpretación *a contrario* no llega más que a lo siguiente: si no hay aceptación beneficiada, hay confusión aunque sea en daño del heredero. No se preocupa de nadie más. Además la frase en daño del heredero es ambigua; lo mismo puede referirse al caso de que se vea constreñido a pagar con sus propios bienes las deudas hereditarias y el legislador considere que es un daño el que sufre por ello. Por último, cabe observar que el precepto citado no favorece la tesis de que en nuestro Derecho hay separación automática. Si la hubiese, sería innecesario aplicarlo cuando la herencia se acepta pura y simplemente». *Segundo*, tampoco es argumento que, de admitirse la confusión de patrimonios, «quedaría a voluntad del heredero, aceptando pura y simplemente, perjudicar a los acreedores y legatarios, y alterar las preferencias legales de los créditos establecidos en los artículos 1921 a 1925 del Código Civil». «Efectivamente, lo primero es cierto y lo segundo puede ocurrir. Por ejemplo, los acreedores hereditarios tienen sus créditos en escritura pública y los personales del deudor no, con lo que gozarán los primeros de una preferencia para el cobro frente a los segundos. Pero todas estas razones lo que conducen es a la necesidad de que se regule la separación de patrimonio, pero no a confundir los buenos deseos con la realidad». *Tercero*, dentro de las facultades de intervención que a los acreedores hereditarios se confieren en la Ley de Enjuiciamiento Civil, «se alude aquí al artículo 1093 LEC cuyo significado, según hemos visto, no es de una separación de bienes genuina».

³⁶² Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 209: Así, las obligaciones del deudor (causante) se convierten en «deudas hereditarias», «cargas de la herencia», «créditos contra la herencia» (cfr. arts. 510, 867, 891, 1003, 1021, 1023, 1034, 1082 ss., entre otros). También son suficientemente expresivas locuciones tales como «bienes de la herencia», «bienes hereditarios», «caudal hereditario», utilizadas todas ellas para describir la existencia de una masa de bienes especialmente afecta a determinadas cargas (cfr. arts. 801, 839, 840, 887, 903, 964, 965, 967, 1003, 1014, 1015, 1020, 1021, 1023, 1024, 1029, 1030, 1031, 1048, 1049, 1086, entre otros).

rios en tanto son los nuevos titulares de los bienes hereditarios afectos al pago del pasivo. En definitiva, el «prorrato» de las deudas y gravámenes de la herencia establecido en el artículo 891 CC es consecuencia de la afectación de los bienes hereditarios al pago de las deudas.

Los artículos 1027, 1029 y 1031, fieles al principio «*primero es pagar que heredar*», manifiestan con claridad la preferencia de cobro de los acreedores hereditarios respecto de los legatarios y la de estos últimos respecto de los herederos, los cuales se beneficiarán del remanente de los bienes una vez pagadas las deudas y satisfechos los legados, orden de prelación que debe guardarse medie o no el beneficio de inventario³⁶³.

Los artículos 1082 ss. CC refuerzan la posición de los acreedores hereditarios, ya en virtud de la regla del artículo 1082 CC que faculta a los acreedores hereditarios para impedir que se lleve a efecto la partición de la herencia mientras no se les pague o afiance el importe de sus créditos (oponerse a la individualización y adjudicación de los bienes), ya mediante el artículo 1084 CC que, bajo el presupuesto de subsistencia del patrimonio hereditario no obstante la partición, establece decididamente que los créditos contra el causante (no los legados) pueden ser exigidos por entero a cualquiera de los subpatrimonios que —tras la partición— integran el patrimonio hereditario³⁶⁴.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil subyace la idea de la herencia como patrimonio que ordinariamente es sometido a administración y liquidación, lo que es lógico dado que esta ley, anterior al Código Civil, se adaptó a nuestro Derecho tradicional³⁶⁵.

³⁶³ Al respecto, y además de las obras generales, pueden consultarse, entre otros muchos, los siguientes trabajos: GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Los supuestos de administración de la herencia*, cit., pp. 97 ss. Ídem: *Comentario al art. 1003 CC*, loc. cit., p. 271. Más extensamente, ídem: *Comentario al art. 1027 CC*, loc. cit., pp. 441 ss. Ídem: *Comentario al art. 1029 CC*, loc. cit., pp. 457 ss. Ídem: *Comentario al art. 1031 CC*, loc. cit., pp. 474 ss. MIGUEL TRAVIESAS, M., *Legados*, RDP, 1931, pp. 97 ss., 147 ss. y 177 ss. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Apuntes de Derecho sucesorio*, cit., pp. 835 ss. Ídem: *Panorama...*, cit., vol. II, *Perspectiva dinámica*, pp. 164 ss. (respecto del art. 1027), págs. 475 ss. (acerca de los arts. 1029 y 1031), entre otras páginas. PÉREZ SAUQUILLO, G., *Responsabilidad del heredero respecto a los legados*, cit., p. 219. ROVIRA JAÉN, F. J., *En torno a las deudas de la herencia*, cit., pp. 1573 ss. HERNÁNDEZ-GIL, F., *Notas sobre el prelegado de usufructo con heredero único*, en «La Ley», 1984, pp. 1 ss. CÁRDENAS, L., *Responsabilidad «ultra vires por legados»*, RDP, 1950, p. 151. GINOT LLOBATERAS, F., *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados...*, cit., p. 1057.

³⁶⁴ Todo ello como consecuencia de la persistencia del patrimonio hereditario, *vid.*, muy especialmente, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 206-207, 223 y ss y 325 ss. También, acerca de estas normas, pueden consultarse, entre otros, y prescindiendo de citar obras generales, GONZÁLEZ PALOMINO, J., *La adjudicación para pago de deudas*, cit., pp. 189 ss. GARCÍA BAÑÓN A., *El Beneficio de Separación*, cit., pp. 170 ss. GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., pp. 198-199 y 206 ss. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La responsabilidad de los herederos por las deudas*, cit., pp. 60 ss., 77 ss., 133 ss. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores...*, cit., pp. 150 ss. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario a los artículos 1082 ss. Código Civil. Sección quinta: del pago de las deudas hereditarias*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por Manuel ALBALADEJO, t. XIV, vol. 2.º, Madrid, 1989, pp. 617 ss.

³⁶⁵ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 209-210.

Los artículos 1030 ss. LEC conciben la herencia como patrimonio sujeto a administración y en proceso de liquidación; y de acuerdo con un sistema de responsabilidad *cum viribus* que precisa de un procedimiento reglado de liquidación donde quedan limitadas las facultades de enajenación de bienes hereditarios, produciéndose la venta de los mismos sólo en los supuestos donde sea necesaria para satisfacer las deudas y las cargas a las que el patrimonio está afecto³⁶⁶.

Otros preceptos como el artículo 1053 LEC (concurso o quiebra de la herencia), o el artículo 1268 LEC (graduación de créditos), restringen el concepto de herencia al de patrimonio en liquidación, estableciendo un rígido procedimiento que asegure la afección de los bienes hereditarios al pago de las deudas y cargas hereditarias.

Por último, los artículos 161-4.º, 1003-4.º, 1038, y especialmente el artículo 1093 LEC, regulan las reclamaciones de los acreedores hereditarios *precisamente contra el caudal hereditario o contra los bienes del difunto*³⁶⁷. Estamos en presencia de prerrogativas concedidas en favor de los acreedores hereditarios y que son el fiel reflejo de la vigencia del tradicional principio «*no hay herencia sino residuo*». Igualmente y como consecuencia de la vigencia de este tradicional principio, la generalidad de las normas relativas a los Juicios Universales (entre otras, arts. 973, 3.º, 1038, 4.º y 1093 LEC) evitan la confusión de patrimonios y consiguen la efectiva protección de los derechos de los acreedores hereditarios al cobrar éstos sus créditos antes que los legatarios sus legados y antes que el remanente de los bienes pase a los herederos³⁶⁸.

³⁶⁶ Ya que los juicios universales sucesorios tienen fundamentalmente una finalidad cautelar, proporcionan a los acreedores hereditarios una garantía general de integridad del patrimonio hereditario. *Vid.*, entre otros muchos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 241 ss. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, cit., t. V, Barcelona, 1988, pp. 171 ss. PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 315 ss.

³⁶⁷ Principalmente, obsérvese la íntima relación existente entre el art. 1082 CC y el art. 1093 LEC, asegurando a los acreedores hereditarios el pago o afianzamiento de sus créditos. *Vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 227, 244, 245, 251, 255, entre otras. También, *vid.* PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 309-310. ROVIRA JAÉN, F. J., *En torno a las deudas de la herencia*, cit., p. 1581. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La responsabilidad de los herederos por las deudas*, cit., pp. 49-50.

³⁶⁸ Al respecto seguimos la postura defendida por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 228 ss. También y por ejemplo, *vid.* GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores...*, cit., pp. 154 ss. No obstante, aún sigue siendo amplio el sector doctrinal que considera estas prerrogativas como excepcionales, entendiendo que los acreedores hereditarios que no deseen ver amenazados sus derechos sobre el patrimonio hereditario, sólo podrán salvarse de la confusión de patrimonios incoando el correspondiente procedimiento. *Vid.* LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., p. 426. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Apuntes de Derecho sucesorio*, cit., pp. 908 y 909, nota 550. *Idem: Panorama...*, cit., vol. II, *Perspectiva dinámica*, pp. 563 ss. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima...*, cit., p. 798, nota núm. 143. CRISTÓBAL BELMONTE, A.: *La separación de los bienes hereditarios*, cit., pp. 70 ss. GARCÍA BAÑÓN, A., *El Beneficio de Separación*, cit., pp. 20 ss.

En la legislación hipotecaria, igualmente, subsiste la idea del patrimonio hereditario, su persistencia y adscripción al pago de las deudas y cargas de la herencia³⁶⁹.

El artículo 45 LH concibe la herencia como «universalidad de bienes» contra la cual existen deudas³⁷⁰; los artículos 46 y siguientes LH articulan el régimen de las anotaciones bajo el presupuesto de persistencia unificada del patrimonio hereditario; dichas anotaciones se practican respecto de los bienes de la herencia y de conformidad con la prelación existente entre acreedores hereditarios, legatarios y herederos³⁷¹.

De otra parte, la anotación del derecho hereditario, en la misma línea de manifestar la autonomía del patrimonio hereditario, distingue dos ámbitos de responsabilidad diferentes: las deudas personales de los herederos y las deudas del causante; estas últimas, por efecto de la sucesión, continúan invisceradas en el patrimonio hereditario (cfr. arts. 20-IV-V, 3.º y 38-III LH; art. 166, 1.º RH)³⁷².

También las normas de la Legislación Hipotecaria relativas a la anotación preventiva en favor de los acreedores de la herencia prevén la individualización del patrimonio hereditario, adscribiendo determinados bienes al pago de las deudas de la herencia³⁷³.

Y, por último, aquellas normas de la Ley Hipotecaria concernientes a la anotación preventiva en favor de los legatarios vuelven a corroborar la autonomía del patrimonio hereditario. Se distinguen aquí los legados específicos de los legados no específicos. Respecto de los legados específicos o legados de inmuebles determinados o de créditos o pensiones consignadas sobre ellos (art. 47, 1 LH), la garantía que ofrece la anotación preventiva es la propia publicidad, ya que el bien legado —propiedad del beneficiario desde la muerte del causante— está, por definición, separado de la masa hereditaria; la anotación preventiva conlleva una preferencia absoluta del legatario frente a los acreedores y adquirentes del heredero, mas esta prioridad la otorga el derecho sustantivo y el Registro sólo se limita a publicarla. En los legados no específicos —que implican una relación jurídica de naturaleza obligatoria entre el heredero (gravado) y el

³⁶⁹ Cfr. PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos*, cit., t. V, vol. 1.º, p. 303.

³⁷⁰ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 210.

³⁷¹ Por ejemplo, *vid.*, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 253 ss., especialmente, p. 255.

³⁷² *Vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 210-211.

³⁷³ Es por todos reconocido que, en virtud de la anotación preventiva sobre bienes concretos (art. 45, 2.º, L. H.), los acreedores hereditarios consiguen afectar determinados bienes hereditarios a la garantía de sus créditos, y no sólo frente a los acreedores del heredero sino también frente a terceros adquirentes, aunque éstos adquiriesen los bienes antes que se practique la anotación y, desde luego, siempre que la misma se lleve a cabo dentro del plazo legal. Por ejemplo, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., *Notas a Cicu*, en CICU, A., *Derecho de Sucesiones, Parte General*, Barcelona, 1964, pp. 657 ss. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Apuntes de Derecho sucesorio* cit., pp. 908 y 909, nota 550. GARCÍA BAÑÓN, A., *El Beneficio de Separación*, cit., pp. 20 a 23.

legatario (acreedor)³⁷⁴-, sólo mediante la anotación es posible hacer efectiva la preferencia de cobro de los legatarios y, en su caso, la auténtica separación de los bienes específicamente anotados³⁷⁵.

3. CRÍTICA DEL SISTEMA: FALTA DE UNIDAD ORGÁNICA ENTRE LAS DISTINTAS INSTITUCIONES Y PRAGMATISMO EN SUS SOLUCIONES

Puede llegar a sorprendernos cómo un sistema de características predominantemente patrimonialistas aún conserva la responsabilidad patrimonial universal del heredero, formulada en tales términos que una interpretación literal del artículo 1003 CC induciría a considerar que nuestro sistema se asienta en los principios de confusión de patrimonios y de responsabilidad *ultra vires hereditatis*³⁷⁶. Ello no sólo ha suscitado fuertes críticas, también aspiraciones de *lege ferenda* defendiendo la supresión de este «atavismo histórico»³⁷⁷ y elogiando a aquellos Códigos que, en su evolución, han sido capaces de suprimir formulaciones similares³⁷⁸ para regular con claridad, y más en consonancia con los rasgos estructurales de un sistema fuertemente patrimonializado, la limitación *intra vires hereditatis* de la responsabilidad del heredero³⁷⁹.

³⁷⁴ Arg. artículos 48, 1 y 52 LH.

³⁷⁵ Por todos, *vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, C., *Las garantías hipotecarias del legado...*, cit., pp. 327 ss.

³⁷⁶ Acerca de una lectura crítica de este art. 1003 CC, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.º, p. 261.

³⁷⁷ En la actualidad y dentro de esta posición revisionista, cabe citar a GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentario al art. 1003 CC*, loc. cit., pp. 257 ss.

³⁷⁸ Recuérdese la reforma operada en el Código Civil argentino, en virtud de la Ley 17.711 del año 1968, que entre otros artículos reformó el art. 3343 CC Argentina, limitando *intra vires hereditatis* la responsabilidad del heredero cuando con anterioridad dicha norma coincidía con nuestro art. 1003 CC. Igualmente, cabe mencionar el nuevo Código Civil portugués de 1966, que clarificó el sistema de limitación de la responsabilidad a las fuerzas de la herencia, en los artículos 2068 y 2071 CC lusitano ya que, antes de este nuevo Código, parecía existir una contradicción entre los antiguos artículos 2019, que limitaba la responsabilidad *intra vires*, y el artículo 1792 CC portugués, que limitando la responsabilidad *intra vires*, *cum viribus* por efecto de la aceptación a beneficio de inventario, podía hacer pensar en la responsabilidad ilimitada una vez que la herencia fuese aceptada pura y simplemente.

³⁷⁹ Aunque son numerosísimos los Códigos Civiles de la familia hispanoamericana que expresamente establecen la limitación del alcance de la responsabilidad del heredero a las fuerzas de la herencia (*v. gr.*, arts. 1587 CC de Brasil, 1678 CC de Méjico, 535 CC de Costa Rica, 658 CC peruano, 920 CC de Guatemala, y otros...), es el Código Civil de Portugal el que ha sido objeto de elogios por parte de nuestra doctrina, viendo en el Código Civil lusitano la coherencia (limitación de la responsabilidad y patrimonialización del efecto sucesorio) que en nuestro Código falta. Así, entre quienes alaban las soluciones acogidas en este Código, *vid.* MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, cit., t. XVII, Madrid, 1900, pp. 501 a 503. CASTÁN TOBEÑAS, J., *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, cit., R. G. L. y J., 1960, pp. 671 ss. GINOT LLOBATERAS, F., *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados...*, cit., p. 1079. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 110-111, 136, entre otras. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios a los artículos 1010 ss. Código Civil. Sección quinta: Del beneficio de inventario y del derecho de deliberar*, loc. cit., pp. 311 ss.

Sin lugar a dudas, los vestigios propios de un sistema personalista que aún perviven en nuestro Código dificultan y enturbian la comprensión de nuestro sistema liquidatorio. A modo de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, citemos algunos de los problemas que presenta nuestro sistema.

Así, la referida formulación de la responsabilidad patrimonial universal contenida en el artículo 1003 CC parece extender el alcance de la responsabilidad ilimitada del heredero incluso al pago de los legados; lo cual, aunque severamente criticado, ha sido admitido por quienes interpretan el artículo 1003 CC en conformidad con su estricto sentido literal³⁸⁰. Mas la existencia de otros preceptos (principalmente el art. 887 CC³⁸¹) reclaman la necesidad de interpretar el artículo 1003 CC en forma distinta: mediante la aceptación pura y simple el heredero quedará responsable personal con sus propios bienes de todas las cargas testamentarias de la sucesión, pero dentro del límite del valor de los bienes heredados, esto es, dentro de las disposiciones que válidamente pudo hacer el testador³⁸². No obstante y pese a defender la aplicación del artículo 887 CC con la consiguiente reducción de los legados en caso de ser insuficiente el activo

³⁸⁰ Respecto a la responsabilidad ilimitada por los legados, *vid.* PÉREZ SAUQUILLO, G., *Responsabilidad del heredero respecto a los legados*, cit., *passim*. GINOT LLOBATERAS, F., *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados...*, cit., pp. 1084 ss. LÓPEZ CONTRERAS, F. J., *La responsabilidad «intra vires» y «ultra vires»...*, cit., p. 439. También son favorables a esta tesis LACRUZ BERDEJO, J. L., *Notas a Binder*, cit., p. 213. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., p. 162. Aunque estos últimos defienden la posibilidad de atenuar la responsabilidad *ultra vires* por los legados, por vía de interpretación del testamento. Posibilidad que de otra parte ha sido reconocida en nuestra Jurisprudencia. Así, la Sentencia de 19 de diciembre de 1924 resolvió que el heredero no debía pagar con sus propios bienes los legados ordenados, aunque hubiese aceptado la herencia sin beneficio de inventario, en razón de la condición impuesta por el testador, esto es: la obligación o carga de que el heredero satisfaga los legados con los bienes que él dejara al morir, a cuyo fin le mandaba conservar los bienes suficientes. Igualmente, la Sentencia de 12 de noviembre de 1932, también reconoció la posibilidad de que el testador limitara la responsabilidad por los legados a los bienes hereditarios. También, consúltense las Sentencias de 19 de enero de 1911, de 13 de febrero de 1951 y de 8 de mayo de 1957.

³⁸¹ Junto al art. 887 CC, otras normas corroboran la limitación de la responsabilidad del heredero respecto de los legados, entre ellas, los artículos 764, 820, 861, 862, 869 CC y 50 LH. Además, el art. 887 CC carecería de utilidad si su ámbito de aplicación fuese restringido al supuesto de herencia beneficiaria. Creemos que esta norma sólo tiene sentido en un sistema liquidatorio fuertemente patrimonializado donde el alcance de la responsabilidad del heredero queda limitado *intra vires hereditatis*. Piénsese que el precedente inmediato de este artículo es el art. 3617 CC mejicano de 1870 (*vid.* LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1979, vol. II, p. 634. En la actualidad, el art. 1414 CC mejicano y el art. 887 CC español son idénticos.

³⁸² Al respecto, MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentario al art. 1003 CC*, en «Comentarios al Código Civil español», t. VII, Madrid, 1956, p. 494, afirma: «Esta solución equivale, no obstante, a no pagar nunca los legados con bienes propios, lo cual podrá no conformarse con el art. 1003 C.c...; pero, en cambio, se aviene mejor con los artículos 655, 817, 818, 820 y aún 887, caso de no haber legítimas». A favor de la limitación de la responsabilidad del heredero, por los legados, a las fuerzas de la herencia, *vid.* ROCA SASTRE, R. M., *Notas de adaptación al Derecho de Sucesiones de Kipp*, cit., t. V, vol. 1.º, p. 412, vol. 2.º, pp. 122 ss. DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho civil*, vol. 2.º, Madrid, 1975, p. 956. CÁRDENAS, L., *Responsabilidad «ultra vires» por legados*, RDP., 1950, pp. 151 ss. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 264-265. PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 321 ss.

neto, la pervivencia de la responsabilidad ilimitada, formulada en el artículo 1003 CC, seguirá planteando problemas en orden a solventar los posibles conflictos y orden de prelación entre acreedores hereditarios, legatarios y herederos, cuando el caudal hereditario sea insuficiente para satisfacer deudas y legados³⁸³.

Igualmente, la ileividad de los derechos de los acreedores hereditarios que reclama la persistencia y autonomía del patrimonio hereditario es difícil de conciliar con la confusión que, en particulares relaciones, se produce al converger en la misma persona (heredero) los dos polos activo y pasivo de una relación (*v. gr.*, arts. 513, 546, 1192, 1848 CC)³⁸⁴.

También la complejidad y el número de requisitos exigidos para aceptar la herencia a beneficio de inventario, obstaculizan que el heredero pueda acogerse al régimen ordinario (que no sólo el usual) de liquidación del patrimonio hereditario³⁸⁵.

Otros muy señalados defectos de nuestro sistema son la absoluta carencia de sistemática al regular el orden de prelación para el pago de las deudas y cargas de la herencia sobre el caudal relicto³⁸⁶, la ausencia de un régimen general en materia de administración y liquidación de la

³⁸³ Así, pese a la posible aplicación del art. 887, en el supuesto de un heredero (no legitimario) que aceptó la herencia pura y simplemente, la confusión de patrimonios (arg. art. 1003) operada en daño del propio heredero (arg. art. 1023 *sensu contrario*), plantearía serios problemas si el heredero pagó los legados (o algunos de ellos) antes de satisfacer las deudas hereditarias; en este caso los bienes particulares del heredero podrían peligrar seriamente ante una herencia insolvente (cuando el heredero tuviese fortuna personal y sin perjuicio del derecho preferente del acreedor hereditario para perseguir los bienes hereditarios —art. 1029 CC—) o, en otro caso, ¿cómo podría impedir el heredero la reclamación íntegra de los legados preferentes, aun a riesgo de ser pagados más allá de las fuerzas de la herencia? Entre otros y respecto de esto problemas, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentario al art. 887 CC*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. XII, vol. 1.º, Madrid, 1981, pp. 350 ss.

³⁸⁴ *Vid.* GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentario al art. 1003 CC*, loc. cit., pp. 265 ss.
³⁸⁵ Este instituto de rancio abolengo romano sigue trámites y requisitos similares a los impuestos en aquellos Ordenamientos donde el beneficio de inventario es un recurso correctivo del sistema; ello, sin duda, dificulta que tal beneficio sea en la práctica muy utilizado (cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 176 ss.) pero, en cambio, no deja de ser la opción liquidatoria institucionalmente ordinaria (*vid.*, a este respecto, las extensas y rigurosas argumentaciones de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 164 ss. y 265 ss.; también, consúltese GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentario a los artículos 1010 ss. del Código Civil*, loc. cit., pp. 315 ss.). No obstante, hubiera sido preferible que nuestro sistema, ganando claridad y precisión técnica, hubiese hecho de la aceptación beneficiaria la regla general de la sucesión *mortis causa*; *vid.* GITRAMA GONZÁLEZ, M., *op. y loc. cit.*, pp. 311 ss.

³⁸⁶ Debiendo aplicarse las reglas de prelación de los artículos 1027 a 1029 y 1034 del CC, ubicadas dentro del beneficio de inventario pero aplicables, según opinión doctrinal unánime, tanto si media como si no el referido beneficio de inventario. Conclusivamente, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, cit., t. V, vol. 1.º, p. 263, afirma que parece corresponder a la naturaleza de las cosas que: a) los acreedores del causante sean preferentes a los legitimarios, a los legatarios y a los acreedores del heredero; b) los legatarios sean preferentes al heredero y a sus acreedores; c) los acreedores del heredero sólo tengan derecho a dirigirse contra el patrimonio que ya poseía su deudor (art. 1911) incrementado con los bienes que, formando el remanente hereditario, se refundan con él por mor del fenómeno sucesorio; ello aun reconociendo que la dicción del Código no siempre respalda dicho orden. También. *vid.* la Sentencia de 9 de febrero de 1901.

herencia ³⁸⁷, la falta de unidad orgánica entre los supuestos donde la herencia ha de ser sometida a un proceso de liquidación del patrimonio ³⁸⁸, etc. Todos ellos pueden ser atribuibles a la presencia de vestigios personalistas que presupondrían la inutilidad de regular exhaustivamente y con claridad estos temas porque, habitualmente (aunque no necesariamente), estará presente un heredero responsable personal y en forma ilimitada por las deudas y cargas de la herencia.

Así pues y aunque la mixtura de tradiciones jurídicas dispares justifique la complejidad y variedad de soluciones a la hora de regular un sistema propendente a la patrimonialización del efecto sucesorio, no creemos que sea exagerado, en el caso español, afirmar que el sistema adolece de lógica institucional ³⁸⁹.

No estamos en presencia de un sistema liquidatorio ordenado ni sistematizado, sino ante un conjunto de concretas soluciones a los distintos problemas que puede presentar la administración y liquidación de la herencia. Obsérvese que en nuestro sistema, y pese a su carácter fuertemente patrimonial, se conserva (al menos, como vestigio personalista formulado en concretos preceptos –arts. 661 y 1003 CC–) la idea del heredero como continuador de la esfera de su causante y deudor personal e ilimitadamente responsable; idea que, a modo de comodín, es utilizada cuando interesa hacer fluido y ágil el tránsito de bienes y derechos en presencia de una herencia manifiestamente solvente; evitándose con ello el coste de procedimientos judiciales, los inconvenientes de carácter tributario, las limitaciones a la facultad de disponer, la carga de cumplir con numerosos trámites y requisitos, etc. ³⁹⁰. Consiguientemente, el establecimiento de un doble *iter* liquidatorio está emparentado con la realidad: el sistema ha conservado la llamada aceptación pura y simple para agilizar la transmisión sucesoria en herencias claramente solventes y ha regulado el beneficio de inventario como cauce liquidatorio ordinario, cuando se prevea la existencia de un considerable pasivo en la herencia ³⁹¹.

Ahora bien, a pesar de la pervivencia de tendencias personalistas y de conservar el carácter facultativo del doble *iter* liquidatorio ³⁹², la persistencia del patrimonio hereditario y su afección al pago de las deudas y cargas de la herencia actuarán como ideas directrices del sistema; direc-

³⁸⁷ Vid. GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La Administración de la Herencia en Derecho español*, cit., pp. 4 ss.

³⁸⁸ GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Los supuestos de administración de la herencia*, RDP, 1948, *passim*.

³⁸⁹ Por todos, vid. ROCA SASTRE, R. M., *Crítica institucional del Código Civil*, cit., p. 57.

³⁹⁰ Vid. la defensa que sobre el sistema de responsabilidad *ultra vires hereditatis* hace ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio...*, cit., p. 292.

³⁹¹ Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 135 ss. ROCA SASTRE, R. M., *El «Beneficium separationis»*, cit., pp. 372 ss.

³⁹² El carácter facultativo del beneficio de inventario es uno de los rasgos propios de los llamados «sistemas de continuación de la persona». Vid. *supra* § B.–*Acerca del beneficio de inventario en los «sistemas de continuación de la persona»*, pp. 53 ss., especialmente, p. 61.

trices, éstas, que, lejos de ser simples enunciados programáticos, quedan fielmente reflejadas en todos aquellos mecanismos³⁹³ que el sistema pone a disposición de los sujetos interesados en la sucesión, con la finalidad de salvaguardar sus derechos e intereses.

Nuestro Ordenamiento no pretende estructurar un sistema rígido y orgánico de administración y liquidación de la herencia, ni tampoco pretende imponer un determinado cauce liquidatorio; tan sólo parece ocuparse de solucionar problemas concretos, poniendo a disposición de los sujetos implicados en el fenómeno sucesorio los medios adecuados para la defensa de sus derechos e intereses; pero todo ello, bajo el convencimiento de que el propio interesado es quien mejor puede reclamar y velar por sus derechos e intereses.

Así, el heredero está suficientemente protegido siempre que administre y liquide la herencia sometido al régimen liquidatorio ordinario (el beneficio de inventario)³⁹⁴, pero es muy libre de apartarse de este régimen aceptando la herencia pura y simplemente o no cumpliendo con los trámites y requisitos del beneficio de inventario aunque, en cambio, asuma el riesgo de la responsabilidad *ultra vires hereditatis*³⁹⁵.

Los legatarios ocupan una posición subordinada frente a acreedores hereditarios (arts. 1027 y 1029 CC) y a legitimarios (arts. 818 y 820 CC); pero, en el orden de prelación, preceden a los herederos y acreedores particulares de éstos (arts. 1032 y 1034 CC). El criterio general, en nuestro sistema, es proveer al pago de las mandas y legados con los propios bienes hereditarios y siempre que los mismos alcancen a cubrir el pago de aquellos. En caso contrario, si los bienes de la herencia fuesen insuficientes, un posible conflicto entre legatarios y acreedores hereditarios (arg.

³⁹³ Baste recordar todas aquellas normas del Código Civil y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento y Legislación hipotecaria que, claramente, manifiestan la persistencia individualizada del patrimonio hereditario, su afección al pago de las deudas y la protección de acreedores hereditarios y, en su caso, legatarios o, por último, acreedores personales del heredero. *Vid. supra* epígrafes anteriores.

³⁹⁴ *Vid.* GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentario a los artículos 1010 ss. del Código Civil*, loc. cit., pp. 311 ss. quien, no obstante, critica los angustiosos plazos a los que es sometido el heredero si no quiere perder el llamado beneficio de inventario. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, cit., pp. 177 ss., para paliar los posibles inconvenientes de este sistema, propone una interpretación restrictiva de los supuestos de pérdida del beneficio.

³⁹⁵ Dentro del grupo de Ordenamientos donde la responsabilidad del heredero institucionalmente ordinaria es la limitada, nuestro sistema ostenta un menor grado de patrimonialización del efecto sucesorio, conservando el carácter facultativo del beneficio de inventario. En consideración a esta característica –facultad del heredero para optar por uno u otro proceso liquidatorio– algún autor ha entendido que en nuestro sistema no existe un proceso liquidatorio que sea institucionalmente prioritario (*vid.* GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., p. 201; ROCA SASTRE, R. M., *Notas a Kipp*, cit., t. V, vol. 2.º, p. 112). En contra, pensamos que el régimen de liquidación institucionalmente prioritario es el beneficio de inventario; entre otras razones, porque este instituto muestra en su pureza el efecto sucesorio al que propende nuestro sistema; muchas de sus normas tienen un ámbito de aplicación general; el régimen del heredero «puro y simple» ha de ser integrado con la normativa de la herencia beneficiaria; el beneficio de inventario ha dejado de ser un mecanismo corrector en nuestro Ordenamiento para convertirse en instrumento al servicio de la patrimonialización del sistema, etc.

art. 891 CC), o entre legatarios y legitimarios (art. 820 CC), o entre legatarios entre sí (art. 887 CC), se resuelve procediendo a la reducción de los legados, lo cual viene a confirmar que los bienes hereditarios están afectados, en primer lugar, al pago de las deudas hereditarias y posteriormente al cumplimiento de las mandas y legados.

Los acreedores hereditarios, por su parte, siempre gozarán de la garantía que les ofrece el patrimonio hereditario, cualquiera que sea el proceso liquidatorio elegido por el heredero y sean cuales fueran las vicisitudes por las que atraviese la titularidad sobre dicho patrimonio. La falta de un sistema ordenado, dotado de lógica interna, quedará salvada porque en nuestro Ordenamiento los derechos e intereses de los acreedores hereditarios resultan, efectivamente, protegidos: la persistencia del patrimonio hereditario y su afección al pago de las deudas y cargas de la herencia son directrices del sistema que quedarán reflejadas en un amplio número de prerrogativas concedidas en favor de los acreedores hereditarios; siendo «*verdaderamente insólitos los casos en que los acreedores hereditarios no puedan emplear con éxito alguna de las acciones concedidas en defensa de su derecho*»³⁹⁶. De ahí que la doctrina y jurisprudencia más moderna coincidan en señalar que, en nuestro sistema, la separación de patrimonios se produce automáticamente, sin que acreedores hereditarios o legatarios deban instarla, y sin que sea necesario regular el llamado beneficio de separación de patrimonios³⁹⁷.

Acerca de la separación de patrimonios. Sin contradecir esta última opinión, según la cual se produce una separación automática de patrimonios, ya que en nuestro sistema el patrimonio hereditario conserva siempre cierta cohesión y resulta afecto al pago de las deudas y cargas de la herencia, queremos precisar algunas de las consideraciones que comúnmente se argumentan.

En primer lugar, la efectiva separación de patrimonios no tiene por qué ser una consecuencia directa del llamado beneficio de separación de patrimonios³⁹⁸. La experiencia comparada ha venido a demostrar que el beneficio de separación no siempre tiene el efecto aislante que tuvo en

³⁹⁶ Cfr. LÓPEZ JACOISTE, J. J., *El beneficio de separación de patrimonios...*, cit., pp. 67 ss.

³⁹⁷ A favor y entre otros muchos, *vid.* GARCÍA RUBIO, M. P., *La distribución de toda la herencia en legados...*, cit., p. 201. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 248 ss. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La responsabilidad de los herederos por las deudas*, cit., pp. 32 ss. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, cit., t. V, Barcelona, 1981, pp. 25 y 26. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 249 ss. Aunque en contra de la opinión expuesta, DIEZ-PICAZO, L., *Sistema...*, cit., vol. IV, *Sucesiones*, Madrid, 1989, pp. 554-557, llega a admitir que en nuestro Código, lo mismo que en la Ley de Enjuiciamiento Civil, no está ausente la idea de evitar la confusión patrimonial.

³⁹⁸ Sobre una visión general en nuestra doctrina, respecto de la relación existente entre el llamado beneficio de separación y la efectiva separación de patrimonios, *vid.*, entre otros, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *Crítica de un privilegio: el beneficio de separación*, cit., *passim*, principalmente, pp. 81 ss. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, cit., t. V, vol. 1.º, pp. 299 ss. GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores...*, cit., pp. 99 ss.

Derecho romano; este instituto, en muchos Ordenamientos, simplemente articula un sistema de preferencias; de ahí que la efectiva separación de patrimonios no tenga necesariamente que ser conseguida en virtud del beneficio de separación.

En segundo lugar, en la mayoría de los sistemas predominantemente patrimoniales de corte latino, el instituto que consigue realmente la efectiva separación de patrimonios es el beneficio de inventario (en sus dos posibles vertientes, como régimen liquidatorio necesario y como régimen liquidatorio ordinario); quedando el beneficio de separación de patrimonios relegado a la finalidad de establecer un sistema de preferencias (*v. gr.*, en los sistemas donde la sucesión indefectiblemente se administra y liquida bajo el llamado beneficio de inventario) o, en otro caso, a reforzar la protección crediticia (generalmente, en los sistemas que conservan un doble *iter* liquidatorio).

En tercer lugar, observemos que en los Ordenamientos latinos con un menor grado de patrimonialización (donde el sometimiento a un procedimiento liquidatorio –beneficio de inventario– conserva un carácter facultativo), la persistencia individualizada del patrimonio hereditario no depende de la regulación del beneficio de separación (aunque este instituto, en algún caso, pueda servir para reforzar la protección crediticia), sino de garantizar, efectivamente, los derechos de acreedores hereditarios y legatarios sobre el caudal hereditario (bien mediante prerrogativas adicionales, bien mediante otros mecanismos que garanticen la correcta administración y liquidación de la herencia). Ello con independencia de si estamos ante una herencia beneficiaria (que llegaría a producir la más enérgica separación de patrimonios) o ante una herencia aceptada pura y simplemente (que no evitaría la confusión de patrimonios a riesgo del heredero).

En nuestro sistema, de una parte y en virtud del beneficio de inventario –que establece un régimen liquidatorio reglado, limitando la responsabilidad del heredero *intra vires, cum viribus*–, se provoca la más enérgica separación de patrimonios³⁹⁹; mas, de otra parte y puesto que necesariamente no se impone la administración y liquidación de la herencia mediante este procedimiento –con lo cual no se evita, en perjuicio del heredero, el riesgo de la confusión de patrimonios– la persistencia individualizada del patrimonio hereditario y su afección al pago de deudas y cargas hereditarias se logra mediante el establecimiento de mecanismos que refuercen, especialmente, la protección crediticia⁴⁰⁰. Esto es: nuestro

³⁹⁹ En este mismo sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, cit., t. V, Barcelona, 1981, p. 104.

⁴⁰⁰ ¿Acaso podríamos pensar en la existencia de una separación de patrimonios funcional o instrumental? Institucionalmente no puede afirmarse la efectiva y precisa separación automática de patrimonios: porque, de una parte, el beneficio de inventario no es un cauce liquidatorio impuesto en toda sucesión; porque, de otra parte, los juicios universales sucesorios son procedimientos largos y costosos que no inutilizan las ventajas, para los acreedores hereditarios, de provocar la más enérgica separación de patrimonios. Ahora bien y no obstante, en nuestro sistema, siempre que la individualización del patrimonio hereditario corra peligro, existirá un oportuno remedio tendente a proteger los derechos e

Ordenamiento no responde a un sistema ordenado, ni pretende regular exhaustivamente un proceso que asegure el efecto aislante entre el patrimonio del causante y el del heredero, ni imponer la liquidación forzosa de la herencia mediante tal procedimiento; sólo se ocupa de reforzar la protección crediticia (en menor medida también pretende la protección de otros interesados: legatarios, herederos y acreedores particulares de los herederos) en todos aquellos supuestos donde el patrimonio hereditario corra el riesgo de perder su individualización, inutilizándose así la garantía que el mismo ofrece a los acreedores hereditarios, y en tanto que el patrimonio hereditario es centro autónomo de imputación de derechos y obligaciones.

Por todo ello, a disposición de los acreedores hereditarios se ofrecen mecanismos y prerrogativas de muy diversa naturaleza que van desde evitar que la herencia se encuentre en situación de destino⁴⁰¹, pasando por la facultad de solicitar la administración judicial de la herencia en cuantos supuestos surja un posible abandono de los bienes hereditarios o un probable perjuicio de los mismos por razón de las personas que los detentan⁴⁰²; o bien, medidas tendentes a evitar la efectiva disgregación del patrimonio hereditario⁴⁰³ u otras prerrogativas tendentes a la reconstrucción del mismo para que, a efectos de responsabilidad o afección, éste siga conservando su unidad –pese a que haya sufrido una crisis en la titularidad⁴⁰⁴, pese a que el orden de pago preferente en favor de los acreedores hereditarios se haya incumplido⁴⁰⁵–; todo ello, sin perjuicio de la efectiva protección judicial que puedan obtener los acreedores hereditarios tras incoar el correspondiente juicio sucesorio universal. Así pues, nuestro sistema no se ocupa de establecer un procedimiento que, a todas luces, asegure la no confusión patrimonial, sino de poner remedio a las situaciones en que peligre la integridad del patrimonio, y todo ello bajo el convencimiento de que el propio interesado es quien mejor reclamará, si tiene a bien hacerlo, sus derechos e intereses.

Por último, cerramos esta serie de consideraciones críticas señalando que, si bien nuestro sistema no impone el indefectible sometimiento de toda herencia a un proceso de administración y liquidación, también es cierto que no pone obstáculos para que la herencia pueda ser administra-

intereses de los acreedores hereditarios (*v. gr.*, arts. 1082, 1084, 1020 CC, etc.); esto es: funcionalmente es posible afirmar que el patrimonio hereditario conserva cierta cohesión en tanto que es el centro de imputación de derechos y obligaciones y efectiva garantía para satisfacer los derechos de los acreedores hereditarios. Sobre estas consideraciones, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., *La responsabilidad de los herederos por las deudas*, cit., pp. 30 ss. y 119 ss., parece poner objeciones a la tesis de separación automática de patrimonios, en nuestro sistema, admitiendo no obstante que el patrimonio hereditario mantiene siempre una cierta cohesión. Otra crítica sobre la separación automática de patrimonios, aunque sin negar cierta individualización del patrimonio hereditario, puede encontrarse en LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 555 ss.

⁴⁰¹ *V. gr.*, art. 1005 Código Civil.

⁴⁰² Art. 1020 Código Civil.

⁴⁰³ Principalmente, art. 1082 Código Civil y art. 1093 Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁰⁴ Fundamentalmente, art. 1084 Código Civil.

⁴⁰⁵ *V. gr.*, art. 1029 Código Civil.

da y liquidada en forma reglada. En nuestro Ordenamiento, someter la herencia a un proceso liquidatorio no es excepcional; muy por el contrario, y a la luz del artículo 1020 CC, es un mecanismo puesto a disposición de los interesados en todos aquellos supuestos donde pueda producirse el abandono de los bienes hereditarios o cuando los mismos corran peligro de deterioro, enajenación, etc. Así, la protección del caudal hereditario no sólo puede conseguirse mediante la incoacción del correspondiente juicio universal; también los interesados, y sin necesidad de instar juicio sucesorio alguno, pueden solicitar del Juez la designación de un administrador que cuide y defienda la herencia⁴⁰⁶. Abierta la posibilidad de proveer judicialmente a la administración y custodia de los bienes hereditarios a instancia de parte interesada, quedarán soslayadas muchas de las consecuencias perjudiciales que conlleva la pervivencia de la responsabilidad ilimitada del heredero con el consiguiente riesgo de confusión de patrimonios.

⁴⁰⁶ Sobre estos extremos, consúltense, principalmente, la tesis que sostiene Gitrama, respecto del art. 1020 Código Civil. *Vid.*, a este respecto, GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Los supuestos de administración de la herencia*, RDP, 1948, *passim*. Ídem: *La Administración de la Herencia en Derecho español*, cit., pp. 24 ss. Ídem: *Comentario al art. 1020 Código Civil*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», dirigidos por Manuel ALBALADEJO, t. XIV, vol. 1.º, Madrid, 1989, pp. 373 ss.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

COMPETENCIA

1. **Decisión de la Comisión, de 10 de junio de 1997, relativa a la concesión a España de plazos adicionales para la aplicación de la Directiva 90/338/CEE de la Comisión en lo que respecta a la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones (El texto en lengua española es el único auténtico) (Texto pertinente a los fines del EEE).** «DOCE», L, núm. 243, de 5 de septiembre de 1997.

La Decisión, precedida de una amplia exposición de hechos y circunstancias, establece que España podrá aplazar: *a)* hasta el 1 de enero de 1998 la notificación a la Comisión, antes de su aplicación de los procedimientos de licencia o de declaración para la prestación de servicios de telefonía vocal y el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, así como de los pormenores del régimen nacional previsto para el reparto del coste neto del cumplimiento de la obligación de servicio universal; *b)* hasta el 1 de agosto de 1998, la publicación de los procedimientos de licencia o de declaración para la prestación de servicios de telefonía vocal y el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, así como de los pormenores del régimen nacional previsto para el reparto del coste neto del cumplimiento de la obligación de servicio universal; y *c)* hasta el 1 de diciembre de 1998, la concesión efectiva de nuevas licencias para la prestación de servicios de telefonía vocal y el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, en las condiciones establecidas en la correspondiente Ley y Reglamentos de aplicación españoles. Asimismo, la Decisión señala los plazos dentro de los cuales España deberá informar a la Comisión acerca de la transposición al Derecho nacional de determinadas obligaciones comunitarias.

2. **Reglamento (CE) núm. 1310/97, del Consejo, de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.** «DOCE», L, núm. 180, de 9 de julio de 1997.

El presente Reglamento actualiza aspectos relacionados con el procedimiento de evaluación de la afectación del mercado en los casos de con-

centración de empresas, estableciendo nuevos umbrales desde el punto de vista cuantitativo y articulando mecanismos específicos para los casos de empresas en participación y transparencia en los procedimientos de evaluación y control, con la posibilidad de incorporar compromisos en la primera fase del procedimiento, en la que la Comisión podría añadir a su decisión condiciones y obligaciones para las partes.

CONTRATACIÓN

3. **Directiva 97/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los *contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras*, respectivamente. «DOCE», L, núm. 328, de 28 de noviembre de 1997.**

LIBERTADES

4. **Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, 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», L, núm. 202, de 30 de julio de 1997.**

Entre los aspectos más destacados que regula esta importante Directiva deben reseñarse la determinación del establecimiento como criterio principal para determinar la jurisdicción de un Estado miembro respecto de los organismos de radiodifusión televisiva; la regulación del acceso a los acontecimientos nacionales o no nacionales de gran importancia para la sociedad a través de la «televisión de libre acceso» (sin pago); el fomento de las obras europeas y su promoción; la reglamentación de la publicidad, la televenta y la autopromoción televisivas; y las medidas de protección del desarrollo físico, mental y moral de los menores.

5. **Directiva 97/50/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 93/16/CEE destinada a facilitar la *libre circulación de los médicos y el reconocimiento de sus diplomas, certificados y otros títulos*. «DOCE», L, núm. 291, de 24 de octubre de 1997.**

La modificación se limita a prever los procedimientos adecuados que permitan actualizar lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 5, en el apar-

tado 2 del artículo 7 y en los artículos 26 y 27 de la Directiva 93/16/CEE, habida cuenta de los frecuentes cambios que experimenta la formación y la designación de las especialidades médicas en los distintos Estados miembros.

6. **Decisión 97/828/CE de la Comisión, de 27 de octubre de 1997, sobre la aplicación de la Directiva 72/166/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles y sobre el control de la obligación de asegurar dicha responsabilidad (Texto pertinente a los fines del EEE).** «DOCE», L, núm. 343, de 13 de diciembre de 1997.

Vid. el núm. 25 de la presente Crónica.

MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

7. **Reglamento (CE) núm. 2307/97, de la Comisión, de 18 de noviembre de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 338/97 del Consejo relativo a la protección de especímenes de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio.** «DOCE», L, núm. 325, de 27 de noviembre de 1997.
8. **Directiva 97/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 1997, por la que se modifica por decimosexta vez la Directiva 76/769/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limitan la comercialización y el uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos.** «DOCE», L, núm. 333, de 4 de diciembre de 1997.
9. **Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa.** «DOCE», L, núm. 290, de 23 de octubre de 1997.

Vid. el núm. 29 de la Crónica anterior.

La nueva versión de la directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, incluye una serie de añadidos de los que destacamos la definición de publicidad comparativa y los casos en los que ésta está permitida. En primer lugar, el artículo 2 bis señala que es publicidad comparativa toda publicidad que aluda explícita o implícita-

mente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor. El artículo 3 bis señala, a su vez, que la publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando se cumplan las siguientes condiciones: *a)* que no sea engañosa; *b)* que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad; *c)* que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio; *d)* que no dé lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor; *e)* que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor; *f)* que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación; *g)* que no saque indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores; *h)* que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos. Las comparaciones que hagan referencia a una oferta especial deberán indicar de forma clara e inequívoca la fecha en que termina la oferta o, en su caso, el hecho de que la oferta especial está supeditada a la disponibilidad de los bienes o servicios de que se trate y, en caso de que la oferta especial no haya empezado aún, la fecha en la que se inicie el periodo durante el cual vaya a aplicarse el precio especial u otras condiciones específicas.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS, TRABAJOS LEGISLATIVOS

COMPETENCIA

10. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Proyecto de Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones».** «DOCE», C, núm. 287, de 22 de septiembre de 1997.

Según el CES, el Proyecto de Comunicación de la Comisión es una iniciativa muy oportuna para clarificar, a través de un instrumento interpretativo de alcance general, la aplicabilidad del Derecho comunitario de la competencia en el contexto del nuevo marco normativo europeo de las telecomunicaciones, dado que los acuerdos de acceso en este sector constituyen los instrumentos que permiten a los operadores beneficiarse de la

liberalización. De hecho, la Comisión publicó en septiembre de 1991 las directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones. No obstante, dichas directrices exigen, por un lado, una actualización que tenga en cuenta los últimos avances normativos en el sector y, por otro, el complemento necesario de una regulación en torno a los acuerdos de acceso. A tales extremos se dirige el Proyecto de Comunicación dictaminado por el CES.

11. Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE. «DOCE», C, núm. 313, de 15 de octubre de 1997.

Importante Comunicación que cuenta con precedentes en otras de las que ya hemos dado cuenta en Crónicas anteriores (por ejemplo, la Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, «DOCE», C, núm. 39, de 13 de febrero de 1993, reseñada en el núm. 52 del ADC, 1993-III) y que pone de manifiesto la necesaria delimitación de funciones entre la Comunidad y los Estados miembros en el ámbito de la política de competencia. Para ello, se describen las modalidades prácticas de cooperación que son deseables entre las autoridades de los Estados miembros y la Comisión. La Comunicación se articula en unas orientaciones generales respecto del reparto de tareas, las modalidades de cooperación en los asuntos que se planteen en primer lugar a la Comisión, y en aquellos que se planteen en primer lugar a una autoridad nacional.

12. Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales. «DOCE», C, núm. 262, de 28 de agosto de 1997.

Según el artículo 1 del presente Reglamento, la Comisión podrá, mediante reglamentos adoptados con arreglo a los procedimientos prescritos en el artículo 9 del Reglamento que comentamos y de conformidad con lo prescrito por el artículo 92 del Tratado, declarar compatibles con el mercado común y no sujetas a los requisitos de notificación establecidos en el apartado 3 del artículo 93, las siguientes categorías de ayudas: *a)* las ayudas en favor de las pequeñas y medianas empresas, la investigación y el desarrollo, la protección del medio ambiente, el empleo y la formación; *b)* las ayudas que se ajusten al mapa aprobado por la Comisión para cada Estado miembro a efectos de la concesión de ayudas regionales; *c)* los seguros de crédito a la exportación que cubran riesgos no comerciales, en la medida en que hayan sido armonizados por el Derecho comunitario; *d)* los créditos a la exportación, incluidos los destinados a ayudas condi-

cionales, en la medida en que estén sujetos a normas precisas contenidas en acuerdos de los que la Comunidad sea parte contratante.

COOPERACIÓN JUDICIAL

13. **Acto del Consejo de 26 de mayo de 1997, por el que se establece el Convenio relativo a la *notificación o traslado* en los Estados miembros de la Unión Europea de *documentos judiciales y extrajudiciales* en materia civil o mercantil. «DOCE», C, núm. 261, de 27 de agosto de 1997.**
14. **Acto del Consejo de 26 de mayo de 1997 por el que se establece el Protocolo relativo a la interpretación, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Convenio relativo a la *notificación o traslado* en los Estados miembros de la Unión Europea de *documentos judiciales y extrajudiciales* en materia civil o mercantil. «DOCE», C, núm. 261, de 27 de agosto de 1997.**
15. **Informe explicativo sobre el Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la *notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales* en materia civil o mercantil. «DOCE», C, núm. 261, de 27 de agosto de 1997.**
16. **Informe explicativo sobre el Protocolo celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la interpretación, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Convenio relativo a la *notificación o traslado* en los Estados miembros de la Unión Europea de *documentos judiciales y extrajudiciales* en materia civil o mercantil. «DOCE», C, núm. 261, de 27 de agosto de 1997.**

Por Acto del Consejo de 26 de mayo de 1997, queda establecido, en aplicación del Título IV del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, así como un Protocolo de interpretación del mismo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Acompañan a estos documentos sendos Informes explicativos.

El Convenio sobre notificación o traslado de documentos judiciales o extrajudiciales aparece como una manifestación más de la cooperación judicial civil en el marco de la Unión Europea, cuya finalidad es la crea-

ción de un espacio judicial en el que los justiciables gocen de idénticas garantías procesales, con independencia de la nacionalidad de la jurisdicción que conozca. La rapidez y la seguridad en la comunicación de documentos relativos al desarrollo del procedimiento son dos aspectos ineludibles en la consecución de dicha finalidad. Para promover la rapidez, el Convenio de 1997 se decanta por mecanismos ágiles, inspirados en parte en el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, pero con soluciones originales tendentes a suprimir las etapas intermedias entre la expedición de un documento en el Estado de origen, y el traslado del mismo en el Estado requerido; plantea y resuelve en el articulado obstáculos a la celeridad en el traslado y la ulterior notificación, como pueda ser la incompetencia territorial del organismo receptor del documento; crea una entidad central permanente encargada, entre otras funciones, de buscar soluciones a cualquier dificultad que suscite la transmisión de documentos; e incluye formularios detallados para la solicitud de notificación o traslado, así como para certificar el cumplimiento de la notificación, o por el contrario, la imposibilidad de llevarla a cabo y sus motivos. En el apartado de la seguridad, o garantías debidas al destinatario del documento, deben ser citadas la cuidada regulación de la cuestión del idioma y de la fecha en que debe considerarse efectuada la notificación y la incorporación al texto de las cautelas de los artículos 15 y 16 del Convenio de La Haya.

El Convenio se aplica en materia civil y mercantil, siendo deseable una interpretación autónoma por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades, a fin de promover la unidad en la aplicación del Convenio entre los Estados miembros y la coherencia con otros convenios comunitarios. A partir de su entrada en vigor, sustituye al citado Convenio de La Haya y a cualquier otro en las relaciones entre los Estados miembros, sin perjuicio de los acuerdos ya existentes o que puedan adoptarse entre ellos, tendentes a una cooperación todavía más estrecha.

DERECHO INSTITUCIONAL

- 17. Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo al desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de derecho así como al respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. «DOCE», C, núm. 282, de 18 de septiembre de 1997.**

Según la presente Propuesta de Reglamento, la Comunidad Europea contribuirá a la realización de acciones en favor del desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de derecho, incluida la buena gestión de los asuntos públicos, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de acuerdo con el criterio general de

apoyo a las acciones que tienden a la consecución de tales objetivos, entre los que se incluye la ayuda financiera, que decidirá, instruirá, gestionará y evaluará la Comisión.

18. Decimocuarto informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario 1996. «DOCE», C, núm. 332, de 3 de noviembre de 1997.

Muy esquemáticamente, el análisis de los resultados del estudio anual de la Comisión permite observar cuatro grandes tendencias: *a)* el número de decisiones de emplazamiento o de dictamen motivado notificadas a los Estados miembros va en aumento; *b)* el número de quejas ha retrocedido un 15 por 100, siguiendo la tónica observada en el decimotercer informe correspondiente a 1995; *c)* el número de procedimientos archivados sigue siendo elevado; *d)* se ha mantenido el número de reuniones paquete y de reuniones sobre las directivas.

19. Resolución del Parlamento Europeo sobre las relaciones entre el Derecho internacional público, el Derecho comunitario y el Derecho constitucional de los Estados miembros. «DOCE», C, núm. 325, de 27 de octubre de 1997.

El Parlamento Europeo,

– Visto el simposio sobre las relaciones entre el Derecho comunitario, el Derecho internacional público y el Derecho constitucional de los Estados miembros celebrado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos los días 21 y 22 de junio de 1995,

– Visto el proyecto de Tratado de Amsterdam de 19 de junio de 1997,

– Vistos el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos, así como la opinión de la Comisión de Asuntos Institucionales (A4-0278/97),

A. Considerando que la Comunidad Europea es una comunidad de Derecho, que debe estar basada en principios claros de separación de poderes,

B. Considerando que una amplia y elevada protección judicial de los derechos fundamentales constituye una característica esencial de toda comunidad de Derecho,

1. Señala que el Derecho de la Unión Europea constituye un ordenamiento jurídico propio y recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa a la primacía del Derecho comunitario respecto al Derecho nacional;

2. Recuerda que el principio de separación de poderes constituye un elemento esencial del Derecho constitucional de los Estados miembros de la Unión y que, por tanto, toda transferencia de competencias de los

Estados miembros a la Unión debe ir acompañada de atribución de poderes al PE en cuanto expresión directa de la voluntad de los pueblos que integran la Unión Europea;

3. Recuerda que, en virtud de la autonomía del Derecho comunitario, ninguna disposición nacional, del tipo de sea, puede prevalecer sobre el Derecho comunitario, a menos que se pretenda denegar a éste el carácter de Derecho comunitario y poner en tela de juicio el fundamento jurídico de la propia Comunidad;

4. Recuerda que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, «primacía» del Derecho comunitario significa que no será aplicable el Derecho nacional contrario al Derecho comunitario;

5. Indica que todo juez nacional tiene la obligación de no aplicar el Derecho nacional incompatible con el Derecho comunitario;

6. Hace hincapié en la gran importancia del procedimiento prejudicial contemplado en el artículo 177 del Tratado CE para la aplicación efectiva de la primacía del Derecho comunitario respecto al Derecho nacional e insiste en la jurisprudencia del asunto CILFIT, en la que se han establecido los criterios relativos a la obligación de los Tribunales nacionales de presentar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas;

7. Recuerda que, conforme a la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Foto-Frost, los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las Instituciones comunitarias; confirma la opinión de que la potestad de juzgar el carácter vinculante del Derecho comunitario incumbe exclusivamente al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y señala al mismo tiempo que, de conformidad con los artículos 164 a 188 y 219 del Tratado CE, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene la competencia exclusiva para emitir un juicio definitivo acerca del alcance de los cometidos y competencias transferidos a los órganos de la Comunidad;

8. Recuerda la importancia del apartado 3 del artículo 177 del Tratado CE para asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros y resalta que también los Tribunales Supremos nacionales deben presentar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas las cuestiones relativas al Derecho comunitario y respetar las sentencias pronunciadas en procedimientos prejudiciales;

9. Manifiesta su preocupación por la evolución en determinados sectores de las jurisprudencias nacionales, que están considerando la posibilidad, contraria al Derecho comunitario, de revisar el Derecho derivado comunitario;

10. Constata que, de acuerdo con la lógica del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es el único órga-

no judicial que puede decidir de forma vinculante sobre la interpretación y la aplicación del Derecho comunitario;

11. Acoge con satisfacción el hecho de que en el punto 2 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, incluido en el proyecto de Tratado de Amsterdam y que debe adjuntarse al Tratado CE, se haya establecido de forma indirecta la primacía del Derecho comunitario;

12. Pide, además, que en el Tratado CE se establezca de forma directa la primacía del Derecho comunitario;

13. Considera que, en la medida en que se transfieran competencias soberanas a las Instituciones de la UE, tales transferencias deben suponer el reconocimiento de que la UE asume competencias soberanas que dejan de estar en el ámbito exclusivo de los Estados miembros, por lo que los Tribunales nacionales no pueden revisar las decisiones que adopten las Instituciones comunitarias en el ámbito de sus competencias propias;

14. Pide una solución clara, que deberá incluirse en el Tratado CE, a la relación entre el Derecho internacional público y el Derecho comunitario en el sentido de una equiparación de la CE a los Estados nacionales, lo que significa que el Derecho internacional público no es aplicable directamente, sino sólo una vez que haya sido declarada su aplicabilidad a través de un acto jurídico interno de la CE o tras la transformación de su contenido en actos jurídicos del Derecho comunitario;

15. Pide que, a largo plazo, se regule la relación con el Derecho internacional público también por lo que se refiere al segundo y al tercer pilar, es decir, la UE en su conjunto, de acuerdo con las soluciones que se adopten para el primer pilar;

16. Pide que se modifique el Tratado UE con objeto de conferir una personalidad jurídica a la Unión Europea;

17. Considera que la letra c) del artículo L del Tratado de la UE, tal como ha de incorporarla el Tratado de Amsterdam, debe valorarse como un mandato al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para que garantice y desarrolle una amplia y elevada protección de los derechos fundamentales en el ámbito de actividad de la Comunidad Europea, de modo que la protección de los derechos humanos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sea, al menos, tan elevada como la de cualquier Tribunal constitucional nacional; en la medida en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tenga competencia al respecto esta protección de los derechos fundamentales debe regir también en el ámbito de actividad de la Unión Europea;

18. Encarga a su Presidente que transmita la presente resolución, junto con la exposición de motivos, al Consejo, a la Comisión, a los Parlamentos de los Estados miembros, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y a todos los Tribunales de última instancia de los Estados miembros.

LIBERTADES

20. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso.** «DOCE», C, núm. 314, de 16 de octubre de 1997.

Dentro de la prestación de servicios de radiodifusión y de servicios de la sociedad de la información condicionados por cualquier medida o mecanismo técnico en virtud del cual se condicione el acceso al servicio de forma inteligible, mediante una autorización individual previa con el fin de garantizar la remuneración de dicho servicio (por ejemplo, el acceso a emisiones televisivas a través de descodificador y previo o posterior pago), la presente propuesta define los servicios protegidos (radiodifusión televisiva, radiodifusión sonora, servicios de la sociedad de la información...), los principios que gobiernan tal mercado, las actividades infractoras, las sanciones, etc.

21. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 93/6/CEE del Consejo sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.** «DOCE», C, núm. 240, de 6 de agosto de 1997.

Vid. en el núm. 39 de la Crónica anterior, la Posición común (CE) núm. 8/97, de 16 de diciembre de 1996, aprobada por el Consejo. *Vid.* asimismo la reseña de la Directiva en el núm. 26 de la Crónica aparecida en el ADC, 1993-III. La presente propuesta trata de actualizar los mecanismos de control del riesgo dentro de la dinámica de la supervisión bancaria.

22. **Propuesta modificada de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 96/26/CE relativa al acceso a la profesión de transportista de mercancías y de transportista de viajeros por carretera, así como al reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos destinados a favorecer el ejercicio de la libertad de establecimiento de estos transportistas en el sector de los transportes nacionales e internacionales.** «DOCE», C, núm. 324, de 25 de octubre de 1997.

Vid. el núm. 58 de la Crónica anterior.

23. **Posición común (CE) núm. 35/97 aprobada por el Consejo el 24 de julio de 1997 con vistas a la adopción de la Directiva 97/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de..., destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Esta-**

do miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título. «DOCE», C, núm. 297, de 29 de septiembre de 1997.

Vid. el núm. 18 de la Crónica aparecida en el ADC núm. III de 1995. En esencia, la Directiva sobre la que versa la posición común se refiere al derecho de los abogados a ejercer con carácter permanente, en cualquier otro Estado miembro y con su título profesional de origen las actividades que desempeñen los abogados del Estado miembro de acogida; en especial podrán prestar asesoramiento jurídico en materia de Derecho de su Estado miembro de origen, de Derecho comunitario, de Derecho internacional y de Derecho del Estado miembro de acogida, bajo condiciones y límites prescritos por la propia Directiva.

24. **Propuesta modificada 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 Directivas de liberalización y de medidas transitorias y se completa el sistema general de *reconocimiento de títulos*. «DOCE», C, núm. 264, de 30 de agosto de 1997.**
25. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el *seguro de responsabilidad civil* derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles). «DOCE», C, núm. 343, de 13 de noviembre de 1997.**

Con la finalidad de que la responsabilidad derivada de la circulación de vehículos automóviles no presente distorsiones en función del Estado miembro en el que se reclama, de tal modo que se trate de equiparar la liquidación de siniestros ocurridos en el domicilio de la víctima con aquellos ocurridos en un Estado miembro distinto del de residencia de la víctima, la presente Propuesta articula los siguientes mecanismos: la obligación por parte de las compañías de seguro de designar un representante en cada uno de los Estados miembros para la liquidación de siniestros; la obligación para los Estados miembros de prever un mecanismo que ofrezca a la víctima el derecho de interponer una acción directa contra la empresa de seguros del tercero a quien corresponda la responsabilidad civil; la designación de un organismo de información encargado de llevar registros de los vehículos automóviles matriculados en el Estado miembro en cuestión, de las empresas de seguros que cubran la responsabilidad civil de dichos vehículos y los representantes designados para la liquidación de siniestros; la creación de un organismo indemnizatorio encargado de indemnizar en los casos en que los daños materiales o cor-

porales hayan sido ocasionados a una persona residente en este Estado miembro por un vehículo matriculado y asegurado en un Estado miembro que no sea el de residencia de la víctima.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

26. Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de *asilo* presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas. «DOCE», C, núm. 254, de 19 de agosto de 1997.

Los escuetos considerandos que preceden al texto del Convenio dan buena prueba de su orientación y finalidad. En ellos se lee que se tiene en cuenta el objetivo fijado por el Consejo Europeo de Estrasburgo de los días 8 y 9 de diciembre de 1989, a fin de armonizar las políticas de asilo; el objetivo común de un espacio sin fronteras interiores en el que se garantice la libre circulación de las personas, de conformidad con las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, modificado por el Acta Única; en particular, la necesidad de adoptar medidas para evitar que la realización de este objetivo genere situaciones conducentes a dejar durante demasiado tiempo a un solicitante de asilo en la incertidumbre de no conocer el curso que pueda darse a su solicitud, y de garantizar a todos los solicitantes de asilo que su solicitud será examinada por alguno de los Estados miembros, así como evitar que los solicitantes de asilo sean objeto de reenvíos sucesivos de un Estado miembro a otro sin que ninguno de dichos Estados asuma la competencia del examen de la solicitud de asilo.

27. Resolución del Consejo, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los *matrimonios fraudulentos*. «DOCE», C, núm. 382, de 16 de diciembre de 1997.

La definición que el apartado primero de la presente Resolución realiza en torno al concepto de matrimonio fraudulento es ya expresiva de la finalidad de la misma: se entenderá como tal el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro. Cuando existan factores que hagan presuponer que se trata de un matrimonio fraudulento, los Estados miembros sólo expedirán un permiso de residencia o una autorización de residencia por causa de

matrimonio al nacional del país tercero tras haber mandado comprobar a las autoridades competentes según el Derecho nacional que el matrimonio no es un matrimonio fraudulento y que se cumplen las demás condiciones de entrada y residencia. Los factores que pueden permitir que se presuma que un matrimonio es fraudulento se establecen en el punto segundo.

MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

28. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 85/374/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de *responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*. «DOCE», C, núm. 337, de 7 de noviembre de 1997.**

La propuesta de Directiva se dirige a la inclusión dentro del ámbito de protección al consumidor de la responsabilidad derivada de los productos agrícolas (excluidos por la Directiva). En tal sentido, se suprime la letra *a* del apartado 1 del artículo 15 de la Directiva y se da una definición de «producto» como cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble. Por «producto» se entenderá también la electricidad.

Recordemos que el actual tenor de la Directiva en su artículo 2 entiende por producto cualquier bien mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza...

29. **Posición común (CE) núm. 48/97, aprobada por el Consejo el 30 de octubre de 1997 con vistas a la adopción de la Directiva 97/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de..., relativa a las acciones de cesación en materia de *protección de los intereses de los consumidores*. «DOCE», C, núm. 389, de 22 de diciembre de 1997.**

Vid. la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones inhibitorias en materia de protección de los intereses de los consumidores. («DOCE», C, núm. 107, de 13 de abril de 1996), reseñada en el núm. 27 de la Crónica correspondiente al ADC, 1996-III, y la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores («DOCE», C, núm. 80, de 13 de marzo de 1997, p. 10), reseñada en el núm. 30 de la Crónica anterior.

30. **Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma del Convenio sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales.** «DOCE», CE, núm. 267, de 3 de septiembre de 1997.

Se propone la aprobación en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, firmado en Helsinki el 18 de marzo de 1992. Como se señala en la propuesta de Declaración anexa, en virtud de lo dispuesto en el Tratado CE, y en particular en los apartados 1 y 2 de su artículo 130 R, los objetivos y los principios de la política medioambiental de la Comunidad son principalmente la preservación y la protección de la calidad del medio ambiente y la salud de las personas mediante medidas preventivas. Para ello el Consejo adoptó en su momento la Directiva 82/501/CEE, de 24 de junio de 1982, relativa a los riesgos de accidentes graves en determinadas actividades industriales, y la Directiva 96/82/CEE, de 9 de diciembre de 1996, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas. En este contexto se sitúa la propuesta de aprobación del presente Convenio.

31. **Posición común CE) núm. 31/97, aprobada por el Consejo el 7 de julio de 1997 con vistas a la adopción de la Directiva 97/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., que modifica la Directiva 87/102/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. 284, de 19 de septiembre de 1997.

PRINCIPIOS GENERALES

32. **Dictamen del Comité de las Regiones sobre el «Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información».** «DOCE», C, núm. 215, de 16 de julio de 1997.
33. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información».** «DOCE», C, núm. 287, de 22 de septiembre de 1997.

Los nuevos servicios audiovisuales y de información ofrecen un volumen de información sin precedentes y, por lo tanto, oportunidades sociales, culturales y educativas considerables. Del conjunto de los contenidos

publicados y distribuidos por los nuevos servicios audiovisuales y de información, la parte que requiere la adopción de medidas de protección de los menores y de la dignidad humana, aunque relativamente reducida, no deja de ser importante. Los contenidos ilegales o perjudiciales que se publican o distribuyen mediante los nuevos servicios audiovisuales y de información constituyen un motivo especial de preocupación por parte del Libro Verde, que tiende a señalar las cuestiones fundamentales: qué contenidos deben permitirse y cómo deben regularse estos contenidos.

34. **Posición común de 6 de octubre de 1997 definida por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las negociaciones en el Consejo de Europa y en la OCDE sobre la *lucha contra la corrupción*, «DOCE», C, núm. 279, de 13 de octubre de 1997.**

Eje de esta Posición común es que los Estados miembros apoyarán la elaboración de instrumentos internacionales adecuados en los que se contemple la tipificación penal de la corrupción de los funcionarios extranjeros y de los funcionarios de organizaciones internacionales. Sin perjuicio de las cuestiones relativas a la competencia, la tipificación penal debería incluir la corrupción respecto de cualquier Estado u organización internacional. *Vid.* también la segunda Posición común, 97/783/JAI, de 13 de noviembre de 1997, definida por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las negociaciones en el seno del Consejo de Europa y de la OCDE en torno a la lucha contra la corrupción («DOCE», L, núm. 320, de 21 de noviembre de 1997).

35. **Posición común (CE) núm. 37/97 aprobada por el Consejo el 24 de julio de 1997 con vistas a la adopción de la Directiva 97/.../CE del Consejo, de ..., relativa a la carga de la prueba en los casos de *discriminación por razón de sexo*. «DOCE», C, núm. 307, de 8 de octubre de 1997.**

Como describe su artículo primero, el objetivo de la Directiva a la que se refiere la Posición común es mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del principio de igualdad de trato, que permitan que todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato puedan invocar sus derechos en vía jurisdiccional después de haber recurrido, en su caso, a otros órganos competentes. En lo que atañe a la carga de la prueba de la discriminación, los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para que cuando una persona denuncie una presunta discriminación por razón de sexo ante un órgano jurisdiccional, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

PROPIEDADES ESPECIALES

36. **Posición común (CE) núm. 28/97, aprobada por el Consejo el 17 de junio de 1997 con vistas a la adopción de la Directiva 97/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la *protección jurídica de los dibujos y modelos*. «DOCE», C, núm. 237, de 4 de agosto de 1997.**

Vid. en el núm. 60 de la Crónica aparecida en el ADC, 1994-I, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección jurídica de los diseños (presentada por la Comisión el 3 de diciembre de 1993, «DOCE», C, núm. 345, de 23 de diciembre de 1993); y el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Diseño Comunitario, y la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de los diseños («DOCE», C, núm. 110, de 2 de mayo de 1995), en el núm. 39 de la crónica aparecida en el ADC, 1995-III. *Vid.*, asimismo, la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de los diseños (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 189 A del Tratado CE el 14 de marzo de 1996, «DOCE», C, núm. 142, de 14 de mayo de 1996), en el núm. 31 de la Crónica aparecida en el ADC, 1996-III.

En su Posición común, el Consejo ha aceptado el fundamento de la gran mayoría de las propuestas de enmienda del Parlamento Europeo. La Comisión puede aceptar la Posición común respecto de todos los puntos salvo en lo que se refiere a la utilización del diseño con fines de reparación; al igual que la Comisión, el Consejo lamenta no haber podido llegar en este momento a un acuerdo en torno a disposiciones armonizadas sobre esta cuestión, pero considera que la solución que ha hallado es la mejor que puede conseguirse en las circunstancias actuales. Asimismo, le preocupa que esta cuestión concreta pueda retrasar indebidamente la adopción del conjunto de la Directiva.

37. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de las *invenciones biotecnológicas*. «DOCE», C, núm. 311, de 11 de octubre de 1997.**

Vid. los núms. 22 y 23 de la Crónica aparecida en el ADC, 1997-I. La Propuesta modificada hace hincapié en los aspectos de patentabilidad (entre otros aspectos, se incluyen como no patentables los procedimientos de clonación reproductiva de seres humanos, los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano, los métodos en los que se utilicen embriones humanos...) y alcance de la protección.

38. **Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 40/94 sobre la *marca comunitaria*. «DOCE», C, núm. 335, de 6 de noviembre de 1997.**

La Propuesta se limita a regular los aspectos financieros de la Oficina de Armonización del Mercado Interior.

39. **Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2100/94 relativo a la *protección comunitaria de las obtenciones vegetales*. «DOCE», C, núm. 335, de 6 de noviembre de 1997.**

La Propuesta regula los aspectos financieros de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales.

TRATADO DE AMSTERDAM

40. ***Tratado de Amsterdam* por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997. «DOCE», C, núm. 340, de 10 de noviembre de 1997.**
41. **Versión consolidada del *Tratado de la Unión Europea*. «DOCE», C, núm. 340, de 10 de noviembre de 1997.**
42. **Versión consolidada del *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*. «DOCE», C, núm. 340, de 10 de noviembre de 1997.**
43. **Acta de firma del Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. «DOCE», C, núm. 340, de 10 de noviembre de 1997.**
44. **Declaraciones relativas al artículo K.7 del Tratado de la Unión Europea modificado por el Tratado de Amsterdam. «DOCE», C, núm. 340, de 10 de noviembre de 1997.**
45. **Informe explicativo de la Secretaría General del Consejo sobre la simplificación de los Tratados comunitarios (97/C 353101). «DOCE», C, núm. 353, de 20 de noviembre de 1997.**

El objetivo del presente Informe es explicar los resultados de la operación de simplificación de los Tratados comunitarios iniciada por la

Conferencia Intergubernamental, tal y como figuran en la segunda parte del Tratado de Amsterdam (arts. 6 a 8). El informe incluye algunas observaciones generales y un breve comentario artículo por artículo de las modificaciones que se aportan a los Tratados, así como un comentario de los artículos 9, 10 y 11 del Tratado de Amsterdam. Reproducimos en esta nota por su especial interés lo que el informe califica como Observaciones Generales, obviando el comentario articulado.

El fin de la operación era mejorar la lectura y comprensión de los Tratados comunitarios derogando y suprimiendo disposiciones caducadas. Se trataba, pues, de actuar «según derecho constante» sin que quedase afectada la situación jurídica existente. No ha querido la Conferencia proceder a una nueva redacción de los Tratados que, sin duda, los hubiera hecho de más fácil lectura y comprensión, pero suponía tanto el riesgo de cuestionar el acervo comunitario como el de volver a plantear debates sobre disposiciones que en el pasado habían sido objeto de negociaciones en profundidad. Por ello, las modificaciones de la redacción son muy limitadas y se deben a la necesidad de adaptar en algunos casos las fórmulas utilizadas por los Tratados debido a la supresión de disposiciones caducadas. Sólo en casos excepcionales la Conferencia consideró útil modificar, para mejorar la redacción, algunas formulaciones de los Tratados.

La operación de simplificación se refiere al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica así como a sus respectivos anexos y Protocolos. Se lleva a cabo por medio de modificaciones y no de sustituciones de esos Tratados por nuevos tratados. No se han estudiado, debido a su naturaleza, las declaraciones comprendidas en las diferentes actas finales, cuando se establecieron estos Tratados o con motivo de diferentes revisiones. En efecto, la existencia de estas declaraciones es un hecho histórico y deben su significación frecuentemente a las disposiciones de los Tratados a las que se refieren. Cuando una de dichas disposiciones se suprime por haber caducado, la declaración pierde su significación. Por tanto, la Conferencia no consideró útil que sus trabajos versaran sobre este punto. De la misma manera, la operación no ha incluido los Tratados de adhesión, que conservan su propia existencia. No se hubiera mejorado la lectura y comprensión de los Tratados, además, con la inserción de disposiciones de los Tratados de adhesión, que, en la mayoría de los casos, tienen un carácter transitorio o muy específico.

Además, con el fin de aclarar y simplificar los textos existentes relativos a las instituciones comunitarias únicas, se han derogado el Convenio de 25 de marzo de 1957 sobre determinadas instituciones comunes a las Comunidades Europeas y el Tratado de 8 de abril de 1965 por el que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas (Tratado de fusión). Lo esencial de su contenido se incluye en el artículo 9 del Tratado de Amsterdam. El Protocolo de 8 de abril de 1965 sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Eu-

ropeas, modificado por el Protocolo núm. 7 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (que añade el Banco Central Europeo y el Instituto Monetario Europeo a la lista de instituciones y órganos en cuestión), se mantiene pese a la derogación del Tratado de fusión al que es anejo.

Convenía precisar los efectos horizontales de la simplificación. En efecto, había que precisar que la simplificación no tenía como fin modificar el acervo. Asimismo había que garantizar que la supresión de disposiciones caducas que prescribían plazos para la realización de determinadas acciones de la Comunidad no pudiese conducir, caso de que la totalidad de las obligaciones previstas no se hubieran satisfecho, a la imposibilidad de argumentar un no respeto del plazo ante el Tribunal de justicia. Este riesgo era aún mayor debido a que, por razones políticas, se mantenía en el Tratado CE la mención de algunos plazos, como el previsto en el artículo 7 A, o aquellos relativos a la unión económica y monetaria. Se trataba a fin de cuentas de evitar que la supresión de disposiciones caducadas pudiera dar origen a dudas sobre el mantenimiento de actos de derecho derivado basados en dichas disposiciones.

Así, el artículo 10 del Tratado de Amsterdam establece que la derogación o la supresión de disposiciones caducadas o la adaptación de algunas disposiciones no afecta:

- al efecto jurídico de dichas disposiciones,
- a los plazos previstos por éstas,
- a los Tratados de adhesión,
- al efecto jurídico de actos adoptados sobre la base de estas disposiciones.

De todo ello se colige que no podrían extraerse de los resultados de la simplificación consecuencias que pusieran en cuestión esos efectos. De esta manera, el artículo 10 permite apartar toda interpretación que dé a la simplificación un alcance que no tiene. Además, una declaración relativa al artículo 10 del Tratado de Amsterdam precisa el alcance exacto de la simplificación y excluye expresamente todo cuestionamiento del acervo comunitario.

II. PREGUNTAS ESCRITAS CON RESPUESTAS

46. **Pregunta escrita núm. E-1562/97, de Ben Favot (PSE) y Viviane Reding (PPE) a la Comisión (6 de mayo de 1997). Asunto: Crédito al consumo: protección de los ciudadanos no residentes por la legislación belga. Respuesta de la Sra. Bonino en nombre de la Comisión (3 de julio de 1997). «DOCE», C, núm. 391, de 23 de diciembre de 1997.**

Pregunta: Mediante una ley nacional de 12 de junio de 1991, Bélgica incorporó la Directiva 87/102, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la

aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. En ella se estipula que la ley sólo se aplicará a los contratos de crédito celebrados con un consumidor que tenga su residencia habitual en Bélgica.

En la actualidad se celebran numerosos contratos de crédito entre intermediarios financieros belgas y consumidores residentes en el Gran Ducado de Luxemburgo. Estos contratos de «crédito fácil» designan como ley aplicable la legislación belga con la que existen efectivamente los principales vínculos de unión.

Con demasiada frecuencia dichos contratos no respetan los derechos de los consumidores que resultan de aplicar la legislación belga (concesión de un crédito sin entrega de contrato, ignorancia del plazo de renuncia al contrato...). Los profesionales belgas oponen a los consumidores la no aplicabilidad de la ley belga a los no residentes.

1. ¿Comparte la Comisión nuestro punto de vista, consistente en que la citada Directiva, y, por consiguiente, las leyes nacionales de transposición, no permiten la discriminación entre residentes y no residentes, dado que estas medidas de protección revisten un carácter imperativo del que deben beneficiarse plenamente todos los consumidores, aunque su contrato pueda estar localizado en el Estado miembro en cuestión, en este caso Bélgica?

2. ¿Cómo es que la Comisión ha cerrado los ojos en el momento de verificar la conformidad de la incorporación de la Directiva 87/102 en Bélgica, cuando la restricción del campo de aplicación a los residentes belgas parece una infracción grave del principio de no discriminación del artículo 7 del Tratado?

3. ¿Está de acuerdo la Comisión en que la plena protección de los consumidores residentes y no residentes resulta aún más importante en la medida en que la Directiva 87/102 constituye un texto mínimo que permite a los Estados miembros mantener o adoptar disposiciones más estrictas para la protección de los consumidores? De este modo, un consumidor puede estar mejor protegido en determinados casos por la legislación del país de origen del profesional que por su propia ley.

Respuesta: Es un error que los profesionales belgas opongan a los consumidores residentes en el Gran Ducado de Luxemburgo la no aplicabilidad de la ley belga. Si se presenta un caso ante los tribunales belgas o luxemburgueses, éstos ciertamente aplicarán el Derecho belga excepto, en determinadas condiciones, si el Derecho luxemburgués fuera más favorable al consumidor. Esta es la solución que se deriva de las normas de Derecho internacional establecidas por el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

En efecto, este Convenio determina como norma general que el contrato se rige por la ley elegida por las partes (art. 3) y, en su defecto, por la ley del país con el que posee los vínculos más estrechos (art. 4). Así pues, la aplicación de la legislación belga, en los casos mencionados por

Su Señoría, se deriva claramente del artículo 3 del Convenio de Roma, dado que se trata de la ley elegida por las partes. Pero, incluso si no hay posibilidad de elección, la legislación belga, en principio, sería en cualquier caso la legislación aplicable, de conformidad con el artículo 4. En efecto, el país que tiene los vínculos más estrechos con un contrato de crédito es el del establecimiento del prestamista.

Si se interpreta literalmente, el artículo de la ley belga de 12 de junio de 1991 parecería descartar esta solución, ya que establece que «la presente ley se aplica a los contratos de crédito celebrados con un consumidor que tenga su residencia habitual en Bélgica [...]». No obstante, este artículo debe interpretarse a la luz del Convenio de Roma, instrumento jurídico de jerarquía superior a la ley belga. Así pues, este artículo tiene como único efecto reforzar la protección de los consumidores residentes mediante el establecimiento de un límite a la libertad de las partes de elegir el derecho aplicable. De esta manera, se deriva de este artículo que la ley belga es imperativamente aplicable a los créditos acordados con un consumidor que tenga su residencia habitual en Bélgica por un prestamista establecido en ese mismo país. Esta limitación de la libertad de las partes no es contraria al Convenio de Roma.

Habida cuenta de estas consideraciones, la Comisión puede responder concretamente a las preguntas planteadas por Su Señoría:

1. La Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, no contiene ninguna disposición a fin de determinar el ámbito de aplicación territorial de las leyes de transposición. Sin embargo, la Comisión está de acuerdo con la afirmación de Su Señoría de que si Bélgica se negara a aplicar su ley de transposición de la Directiva 87/102 a los casos de préstamos otorgados por prestamistas establecidos en Bélgica a consumidores no residentes, se trataría de una conculcación grave del espíritu de la Directiva anteriormente mencionada. No en un sentido estricto, debido a la discriminación entre residentes y no residentes, sino en la medida en que un planteamiento de estas características permitiría situaciones de vacío jurídico en las que los consumidores no residentes no estarían protegidos por ninguna ley nacional de transposición.

2. Tal como se deduce de las explicaciones ofrecidas, Bélgica no ha restringido el campo de aplicación de su ley de incorporación de la Directiva 87/102 únicamente a los residentes belgas, lo que constituiría una discriminación indirecta por razón de nacionalidad, prohibida por el artículo 6 del Tratado CE. Por una parte, el artículo 2 de la ley belga tiene por objeto todos los consumidores residentes en Bélgica, con independencia de su nacionalidad. Por otro, no tiene por objeto limitar el campo de aplicación de la ley, sino garantizar la aplicación imperativa de ésta aun en caso de que las partes hayan decidido lo contrario, bajo las condiciones anteriormente mencionadas.

3. En el caso de las materias que son objeto de directivas de armonización mínima, el consumidor puede estar mejor protegido por la legis-

lación del país de origen del profesional, o bien por la ley del país en que reside. Esto es consecuencia del carácter mínimo de las directivas en cuestión. El objetivo de estas directivas no consiste en que se aplique la ley más favorable al consumidor, sino garantizarle un nivel mínimo de protección, con independencia de la ley aplicable de conformidad con las normas del derecho internacional privado.

Las normas comunitarias establecidas por el Convenio de Roma tienen generalmente como resultado la aplicación de la ley del país de origen del proveedor a los no residentes. No obstante, cuando los profesionales han prestado su servicio a no residentes en el país de éstos, el Convenio de Roma garantiza, en determinadas condiciones, la aplicación de la ley del país de residencia del consumidor, cuando ésta le sea más favorable (art. 5 del Convenio de Roma).

47. **Pregunta escrita núm. P-0519/97, de Karin Riis-Jorgensen (ELDR) a la Comisión (14 de febrero de 1997). Asunto: Interpretación nacional de las normas de la UE en materia de contratos públicos. Respuesta del Sr. Van Miert en nombre de la Comisión (11 de abril de 1997). «DOCE», C, núm. 319, de 18 de octubre de 1997.**

Pregunta: En su carta al Gobierno danés de 6 de septiembre de 1995, la Comisión precisó que los municipios deben abstenerse de realizar prestaciones para autoridades públicas en ámbitos con una fuerte competencia del sector privado, entre ellos incluso el cuidado de niños. A juzgar por el reciente informe del Gobierno danés sobre la aplicación de la Ley 378/1995, cabe afirmar que los municipios daneses no respetan esta norma.

¿Visto este informe del Gobierno danés, no cree la Comisión que sería oportuno emprender una iniciativa en favor de una mayor transparencia de las transacciones financieras entre municipios y mancomunidades municipales por una parte y las actividades lucrativas de las mismas por otro, en su caso mediante la separación de las actividades comerciales en sociedades específicas?

Respuesta: La Comisión considera satisfactoria, en el estadio actual, la transparencia respecto de las actividades que caen dentro del ámbito de la Ley núm. 378/1995, por la que se autoriza a los municipios y mancomunidades municipales a realizar prestaciones para otras autoridades públicas.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de dicha Ley, los municipios y mancomunidades municipales pueden celebrar estos contratos de servicios siempre que se sometan a los procedimientos de licitación pública de acuerdo con la legislación danesa y, si son lo suficientemente importantes, con las directivas comunitarias sobre

contratación pública. Mediante esta obligación, se garantiza que la prestación de dichos servicios se realiza sobre la base de las condiciones comerciales de mercado.

Además, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 2 de la Ley, los municipios y mancomunidades municipales deben efectuar un cálculo completo de todos los gastos que supone la prestación del servicio antes de celebrar un contrato con otra autoridad pública. Por añadidura, en el momento de la finalización del contrato, el proveedor debe incluir una anotación contable en su contabilidad anual sobre el cumplimiento del contrato. El acceso a esta anotación es público.

Por otro lado, se han presentado a la Comisión una serie de informes sobre la aplicación de dicha Ley, que demuestran que los contratos en muchos casos son de pequeña cuantía y de naturaleza local y tratan de servicios que no pueden afectar al comercio entre Estados miembros (mantenimiento de aparcamientos, servicios de lavandería y suministro de comida). El informe también demuestra que los contratos de mayor cuantía y que tratan de servicios que pueden afectar al comercio entre Estados miembros (servicios de consultoría y análisis de laboratorio) se otorgaron de acuerdo con los procedimientos comunitarios de licitación pública. No obstante, la Comisión seguirá controlando la aplicación de la Ley y adoptará las medidas que fueren oportunas.

48. **Pregunta escrita núm. E-0875/97 de Amedeo Amadeo (NI) a la Comisión (12 de marzo de 1997). Asunto: Libro Verde sobre los servicios financieros y los consumidores. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (22 de abril de 1997). «DOCE», C, núm. 319, de 18 de octubre de 1997.**

Pregunta: Con relación al Libro Verde «Servicios financieros: cómo satisfacer las expectativas de los consumidores» (COM(96)209 final), y por lo que respecta a la competencia de los Tribunales sobre los contratos celebrados por los consumidores, no comparto el enfoque del Libro Verde según el cual la aplicación de la ley del Estado de residencia podría crear un conflicto con el principio del reconocimiento recíproco aplicado en el ámbito del mercado único, por el que se tiende a aplicar el derecho del prestatario del servicio.

¿Puede la Comisión tomar como referencia el artículo 5 del Convenio de Roma de junio de 1980, según el cual la ley que se debe aplicar es la del país en el que el consumidor reside habitualmente, puesto que de este modo la solución sería más clara y satisfactoria, teniendo en cuenta que el principio de reconocimiento recíproco sólo se aplica al ámbito del derecho público económico y no al derecho de las obligaciones, en particular cuando se refiere a disposiciones de protección del consumidor?

Respuesta: En el caso de contratos celebrados con un consumidor, el artículo 5 del Convenio de Roma prevé que, si las partes no deciden

expresamente otra cosa, el derecho aplicable será el del país del consumidor, siempre que se dé una de las dos circunstancias siguientes:

- que el contrato haya estado precedido en el país del consumidor por una propuesta específica y el consumidor haya realizado en este país los actos necesarios para la celebración del contrato; o
- que la persona con quien contrata el consumidor o su representante hayan recibido el pedido del consumidor en este país.

Por el contrario, en caso de que las partes hayan escogido el derecho aplicable al contrato, esta elección no puede privar al consumidor de la protección que le confieren las disposiciones imperativas del país donde tiene su residencia habitual, si se verifica una de las dos circunstancias descritas más arriba.

Por otra parte, según lo dispuesto en el Convenio, las «leyes de policía» (art. 7) y «el orden público» (art. 16) de los Estados miembros también pueden imponerse a la decisión de las partes o, de no haber adoptado decisión alguna, a las reglas de determinación contenidas en el Convenio.

Por clara que pueda ser, esta solución no siempre es satisfactoria desde el punto de vista del derecho comunitario.

En virtud del principio de primacía del derecho comunitario, la imposición por parte del país de residencia del consumidor de ciertas disposiciones nacionales a los contratos suscritos por un consumidor, si de ella se deriva un obstáculo para la libre circulación de servicios, puede ser sometida al principio del interés general sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En las legislaciones nacionales relativas a los contratos de servicios financieros se encuentran disposiciones, generalmente imperativas, que, aunque se consideran reglas del derecho de obligaciones, afectan en realidad a los intercambios económicos. En cuanto a sus efectos, tales disposiciones pueden constituir una restricción si obligan, por ejemplo, a un banco o a una compañía de seguros a modificar sus servicios, y por consiguiente sus contratos tipo, en función de las legislaciones de los países en los que se comercializan.

La Comisión estima que no se puede permitir que tales disposiciones escapen al control del derecho comunitario por el simple motivo de depender del derecho de obligaciones. La necesidad de compatibilidad con el derecho comunitario es válida para toda norma de derecho nacional, sea cual sea su ámbito de aplicación.

Al tratarse de normas adoptadas para la protección del consumidor, hay una gran probabilidad de que estas normas de derecho material satisfagan el principio del interés general. El Tribunal de Justicia ha reconocido que la protección del consumidor es un objetivo de interés general que puede justificar una restricción de las libertades fundamentales. Sin embargo, no existe una presunción *per se* de que tal principio se cumpla. Las normas nacionales adoptadas con el objetivo declarado de proteger al consumidor pueden ser objeto de control por parte del Tribunal y, en su

caso, ser rechazadas, por ejemplo, si no son necesarias o son desproporcionadas.

Así pues, en el contexto de un mercado único, es indispensable este razonamiento adicional con el fin de verificar si, a falta de armonización, y bajo pretexto de proteger al consumidor, se mantienen ciertas medidas nacionales con el simple objetivo de limitar o impedir la introducción de servicios financieros diferentes o desconocidos en el territorio nacional.

III. JURISPRUDENCIA DEL TJCE Y DEL TPICE

ADHESIÓN DE NUEVOS ESTADOS

49. Sentencia TJCE de 27 de noviembre de 1997, Asunto C-27/96. *Danisco Sugar AB/Almänna ombudet*. Adhesión de nuevos Estados. Cuestión prejudicial. Adhesión del Reino de Suecia. Agricultura. Azúcar. Cotización nacional sobre el almacenamiento del azúcar.

AGRICULTURA

50. Sentencia TJCE de 16 de octubre de 1997, Asunto C-165/95. *The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Benjamin Lay, así como Donald Gage y David Gage*. Agricultura. Cuestión prejudicial. Tasa suplementaria sobre la leche. Cantidad de referencia específica. Transmisión parcial de una explotación de carácter mixto. Reparto de la cuota entre el cedente y el cesionario.
51. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-183/95. *Affish BV/Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*. Agricultura. Cuestión prejudicial. Policía sanitaria. Medida de salvaguardia. Principio de proporcionalidad. Principio de protección de la confianza legítima. Validez de la Decisión 95/119/CE de la Comisión.
52. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-334/95. *Krüger GmbH & Co. KG/Hauptzollamt Hamburg-Jonas*. Agricultura. Cuestión prejudicial. Restituciones a la exportación. Productos lácteos. Discriminación. Apreciación de validez. Órgano jurisdiccional nacional. Medidas cautelares. Código aduanero comunitario.

53. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-354/95. *The Queen/Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: National Farmers' Union y otros*. Agricultura. Cuestión prejudicial. Política Agrícola Común. Reglamento (CEE) núm. 3887/92. Sistema integrado de gestión y de control relativo a determinados regímenes de ayudas comunitarias. Modalidades de aplicación. Interpretación y validez de las sanciones.
54. Sentencia TJCE de 2 de octubre de 1997, Asunto C-208/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Agricultura. Incumplimiento de Estado. Directiva 92/119/CEE. No adaptación del Derecho interno a la Directiva. Directiva 92/119/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1992, por la que se establecen medidas comunitarias generales para la lucha contra determinadas enfermedades de animales y medidas específicas respecto a la enfermedad vesicular porcina.
55. Sentencia TJCE de 20 de noviembre de 1997, Asunto C-244/95. *P. Moskof AE/Ethnikos Organismos Kapnou*. Agricultura. Cuestión prejudicial. Agricultura. Tabaco crudo. Medidas monetarias. Tipos de conversión agrícola. Artículo 5 del Reglamento (CE) núm. 3477/93 de la Comisión, de 17 de diciembre de 1993, relativo a los tipos de conversión agrícolas aplicables en el sector del tabaco.
56. Sentencia TJCE de 27 de noviembre de 1997, Asunto C-356/95. *Matthias Witt/Amt für Land-und Wasserwirtschaft*. Agricultura. Cuestión prejudicial. Política Agrícola Común. Reglamento (CEE) núm. 1765/92. Régimen de apoyo a los productores de determinados cultivos herbáceos. Determinación de las regiones de producción. Obligación de indicar los criterios de determinación. Consideración de la fertilidad del suelo.
57. Sentencia TJCE de 27 de noviembre de 1997, Asunto C-369/95. *Somalfruit SpA y Camar Spa/Ministero delle Finanze y Ministero del Commercio con l'Estero*. Agricultura. Cuestión prejudicial. Plátanos. Organización común de mercados. Régimen de importación. Estados ACP. Somalia. Validez del Reglamento (CEE) núm. 404/93 del Consejo, del Reglamento (CEE) núm. 1442/93 de la Comisión y del Reglamento (CEE) núm. 1443/93 de la Comisión.

58. Sentencia TJCE de 6 de noviembre de 1997, Asunto C-164/96. *Regione Piemonte/Saiagricola SpA*. Agricultura. Cuestión prejudicial. Reglamento (CEE) núm. 797/85. Trato diferente a agricultores individuales y personas jurídicas. Directiva 72/159/CEE del Consejo, de 17 de abril de 1972, relativa a la modernización de las explotaciones agrícolas, y el Reglamento (CEE) núm. 797/85 del Consejo, de 12 de marzo de 1985, relativo a la mejora de la eficacia de las estructuras agrarias
59. Sentencia TJCE de 9 de julio de 1997, Asunto T-455/93. *Hedley Lomas (Ireland) Ltd y otros/Comisión de las Comunidades Europeas*. Agricultura. Organización común de mercados en el sector de las carnes de ovino y caprino. Prima variable por sacrificio de ovinos. Requisitos de devolución del «clawback». Principio de seguridad jurídica. Principio de protección de la confianza legítima. Principio de proporcionalidad.
60. Sentencia TJCE de 9 de octubre de 1997, Asunto C-152/95. *Michel Macon y otros/Préfet de l'Aisne*. Agricultura. Cuestión prejudicial. Tasa suplementaria sobre la leche. Cantidad de referencia. Solicitud de concesión de una indemnización por abandono definitivo de la producción lechera. Denegación.
61. Sentencia TPICE de 9 de diciembre de 1997, Asuntos acumulados T-195/94 y T-02/94. *Friedhelm Quiller y Johann Heusmann/Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*. Agricultura. Recurso de indemnización. Responsabilidad extracontractual. Leche. Tasa suplementaria. Cantidad de referencia. Reglamento (CEE) núm. 2055/93. Indemnización a los productores. Prescripción.

APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES

62. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-17/96. *Badische Erfrischungs-Getränke GmbH & Co. KG/Land Baden-Württemberg*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Aguas minerales naturales. Concepto. Agua salúfera.
63. Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 1997, Asunto C-190/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento. No adaptación del Derecho interno a las Directivas 93/72/CEE y 93/101/CE.

64. Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 1997, Asunto C-190/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento. No adaptación del Derecho interno a las Directivas 93/72/CEE y 93/101/CE.
65. Sentencia TJCE de 11 de noviembre de 1997, Asunto C-251/95. *SABEL BV/Puma AG, Rudolf Dassler Sport*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Directiva 89/104/CEE. Aproximación de las legislaciones en materia de marcas. «Riesgo de confusión que comprende el riesgo de asociación.» letra b) del apartado 1 del artículo 4 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
66. Sentencia TJCE de 13 de noviembre de 1997, Asunto C-236/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento. No adaptación del Derecho interno a las Directivas 91/157/CEE y 93/86/CEE.
67. Sentencia TJCE de 27 de noviembre de 1997, Asunto C-137/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 91/414/CEE. Directiva 91/414/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios.

CECA/CEEA

68. Sentencia TJCE de 16 de octubre de 1997, Asunto C-177/96. *Belgische Staat/Banque Indosuez y otros*. CECA. Cuestión prejudicial. Dumping. Chapas de hierro o acero originarias de Yugoslavia. Declaración de independencia de la ARYM. Seguridad jurídica.
69. Sentencia TJCE de 9 de octubre de 1997, Asunto C-21/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España*. CEEA. Incumplimiento de Estado. Directiva 84/466/Euratom del Consejo. Artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 84/466/Euratom del Consejo, de 3 de septiembre de 1984, por la que se establecen las medidas fundamentales relativas a la protección radiológica de las personas sometidas a exámenes y tratamientos médicos.

COMPETENCIA

70. Sentencia TJCE de 11 de noviembre de 1997, Asuntos acumulados C-359/95 P y C-379/95 P. *Comisión de las Comunidades Europeas y República Francesa/Ladbroke Racing Ltd.* Competencia. Artículos 85, 86 y 90 del Tratado CE. Desestimación de una denuncia relativa tanto a medidas estatales como a un comportamiento privado. Aplicabilidad de los artículos 85 y 86 a las empresas que se atienen a una legislación nacional.
71. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-219/95 P. *Ferriere Nord SpA/Comisión de las Comunidades Europeas.* Competencia. Infracción del artículo 85 del Tratado CEE. Anulación de Sentencia del TPICE. Mallas electrosoldadas.
72. Sentencia TJCE de 9 de diciembre de 1997, Asunto C-353/95 P. *Tiercé Ladbroke SA/Comisión de las Comunidades Europeas.* Competencia. Ayudas de Estado. Exacción sobre la recaudación de las apuestas sobre las carreras de caballos. Transferencia de fondos a una empresa establecida en otro Estado miembro.
73. Sentencia TPICE de 27 de noviembre de 1997, Asunto T-224/95. *Roger Tremblay and Harry Kestenberg/Syndicat des exploitants de lieux de loisirs (SELL).* Competencia. Derechos de propiedad intelectual. Desestimación de una denuncia. Ejecución de una sentencia de anulación. Compartimentación del mercado. Motivación. Desviación de poder.
74. Sentencia TPICE de 27 de noviembre de 1997, Asunto T-290/94. *Kaysersberg SA/Comisión de las Comunidades Europeas.* Competencia. Reglamento núm. 4064/89. Decisión por la que se declara una concentración compatible con el mercado común. Compromisos. Productos para la higiene femenina. Recurso de anulación. Admisibilidad. Vicios sustanciales de forma. Consulta a terceros. Posición dominante.

CONVENIO SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL

75. Sentencia TJCE de 3 de julio de 1997, Asunto C-269/95. *Franccesco Benincasa/Dentalkit Srl.* Convenio relativo a la competen-

cia judicial. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas. Concepto de consumidor. Cláusula atributiva de competencia.

76. Sentencia TJCE de 9 de octubre de 1997, Asunto C-163/95. *Elsbeth Freifrau von Horn/Kevin Cinnamond*. Convenio relativo a la competencia judicial/ejecución de resoluciones judiciales. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas. Artículo 21. Litispendencia. Convenio de adhesión de San Sebastián. Artículo 29. Disposiciones transitorias.

DERECHO INSTITUCIONAL

77. Sentencia TJCE de 1 de octubre de 1997, Asunto C-345/95. *República Francesa/Parlamento Europeo*. Derecho institucional. Sede de las Instituciones. Parlamento Europeo. Periodos de sesiones.

FISCALIDAD

78. Sentencia TJCE de 11 de noviembre de 1997, Asunto C-408/95. *Eurotunnel SA y otros/SeaFrance*. Fiscalidad. Cuestión prejudicial. Régimen transitorio de las tiendas libres de impuestos. Directivas 91/680/CEE y 92/12/CEE del Consejo. Apreciación de validez.
79. Sentencia TJCE de 16 de octubre de 1997, Asunto C-258/95. *Julius Fillibeck Söhne GmbH & Co. KG/Finanzamt Neustadt*. Fiscalidad. Cuestión prejudicial. Sexta Directiva IVA. Prestación de servicios realizada a título oneroso. Concepto. Transporte de trabajadores efectuado por el empresario.
80. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-190/95. *ARO Lease BV/Inspecteur van de Belastingdienst Grote Ondernemingen te Amsterdam*. Fiscalidad. Cuestión prejudicial. Sexta Directiva sobre el IVA. Sociedad de arrendamiento financiero de automóviles de turismo. Sede de la actividad económica de quien presta los servicios. Establecimiento permanente.
81. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-28/95. *A. Leur-Bloem/Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amster-*

- dam 2. Fiscalidad. Cuestión prejudicial. Artículo 177. Competencia del Tribunal de Justicia. Normativa nacional que reproduce disposiciones comunitarias. Adaptación del Derecho nacional. Directiva 90/434/CEE. Concepto de fusión mediante intercambio de acciones. Abuso o evasión fiscal.**
82. **Sentencia TJCE de 3 de julio de 1997, Asunto C-330/95. *Goldsmiths (Jewellers) Ltd/Commissioners of Customs & Excise*. Fiscalidad. Cuestión prejudicial. IVA. Sexta Directiva. Facultad para establecer excepciones prevista en el apartado 1 del punto C del artículo 11. Inaplicabilidad de la devolución en caso de impago a las operaciones de trueque.**
83. **Sentencia TJCE de 3 de julio de 1997, Asunto C-60/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*. Fiscalidad. Incumplimiento de Estado. IVA. Sexta Directiva. Exenciones. Alquiler de tiendas de campaña, caravanas y residencias móviles.**
84. **Sentencia TJCE de 6 de noviembre de 1997, Asunto C-116/96. *Reisebüro Binder GmbH/Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*. Fiscalidad. Cuestión prejudicial. Sexta Directiva sobre el IVA. Transporte internacional de personas. Lugar y base imponible de la prestación de transporte.**
85. **Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 1997, Asunto C-42/96. *Società Immobiliare SIF SpA/Amministrazione delle Finanze dello Stato*. Fiscalidad. Cuestión prejudicial. Directiva 69/335/CEE de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales. Aportación de bienes inmuebles.**

FUNCIÓN PÚBLICA

86. **Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-52/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España*. Función pública. Incumplimiento de Estado. Artículo 5 del Tratado CE y apartado 2 del artículo 11 del Anexo VIII del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas. No adopción de las medidas necesarias para permitir la transferencia de los derechos a pensión de los funcionarios al régimen comunitario.**

87. Sentencia TPICE de 14 de julio de 1997, Asunto T-123/95. *B/Parlamento Europeo*. Función pública. Agentes temporales. Contratación sobre la base de la letra c) del artículo 2 del RAA. Despido de conformidad con la letra a) del apartado 2 del artículo 47 del RAA. Vicios substanciales de forma. Respeto de un procedimiento interno regularmente establecido. Motivación de la decisión de despido.

FUNCIONARIOS

88. Sentencia TJCE de 20 de noviembre de 1997, Asunto C-188/96 *P. Comisión de las Comunidades Europeas/V*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Separación del servicio. Motivación.
89. Sentencia TPICE de 27 de noviembre de 1997, Asunto T-20/96. *Stephen Pascall/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Agente temporal perteneciente a los servicios científico y técnico. Nombramiento para un puesto dependiente del presupuesto de funcionamiento. Revocación de una decisión por la que se concedía un ascenso suplementario de escalón por méritos excepcionales

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

90. Sentencia TJCE de 11 de noviembre de 1997, Asunto C-349/95. *Frits Loendersloot, que giraba con el nombre comercial F. Loendersloot Internationale Expeditie/George Ballantine & Son Ltd y otros*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Artículo 36 del Tratado CE. Derecho de marca. Reetiquetado de botellas de whisky. El artículo 36 del Tratado CE debe interpretarse en el sentido de que, aunque ello constituya un obstáculo al comercio intracomunitario, el titular de un derecho de marca puede invocar este derecho para impedir que un tercero retire y vuelva a poner o sustituya etiquetas en las que figura su marca y que han sido puestas por el propio titular en productos comercializados por él, a menos que
91. Sentencia TJCE de 16 de diciembre de 1997, Asunto C-325/96. *Fábrica de Queijo Eru Portuguesa Ld.a/Subdirector-Geral das Alfândegas, en presencia de: Ministério Público*. Libre circulación de mercancías. Cuestión Prejudicial. Régimen de perfeccionamiento activo. Régimen especial de los productos del sector lácteo. Prórroga del plazo de exportación.

92. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-130/95. *Bernd Giloy/Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Artículo 177. Competencia del Tribunal de Justicia. Legislación nacional que reproduce disposiciones comunitarias. Código aduanero comunitario. Recurso. Suspensión de una decisión aduanera. Constitución de una garantía.
93. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-142/96. *Hauptzollamt München/Wacker Werke GmbH & Co. KG*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Perfeccionamiento pasivo. Exención total o parcial de los derechos de importación. Determinación del valor de los productos compensadores y de las mercancías en régimen de exportación temporal. Medios razonables de determinación del valor.
94. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-242/95. *GT-Link A/S/De Danske Statsbaner (DSB)*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Transportes marítimos. Tasas portuarias sobre las embarcaciones y sobre las mercancías. Recargo a la importación. Abuso de posición dominante.
95. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-90/94. *Haahr Petroleum Ltd/Åbenrå Havn y otros*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Transportes marítimos. Tasa sobre las mercancías. Recargo a la importación.
96. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asuntos acumulados C-114/95 y C-115/95. *Texaco A/S/Middelfart Havn y otros. Olie-selskabet Danmark amba/Trafikministeriet y otros*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Transportes marítimos. Tasa sobre las mercancías. Recargo a la importación.
97. Sentencia TJCE de 18 de diciembre de 1997, Asunto C-382/95. *Techex Computer+Grafik Vertriebs GmbH/Hauptzollamt München*. Libre circulación de mercancías. Cuestión Prejudicial. Arancel Aduanero Común. Partidas arancelarias. Clasificación arancelaria de un componente electrónico «Vista Board» destinado al procesamiento de imágenes que puede servir como tarjeta gráfica en un ordenador. Clasificación en la Nomenclatura Combinada.
98. Sentencia TJCE de 20 de noviembre de 1997, Asunto C-338/95. *Wiener SI GmbH/Hauptzollamt Emmerich*. Libre circulación de

mercancías. Cuestión prejudicial. Arancel Aduanero Común. Clasificación arancelaria. Camisones.

99. Sentencia TJCE de 25 de septiembre de 1997, Asunto C-237/96. *Eddy Amelynck y otros/Transport Amelynck SPRL*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Tránsito comunitario. Medios de prueba del carácter comunitario de las mercancías.
100. Sentencia TJCE de 4 de noviembre de 1997, Asunto C-337/95. *Parfums Christian Dior SA y Parfums Christian Dior BV/Evora BV*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Derecho de marca y derecho de autor. Acción del titular de estos derechos que pretende que se prohíba a un comerciante hacer publicidad para la comercialización ulterior del producto. Perfume.
101. Sentencia TJCE de 6 de noviembre de 1997, Asunto C-201/96. *Laboratoires de thérapeutique moderne (LTM)/Fonds d'intervention et de régularisation du marché du sucre (FIRS)*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Restitución por la utilización de azúcar en la fabricación de determinados productos químicos. Productos polivitaminados y productos que contienen aminoácidos. Clasificación arancelaria.
102. Sentencia TJCE de 6 de noviembre de 1997, Asunto C-261/96. *Conserchimica Srl/Amministrazione delle Finanze dello Stato*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Derecho aduanero. Recaudación a posteriori de los derechos de importación. Plazo de prescripción. Reglamento (CEE) núm. 1697/79 del Consejo, de 24 de julio de 1979, referente a la recaudación a posteriori de los derechos de importación o de los derechos de exportación que no hayan sido exigidos al deudor por mercancías declaradas en un régimen aduanero que suponga la obligación de pagar tales derechos.
103. Sentencia TJCE de 9 de diciembre de 1997, Asunto C-143/96. *Leonhard Knubben Speditions GmbH/Hauptzollamt Mannheim*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Arancel Aduanero Común. Concepto de pimientos triturados en el sentido de la subpartida 0904 20 90 de la Nomenclatura Combinada.

104. Sentencia TJCE de 9 de diciembre de 1997, Asunto C-265/95. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*. Libre circulación de mercancías. Productos agrícolas. Obstáculos que resultan de actos de particulares. Obligaciones de los Estados miembros.
105. Sentencia TJCE de 9 de julio de 1997, Asunto C-316/95. *Generics BV/Smith Kline & French Laboratories Ltd.* Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Artículos 30 y 36 del Tratado CE. Patente. Registro de medicamentos. Violación del derecho de propiedad industrial.
106. Sentencia TJCE de 9 de octubre de 1997, Asunto C-67/95. *Rank Xerox Manufacturing (Nederland) BV/Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Arancel Aduanero Común. Partidas arancelarias. Aparatos de fotocopia y de fax. Clasificación en la Nomenclatura Combinada.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

107. Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 1997, Asunto C-55/96. *Job Centre coop. arl*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Libre prestación de servicios. Actividad de colocación de trabajadores. Exclusión de las empresas privadas. Ejercicio del poder público. Las oficinas públicas de empleo están sometidas a la prohibición del artículo 86 del Tratado CE, en tanto que la aplicación de esta disposición no impida el cumplimiento de la misión específica que se les ha confiado.
108. Sentencia TJCE de 13 de noviembre de 1997, Asunto C-248/96. *R.O.J. Grahame y L.M. Hollanders/Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad Social. Incapacidad laboral. Periodos de trabajo por cuenta ajena y periodos asimilados. Servicio militar. Punto 4 de la Sección J del Anexo VI del Reglamento (CEE) núm. 1408/71.
109. Sentencia TJCE de 16 de octubre de 1997, Asuntos acumulados C-69/96 a C-79/96. *Maria Antonella Garofalo y otros/Ministero della Sanità y otros*. Libre circulación de personas. Cues-

ción prejudicial. Artículo 177 del Tratado CE. Competencia. Órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros. Recurso extraordinario ante el Presidente de la República Italiana. Dictamen preceptivo del Consiglio di Stato. Directivas 86/457/CEE y 93/16/CEE. Formación específica en medicina general. Derechos adquiridos antes del 1 de enero de 1995.

110. **Sentencia TJCE de 18 de diciembre de 1997, Asunto C-360/95. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España*. Libre circulación de personas. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 91/371/CEE. Aplicación del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la Confederación Suiza relativo al seguro directo distinto del seguro de vida. El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 91/371/CEE del Consejo, de 20 de junio de 1991, referente a la aplicación del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la Confederación Suiza relativo al seguro directo distinto del seguro de vida, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva.**
111. **Sentencia TJCE de 18 de diciembre de 1997, Asunto C-361/95. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España*. Libre circulación de personas. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 92/49/CEE. Seguro directo distinto del seguro de vida. El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (Tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida), al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva.**
112. **Sentencia TJCE de 2 de octubre de 1997, Asunto C-144/96. *Office national des pensions (ONP)/Maria Cirotti*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad Social. Artículos 46 y 51 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Prestación de vejez de un trabajador por cuenta ajena concedida a su cónyuge separado en virtud de la legislación aplicable en un Estado miembro.**

113. Sentencia TJCE de 20 de noviembre de 1997, Asunto C-90/96. *David Petrie y otros/Università degli studi di Verona y Camilla Bettoni*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Libre circulación de los trabajadores. Lectores de lengua extranjera. Acceso a los cursos y a las suplencias universitarias, artículo 5 y el apartado 2 del artículo 48 del Tratado CE.
114. Sentencia TJCE de 25 de septiembre de 1997, Asunto C-307/96. *Salvatore Baldone/Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI)*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Artículo 95 bis del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Reglamento (CEE) núm. 1248/92. Medidas transitorias. Nueva liquidación de oficio de una prestación. Derechos de los interesados.
115. Sentencia TJCE de 27 de noviembre de 1997, Asunto C-57/96. *H. Meints/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Prestación de desempleo. Reglamento (CEE) núm. 1612/68. Ventaja social. Discriminación basada en la nacionalidad. Requisito de residencia.
116. Sentencia TJCE de 27 de noviembre de 1997, Asunto C-62/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Helénica*. Libre circulación de personas. Incumplimiento de Estado. Matriculación de buques. Requisito de nacionalidad del propietario, artículos 6, 48, 52, 58 y 221 del Tratado CE así como del artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, y del artículo 7 de la Directiva 75/34/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, relativa al derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia.
117. Sentencia TJCE de 4 de noviembre de 1997, Asunto C-20/96. *Kelvin Albert Snares/Adjudication Officer*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad Social. Prestaciones especiales de carácter no contributivo. Apartado 2 bis del artículo 4 y artículo 10 bis del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Subsidio de subsistencia para minusválidos. No exportabilidad.

118. Sentencia TJCE de 9 de julio de 1997, Asunto C-222/95. *Société civile immobilière Parodi/Banque H. Albert de Bary et Cie*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Libre circulación de capitales. Libre prestación de servicios. Entidades de crédito. Concesión de un crédito hipotecario. Exigencia de autorización en el Estado miembro en que se realiza la prestación.
119. Sentencia TJCE de 9 de julio de 1997, Asuntos acumulados C-34/95, C-35/95 y C-36/95. *Konsumentombudsmannen (KO)/De Agostini (Svenska) Förlag AB y TV-Shop i Sverige AB*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Directiva «televisión sin fronteras». Publicidad televisiva emitida desde un Estado miembro. Prohibición de la publicidad engañosa. Prohibición de la publicidad destinada a los niños.
120. Sentencia TJCE de 9 de octubre de 1997, Asunto C-291/96. *Martino Grado y Shahid Bashir*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Remisión Cuestión prejudicial. Proceso penal. Utilización de la fórmula de cortesía. Discriminación. Pertinencia de la cuestión. Incompetencia.
121. Sentencia TJCE de 9 de octubre de 1997, Asuntos acumulados C-31/96 a C-33/96. *Antonio Naranjo Arjona y otros/Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y otros*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad Social. Invalidez. Pensiones de vejez. Apartado 1 del artículo 47 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Cálculo de las prestaciones.

MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

122. Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 1997, Asunto C-83/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 92/43/CEE. República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 23 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.
123. Sentencia TJCE de 18 de diciembre de 1997, Asunto C-129/96. *Inter-Environment Wallonie ASBL/Région wallonne*. Medio

ambiente y consumidores. Cuestión Prejudicial. Directiva 91/156/CEE. Plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva. Efectos. Concepto de residuo. El mero hecho de que una sustancia esté integrada, directa o indirectamente, en un proceso de producción industrial no la excluye del concepto de residuo en el sentido de la letra a) del artículo 1 de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos.

124. **Sentencia TJCE de 2 de octubre de 1997, Asunto C-259/95. Parlamento Europeo/Consejo de la Unión Europea. Medio ambiente y consumidores. Anulación de la Decisión 95/184/CE del Consejo. Prerrogativas del Parlamento. Decisión núm. 3092/94/CE relativa a la creación de un sistema comunitario de información sobre los accidentes domésticos y de ocio.**

POLÍTICA SOCIAL

125. **Sentencia TJCE de 10 de julio de 1997, Asunto C-261/95. Rosalba Palmisani/Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS). Privilegios e inmunidades. Cuestión prejudicial. Política social. Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario. Directiva 80/987/CEE. Responsabilidad del Estado miembro debido a la adaptación tardía del Derecho interno a una Directiva. Reparación adecuada. Plazo de caducidad.**
126. **Sentencia TJCE de 10 de julio de 1997, Asunto C-373/95. Federica Maso y otros/Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) y República Italiana. Política social. Cuestión prejudicial. Política social. Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario. Directiva 80/987/CEE. Limitación de la obligación de pago de las instituciones de garantía. Responsabilidad del Estado miembro debido a la adaptación tardía del Derecho interno a una Directiva. Reparación adecuada.**
127. **Sentencia TJCE de 10 de julio de 1997, Asuntos acumulados C-94/95 y C-95/95. Danila Bonifaci y otros/Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS). Política social. Cuestión prejudicial. Política social. Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario. Directiva 80/987/CEE. Limitación de la obligación de pago de las instituciones de garantía. Responsa-**

bilidad del Estado miembro debido a la adaptación tardía de su Derecho interno a una Directiva. Reparación adecuada.

128. Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 1997, Asunto C-246/96. *Mary Teresa Magorrian e Irene Patricia Cunningham/Eastern Health and Social Services Board y Department of Health and Social Services*. Política social. Cuestión prejudicial. Igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras. Artículo 119 del Tratado CE. Protocolo núm. 2 anexo al Tratado de la Unión Europea. Planes de Pensiones de Empresa. Exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de una categoría que da derecho a determinadas prestaciones complementarias por lo que respecta a la pensión de jubilación. Fecha a partir de la cual deben calcularse dichas prestaciones. Plazos procesales nacionales.
129. Sentencia TJCE de 11 de noviembre de 1997, Asunto C-409/95. *Hellmut Marschall/Land Nordrhein-Westfalen*. Política social. Cuestión prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres, apartados 1 y 4 del artículo 2 de la 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 Igual capacitación de candidatos de distinto sexo. Preferencia por las candidatas femeninas. Cláusula de apertura.
130. Sentencia TJCE de 2 de octubre de 1997, Asunto C-1/95. *Hellen Gerster/Freistaat Bayern*. Política social. Cuestión prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Funcionario. Trabajo a tiempo parcial. Cálculo de la antigüedad.
131. Sentencia TJCE de 2 de octubre de 1997, Asunto C-100/95. *Brigitte Kording/Senator für Finanzen*. Política social. Cuestión prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Funcionario. Trabajo a tiempo parcial. Derecho a la exención del examen de acceso a una profesión. Discriminación indirecta.
132. Sentencia TPICE de 14 de julio de 1997, Asunto T-81/95. *Interhotel/Comisión de las Comunidades Europeas*. Política social. Fondo Social Europeo. Ayudas para financiar acciones de formación profesional. Recurso de anulación. Comunicación de

la Decisión de aprobación. Decisión sobre la solicitud de pago del saldo. Seguridad Jurídica. Confianza legítima. Motivación.

133. Sentencia TPICE de 15 de octubre de 1997, Asunto T-331/94. *IPK-München GmbH/Comisión de las Comunidades Europeas*. Política social. Ayuda a la financiación de un proyecto de turismo ecológico. Reducción. Recurso de anulación. Admisibilidad. Acto confirmatorio. Seguridad jurídica. Confianza legítima. Motivación.

PRINCIPIOS DE DERECHO COMUNITARIO

134. Sentencia TJCE de 2 de octubre de 1997, Asunto C-122/96. *Stephen Austin Saldanha y MTS Securities Corporation/Hiross Holding AG*. Principios de Derecho comunitario. Cuestión prejudicial. Igualdad de trato. Discriminación por razón de la nacionalidad. Doble nacionalidad. Ámbito de aplicación del Tratado. *Cautio judicatum solvi*. El párrafo primero del artículo 6 del Tratado CE debe ser interpretado en el sentido de que se opone a que un Estado miembro exija la constitución de una *cautio judicatum solvi* a un nacional de otro Estado miembro que también es nacional de un tercer país, en el que tiene su domicilio, cuando esta persona, que carece de bienes y domicilio en el primer Estado miembro, ha presentado allí, en calidad de accionista, una demanda ante un tribunal civil contra una sociedad establecida en dicho Estado, mientras que no se impone esta exigencia a los propios nacionales de éste que carecen en él de bienes y domicilio.

RELACIONES EXTERIORES

135. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-97/95. *Pascal & Filhos Lda/Fazenda Pública*. Relaciones exteriores. Cuestión prejudicial. Derechos de aduana. Métodos de cooperación administrativa. Procedimientos de comprobación de los certificados EUR.1. Recaudación a posteriori de derechos de aduana. Responsable de la deuda aduanera.
136. Sentencia TJCE de 30 de septiembre de 1997, Asunto C-36/96. *Faik Günaydin y otros/Freistaat Bayern*. Relaciones exteriores. Cuestión prejudicial. Acuerdo de Asociación CEE-Turquía.

Decisión del Consejo de Asociación. Libre circulación de los trabajadores. Conceptos de pertenencia al mercado legal de trabajo de un Estado miembro y de trabajo legal. Permisos de trabajo y de residencia temporales y condicionales. Solicitud de prórroga del permiso de residencia. Abuso de derecho.

137. Sentencia TJCE de 30 de septiembre de 1997, Asunto C-98/96. *Kasim Ertanir/Land Hessen*. Relaciones exteriores. Cuestión prejudicial. Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. Decisión del Consejo de Asociación. Libre circulación de los trabajadores. Conceptos de pertenencia al mercado legal de trabajo de un Estado miembro y de trabajo legal. Permiso de residencia limitado al ejercicio de una actividad de cocinero de platos típicos en una empresa designada nominalmente. Periodos no cubiertos por un permiso de trabajo y/o de residencia. Cálculo de los periodos de empleo.

SOCIEDADES

138. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-43/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana*. Derecho de sociedades. Incumplimiento de Estado. Directiva 93/36/CEE. No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado.
139. Sentencia TJCE de 16 de diciembre de 1997, Asunto C-104/96. *Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA/Erik Aarnoud Minderhoud (síndico de la quiebra de Mediasafe BV)*. Derecho de sociedades. Cuestión Prejudicial. Derecho de sociedades. Primera Directiva 68/151/CEE. Ambito de aplicación. Representación de sociedades. Conflicto de intereses. Falta de poderes del administrador para obligar a la sociedad. Régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de órganos sociales en situaciones de conflicto de intereses con la sociedad.
140. Sentencia TJCE de 16 de diciembre de 1997, Asunto C-341/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. Derecho de sociedades. Incumplimiento de Estado. Directiva 93/36/CEE. No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. La República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del apar-

tado 1 del artículo 34 de la Directiva 93/63/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, al no adoptar en el plazo señalado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a la Directiva.

141. Sentencia TJCE de 16 de diciembre de 1997, Asunto C-402/96. *European Information Technology Observatory, Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*. Derecho de sociedades. Prejudicial. Agrupación europea de interés económico. Denominación social. La letra a) del artículo 5 del Reglamento (CEE) núm. 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE). Denominación que contenga obligatoriamente las palabras «agrupación europea de interés económico» o las siglas «AEIE».
142. Sentencia TJCE de 16 de octubre de 1997, Asunto C-304/96. *Hera SpA/Unità sanitaria locale n. 3-genovese (USL)* y otros. Derecho de sociedades. Cuestión prejudicial. Directiva 93/37/CEE. Contratos públicos. Ofertas que presentan un carácter anormalmente bajo, apartado 4 del artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.
143. Sentencia TJCE de 18 de diciembre de 1997, Asunto C-5/97. *Ballast Nedam Groep NV/Belgische Staat*. Derecho de sociedades. Cuestión Prejudicial. Libre prestación de servicios. Contratos públicos de obras. Clasificación de contratistas. Entidad que debe tenerse en cuenta. Persona jurídica que domina un grupo.

TRANSPORTES

144. Sentencia TJCE de 17 de julio de 1997, Asuntos acumulados C-248/95 y C-249/95. *SAM Schifffahrt GmbH y otros/Bundesrepublik Deutschland*. Transportes. Cuestión prejudicial. Navegación interior. Saneamiento estructural. Cotización al Fondo de desguace. Validez de la normativa comunitaria.

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

PARTE GENERAL

1. **GOBIERNO. POTESTAD REGLAMENTARIA. Se procede a su regulación**

Ley 50/1997, de 27 de noviembre («BOE» del 28).

Las previsiones contenidas en la presente Ley son las siguientes:

El título I de la Ley se dedica a regular la composición y organización del Gobierno, así como sus órganos de colaboración y apoyo. En este sentido resulta destacable la consideración, como miembros del Gobierno, del Presidente –cuya posición de supremacía resulta plenamente coherente con el Texto Constitucional–, los Vicepresidentes –cuando existan–, y los Ministros –incluidos los Ministros sin cartera–. En cuanto a los Secretarios de Estado, la opción legislativa ha consistido en potenciar su ámbito funcional pero sin considerarlos como miembros del Gobierno, sino como órganos de colaboración cualificados –órganos entre los que se incluyen también la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, el Secretariado del Gobierno y los Gabinetes.

La regulación del estatuto de los miembros del Gobierno, incluyendo los requisitos de acceso al cargo, nombramiento y cese, sistema de suplencias e incompatibilidades, así como las materias relativas al nombramiento, cese, suplencia e incompatibilidades de los Secretarios de Estado y el nombramiento y cese de los Directores de Gabinete, se regulan en el título II de la Ley.

* Se refiere a las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el cuarto trimestre de 1997.

Los títulos III y IV se dedican, respectivamente, a establecer las reglas de funcionamiento del Gobierno –incluyendo, lógicamente, las relativas al Consejo de Ministros–, y a regular el Gobierno en funciones.

El título V, de especial relevancia, se dedica a la regulación del procedimiento para el ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno y al ejercicio de la potestad reglamentaria. En relación con esta última se contempla la imposibilidad de que mediante una norma reglamentaria se tipifiquen delitos, faltas o infracciones administrativas, se establezcan penas o sanciones y se impongan tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

También se contemplan los principios de competencia y jerarquía que rigen las relaciones entre las normas reglamentarias –Reales Decretos del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros, y, a continuación, Órdenes Ministeriales– y la tradicional inderogabilidad particular de dichos reglamentos a través de resoluciones administrativas –aunque procedan de órganos de igual o superior jerarquía al que lo aprobara.

Entre los trámites a seguir para la elaboración de los reglamentos se prevé la necesidad de dar audiencia a los ciudadanos durante un plazo razonable no inferior a quince días cuando se trate de disposiciones que afecten a sus derechos e intereses legítimos, bien directamente o bien a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o representen. La vigencia de los reglamentos aprobados requiere, en todo caso, su íntegra publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

La regulación de la potestad reglamentaria concluye con el establecimiento de la forma que han de revestir las disposiciones y resoluciones del Gobierno, de sus miembros y de las Comisiones Delegadas, así como con la proclamación general del sometimiento de los actos del Gobierno al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable.

DERECHO DE OBLIGACIONES

2. **CONSUMIDORES Y USUARIOS. Se promulga el Estatuto del Consumidor y Usuario en Aragón**

Ley de las Cortes de Aragón 8/1997, de 30 de octubre («BOE» del 19 de noviembre).

a) Exposición:

La presente disposición ha sido promulgada en el ejercicio de la competencia exclusiva que el artículo 35.1.19 de su Estatuto de Autonomía otorga a la Comunidad de Aragón para la defensa de los consumidores y

usuarios. El texto, que presenta inevitables similitudes con el de la Ley estatal 26/1984, de 19 de julio –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XXXVIII-IV, núm. 4–, prevé el establecimiento de un conjunto de medidas y actuaciones orientadas a garantizar los tradicionales derechos de los consumidores, es decir, los relativos a la protección de su salud y seguridad, intereses económicos y sociales, información sobre los productos y servicios ofertados, educación en materia de consumo, representación en las asociaciones de defensa de sus intereses, y protección ante las especiales situaciones de inferioridad, y subordinación en que puedan encontrarse individual o colectivamente.

El sistema de protección se articula también mediante el establecimiento de obligaciones y prohibiciones legales que dan lugar a sanciones imponibles en vía administrativa, razón que, como señala Díez-Picazo –en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid 1993, tomo I, p. 137–, mueve a la duda acerca de la posibilidad de considerar que nos encontramos ante auténticos derechos subjetivos de los consumidores.

Se crea además el inevitable Consejo Aragonés de los Consumidores y Usuarios, como órgano de consulta en la elaboración de las disposiciones que afecten a dicho colectivo, y se establece una prolífica tipificación de conductas constitutivas de infracción a los preceptos contenidos en la Ley, así como de las sanciones aplicables a los sujetos responsables.

Más allá del establecimiento de deberes de información en fase precontractual sobre los productos y servicios ofertados –cuya desatención conlleva las correspondientes sanciones administrativas–, la Ley autonómica no contiene disposición alguna directamente relacionada con el contenido de los contratos celebrados o la eficacia de sus cláusulas, evitándose así la invasión de las competencias estatales relacionadas con la legislación civil, legislación mercantil y bases de las obligaciones contractuales.

Como dato pintoresco que pone de manifiesto la creciente irrupción de consideraciones ecológicas en todos los sectores del ordenamiento, resulta destacable que la Ley incluya, entre los derechos básicos de los consumidores, el relativo a disfrutar de un medio ambiente adecuado –artículo 4 de la norma presentada–. Esta licencia del legislador autonómico resultaría escasamente trascendente si se limitara a fundamentar la imposición a los productores de «obligaciones» tan exquisitamente incoercibles como la prevista en el artículo 7.f) de la Ley presentada –y consistente en «facilitar que los envases y embalajes de los productos, en lo posible, sean recuperables, tengan un tamaño reducido y no afecten negativamente al medio ambiente»–. Lejos de ello, constituye el apoyo necesario –aunque a nuestro juicio insuficiente– para que en su artículo 47.d) se contemple la reparación del daño causado al medio ambiente como un efecto accesorio de la sanción impuesta por la comisión de alguna de las infracciones contempladas en la Ley, complicando la distinción entre lo que constituye restauración del orden vulnerado y responsabilidad civil e irrumpiendo, sin título competencial para ello, en materia tan delicada como la de la responsabilidad por los daños causados al medio ambiente.

b) Comentario:

En un brillante trabajo (publicado en los números 4472 y 4473 de la revista *La Ley* bajo el título «¿Es oportuno elaborar una Ley de Responsabilidad Civil Medioambiental?»), Gema Díez-Picazo Giménez destacaba la conveniencia de que el legislador se expresara con claridad y sencillez, habida cuenta de la certeza que ello supone para los destinatarios de la norma y de la simplificación de la labor interpretativa que conlleva. Lamentablemente, esa necesidad de claridad y concisión —inequívocamente relacionada con el principio constitucional de seguridad jurídica— resulta frecuentemente desatendida por los legisladores, y precisamente la Ley estatal 26/1984 constituye un buen ejemplo de nuestra pesimista afirmación.

En este sentido puede afirmarse que, más allá de sus buenas intenciones, la Ley autonómica objeto de presentación no contribuye precisamente a aliviar estos problemas en tanto adolece de una elevada imprecisión terminológica, es reiterativamente programática, descende a la regulación de materias cuya sede más idónea sería la de una disposición reglamentaria e incide en una mezcla de materias y reiteración conceptual que produce en el lector una alternativa sensación de sorpresa y de *déjà vu*.

La imprecisión comienza desde la definición misma del ámbito de aplicación de la norma, contenida en sus artículos 1 y 3. El último de los preceptos citados considera consumidor y usuario, a los efectos de lo dispuesto en la Ley, a «las personas físicas o jurídicas y las entidades asociativas sin personalidad jurídica que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, bienes, productos, servicios o actividades, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden». Cuando se intente aplicar el específico régimen sancionador previsto por la norma autonómica, la confusa definición de su ámbito de aplicación puede plantear problemas sobradamente conocidos para los especialistas en derecho internacional privado: ¿se aplicarán sus sanciones al distribuidor cuando un sevillano —en viaje turístico— consuma en Aragón un producto defectuoso que adquirió en Madrid?

El carácter programático de la norma se pone de manifiesto a lo largo de casi todo su prolijo articulado, con reiteradas llamadas a las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma para que vele por la protección de los intereses y derechos de los consumidores, como si no bastara con las referencias de los artículos 51 y 53.3 de la Constitución española. Quizá fuera conveniente actuar más y apelar menos a la acción, sobre todo cuando las prescripciones de la Ley no son necesarias para amparar nuevas posibilidades de intervención administrativa, ni prevén consecuencia alguna para su incumplimiento.

La inclusión de materias poco relacionadas con el objeto principal regulado por la Ley —con la consiguiente sorpresa para el aplicador del derecho y detrimento de la seguridad jurídica que ello supone— ya se ha puesto de manifiesto al aludir, en la exposición de su contenido, a las

curiosas implicaciones medioambientales que plantea, y quizá resultaría conveniente reiterar aquí que el llamado «derecho de los consumidores», que con más corrección debiera llamarse «derecho del consumo», es un continente demasiado estrecho para albergar derechos o intereses que corresponden a la persona, con abstracción total de su condición de consumidor y de la medida en que lo sea.

Los dos defectos citados con anterioridad –carácter programático e inclusión de materias extravagantes– se pone de manifiesto en el artículo 11 de la norma presentada, según el cual «Las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el ámbito de sus respectivas competencias, tomarán las medidas necesarias para mejorar la seguridad viaria. Con esta finalidad, cuidarán el mantenimiento, la conservación y la señalización adecuada de las vías públicas y realizarán campañas para promover el respeto de las normas que regulan el tráfico».

Poco comentario merece la inclusión, en una Ley de consumidores, de un precepto como el citado, cuya única defensa es su absoluta carencia de eficacia normativa. Si el criterio sistemático utilizado por el Legislativo autonómico consistió en entender que quien utiliza una vía pública es consumidor de un servicio prestado por la Administración, y de ahí el establecimiento de prescripciones para conseguir que ese servicio se preste con un determinado nivel de calidad y seguridad, no entendemos la razón de que la norma omita previsiones análogas acerca de la mejora en la prestación de todos los servicios transferidos –comenzando por la gestión del sistema público de asistencia sanitaria.

Por último, y si el lector quiere algún ejemplo concreto de reiteración, le invitamos a comparar el contenido de los artículos 34.1 y 32 de la norma presentada, relativos a la emisión de espacios y programas destinados a la información de consumidores en los medios de comunicación social de titularidad pública.

3. SECTOR ELÉCTRICO. Se procede a su regulación y a la de los contratos de suministro

Ley 54/1997, de 27 de noviembre («BOE» del 28).

Mediante la presente disposición se modifica el marco legal de un sector tan determinante para la economía como el de la energía eléctrica, derogándose expresamente la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, con la exclusiva salvedad de su disposición adicional octava.

Las líneas maestras de la norma parten del abandono del tradicional concepto de servicio público, que pasa a sustituirse por la expresa garantía del suministro a los demandantes, y de la explotación unificada del sistema eléctrico nacional por una sociedad de mayoría pública, que pasa a sustituirse por dos sociedades mercantiles privadas. Además se establecen las líneas a seguir por la Administración para autorizar instalaciones

de producción de energía eléctrica y se liberaliza el transporte y distribución de la misma, generalizando el acceso de terceros a las redes.

Entre otras previsiones de indudable interés para el Derecho Privado, nos permitimos destacar las siguientes:

1. La suspensión del suministro a los consumidores sólo puede producirse –de acuerdo con el artículo 50–, en los siguientes supuestos:

– Cuando conste dicha posibilidad en el contrato de suministro, que, en el caso de consumidores no cualificados, nunca podrá invocar problemas de orden técnico o económico que lo dificulten. En este sentido ha de señalarse que la Ley considera consumidores cualificados a los productores, distribuidores y comercializadores, además de aquellos a los cuales se atribuya esa condición reglamentariamente.

– Por causa de fuerza mayor o situaciones de las que se pueda derivar amenaza cierta para la seguridad de las personas o las cosas.

– Temporalmente, cuando sea imprescindible para el mantenimiento, seguridad del suministro, reparación de instalaciones o mejora del servicio, con autorización administrativa previa y comunicación a los usuarios en la forma que se determine reglamentariamente.

– A los consumidores privados a tarifa, cuando transcurran dos meses desde que les hubiera sido requerido fehacientemente el pago, sin que el mismo se hubiera hecho efectivo. Realizado dicho pago, el consumidor habrá de ser inmediatamente repuesto en el suministro.

– Si el suministrado es una Administración pública, la Ley establece el devengo automático del interés legal más un 1,5 por 100 a los dos meses del requerimiento de pago. La interrupción del suministro no puede llevarse a cabo, sin embargo, hasta pasados cuatro meses.

– Tratándose de instalaciones cuyos servicios sean entendidos como esenciales, de acuerdo con los criterios que reglamentariamente se establezcan, la Ley establece la imposibilidad de suspender el suministro por morosidad.

2. En relación con los criterios de imputación de pagos establecidos por el artículo 1.172 del Código Civil, la Ley contempla una curiosa excepción al posibilitar que las empresas distribuidoras o comercializadoras afecten los pagos percibidos de clientes en situación de morosidad y que tengan suministros vinculados a servicios esenciales –y por lo tanto que no pueden ser suspendidos– al abono de las facturas correspondientes a dichos servicios, con independencia de la asignación hecha por el cliente. Se evita así –de manera similar a lo que sucede en el artículo 1866 del Código Civil– que el deudor opte por incumplir la obligación no amparada por especiales mecanismos de garantía o autotutela.

3. En los aspectos relativos a la Expropiación forzosa de terrenos e imposición de la servidumbre de paso de energía eléctrica, los artículos 52 y siguientes declaran la utilidad pública de las instalaciones de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, así como los trámites a seguir para el reconocimiento en concreto de esa utilidad pública respecto de

terrenos determinados –que implicará la necesidad de urgente ocupación de los bienes o derechos afectados–. Especial interés reviste la regulación de la servidumbre de paso de energía eléctrica –subdividida en servidumbre de paso aéreo y subterráneo–, a la cual se atribuye la consideración de servidumbre legal aun cuando parece indudable que su imposición pasa por la tramitación de un expediente expropiatorio, y no por el recurso a los tribunales ordinarios para que constituyan la servidumbre y fijen la indemnización a falta de acuerdo entre la empresa y el propietario.

El artículo 57 de la Ley regula el contenido de la servidumbre de paso de energía eléctrica y las limitaciones establecidas para su imposición, mientras el artículo 58 permite al dueño del predio sirviente cercar o edificar dejando a salvo dicha servidumbre, «siempre que sea autorizado por la Administración competente, que tomará en especial consideración la normativa vigente en materia de seguridad»: en este sentido puede resultar criticable la oscuridad de la norma, puesto que no sabemos si se refiere a la competencia sobre instalaciones de producción y conducción de energía eléctrica –como nos parece más probable–, o a la competencia para autorizar actos de utilización del suelo como son los de cierre o vallado –sometidos de modo más o menos explícito a licencia de obras en las distintas leyes autonómicas.

4. Por último, y como ya indicamos, la Ley deja vigente la disposición adicional octava de la Ley 40/1994, actualizando su texto. De esta manera se mantiene la regulación de las cesiones relativas a los derechos de compensación derivados de las inversiones destinadas a la construcción de las centrales nucleares de Lemóniz, Valdecaballeros y Trillo II y, muy en especial, la de los «Fondos de Titulización de Activos resultantes de la moratoria nuclear», creados para la adquisición y administración de los mencionados créditos.

DERECHOS REALES

4. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se adoptan Medidas Urgentes en Materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana en Castilla-La Mancha.

Ley de Las Cortes de Castilla-La Mancha 5/1997, de 10 de julio («BOE» del 17 de octubre).

a) Exposición:

La disposición presentada pretende afrontar la grave situación de inseguridad jurídica derivada de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, y en este sentido puede decirse que la finalidad perseguida es la misma que motivó la promulgación de normas análogas por las Comunidades Autónomas de Andalucía y Cantabria –y que fueron

comentadas en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo L, fascículo IV, disposición núm. 5.

Sin embargo, la fórmula adoptada para obtener esa finalidad es distinta a las seguidas por las dos Comunidades citadas, respondiendo a las siguientes líneas generales:

1.º En su contenido sustantivo, la Ley Castellano-Manchega se corresponde con la promulgada por la Comunidad Andaluza, en el sentido de mantenerse absolutamente fiel a la regulación de los preceptos del texto refundido de 1992 declarados inconstitucionales por la Sentencia 61/1997, rechazándose, por lo tanto, la elevación del aprovechamiento apropiable del 85 por 100 hasta el 90 por 100 que se estableciera en el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio –presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLIX-III, núm. 3.

En consecuencia, el aprovechamiento apropiable por los propietarios es –con carácter general y siempre que no se trate de terrenos a obtener por expropiación– el 85 por 100 del correspondiente al área de reparto en que se incluyeran sus terrenos, o, en caso de no estar dichos terrenos incluidos en áreas de reparto por tratarse de municipios en los cuales no resulten de aplicación las disposiciones relativas a la delimitación de dichas áreas, el 85 por 100 del aprovechamiento medio de la unidad de ejecución respectiva, o bien del permitido por el planeamiento.

Además se establece la inclusión en áreas de reparto de la totalidad del suelo urbano de los municipios en los cuales la Ley resulte de aplicación plena, sin hacer diferencia alguna entre suelo urbano consolidado o no consolidado, previéndose y regulándose la aplicación de transferencias de aprovechamientos para ajustar el aprovechamiento apropiable con el aprovechamiento real resultante de la aplicación de las prescripciones del plan sobre la edificabilidad real de los terrenos.

Se rechaza la inclusión en áreas de reparto de los terrenos destinados a sistemas generales adscritos o incluidos, a efectos de gestión, en esta clase de suelo. Recuérdese, en este sentido, que el texto refundido de 1992 establecía la posibilidad de incluir los sistemas generales adscritos o situados en suelo urbano en las áreas de reparto que se delimitaran en esta clase de suelo, siempre que así lo estableciera la legislación autonómica, y que la inclusión o no de esos terrenos tiene un efecto fundamental en la cuantía del aprovechamiento-tipo, que, a su vez, es la base para calcular el aprovechamiento apropiable desgraciadamente, el Tribunal Constitucional no entendió que la base del cálculo del aprovechamiento-tipo pudiera guardar relación con la igualdad básica en el ejercicio del derecho de propiedad, mientras que, incurriendo en notoria contradicción, sí entendía determinante para esa igualdad el porcentaje atribuido al propietario sobre ese aprovechamiento-tipo.

La única peculiaridad planteada por la norma objeto de presentación, en su aspecto sustantivo, consiste en haber optado por establecer un articulado propio, en lugar de inclinarse por la solución adoptada en la Ley Andaluza, que prefirió reproducir la relación de preceptos del texto refun-

dido de 1992 declarados inconstitucionales en la Sentencia 61/1997, remitiéndose al tenor que tenían dichos preceptos en su inicial redacción.

2.º En los aspectos de derecho transitorio, la norma retrotrae su eficacia a la fecha de la publicación de la Sentencia 61/1997, como ya anticipamos en la presentación de las leyes de Andalucía y Cantabria, por entender, según su exposición de motivos, que «La expulsión del ordenamiento urbanístico, con efecto general o para todos de los correspondientes preceptos legales declarados nulos, es eficaz tan sólo a partir de la publicación de la referida sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”; de suerte que dicha eficacia no es trasladable sin más a los efectos sean de planeamiento o de ejecución de éste producidos durante el tiempo que media entre la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y la expresada publicación de la sentencia».

b) Comentario:

En primer lugar, parece destacable el hecho de que en las leyes autonómicas que intentan afrontar el caos urbanístico producido por la poco afortunada Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, se vayan intuendo dos tendencias diferenciadas: la máxima fidelidad a los mecanismos de gestión y a los porcentajes de participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas derivados de los preceptos del texto refundido de 1992 que fueron declarados inconstitucionales, cuando la Ley en cuestión procede de una Comunidad Autónoma con Gobierno y mayoría parlamentaria del Partido Socialista Obrero Español, y la desconfianza hacia la delimitación de áreas de reparto en suelo urbano consolidado, así como la tendencia a reducir los porcentajes de aprovechamiento que corresponden a la Comunidad en concepto de participación en plusvalías, cuando el Ejecutivo autonómico y la mayoría parlamentaria corresponden al Partido Popular –aunque esa reducción de la participación en plusvalías se vea compensada por la imposición a los propietarios del deber de costear la urbanización del suelo en que ha de situarse el aprovechamiento de la Administración, como sucede en las medidas contempladas por la Ley de la Comunidad de Madrid, cuya presentación en estas páginas se producirá tras su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

En los aspectos relativos al derecho transitorio, la norma aprobada por la Comunidad de Castilla-La Mancha puede resultar más criticable, puesto que, como hiciera la Ley 1/1997 de Cantabria, se inclina por entender que la declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos en relación con los planes aprobados o en tramitación. En relación con este problema cabría decir que las Sentencias del Tribunal Constitucional son meramente declarativas de una contradicción existente *ab initio* entre la norma suprema con eficacia directa –Constitución– y la norma jerárquicamente subordinada. Por lo tanto las sentencias del Tribunal Constitucional, en cuanto declaran la inconstitucionalidad de una

Ley, han de tener una eficacia *ex nunc* que sólo cede, como excepción, en beneficio de la llamada «santidad de la cosa juzgada», y en los términos establecidos por el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En este sentido, y como hiciéramos al comentar las leyes de Andalucía y Cantabria, volvemos a mostrarnos totalmente de acuerdo con la opinión de Jiménez de Cisneros-Cid —en «Las técnicas urbanísticas de equidistribución y la doctrina del Tribunal Constitucional...», publicado en la *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 153, página 85—, cuando destaca que el resultado práctico a que se llega tras la STC 61/1997 «es a confirmar que el texto refundido de 1976 nunca dejó de estar vigente desde su promulgación, salvo los artículos afectados por las sucesivas modificaciones legislativas estatales, siempre que éstas se efectuaran dentro del ámbito competencial reservado al Estado».

Obviamente, la inconstitucionalidad de una Ley ha de implicar la de los reglamentos y demás normas jerárquicamente subordinadas a la misma y aprobadas bajo su cobertura para su desarrollo y ejecución, puesto que resultaría absurdo que la consecuencia jurídica inconstitucional pudiera perpetuarse al amparo de lo dispuesto en una norma reglamentaria. Lo que sucede es que la inconstitucionalidad o ilegalidad sobrevenida de esas normas de rango inferior a la Ley habrá de ser declarada por los Tribunales configuradores de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya jurisprudencia se verá determinada por la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de cobertura.

En consecuencia, y si consideramos que el texto refundido de 1976 no contemplaba cesión alguna en concepto de participación en plusvalías cuando se actuaba en suelo urbano, y que, tratándose de suelo urbanizable, esa participación se cifraba en el 10 por 100 del aprovechamiento medio del sector —artículo 84.3.b del mencionado texto legal—, la ilegalidad de los planes aprobados antes de la entrada en vigor de la Ley presentada y adaptados a los preceptos del texto refundido de 1992 declarados inconstitucionales —en especial los que fijaban una participación de la Administración en las plusvalías urbanísticas del 15 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto, con independencia de la clase de suelo en que se actuara— parece perfectamente defendible, en contra de la argumentación desplegada en la Exposición de Motivos de la misma.

Desde luego, la solución de la Ley Andaluza, cuya disposición transitoria contempla la aplicación de sus preceptos a los planes cuya tramitación hubiera comenzado antes de su entrada en vigor y a los definitivamente aprobados según la regulación contenida en el texto refundido de 1992, parece preferible. Especialmente si descartamos la posibilidad de entender que la Constitución constituye un obstáculo para la retroactividad de las leyes —excepto en los supuestos expresamente contemplados por su artículo 9.3—, y si consideramos la dificultad que plantea alegar colisión alguna entre esa retroactividad, en el caso concreto que estamos planteando, y el principio de seguridad jurídica contemplado en el citado precepto constitucional —por las razones que expusimos en nuestro comentario a la Ley Andaluza.

5. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se regula la construcción y explotación de infraestructuras en la Región de Murcia

Ley de la Asamblea Regional de la Región de Murcia 4/1997, de 24 de julio («BOE» del 28 de noviembre).

La presente disposición pretende proporcionar un marco legal definido y unitario para la promoción de proyectos destinados a dotar de infraestructuras públicas a la Comunidad Autónoma. El resultado es muy similar al de una recopilación legislativa donde se regulan, entre otros aspectos, los mecanismos orientados a coordinar los proyectos de infraestructuras con los planes urbanísticos –respecto de los cuales las infraestructuras tienen la consideración de sistemas generales–, algunas peculiaridades del contrato de concesión de obras públicas y de la concesión demanial –como mecanismos utilizables alternativamente para la construcción y explotación de las infraestructuras– y la consideración de los terrenos destinados a albergar la infraestructura como dominio público para cuya obtención podrá recurrirse a los procedimientos contemplados por la Ley de Expropiación Forzosa, al convenio urbanístico o a cualquier otro procedimiento de gestión contemplado en la legislación urbanística aplicable, previéndose también la posibilidad de imponer contribuciones especiales para la financiación de las infraestructuras.

DERECHO REGISTRAL

6. NOTARIOS Y REGISTRADORES. Se establece el régimen jurídico de los adscritos a la Dirección General de los Registros y del Notariado

Real Decreto 1786/1997, de 1 de diciembre («BOE» del 20).

La presente disposición viene a desarrollar, en un único texto, las normas aplicables a las diez plazas directamente dependientes del Director General de los Registros y del Notariado a las cuales se hacía referencia en el artículo 127 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social –presentado en estas mismas páginas de Información Legislativa.

En especial, la norma se ocupa de la regulación de los criterios aplicables para la asignación de las plazas –incluyendo los méritos alegables por los interesados y su valoración máxima–, del régimen jurídico aplicable a los Notarios y Registradores adscritos –incluyendo las cuestiones relacionadas con las sustituciones, renuncia, cese y remoción– y de las funciones a desarrollar por dichos profesionales –principalmente relacionadas con la elaboración de las propuestas de resolución de los recursos

que han de ser resueltos por el Director General, pero también con la elaboración de los anteproyectos de disposiciones de carácter general e informes relacionados con las materias competencia de la Dirección General en el ámbito del Derecho privado.

DERECHO PROCESAL

7. **SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. Se regula la asistencia jurídica al Estado e Instituciones públicas**

Ley 52/1997, de 27 de noviembre («BOE» del 28).

a) Exposición:

La presente Ley se estructura en tres capítulos que regulan los distintos aspectos que singularizan el régimen de la asistencia jurídica que se presta al Estado, entendido en amplio sentido, toda vez que una parte de sus disposiciones son aplicables también a las Comunidades Autónomas y a otros órganos que no forman parte, estrictamente, de la Administración del Estado.

1.º La asistencia jurídica al Estado: La primera parte de la Ley realiza una delimitación de su objeto desde los puntos de vista funcional y orgánico. Con arreglo al primero se abarcan las actuaciones de asesoramiento jurídico y de representación y defensa en juicio, es decir los ámbitos tradicionales de actividades consultivas y contenciosas.

En cuanto al destinatario de tales funciones, la Ley evidencia la pluralidad de regímenes especiales que coexisten en el ámbito administrativo y cuyo deslinde respecto del general, que es el ámbito propio de esta Ley, resulta a veces difícil.

Así, además del régimen común, propio del Estado y sus Organismos autónomos, se alude al que pueden ostentar los órganos constitucionales, la Administración militar, la Administración de la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, los Entes públicos empresariales o el propio Estado en sus relaciones internacionales.

La asistencia jurídica común se organiza en la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, en la que se integra el Cuerpo de Abogados del Estado, que desempeña las funciones que comprende.

La Dirección se configura como centro superior consultivo y además centro directivo, jerárquicamente superior a las distintas Abogacías del Estado, que se distingue claramente de los demás órganos administrativos que también desarrollan funciones de asesoramiento.

2.º Representación y defensa en juicio del Estado: Se regulan casos singulares de la actuación de los Abogados del Estado, previniendo la posible contraposición de intereses entre organismos o entes por ellos

representados, la exigencia de autorización expresa para disponer de la acción procesal o la actuación en procedimientos arbitrales.

3.º Especialidades procesales: La Ley depura la regulación de los tradicionalmente denominados «privilegios procesales del Estado», sin perjuicio de su mantenimiento en cuanto son consecuencia de la necesaria tutela de los intereses públicos. Así, se establece la comunicación directa de los actos procesales a las Abogacías del Estado, la exención de depósitos y garantías, el destino de las costas en caso de condena, la suspensión de plazos con el fin de elevar la preceptiva consulta y el especial fuero territorial que atribuye la competencia a los órganos judiciales de las capitales de provincia.

Finalmente una serie de disposiciones adicionales insertan las innovaciones de esta Ley en el resto del ordenamiento y prevén dos medios para conseguir la debida virtualidad de los principios que proclama: Su desarrollo reglamentario y la adopción de los medios precisos para asegurar la unidad de doctrina en este tipo de actuaciones.

b) Observaciones:

La presente Ley pone término a una situación de indefinición administrativa que venía dificultando la actuación de las Abogacías del Estado y, en definitiva, perjudicando sus funciones.

Además del lastre tradicional que suponía la falta de precisión del rango normativo de su disposición básica, el Decreto-Ley de 21 de enero de 1925, se añadieron cambios organizativos, reorganizaciones funcionariales y un constante recelo o suspicacia de los titulares del poder político hacia el desempeño de sus funciones profesionales por los Abogados del Estado, reflejado, en parte, en la proliferación de supuestos en que se evitaba su postulación procesal.

La nueva Ley no corrige todas las deficiencias existentes pero pone los medios para llegar a ello.

En cuanto a la pervivencia de un régimen procesal especial para el Estado y su clara formulación en el nuevo texto, sólo cabe recomendar la lectura de la exposición de motivos de la Ley que, en unos tiempos de innegable falta de calidad en la normativa, destaca por cumplir brillantemente su misión de ilustrar sobre sus fundamentos y finalidad.

8. PODER JUDICIAL. Se modifica su Ley Orgánica reguladora

Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre («BOE» del 5).

La reforma presentada responde a una serie de heterogéneas finalidades que pueden sistematizarse del modo siguiente:

En primer lugar, se trata de resolver el problema planteado por la inexistencia de un cauce procesal para declarar la nulidad de actuaciones

por vicio procesal una vez recaída sentencia definitiva. Para ello se modifica el apartado número 2 del artículo 240 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XXXVIII-IV, núm. 21–, y se introducen dos nuevos apartados que contemplan un incidente destinado a tratar los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible.

Entre las normas destinadas a modificar el estatuto judicial, revisten especial interés las destinadas a evitar que el ejercicio de potestades jurisdiccionales pueda verse «contaminado» por el desempeño previo de un cargo político por parte del Juez o Magistrado. En este sentido se limitan drásticamente los cargos públicos cuyo desempeño por Jueces y Magistrados implica la situación de servicios especiales, se establece un plazo de tres años para reintegrarse al servicio de plaza o destino que implique ejercicio de la potestad jurisdiccional y se establece una nueva causa de abstención y recusación relacionada con el desempeño anterior por el Juez o Magistrado de cargo público con ocasión del cual haya podido formar criterio sobre el objeto del pleito, las partes, sus representantes y asesores. Las mismas cauteles se declaran aplicables a quienes accedan a la Carrera Judicial tras el desempeño de los puestos de naturaleza política expresados en la Ley.

Por último se contempla un sistema de promoción para los Secretarios Judiciales similar al de los Jueces, estableciendo la posibilidad de atender, en provisión temporal, Secretarías vacantes por quedar desierta la plaza convocada a concurso o no ocuparla su titular por encontrarse en situación administrativa legalmente autorizada.

9. JUICIO EJECUTIVO. Se reforman los artículos 1454 y 1455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Ley 51/1997, de 27 de noviembre («BOE» del 28).

a) Exposición:

La presente disposición viene a modificar el artículo 1454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para introducir el deber del Juzgado de dirigirse a todo tipo de Registros públicos, organismos públicos y entidades financieras que indique el acreedor para obtener la relación de bienes y derechos del deudor. En particular se prevé la solicitud de tal información de la autoridad tributaria o de la Seguridad Social, cuando así se solicitare por el acreedor. Además se dispone que habrá de procederse a la remoción de los bienes a favor del depositario designado en el mismo acto de designación, siempre que así lo solicitara el acreedor.

En consecuencia queda sin contenido el párrafo tercero del artículo 1455 de la citada norma procesal, que contemplaba la solicitud de información como una facultad del Órgano Judicial y sólo en relación con la

mejora del embargo, aun cuando hubiera sido extendida por la Jurisprudencia a la práctica del embargo.

b) Comentario:

El Derecho privado se orienta, en los momentos actuales, hacia una cierta hipertrofia en el estudio del Derecho de Obligaciones y, además, hacia una reinterpretación de este sector del ordenamiento marcada por la prevalencia del interés del acreedor. Esta nueva orientación, indudablemente coherente con la relación que existe entre el crédito y el crecimiento del ciclo producción-consumo, identificado por los postulados de la moderna economía con el bienestar y el progreso, plantea algunos riesgos. Entre esos riesgos podríamos apuntar el consistente en olvidar que detrás de la obligación están las cosas –como objeto en las de dar y como patrimonio de responsabilidad en todas ellas–, y que poca utilidad tendrá para el acreedor la vigencia de un Derecho de Obligaciones técnicamente perfecto, si la regulación de las posiciones jurídico-reales, o de los mecanismos de ejecución, hacen que los bienes de su deudor resulten inútiles para satisfacer su interés al encontrarse afectados por privilegios de la más diversa índole, resultar ilocalizables o ser inalcanzables.

En este sentido resultan elogiadas las medidas que, como la presentada, tienden a aproximar teoría y praxis, evitando que el acreedor, si es que su interés ha de ser el prevalente, vea limitada su tutela a la obtención de una sentencia que declare, de modo tan indubitado como inútil, que su deudor efectivamente debe. Pero resultaría deseable que el legislador no limitara su atención a la regulación de medidas tendentes a perseguir a los «pequeños deudores», para evitar así la sensación, aludida en su exposición de motivos, de que «las reclamaciones judiciales son inefectivas y que la responsabilidad prevista en el artículo 1911 del Código Civil no es realmente tal, cuando se trata de deudas de cuantía mediana o pequeña y el deudor no tiene una solvencia pública y acreditada».

Porque ante la invocación al sentimiento de ineficacia del Derecho existente en la opinión pública que el legislador plantea, también cabría aducir que tal vez esos acreedores –muy frecuentemente entidades de crédito– deberían abstenerse de incentivar tan reiteradamente a quienes carecen de «solvencia pública y acreditada» para que se endeuden con ellos. Por no mencionar el hecho innegable de que la sensación existente entre los ciudadanos acerca de la ineficacia de las reclamaciones judiciales y de la responsabilidad prevista en el artículo 1911 del Código Civil también existe –y quizá de modo aún más acusado– cuando el deudor es lo suficientemente hábil para acudir a los numerosos mecanismos establecidos para evitarla. Nos referimos, por poner algunos ejemplos, a los frecuentes excesos en la utilización de la forma societaria para limitar el alcance de la responsabilidad, cuando no a la explosiva combinación

entre esa forma societaria y el establecimiento de la sede social en uno de esos paraísos fiscales cuyas entidades bancarias se especializan en suministrar opacidad a su clientela.

OTRAS DISPOSICIONES

10. HACIENDA DE CASTILLA-LA MANCHA. Se procede a su regulación

Ley de Las Cortes de Castilla-La Mancha 6/1997, de 10 de julio («BOE» del 17 de octubre).

La presente disposición pretende acabar con las dificultades planteadas por la aplicación en Castilla-La Mancha, como derecho supletorio estatal, del Real Decreto Legislativo 1091/88, de 23 de septiembre, por el cual se aprobaba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria –presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLI-IV, núm. 19–, pese a que dichas dificultades no fueran insuperables y se limitaran a la necesidad de interpretar los preceptos estatales para aplicarlos en un ámbito competencial y en una estructura administrativa diferentes, como la propia Exposición de Motivos de la norma presentada menciona.

La Ley aparece sistematizada en un título preliminar –que define el contenido y ámbito de aplicación de la misma– y en otros seis títulos que se dedican, respectivamente, al régimen de la Hacienda Pública de Castilla-La Mancha, los presupuestos generales, las operaciones financieras y tesorería, el control interno, la contabilidad pública, y las responsabilidades de autoridades, funcionarios y demás personal al servicio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Especialmente relevantes resultan los preceptos del título primero dedicados a las prerrogativas establecidas en favor de la Comunidad Autónoma para el cobro de tributos, precios públicos, cantidades que hubieran de percibirse en virtud de un acto o contrato administrativo y cualesquiera otros recursos de derecho público, y que son las contempladas en la Ley General Tributaria en favor de la Hacienda del Estado. Se incluye, obviamente, la posibilidad de acudir al procedimiento administrativo de apremio, regulado en el artículo 24 de la Ley autonómica, y el devengo automático de intereses de demora desde el día siguiente al vencimiento del plazo establecido para el pago –art. 26–. Sin embargo, en relación con las obligaciones económicas de la Hacienda Pública de Castilla-La Mancha se establece también la imposibilidad de que los Tribunales, Jueces y autoridades administrativas despachen mandamientos de ejecución o dicten providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la Hacienda Pública de Castilla-La Mancha, así como la necesidad de reclamación, en los términos del

artículo 32, para que los créditos contra la mencionada Hacienda devenguen interés.

En relación con la responsabilidad de las autoridades, funcionarios y personal al servicio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, por los daños y perjuicios derivados de la adopción de resoluciones o realización de actos con infracción de las normas reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad, mediando dolo o culpa grave por su parte, se contempla la tradicional extensión de los daños resarcibles atendiendo a la conducta dolosa o culposa del agente, considerándose los perjuicios declarados en el correspondiente expediente instruido al interesado como ingreso de derecho público, a los efectos de otorgarles el privilegio contemplado en el artículo 22 de la Ley y posibilitar su exacción por la vía de apremio.

11. PUERTOS DEL ESTADO Y MARINA MERCANTE. Se modifica su Ley reguladora

Ley 62/1997, de 26 de diciembre («BOE» del 30).

Las modificaciones introducidas por la presente disposición en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLVI-I, núm 6–, afectan a la organización y explotación del sistema portuario de titularidad estatal, con la finalidad de reforzar la autonomía de las Autoridades Portuarias, regular la participación de las Comunidades Autónomas en su estructura y organización mediante la designación de sus órganos de gobierno, potenciar la presencia del sector privado en las operaciones portuarias y configurar el ente Puertos del Estado como órgano de coordinación y control del sistema portuario. También resulta destacable la regulación de los elementos esenciales de los cánones, con lo cual se da cobertura legal a las mencionadas prestaciones patrimoniales de carácter público.

12. CONTRATO DE TRABAJO. Se establecen medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida

Ley 63/1997, de 26 de diciembre («BOE» del 30).

La presente disposición recoge el contenido del Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo –presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo L, fascículo III, disposición núm. 12–, con las adaptaciones formales precisas para mantener la identidad de las medidas incluidas en aquella norma, en especial en los aspectos relativos a los períodos de vigencia de las mismas.

13. **PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO. Se aprueban los correspondientes a 1998**

Ley 65/1997, de 30 de diciembre («BOE» del 31).

Entre las múltiples previsiones establecidas por la Ley objeto de presentación, pueden destacarse las relativas al incremento de las retribuciones del personal público y de las pensiones en una cuantía igual al índice de inflación previsto, las relativas a la Oferta de Empleo Público —que continúan limitando las plazas de nuevo ingreso por debajo del 25 por 100 de la tasa de reposición de efectivos salvo en Fuerzas Armadas, Cuerpos de Seguridad, personal de Administración de Justicia, Educación y Policías Autónomas en proceso de despliegue—, o las que afectan a la regulación de aspectos puntuales de determinados tributos —cuya inclusión en la presente Ley y no en la 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, presentada a continuación, resulta un tanto sorprendente.

14. **MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL. Se procede a su adopción**

Ley 66/1997, de 30 de diciembre («BOE» del 31).

La presente disposición, verdadera ley de acompañamiento de la de Presupuestos Generales del Estado, incorpora todo ese heterogéneo conjunto de medidas que se habían ido añadiendo al contenido de esta última y cuya incorporación resultaba tan inconveniente atendidas las peculiaridades concurrentes en la forma de aprobación de las leyes de presupuestos y la limitación temporal de su vigencia. Más difícil resulta paliar los inconvenientes que para la seguridad jurídica representa la enorme disparidad de normas modificadas en virtud de un texto como el presentado, cuyo contenido sólo puede aproximarse en estas páginas de manera fragmentaria.

En este sentido, parecen especialmente destacables los siguientes aspectos de la Ley:

- En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se incrementan los límites de la reducción por aportaciones a planes de pensiones, posibilitando la deducción en los ejercicios siguientes de los eventuales excesos sobre ese límite. En los rendimientos empresariales se modifica el régimen de estimación objetiva y se sustituye el de coeficientes por una nueva modalidad de estimación directa simplificada.

- En el Impuesto sobre el Patrimonio se establece una exención para los bienes y derechos comunes a ambos cónyuges y afectos a la actividad empresarial.

- En el Impuesto sobre Sociedades y, entre otras medidas se modifican los criterios para la aplicación de deducciones para evitar la doble

imposición internacional. También se reforma el régimen aplicable a la fusión, escisión y aportación de ramas de actividad.

– En el Impuesto sobre el Valor Añadido se posibilita modificar la base imponible por imposible recuperación de cuotas repercutidas no cobradas y se modifican los límites para la deducción de las cuotas soportadas en la adquisición de bienes utilizables de manera no exclusiva en las actividades empresariales. En relación con los regímenes aplicables a la determinación de la base imponible se modifica el simplificado, facilitando la deducción de las cuotas por adquisición de bienes de inversión, el de la agricultura, ganadería y pesca, para coordinarlo con el de signos, índices y módulos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y los del comercio minorista mediante la reducción del ámbito de la determinación proporcional de bases imponibles. La regla de cálculo de la prorrata se altera para integrar en el denominador las subvenciones y transferencias no vinculadas al precio.

– En relación con los restantes tributos, y además de la introducción del Impuesto sobre la Electricidad, las reformas puntuales introducidas se refieren al Impuesto sobre Primas de Seguros, Impuesto General Indirecto Canario, Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación en Ceuta y Melilla y creación de nuevas tasas o actualización de otras ya existentes. Además se modifica el régimen sancionador de la Ley Orgánica 12/1995, de Represión del Contrabando.

– Las modificaciones introducidas en la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, afectan, entre otros aspectos, al régimen de las notificaciones, posibilitando la citación del contribuyente mediante anuncios en el «Boletín Oficial del Estado» o en los boletines de las Comunidades Autónomas o de las provincias, a los efectos de que comparezca para ser notificado cuando hayan fracasado dos intentos de notificación por causas no imputables a la Administración. Además se establece la posibilidad de adoptar las medidas cautelares de retención de devoluciones, embargo preventivo o cualquier otra legalmente prevista, con autorización del Juez de Instrucción del domicilio del deudor, cuando la deuda no se encuentre aún liquidada pero se haya devengado y haya transcurrido el plazo para su pago, siempre que existan indicios racionales de que, en otro caso, dicho cobro se verá frustrado o gravemente dificultado.

– Entre las numerosas medidas adoptadas en materia de Seguridad Social, nos limitaremos a destacar la ampliación de las ayudas destinadas a paliar los daños materiales sufridos por las víctimas de atentados terroristas. En este sentido, y sin que ello signifique ningún menoscabo para el positivo comentario que merecen las medidas contempladas, parece criticable la previsión establecida por la norma según la cual, sin perjuicio de los demás resarcimientos, «el Ministro de Interior podrá conceder, excepcionalmente, ayudas extraordinarias para paliar situaciones de necesidad personal o familiar no cubiertas o cubiertas de forma notoriamente insuficiente por las ayudas ordinarias», así como anticipar hasta 3.000.000 de

pesetas a cuenta de la ayuda definitiva cuando sea previsible una posterior declaración de incapacidad laboral permanente total, absoluta, o una gran invalidez de la víctima. Por si fueran escasas las posibilidades interpretativas que se derivan de la descripción de las circunstancias motivadoras de estas medidas adicionales, la cópula utilizada para unir el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica —«podrá» y no «deberá»—, y lo inconcreto de las situaciones de necesidad que esas ayudas están destinadas a paliar, introducen un grado de discrecionalidad en su cuantía y aplicación especialmente rechazable cuando nos encontramos ante acontecimientos tan dramáticos.

— Los problemas que plantea la presentación de normas como la que nos ocupa se multiplican cuando llegamos a sus títulos IV y V. El primero de ellos contempla una serie de normas que la Exposición de Motivos califica como de gestión financiera y patrimonial así como de organización y procedimiento, en tanto el segundo se caracteriza por recoger una serie de medidas que permiten una más eficaz acción administrativa en los diversos campos en que ésta se manifiesta. De todas ellas, nos limitaremos a destacar las siguientes:

1.º Se introducen modificaciones en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Régimen de las Haciendas Locales —presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLII-II, núm. 23—, para incentivarlas al cumplimiento de las obligaciones que contraigan en las operaciones de crédito que conciertan.

2.º Se establece que todas las referencias efectuadas en la legislación vigente al tipo de interés básico del Banco de España se entenderán referidas al tipo de interés legal del dinero, sin que ello afecte al cumplimiento de lo establecido en los contratos que se refieran al citado tipo de interés ni otorgue a las partes la facultad de alterar su contenido o resolverlo unilateralmente.

3.º Se modifica la Ley 23/1982, de 18 de junio, del Patrimonio Nacional —presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XXXV-III, núm. 8—, para equiparar el régimen de protección de los bienes de los Reales Patronatos a los del Patrimonio Nacional. También la Ley de Patrimonio del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, para facilitar la permuta de bienes muebles sin que resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley General Presupuestaria, o su venta directa una vez declarada desierta la primera subasta.

4.º Se modifica la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras —presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLI-IV, núm 8—, para posibilitar que, en el caso de expropiación de instalaciones de servicios o accesos, la Administración opte por la reposición de aquéllos y no por la expropiación, sustituyéndose la titularidad de los originarios por la de los resultantes. También se establece la obligación de satisfacer un canon cuando se exploten por terceros obras y servicios

públicos relativos a carreteras estatales que supongan el abono de contraprestaciones económicas por los usuarios de dichas obras y servicios.

5.º Se modifican los artículos 83, 101 y 133 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XXXIX-II, núm 20–. En virtud de la reforma se contempla expresamente la posibilidad de que la patente se considere explotada tanto si se procede a su ejecución en España como en un territorio de la Organización Mundial del Comercio de forma que resulte suficiente para satisfacer la demanda nacional. Además se establece que las licencias obligatorias no serán exclusivas y que su remuneración se calculará según las circunstancias y la importancia económica del invento, y no ya atendiendo principalmente a dicha importancia económica. La reforma del artículo 133 tiende exclusivamente a adaptar la justificación de la explotación de la patente –necesaria para la solicitud de medidas cautelares tendentes a asegurar la eficacia de las acciones emprendidas– a las alternativas contempladas para esa explotación por la nueva redacción del artículo 83.

6.º Se modifican los apartados 4 y 5 del artículo 30 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico –presentada en estas mismas páginas de Información Legislativa–. La reforma afecta a los criterios para la percepción de una prima por las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial.

15. SALARIO MÍNIMO. Se fija para 1998

Real Decreto 2015/1997, de 26 de diciembre («BOE» del 29).

Culminado el proceso de progresiva aproximación de los salarios mínimos de los menores de 18 años al de los mayores de dicha edad, la regulación establecida por la norma presentada establece como salario mínimo para cualquier actividad sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores el de 2.268 pesetas/día o 68.040 pesetas/mes, computadas tanto las retribuciones en dinero como en especie.

En el artículo 2 de la norma se contienen las reglas sobre compensación aplicables para el cómputo anual del salario mínimo, que, como se dispone en el artículo 3.1 de la misma, en ningún caso podrán determinar una cuantía inferior a 952.560 pesetas.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CARRANCHO HERRERO, María Teresa: *La constitución de las fundaciones*, ed. Bosch, Barcelona, 1997, 293 pp.

Dentro de la normativa jurídica relativa a las fundaciones, adquiere una extraordinaria relevancia técnica la constitución de las mismas. Estando ante uno de los aspectos de mayor importancia de su régimen jurídico, toda vez que de éste depende su propia existencia, y que mayor número y, probablemente, más complejos problemas suscita.

Pues bien, en el libro objeto de las presentes notas se aborda de forma pormenorizada toda la problemática relativa al proceso de constitución de las fundaciones a la luz de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones.

La autora comienza su estudio con una minuciosa exposición de los precedentes históricos de esta institución, y un repaso de toda la normativa anterior a la Ley, tanto a nivel estatal como autonómico, con una especial mención al artículo 34 CE, cuya relevancia en el ámbito fundacional resulta indudable y deviene esencial para la comprensión de los verdaderos perfiles del fenómeno. Incluyéndose además una interesante mención al Derecho extranjero.

Una vez sentadas estas bases, la autora entra ya en el examen de lo que constituye el núcleo de su obra, el negocio constitutivo de la fundación y el momento en el que ésta adquiere personalidad jurídica. En el análisis que se realiza de las citadas materias debemos destacar, respectivamente, el detallado estudio de la naturaleza jurídica del negocio fundacional, de los caracteres, elementos y forma de aquél; y el pormenorizado y crítico examen al que se somete el sistema de adquisición de personalidad jurídica que se configura en la Ley.

En este sentido, la autora considera, a la vista del artículo 34 CE, que el sistema de reconocimiento de las fundaciones instaurado por la Ley podría ser tachado de inconstitucional, en la medida en que los requisitos que exige para que la fundación adquiera personalidad jurídica, a saber, inscripción en el Registro de Fundaciones previo informe favorable del Protectorado en cuanto al interés general de los fines y la suficiencia de la dotación para su realización, suponen una restricción al derecho constitucionalmente protegido carente de justificación. Así las cosas, propone su sustitución por un sistema de libre constitución, en virtud del cual las fundaciones se constituyan y adquieran personalidad jurídica al margen de la inscripción, y de toda intervención administrativa.

También resulta destacable el estudio de los requisitos de capacidad exigidos para poder ser fundador, así como de la capacidad de las fundaciones mismas para actuar en el tráfico, con una especial mención a la controvertida cuestión del ejercicio de actividades económicas por parte de aquéllas.

El libro finaliza con lo que, a mi entender, resulta más elogiable del conjunto de la obra, un detallado estudio de la dotación de la fundación, elemento fundamental en el negocio fundacional. Resultando de especial interés el tratamiento de su naturaleza jurídica, que analiza de forma paralela a la donación, y el riguroso examen de sus límites cuantitativos.

No quisiera concluir estas notas sin destacar el interés que despierta el libro para toda persona interesada en el mundo de las fundaciones, tanto por las nume-

rosas soluciones que se apuntan a cuestiones indudablemente prácticas, como por el rigor científico con el que se aborda su estudio. Por lo demás, y si se me permite alguna observación, quizá se eche en falta un estudio más detallado del artículo 11 de la Ley, en el que se regula la fundación en formación, a mi entender, pieza clave en el proceso de constitución de la misma, y cuyo tratamiento pormenorizado se omite en el libro objeto de esta recensión.

FERNANDO MORILLO GONZÁLEZ

ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos: *Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el Derecho de autor*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, 451 pp.

La mejor forma de sintetizar el contenido de la obra objeto de la presente recensión es saber leer el título que la presenta. Porque es, en efecto, en este largo enunciado donde mejor se sintetizan las líneas básicas del mismo.

Pues bien, en las retransmisiones por cable de emisiones iniciales el autor destaca esencialmente dos cuestiones: por un lado, la determinación de cuándo se está ante un acto de explotación distinto del efectuado por la entidad de origen, esto es, de la beneficiaria de la autorización para difundir la obra; y, por otro, el establecimiento de un sistema eficaz por funcional de adquisición de los denominados *derechos de cable*.

La búsqueda de una solución a las cuestiones expuestas la efectúa el autor desde una cuádruple dimensión: en primer lugar, la del Derecho comparado; en segundo término, la histórica normativa que ofrece el Convenio de Berna; a continuación, la económica o comercial nacida del Derecho comunitario; y, por último, y como no podía ser de otra forma, a la luz de nuestra Ley de Propiedad Intelectual.

El análisis del Derecho comparado lo efectúa a partir de la regulación de cuatro Ordenamientos que podemos considerar paradigmáticos sobre la materia: Austria, Alemania, Bélgica y Holanda. La verdadera utilidad de esta parte del trabajo reside en su validez como punto de referencia para la comparación con nuestra propia regulación; aunque, como bien concluye el autor, la respuesta obtenida sólo es satisfactoria en parte, toda vez que del examen efectuado no extrae una solución de contenido unívoco.

El segundo gran elemento en torno al cual se vertebra el trabajo de investigación es, como decía, el Convenio de Berna. Con respecto a éste, el autor resalta su valor histórico-normativo. Histórico en la medida en que es preciso averiguar, desde esta perspectiva, el alcance de los términos del artículo 11 *bis* (donde se regula lo relativo a las retransmisiones por cable); por su parte, utiliza el adjetivo normativo, para realzar el efecto imperativo que tiene el texto convencional, y el valor que adquiere en la interpretación de disposiciones de contenido similar existentes en los Ordenamientos de los Estados parte en el Convenio.

Una vez hechas estas consideraciones de carácter general se entra en el análisis pormenorizado del artículo 11 *bis* del Convenio de Berna. En este sentido, se pone de relieve el hecho de que se supedite a la autorización del autor toda comunicación pública por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida cuando dicha comunicación se haga por organismo distinto que el de origen. Por otra parte, resalta que la exégesis de este precepto ha dado lugar a dos grandes teorías: por

un lado, los partidarios de la tesis formal, en virtud de la cual todo organismo intermedio que se sitúe entre la entidad de origen y el público destinatario de la emisión deberá ser considerado como organismo tercero en el sentido del artículo 11 *bis*, con la única salvedad de las antenas simples de las casas; y por otro, los que defienden una interpretación de corte territorial, conforme a la cual las retransmisiones por cable de emisiones iniciales dentro de la denominada zona de cobertura del emisor de origen deben quedar liberadas del pago de toda remuneración por razón de tal acto, aun cuando las mismas sean llevadas a cabo por entidad distinta de la de origen.

A la vista de todo lo anterior, el autor se muestra partidario de considerar que estamos ante un acto complejo integrado por la convergencia de tres factores: primero, la posibilidad de acceso a la obra radiodifundida; segundo, el organismo distinto al de origen; y tercero, que sea precisamente este organismo el que garantice al público el disfrute de la obra emitida. Así las cosas, entiende que si procediéramos a modelar estos componentes que conforman el acto de comunicación pública de acuerdo con el método que pone a nuestra disposición la visión histórico-normativa podríamos comprobar que la expresión «organismo distinto al de origen», germen de todas las disputas doctrinales, no debe tener una interpretación literal, sino que debe ser considerada de acuerdo con su finalidad, según la cual los actos de emisión y retransmisión se asientan sobre una base material (público) y funcional (la accesibilidad) que trasciende al Ordenamiento a través de una forma jurídica (el concepto de organismo).

Una vez determinada la estructura del acto de comunicación pública, la siguiente tarea que aborda el autor es tratar de llenarla de contenido, y ello lo hace a partir del estudio de las retransmisiones por cable desde la óptica comercial del Derecho comunitario.

En este orden de cosas, se destaca el hecho de que, lejos de crear una regulación substantiva, el objetivo que ha movido al legislador comunitario ha sido el de facilitar la adquisición de los derechos de cable, para de esta manera lograr que los programas emitidos o transmitidos desde cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea puedan circular libremente por el resto de Estados miembros sin trabas de carácter legal o contractual.

El autor toma como punto de arranque para el estudio de esta cuestión la teoría del agotamiento de los derechos de Propiedad intelectual en el marco del artículo 36 Tratado Comunidad Europea, y en este sentido distingue entre agotamiento de los derechos respecto de bienes materiales a los que se hubiera incorporado un derecho de propiedad intelectual (transmisión de bienes) y la comercialización de bienes inmateriales sobre los que igualmente recayese un derecho de estas características (prestación de servicios).

Al amparo de estos fundamentos llega a la conclusión de que es posible defender una aplicación restrictiva de los principios propios de un campo al otro, al menos en dos aspectos: uno, la cesión en exclusiva o territorialmente limitada de derechos (a efectos de la admisibilidad de la fragmentación de los mercados); y dos, en lo relativo a los criterios gracias a los cuales se puede advertir una dependencia entre empresas.

Como punto final del enfoque que se nos propone aparece la Directiva 93/83/CEE sobre televisión vía satélite y por cable. En ella advierte la dimensión comercial que cobra el fenómeno de las retransmisiones por cable, y la necesidad de que la explicación al problema se efectúe desde una perspectiva económica, en la medida en que lo económico tiñe a cada uno de los elementos que conforman el acto de comunicación.

En la última parte de la obra, el autor aborda la difícil tarea de desentrañar el significado jurídico con que se presenta el acto de comunicación pública en el marco de la LPI. En este sentido, considera que la definición jurídica de cada uno de los elementos de dicho acto debe llevarse a cabo a partir del bagaje teórico acumulado hasta el momento a lo largo del libro objeto de comentario y a la vista del desarrollo y de los efectos que sobre el Derecho de autor han tenido y siguen teniendo los nuevos medios de comunicación. Como resultado, observa que el criterio jurídico que permite atraer el acto de comunicación pública a la órbita del Derecho de autor gravita en torno a la decisión, en cuanto responsabilidad, de hacer accesible la obra radiodifundida al público.

De forma resumida se puede decir que la noción de organismo a la que se llega, debe ser comprendida en función del criterio de decisión en la responsabilidad de hacer accesible la obra al público. Lo decisivo, entonces, no es, a su juicio, el aspecto formal (la personalidad jurídica), sino que la actividad del transmisor por cable y la del emisor por vía hertziana-terrestre o vía satélite aparezcan enlazadas por una unidad de decisión.

A su vez, considera que la accesibilidad debe entenderse objetivamente, como necesidad de que el público tenga posibilidades reales de recepción; y subjetivamente, es decir, como intención o ánimo del emisor de llegar a determinado público.

Como conclusión final, el profesor Erdozain pone de manifiesto que el concepto de público sufre una variación del mismo, toda vez que los nuevos adelantos tecnológicos abonan un concepto no absoluto, sino relativo; no basado en las relaciones personales, sino de acuerdo con factores de orden económico, esto es, de relevancia económica del grupo al cual se hace accesible la obra. Por último, conforme con dicha construcción resuelve seguidamente diversos problemas prácticos, entre los que cabe destacar los actos de comunicación en lugares públicos como bares, restaurantes, hoteles y hospitales.

Por lo demás, no quisiera finalizar estas notas sin resaltar el interés que despierta el libro objeto de esta recensión, tanto por el rigor científico con el que se abordan cuestiones de indudable complejidad técnica, como por la actualidad que presentan los problemas resueltos. Se trata, en definitiva, de una obra que viene a ocupar un vacío existente sobre un tema de indudable importancia, e insuficientemente analizado por nuestra doctrina científica tradicional.

FERNANDO MORILLO GONZÁLEZ

FELIÚ REY, Manuel Ignacio: *El tanteo convencional*, ed. Civitas, Madrid, 1997, 171 pp.

1. La obra objeto de esta recensión se ocupa de una figura jurídica, el tanteo convencional, que carece de regulación en el Código Civil. Los estudios que la doctrina ha realizado sobre la misma se apoyan fundamentalmente en sentencias del Tribunal Supremo y en resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. El autor se propone llevar a cabo un estudio del tanteo convencional con la finalidad de clarificar y al mismo tiempo determinar su régimen jurídico. El esquema de la obra es el siguiente: en primer lugar se ocupa del concepto y de la evolución histórica de la figura objeto de estudio, analizando posteriormente el denominado retracto convencional (capítulos I y II). Después examina el título constitutivo del tanteo convencional (capítulo III). A continua-

ción, se centra en la distinción entre el tanteo y otras figuras afines (capítulo IV), dedicando más tarde sus esfuerzos al estudio del contenido y eficacia del derecho de tanteo (capítulos V y VI). Por último, expone, de forma breve, las conclusiones que se derivan del estudio realizado (capítulo VII).

2. En el capítulo I nos acerca a la figura del tanteo definiéndolo como una «preferencia que por disposición de la ley o por virtud de acto o negocio jurídico, tiene su titular para la adquisición de una cosa cuando su propietario *se dispone a (pretenda)* enajenarla». Por su parte, el retracto negocial (lo diferencia del retracto convencional regulado en los arts. 1507 a 1520 CC), según el autor, consiste en «el establecimiento de una preferencia a favor de determinado sujeto, ejercitable en el caso de que un tercero adquiera del concedente el bien sobre el que recae la misma».

Feliú Rey señala que la diferencia entre ambas figuras (tanteo y retracto) se encuentra en que el tanteo permite a su titular ejercitarlo antes de la enajenación proyectada, mientras que el retracto faculta a su titular a adquirir el bien sobre el que recae dicho derecho una vez que el bien ha sido transmitido a un tercero. El autor, en virtud del artículo 1637 CC, de los artículos 25 y 31 LAU y de jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTS de 22 de noviembre de 1902, 7 de mayo de 1927 y 5 de diciembre de 1981), concluye que el tanteo y el retracto legales no son derechos distintos, sino dos fases o formas de ejercicio del mismo derecho. Señala que cuando la ley concede a un sujeto un derecho de tanteo, también, aunque expresamente no lo mencione, le está otorgando un derecho de retracto para el caso en que no pueda ejercitar el derecho de tanteo. Feliú Rey finaliza este primer capítulo preguntándose si el titular de un derecho de tanteo convencional también es titular de un derecho de retracto. La respuesta dependerá, en gran medida, de la configuración y de la eficacia personal o real que las partes atribuyan al derecho de tanteo.

3. En el capítulo II se tratan dos asuntos diferentes: por una parte se aborda el estudio de los antecedentes históricos de la figura del tanteo y por otra se analiza el denominado retracto convencional o pacto de retro.

3.1 Como ya se ha mencionado, el autor de la obra dedica la primera parte del capítulo II a los antecedentes históricos del tanteo. Comienza señalando que en Derecho Romano no se conoció el retracto legal. Afirma que en la Edad Media el tanteo y el retracto gentilicios alcanzaron un considerable desarrollo apareciendo en diversos Fueros. Posteriormente ambas figuras (tanteo y retracto) son reguladas en el Fuero Real, en concreto, en la Ley 13, título 10, Libro 3.º. De la regulación que el Fuero Real realiza del tanteo y del retracto, según afirma el autor, se desprende la nota que diferencia a ambas figuras: mientras que el tanteo debe ejercitarse antes de la celebración del contrato, el retracto debe utilizarse una vez que se ha celebrado el contrato. Asimismo de la regulación del Fuero Real pueden señalarse varias circunstancias que actualmente siguen vigentes: a) plazo de ejercicio de nueve días para el retracto legal; b) la limitación del ejercicio del retracto a los supuestos de venta; c) la obligación de entregar el mismo precio por el que fue adquirido el bien. Por su parte, las Leyes de Toro regularon no sólo la preferencia gentilicia sino también la del superficiario, la del enfiteuta y la de los coherederos. Sin embargo, en la Nueva Recopilación existe un vacío casi absoluto respecto de las figuras del tanteo y retracto. Con la aprobación de la Novísima Recopilación se produce un cambio radical debido a que el título XIII del Libro X de la misma está dedicado a los retractos y al derecho

de tanteo. Feliú Rey se apoya en un autor como Riaza para señalar que en la Novísima Recopilación se confunden los términos de tanteo y retracto.

A continuación, analiza, de forma breve, la etapa codificadora. Señala que en el Proyecto de CC de 1836 se distinguen, de forma clara, las figuras del tanteo y retracto, aunque tienen idéntica finalidad. El autor destaca que mientras que en el Proyecto de CC de 1836, al regular la enfiteusis, sólo se menciona el tanteo, por el contrario, en el Proyecto de CC de 1851, en los preceptos destinados a la regulación de la enfiteusis, tan sólo se hacía mención expresa al retracto; en cambio, en el Libro IV del Anteproyecto de CC de 1885-1888, en la regulación de la enfiteusis, se contempla el tanteo y el retracto.

3.2 Feliú Rey, en la segunda parte del capítulo II, se ocupa del denominado retracto convencional (pacto de retro) que es regulado en la Sección Primera, capítulo VI, título IV, Libro cuarto del CC. Afirma que en España, al igual que en Francia, se ha producido una confusión terminológica al considerar una misma institución al retracto convencional del artículo 1507 CC y al retracto legal del artículo 1521 CC. El autor mantiene que las diferencias entre ambas figuras son numerosas (configuración, naturaleza jurídica, ...). Feliú Rey asegura que durante la Edad Media el retracto convencional (pacto de retro) era un contrato accesorio de garantía, con los caracteres propios de un mutuo pignoraticio o de un préstamo hipotecario. Considera, al igual que el resto de la doctrina, que el pacto de retro encubría préstamos usurarios. Realiza una enumeración de sentencias del TS en las que se aprecia claramente la función de garantía de la mencionada figura. Asimismo, en apoyo de la tesis que considera al pacto de retro una garantía, transcribe diversos preceptos de legislaciones extranjeras de los que se deduce claramente su finalidad de garantía. Para el autor el pacto de retro es la plasmación legal de la denominada *fiducia cum creditore* con función de garantía. Concluye este capítulo afirmando que la denominación común de retracto se debe a la falta de regulación del retracto negocial y de la consiguiente asimilación de la figura del retracto legal como variante del retracto convencional, que sí es regulado por el CC.

4. El capítulo III es dedicado al análisis del título constitutivo del tanteo convencional. Feliú Rey distingue según se trate de actos *inter vivos* o *mortis causa*.

4.1 En el primer apartado del capítulo analiza la constitución del tanteo convencional por actos *inter vivos*. Feliú Rey centra sus esfuerzos en demostrar la equivocación de aquellos autores que han defendido que el título del que emana el derecho de tanteo es una simple promesa de venta regulada en el artículo 1451 CC. Señala que el objeto del tanteo no es formalizar un compromiso de venta futura, sino sólo conceder a un sujeto concreto la preferencia de adquirir un determinado bien, para el supuesto de que el propietario del bien decida enajenarlo. Afirma que existen tres importantes diferencias entre el tanteo y la promesa de venta: el objeto perseguido, la indeterminación del precio y el distinto contenido del derecho que surge. Por todo ello, rechaza categóricamente que el tanteo convencional sea un precontrato o una promesa de venta unilateral sometida a condición suspensiva y potestativa (postura muy defendida en Italia). Igualmente rechaza la configuración del tanteo convencional como un supuesto de opción sujeta a condición suspensiva y potestativa (este tema es tratado en profundidad en el capítulo IV de la obra objeto de esta reseña).

Para Feliú Rey el título constitutivo del tanteo convencional es un contrato consensual, de carácter instrumental, que encuentra su razón de ser en la posible

(no necesaria ni obligatoria) celebración posterior del contrato para el que se establece la preferencia.

Especial atención dedica el autor al tema de la concesión de la preferencia adquisitiva (tanteo) a título gratuito. Tras analizar el concepto de donación, concluye que la constitución a título gratuito de un tanteo convencional no será nunca un supuesto de donación y, por tanto, no son de aplicación los artículos del CC que en materia de donaciones se ocupan del tema de la forma (arts. 632 y 633 CC) y de los requisitos de capacidad (arts. 624 a 626 CC). Afirma que el título por el que se establece una preferencia adquisitiva voluntaria gratuita debe ser calificado como un contrato atípico a título gratuito.

Por último, Feliú Rey es partidario de diferenciar la capacidad contractual exigible para celebrar el tanteo y la capacidad exigible en el momento de la perfección del contrato que se celebra en virtud de la preferencia (tanteo). Ello le permite afirmar que los menores de edad están capacitados para constituir un derecho de tanteo mediante acto *inter vivos*, tanto a título gratuito como oneroso.

4.2 En el segundo apartado del capítulo III examina la constitución del tanteo convencional por acto *mortis causa*. El autor asegura que no existe inconveniente alguno para que se establezca la preferencia (tanteo) mediante disposición testamentaria. Admitida la posibilidad de constituir una preferencia por vía *mortis causa*, Feliú Rey se plantea, en primer lugar, si la preferencia debe ser calificada como un modo o un legado y, en segundo lugar, si es posible constituir testamentariamente una preferencia sobre cosa ajena.

Con relación a la primera cuestión y después de analizar las diversas opiniones de la doctrina, el autor afirma que la preferencia de origen testamentario es un legado obligatorio desde el momento en que el testador impone al heredero o a otro legatario la obligación de preferir, en la enajenación de un concreto bien, a un determinado sujeto, el cual asume la condición de legatario pues adquiere, en virtud de testamento, un derecho de crédito que consiste en ser preferido para adquirir el bien en el caso de que el sujeto gravado (heredero o legatario) decida enajenarlo.

Respecto de la segunda cuestión (posibilidad de constituir un legado de preferencia sobre cosa ajena), Feliú Rey, de forma breve, señala que siempre que exista causa o interés legítimo es admisible el legado de preferencia adquisitiva sobre cosa ajena, siendo aplicables los artículos 861 a 864 CC. Se limita a mencionar que la ejecución de este tipo de legado consistirá en la entrega de la justa estimación, sin entrar a examinar cuál debe ser la justa estimación y qué criterios deben utilizarse para calcularla. Asimismo, afirma que estos casos son reconducibles a la figura de la «promesa de hecho ajeno», negando que se trate de un supuesto de mandato *post mortem*.

5. El capítulo IV es dedicado por el autor a la distinción del tanteo convencional con la opción y con la prohibición voluntaria de disponer. Para ello, Feliú Rey utiliza como principal instrumento a la jurisprudencia del TS.

5.1 Respecto a la distinción entre el tanteo convencional y la prohibición voluntaria de disponer, el autor señala que el concedente de un derecho de tanteo goza plenamente de la libre facultad de disponer. Si se afirmase lo contrario, el tanteo y el retracto no tendrían razón de ser, pues tan sólo cuando existe un acto dispositivo del sujeto gravado, el tanteo y el retracto despliegan su eficacia. Ello supone que el propietario del bien podrá realizar todos los actos de disposición que tenga por conveniente siempre que no frustre el derecho de adquisición preferente.

Feliú Rey considera que la preferencia adquisitiva no constituye una prohibición de disponer. A continuación, el autor examina la compatibilidad entre las prohibiciones de disponer y las preferencias adquisitivas (tanteo, retracto). Para ello, se sirve de la jurisprudencia del TS y de la doctrina de la DGRN. Llega a la conclusión de que son incompatibles, pues afirma que se produciría una distorsión de la preferencia debido a que dejaría de ser tal para convertirse, en palabras del autor, en una «adquisición a la carta».

5.2 En el apartado segundo del capítulo IV, el autor se ocupa de las diferencias existentes entre la opción y las figuras del tanteo y retracto convencionales. Al igual que en el apartado anterior, recoge diversas sentencias del TS que utiliza para ir estableciendo las diferencias entre las figuras mencionadas. Hace alusión a la corriente doctrinal que califica el tanteo convencional como supuesto atípico de derecho de opción. Para Feliú Rey dicha postura es incorrecta, ya que mientras que en la opción están determinados todos los elementos necesarios del contrato proyectado, en las preferencias adquisitivas (tanteo, retracto) no existe tal determinación. Asimismo señala la diferente finalidad empírica y económica que persiguen el tanteo y retracto frente a la opción.

6. En el capítulo V de la obra de Feliú Rey, se analiza el contenido, tiempo y forma de la notificación que el propietario-concedente debe realizar al titular del derecho de preferencia (tanteo) cuando pretenda enajenar el bien. También analiza si dicha notificación equivale a una oferta.

6.1 En lo referente al contenido de la notificación, el autor señala que debe contener, además del propósito de vender, el precio y las condiciones de pago. Respecto de la exigencia o no de comunicar la identidad del tercero interesado en adquirir el bien, Feliú Rey considera que la identificación del tercero, como regla general, no es relevante. En cuanto a la forma de la notificación, el autor señala que, en defecto de pacto expreso, será válida cualquier forma que permita dar testimonio de la fecha y contenido. Mantiene que el plazo para efectuar la notificación sera el que hayan acordado las partes. Si no han previsto nada en relación con el plazo, entonces se deberá aplicar por analogía lo establecido por la ley para aquella figura jurídica con la que guarde identidad de razón. El autor nos deja con la duda de cuál es esa figura jurídica, pues nada señala al respecto.

6.2 Determinado el contenido de la notificación, Feliú Rey analiza si dicha notificación tiene valor de oferta y, en su caso, si es revocable o irrevocable. Defiende, siempre que las partes no dispusieren lo contrario, que la notificación tiene el valor de una oferta al contener los elementos esenciales del contrato que se propone celebrar. Señala que así lo entiende la jurisprudencia del TS para las preferencias legales. Por otra parte, Feliú Rey considera que no existe impedimento alguno para que el propietario del bien transmita al titular de la preferencia dicho bien en condiciones más ventajosas que las ofrecidas a un tercero.

Una vez que ha señalado que la notificación tiene el valor de una oferta, el autor se ocupa del tema de la revocabilidad o no de la misma. Después de mencionar la polémica que suscita este tema en la doctrina italiana, Feliú Rey concluye que se trata de una oferta revocable en los términos del artículo 1262 CC, es decir, se convierte en irrevocable una vez que es conocida y aceptada por el titular del derecho de preferencia. Por último, en apoyo de su postura, señala que la Convención de Naciones Unidas de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías adopta el mismo criterio.

7. El autor dedica el capítulo VI de la obra al estudio de la eficacia del tanteo convencional. Estructura este capítulo en tres apartados: en el primero analiza los problemas derivados de la eficacia personal del tanteo, en el segundo apartado se ocupa de la posible configuración real del mencionado derecho de adquisición preferente y en el tercer y último apartado establece el régimen jurídico aplicable a las preferencias adquisitivas voluntarias. Para ello examina, de forma pormenorizada, la escasa y contradictoria jurisprudencia del TS y doctrina de la DGRN sobre la cuestión.

Feliú Rey concluye que la preferencia adquisitiva se podrá ejercitar frente a un tercero, siempre que dicho tercero conozca la existencia del mencionado derecho de adquisición preferente. El TS, en los supuestos en los que el tercero conoce la existencia de la preferencia, declara, según los casos, la nulidad o la resolución del contrato que frustra el ejercicio del derecho de adquisición preferente. Considera, siguiendo a la doctrina mayoritaria, que el tanteo y retracto legales son auténticos derechos reales. Ello le permite mantener que cuando las preferencias adquisitivas voluntarias adopten el esquema de las preferencias legales nos encontraremos ante derechos con eficacia real. En contra de dicha postura puede señalarse que la jurisprudencia no admite la calificación de derecho real para los supuestos de tanteo y retracto convencionales. Por otra parte, se muestra crítico con la jurisprudencia del TS que rechaza la aplicación por analogía de la regulación del retracto convencional (arts. 1507 a 1520 CC) a los supuestos de tanteo convencional.

8. La valoración final de la obra de Feliú Rey sobre el tanteo convencional es positiva, no sólo por enfrentarse al estudio de una figura carente de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual siempre es de agradecer, sino también por el modo de afrontar dicha tarea. Es de destacar la continua remisión que el autor realiza a la jurisprudencia del TS y a la doctrina de la DGRN, así como la amplia bibliografía manejada.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: *La lesión extracontractual del crédito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 437 pp.

1. El derecho de crédito pertenece a la categoría de los derechos subjetivos y concede a su titular (acreedor) un poder para exigir de otra persona (deudor) un determinado comportamiento consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Frente a los derechos reales que tienen eficacia *erga omnes*, se encuentran los derechos de crédito, de los cuales normalmente se afirma, en virtud del artículo 1257 CC, que tan sólo tienen eficacia entre las partes. Esta afirmación llevada a sus últimas consecuencias supondría que los terceros no tendrían ningún deber de respetar los derechos de crédito, lo cual parece que no puede defenderse.

La obra de Fernández Arévalo se ocupa de un tema poco tratado por la doctrina y que, sin embargo, es confuso: la lesión por un tercero de un derecho de crédito y la determinación de la posible responsabilidad en la que puede incurrir el tercero al lesionarlo es lo que la autora denomina tutela aquiliana del crédito.

El esquema de la obra es el siguiente: en el capítulo I se ocupa, de forma breve, de establecer cuál es la posición que se mantiene en Derecho comparado y en Derecho español respecto de la llamada tutela aquiliana del crédito. En los capítulos II, III y IV se analizan los diversos supuestos en los que la lesión sólo es

imputable al tercero (la pérdida y la destrucción total o parcial de la cosa debida, en el capítulo II; la muerte o las lesiones al deudor, en el capítulo III; privación de la posición jurídica de acreedor como consecuencia del pago realizado por el deudor a un acreedor aparente o a un representante sin poder, en el capítulo IV). En el capítulo V se estudian los diversos casos en los que la lesión del derecho de crédito es imputable al deudor y a un tercero. Por último, en el capítulo VI se realiza un examen de los distintos requisitos exigidos por el artículo 1902 CC.

2. En el capítulo I, Fernández Arévalo nos proporciona información del tratamiento que recibe la tutela aquiliana de los derechos de crédito en los distintos ordenamientos jurídicos europeos. Afirma que se pueden distinguir dos grandes áreas:

a) Por una parte, el área de influencia francesa, en la que la lesión culpable de cualquier derecho subjetivo, sea de naturaleza real o personal, implica responsabilidad para el causante de la lesión. En concreto, en Derecho francés, que está influido por los principios del *iusnaturalismo*, se admite la responsabilidad extracontractual, en virtud del contenido ambiguo del artículo 1382 CC francés, en los casos en los que se lesione un derecho de crédito por un acto de un tercero. La doctrina francesa dedica especial atención a los supuestos denominados de complejidad del tercero con el deudor, es decir, los casos que se lesiona el derecho de crédito como consecuencia de una actividad negocial realizada por el deudor y un tercero. En esta misma línea se sitúa la doctrina italiana que, con apoyo en el artículo 2043 CC italiano, considera que los titulares de los derechos de crédito pueden exigir responsabilidad extracontractual a los terceros que lesionan dichos derechos.

b) Por otra, el área de influencia germánica, en la que tan sólo son susceptibles de tutela aquiliana los derechos reales, aunque en ciertos supuestos excepcionales el tercero debe indemnizar por los daños ocasionados (por ejemplo, en los casos previstos en los parágrafos 823, 844, 845 BGB).

Al igual que ocurre en Derecho francés e italiano, en Derecho español existe un artículo en el CC (art. 1902) que reconoce, con carácter general, la obligación de reparar los daños producidos a una persona como consecuencia de una acción u omisión culpable o negligente. La autora señala que la jurisprudencia del TS es unánime al considerar incluidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 1902 CC a los derechos de crédito, mientras que en la doctrina, por el contrario, existen dos posiciones: por un lado, la de aquellos que mantienen que el tercero puede ser responsable por la lesión del crédito (postura mayoritaria) pues afirman que el artículo 1902 CC no distingue entre derechos reales y derechos de crédito y que el artículo 1257 CC no puede ser un instrumento para ignorar los derechos ajenos. Por otro, la de aquellos que niegan la responsabilidad del tercero por la lesión de un derecho de crédito (postura minoritaria).

3. En el capítulo II se estudia el supuesto de la lesión del derecho de crédito por un tercero como consecuencia de la pérdida de la cosa debida al acreedor.

Comienza con un análisis pormenorizado del artículo 1186 CC cuyo tenor literal dice así: «Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, correspondrán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta». Señala que dicho precepto ha sido utilizado por algunos autores como argumento contrario a la admisibilidad de la responsabilidad extracontractual del tercero por lesión del derecho de crédito. El precepto analizado (art. 1186 CC), según manifiesta Fernández Arévalo, tiene muy poca relevancia en la práctica, pues el TS no lo ha aplicado ni una sola vez. Cuando se ha planteado un caso de

lesión del crédito del acreedor por pérdida de la cosa, el TS ha aplicado directamente el artículo 1902 CC. En la exégesis que realiza del precepto presta una especial atención a los orígenes históricos (el art. 1186 CC tiene su precedente histórico más remoto en los arts. 1302 y 1303 del *Code Napoléon* y en el pasaje de Pothier en que éstos se inspiran). A continuación intenta averiguar cual es el fundamento de la norma contenida en el artículo 1186 CC. Para ello utiliza argumentos de Derecho comparado y concluye que los artículos 1186 y 1902 CC tienen presupuestos y finalidades distintas, debido a que la finalidad del artículo 1186 CC no es reparar cualquier daño sufrido por el acreedor (finalidad del art. 1902 CC) como consecuencia de la lesión a su derecho de crédito provocada por un tercero, sino evitar un enriquecimiento injustificado del deudor y, de forma indirecta, paliar el *periculum* soportado por el acreedor. En definitiva, niega que el artículo 1186 CC sea un argumento para no aplicar el artículo 1902 CC a la lesión de los derechos de crédito.

La autora se propone determinar el ámbito de aplicación del artículo 1186 CC. Llega a la conclusión de que no es aplicable a las obligaciones de hacer o de no hacer y que sólo es aplicable a los supuestos en que el deudor pueda experimentar un enriquecimiento injustificado en detrimento del acreedor cuando se vea liberado de la obligación de dar por pérdida sobrevenida de la cosa debida. Según Fernández Arévalo, el acreedor, en virtud del artículo 1186 CC, puede ejercitar las acciones que surjan o puedan surgir en el patrimonio del deudor como consecuencia de la pérdida de la cosa y en el lugar que ocupaba aquélla. Afirma que serán acciones tendentes a la obtención del valor total o parcial de la cosa (justiprecio de la expropiación, el valor obtenido o que se obtenga de una compañía aseguradora, cuando la cosa estuviese asegurada), aunque excluye la acción de reparación de daños.

3.1 Finalizada la exégesis del artículo 1186 CC, Fernández Arévalo comienza la labor de ir analizando los distintos supuestos en los que es posible que se lesione un crédito como consecuencia de la actuación de un tercero que provoca la pérdida o deterioro de la cosa.

3.1.1 Inicia esta tarea con el estudio de los supuestos en los que el comportamiento culpable de un tercero impide realizar la prestación de dar con función traslativa de dominio (donación, compraventa, permuta, aportaciones en propiedad a la sociedad) y se pregunta si el tercero que ha causado la pérdida o deterioro de la cosa debida responde ante el acreedor en base al artículo 1902 CC. Señala que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma que ofrezca una solución a estos supuestos. Por ello, según la autora, para determinar en qué casos y ante quién responderá extracontractualmente el tercero por su comportamiento, es básico conocer cuál de las partes (deudor o acreedor) soporta el riesgo.

La conclusión general que se deduce de las argumentaciones expuestas es que, en aplicación del artículo 1902 CC, el tercero que con su comportamiento ha causado la pérdida o deterioro de la cosa debida debe responder por los daños y perjuicios causados frente al acreedor, sin perjuicio de la posible responsabilidad en que también pueda incurrir frente a la persona del deudor.

3.1.2 Posteriormente, Fernández Arévalo centra su atención en los supuestos en que el tercero lesiona un crédito que consiste en una obligación de dar con la finalidad de facilitar el uso y disfrute (arrendamiento de cosas, comodato, aportación en uso a la sociedad). En el caso de los arrendamientos distingue entre arrendamiento rústico y urbano, así como los distintos daños que pueden sufrir el arrendador y el arrendatario como consecuencia del acto del tercero ajeno a esa

relación jurídica. Especial atención dedica al artículo 1560.1 CC, que señala que «el arrendador no está obligado a responder de la perturbación de mero hecho que un tercero causare en el uso de la finca arrendada; pero el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador». Llega a la conclusión de que los artículos 1560 y 1902 CC no son excluyentes entre sí, pues la finalidad del artículo 1560 CC es la de establecer la exoneración de responsabilidad del arrendador por la perturbación de mero hecho causada por un tercero, mientras que el artículo 1902 CC tiene como finalidad la reparación de los daños causados.

Fernández Arévalo mantiene que tanto en los casos en los que se lesiona un crédito que consiste en una prestación de dar con función traslativa del uso y disfrute (entiéndase, arrendamiento, comodato, ...) como consecuencia de la actuación de un tercero que provoca la pérdida o destrucción de la cosa, como en los supuestos en los que se lesiona un crédito (también por acto de tercero que provoca la pérdida o destrucción de la cosa) consistente en una prestación de dar con finalidad de custodia (por ejemplo, depósito) o con finalidad de restitución (restitución de las cosas de un contrato nulo, restitución de la cosa arrendada, etc.), es posible ejercitar contra el tercero la acción derivada del artículo 1902 CC.

4. Respecto de la lesión de un derecho de crédito como consecuencia de la muerte o lesiones causadas por un tercero al deudor (capítulo III) hay que distinguir los siguientes supuestos:

a) Obligaciones de dar una cosa: en principio, la muerte o lesión del deudor, provocada por un tercero, no produce una lesión en el derecho del acreedor a recibir la cosa, pues los sucesores del deudor (en caso de muerte) vendrán obligados a entregar dicha cosa o el mismo deudor entregará la cosa cuando se recupere (en caso de lesiones). Cuestión distinta es si nos encontramos ante una obligación de dar con un término esencial, en cuyo caso, la muerte o las lesiones provocadas por el tercero al deudor, pueden provocar una lesión en el derecho de crédito del acreedor. Lo cual significa que éste podrá reclamar al tercero la reparación de los daños ocasionados, en virtud de lo establecido en el artículo 1902 CC.

Lo mismo puede afirmarse cuando nos encontramos ante una obligación de dar de carácter personalísimo. La autora presta una atención especial a la obligación de alimentos (arts. 142 ss CC), señalando que el derecho de crédito del alimentista frente al deudor alimentario queda lesionado por la muerte o lesiones producidas por el tercero en el obligado, cuando nadie ocupa su lugar frente al acreedor o cuando el que ocupa su lugar tiene unos medios inferiores a los del fallecido. En estos casos, el acreedor de los alimentos puede reclamar, por la vía del artículo 1902 CC o del artículo 113 CP, al tercero (causante de la muerte o de las lesiones) la tutela aquiliana de su crédito.

b) Al igual que en el caso anterior, en principio, la muerte o las lesiones provocadas en el deudor de una obligación de hacer una cosa por un tercero no implica la extinción de la relación obligatoria, es decir, el derecho de crédito del acreedor no se ve lesionado. Sin embargo, cuando la obligación de hacer está sometida a un término esencial o es personalísima (Fernández Arévalo examina, entre otros, los siguientes supuestos: arrendamiento de obra, contratación de servicios no asalariados, por ejemplo de un abogado; contrato de trabajo) entonces el acreedor de esa concreta obligación de hacer sí sufre un daño como consecuencia de la muerte o lesiones producidas. Ello provoca que el acreedor pueda reclamar al tercero, por vía del artículo 1902 CC y de los artículos 109 ss CP, la reparación de los daños sufridos.

5. En el capítulo IV se analiza la hipótesis de la lesión de un derecho de crédito como consecuencia de los actos o negocios jurídicos que realiza un tercero que aparece ante el deudor o ante otros terceros como el verdadero acreedor o el representante de éste.

Este capítulo se estructura en dos grandes bloques:

5.1 En el primero de ellos se contemplan los actos o negocios jurídicos relativos a la existencia o efectividad del crédito celebrados por el acreedor aparente o falso representante (*falsus procurator*) con el deudor. Se pueden distinguir tres supuestos:

a) Actos o negocios jurídicos entre el deudor y un tercero que aparece legitimado como acreedor sin serlo (puede ser un cedente, un supuesto cesionario de una cesión inexistente o ineficaz, un ulterior cesionario en casos de doble o múltiple cesión).

Fernández Arévalo mantiene que los artículos 1164 y 1527 CC protegen el interés del deudor cuando paga de buena fe. Por ello el deudor es libre para acogerse a la facultad liberatoria que le reconocen dichos preceptos o por el contrario continuar vinculado al verdadero acreedor.

1.a) Si el deudor opta por lo primero, el verdadero acreedor ve lesionado su derecho de crédito, lo cual supone que podrá exigir responsabilidad que en unas ocasiones será contractual, por ejemplo, cuando el deudor paga al cedente (acreedor aparente), el verdadero acreedor (cesionario) puede reclamar responsabilidad contractual al cedente; en otras ocasiones, la responsabilidad será extracontractual, por ejemplo, cuando el deudor paga a un supuesto cesionario de una cesión de créditos que nunca ha existido, entonces el verdadero acreedor puede ejercitar la acción del artículo 1902 CC contra el tercero (supuesto cesionario).

2.a) Si, por el contrario, el deudor rechaza la facultad liberatoria que le brinda el CC, entonces el verdadero acreedor no ve lesionado su derecho de crédito y por lo tanto, en principio, no tiene que exigir responsabilidad de ningún tipo ante nadie.

b) Actos o negocios jurídicos entre el deudor y acreedor aparente en virtud de la cesión de un crédito incorporado a un título-valor (letra de cambio, cheque, pagaré). Para el examen de estos supuestos acude a la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque (especial importancia tienen los arts. 46.3, 96 y 141 de dicha Ley en el tema tratado). La autora realiza el análisis distinguiendo en función de que los títulos sean nominativos, a la orden o al portador. Al mismo tiempo que expone los distintos medios que el tercero puede utilizar para crear la apariencia de que es el acreedor, nos señala, de forma detallada, qué tipo de responsabilidad se deriva de esos actos y quién incurre en dicha responsabilidad.

c) Actos o negocios jurídicos entre deudor y el heredero o legatario aparente (Fernández Arévalo nos ofrece una breve referencia en relación con el concepto de heredero o legatario aparente y de los distintos supuestos en los que puede aparecer tal figura). Según la autora, si el heredero o legatario era de buena fe (creía ser el verdadero sucesor del causante) no incurre en responsabilidad, pues no actúa ni con dolo ni con negligencia. Si por el contrario, era de mala fe (conocía o tenía indicios razonables de que existía un título que declaraba sucesor a otra persona) entonces el verdadero heredero o legatario podrá reclamar la tutela aquiliana de su crédito frente al tercero (heredero o legatario aparente).

5.2 En el segundo gran bloque del capítulo IV, Fernández Arévalo analiza los negocios jurídicos celebrados entre el tercero no titular (acreedor aparente o representante sin poder) con otros terceros adquirentes que tienen por objeto la transmisión de la titularidad del derecho de crédito.

Como regla general, el adquirente del tercero no titular no consolida su adquisición aunque existen excepciones (dependiendo de la existencia de buena o mala fe; si se adquiere a título oneroso o gratuito) en las cuales el adquirente del tercero no titular sí adquiere de modo efectivo la titularidad del derecho de crédito. Será en este último caso cuando se planteará el problema de la responsabilidad del tercero debido a la lesión que sufre el verdadero acreedor en su posición jurídica.

La autora sigue el esquema del bloque anterior para estudiar los distintos supuestos y poder ofrecernos una solución específica en cada caso (cesión ordinaria de créditos; transmisión de créditos representados en títulos-valores; transmisión *mortis causa* del crédito por el titular aparente; transmisión del crédito por el *falsus procurator*).

6. Los supuestos de lesión del derecho de crédito en los que concurre la responsabilidad del deudor y de un tercero son tratados en el capítulo V.

6.1 Pueden distinguirse dos supuestos:

6.1.1 El primer supuesto se refiere a la interferencia del tercero en la relación contractual, sin legitimación del deudor (empresario que soborna a un trabajador con la finalidad de que éste incumpla algún deber derivado de su contrato de trabajo). También existe interferencia del tercero sin legitimación del deudor, cuando el tercero y el deudor realizan un contrato que implica el incumplimiento de la obligación previamente contraída por el deudor con el acreedor (son los contratos incompatibles: violación de un contrato de opción de compra cuando el concedente vende la cosa a un tercero en lugar de vendérsela al optante; violación de un pacto de exclusiva; etc.).

Fernández Arévalo afirma que de la interpretación conjunta de los principios de libertad de contratación y de respeto a los derechos ajenos, se deduce que la libertad de contratar no implica el desprecio por los derechos de crédito ajenos. Asimismo señala que el artículo 1257 CC no puede ser utilizado como un argumento para negar la responsabilidad del tercero que celebra con el deudor un negocio incompatible respecto de uno anterior que ligaba al deudor con el acreedor lesionado.

La conclusión a la que llega la autora es que, en estos casos, el acreedor podrá exigir responsabilidad contractual al deudor por incumplir sus obligaciones y responsabilidad extracontractual al tercero, siempre que éste conozca o pueda razonablemente conocer la existencia del derecho de crédito que resultará lesionado con el contrato que él celebra (el tercero también será responsable, en base al artículo 1902 CC, cuando conozca con posterioridad a la celebración del segundo contrato pero antes de que éste se consume la existencia de ese derecho de crédito incompatible).

6.1.2 El segundo supuesto es la interferencia del tercero legitimado por el deudor (actuación de los auxiliares y sustitutos del deudor). En estos casos, cuando la intervención del tercero provoca una lesión del derecho de crédito del acreedor también existe, al igual que en el supuesto anterior, concurrencia de responsabilidades de distintas personas y puede que de distinta naturaleza por un mismo hecho dañoso. Las posibles responsabilidades son las siguientes:

a) El deudor incurre en responsabilidad contractual.

b) Fernández Arévalo deduce de determinadas normas (arts. 1551, 1552, 1722 CC) que cuando el tercero actúa como sustituto del deudor (actúa independientemente de las ordenes del deudor en virtud de la celebración de un contrato con el deudor idéntico al existente entre éste y el acreedor: subarrendatario, submandatario, etc.) incurre en responsabilidad contractual.

c) Si el tercero cuya actuación dolosa o negligente lesiona el crédito del acreedor es un auxiliar del deudor (actúa bajo las directrices del deudor, por ejemplo, un dependiente), dicho tercero responderá extracontractualmente, por vía del artículo 1902 CC, frente al acreedor lesionado.

6.2 El Derecho español no resuelve expresamente el problema de la acumulación de responsabilidades basadas en títulos distintos, de distintas personas. Por tanto, el acreedor lesionado puede dirigirse contra el deudor, contra el tercero o contra ambos conjuntamente, ya que no existe ninguna norma que establezca que la responsabilidad del tercero es subsidiaria respecto de la del deudor, sin perjuicio de que obtenida la reparación de los daños por una vía carece de base la reclamación que se haga al otro sujeto responsable, pues el daño ya está indemnizado. También pueden surgir problemas por los distintos plazos de prescripción a los que están sometidos las acciones para exigir responsabilidad según sea contractual (art. 1964 CC) o extracontractual (art. 1968.2 CC). Señala la autora que al no existir tampoco una solución expresa en el ordenamiento español, lo más adecuado es llamar a todos los responsables, intervinientes en el hecho dañoso, para que la sentencia, si es posible, establezca la responsabilidad solidaria.

7. Fernández Arévalo dedica el último capítulo del libro (capítulo VI) al examen de los presupuestos necesarios para que se pueda ejercitar la acción del artículo 1902 CC contra el tercero. Los presupuestos a los que dedica su atención son: *a)* daño producido al acreedor; *b)* acción u omisión de un tercero; *c)* culpabilidad; *d)* relación de causalidad entre el comportamiento del tercero y el resultado lesivo. También examina si la antijuridicidad es un requisito necesario de la responsabilidad aquiliana del artículo 1902 CC. Señala que la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia considera que para que el daño sea reparable, el comportamiento del tercero debe ser antijurídico. Sin embargo, tras examinar las causas de exclusión de la antijuridicidad (estado de necesidad, ejercicio legítimo de un derecho), Fernández Arévalo concluye que la antijuridicidad no es un requisito de la responsabilidad extracontractual.

8. La obra de Fernández Arévalo objeto de la presente recensión es una importante aportación al panorama jurídico. Es de destacar la abundante bibliografía manejada y la perfecta estructuración de la obra. Asimismo de su lectura se desprende el profundo conocimiento que la autora tiene de las distintas ramas del ordenamiento español (civil, mercantil, penal, laboral). Pero si hay algo que caracteriza a la obra de Fernández Arévalo es el gran número de supuestos (y sus distintas variantes) que examina, ofreciendo una solución específica para cada caso.

Como conclusión final puede afirmarse que la autora consigue su objetivo: demostrar que cuando un tercero lesiona, de forma dolosa o negligente, un derecho de crédito ajeno, ese tercero responde extracontractualmente (art. 1902 CC) por el daño causado.

HAZA DÍAZ, Pilar de la: *El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de las agencias de viajes*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 308 pp.

1. Entre los cambios sufridos por el Derecho privado español, en poco más de la última década, está el creciente número de normas que tratan de la protección de los consumidores y usuarios. Tras la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984 (LGDCU), han surgido toda una serie de normas, que, con el mismo fin protector, centran su atención en específicos sectores del tráfico. Sin intención alguna de exhaustividad podemos mencionar, entre otras: la Ley General de Publicidad de 1988, la Ley sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles de 1991, la Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos de 1994, la Ley de crédito al consumo de 1995, la Ley de ordenación del comercio minorista de 1996 (ventas especiales, entre ellas las ventas a distancia), y recientemente, la Ley de 13 de abril de 1998, sobre condiciones generales de la contratación. Por otra parte, debemos incorporar la Directiva, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Esta realidad debe hacernos reflexionar sobre el papel que en el futuro queremos que desempeñe este conjunto normativo (seguir con una legislación dispersa o crear un código de consumo como ha hecho el legislador francés en 1993; decidir, en la medida de lo posible y con carácter general, la espinosa cuestión del alcance de la protección: en cualquier caso el consumo personal, familiar o doméstico, y en cuanto al empresarial, en qué casos sí y en cuáles no; encajar el engranaje de la distribución competencial entre Estado y CCAA en materia de consumo, etc).

En esta legislación protectora del consumidor se ubica la Ley reguladora de los viajes combinados, de 6 de julio de 1995 (LVC), que incorpora la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. La LVC consta de trece artículos, dos disposiciones adicionales, una transitoria única, una derogatoria única y una final única. Ha derogado parcialmente la Orden ministerial de 14 de abril de 1988 (OM de 1988) que desarrolló el Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo [lo derogado es la regulación jurídico privada del contrato de viaje combinado (arts. 22 ss) y no los aspectos administrativos]. Como indica el título, la presente monografía de Pilar De la Haza estudia y analiza la LVC y para ello sigue básicamente el orden de los artículos, esquema que, en esencia, es el que nosotros también seguimos.

2. El artículo 2 LVC da ocho definiciones «a los efectos de la presente Ley», mediante las cuales se determina el ámbito de aplicación de la LVC: entre ellas, las de los sujetos y la del objeto del contrato.

2.1. Los sujetos del contrato son la agencia de viajes y el consumidor.

a) Para tener la calificación de *agencia de viajes* se requiere estar constituida en forma de sociedad anónima o limitada, dedicarse profesional y exclusivamente a la actividad de mediación o/y organización de servicios turísticos y estar en posesión del título-licencia correspondiente (art. 1 OM de 1988, por remisión de la DA 2.ª LVC). Dentro del concepto de agencia de viajes la LVC incluye el organizador y el detallista.

El primero de ellos es «la persona física o jurídica que organice de forma no ocasional viajes combinados y los venda u ofrezca en venta, directamente o por medio de un detallista» (art. 2.2 LVC). Lo que jurídicamente caracteriza a este sujeto es su actividad de programar, elaborar o confeccionar el viaje combinado, lo cual, evidentemente, tiene incidencia en la determinación de su ámbito de responsabilidad frente al consumidor. Aunque el organizador puede contratar directamente con el consumidor, es frecuente que comercialice los viajes combinados a través de un detallista, que es definido como «la persona física o jurídica que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por un organizador» (art. 2.3 LVC). Lo que caracteriza al detallista es esta actividad de comercializar el viaje combinado. La relación jurídica que para ello le ampara puede ser diversa. Señala De la Haza que puede justificarse en un contrato de agencia, de comisión o de corretaje (contratos de gestión de negocios ajenos), pero que, teniendo presente las estructuras de estos contratos, los más usuales son los de agencia y mediación. Todo esto se traduce en que el detallista puede actuar frente al consumidor mediante una representación directa o indirecta del organizador; e incluso en otras ocasiones el detallista adquiere el viaje ya combinado, presentándose luego ante el consumidor como su titular (revendedor de un producto no elaborado por él).

Por otra parte, destaca De la Haza que la LVC (art. 2) reduce, en el contrato de viaje combinado, los tipos de agencia regulados por el artículo 3 de la OM de 1988: así el organizador puede ser mayorista-minorista o minorista y el detallista puede ser minorista; pero no se incluye a la agencia de viajes que sólo sea mayorista.

b) En relación con el *consumidor*, De la Haza destaca una primera característica de la LVC; emplea una noción de consumidor más amplia que la contenida en los artículos 1.2 y 1.3 LGDCU. La LGDCU exige que el consumidor adquiera el bien o servicio para destinarlo a un uso personal o familiar y excluye de su aplicación al consumo o uso empresarial. En contraste con ello, la LVC no hace referencia alguna a la finalidad que el consumidor pretende obtener con el viaje combinado: por ello se aplica a los viajes combinados en los que el consumidor persigue un fin personal y a aquellos en los que el consumidor los integra en una actividad empresarial. Este distinto ámbito de aplicación plantea la cuestión de si en aquellos aspectos no regulados por la LVC puede o no aplicarse supletoriamente la LGDCU. De la Haza entiende que sí, apoyándose en que en la actualidad la tendencia predominante en el Derecho comunitario y en el nacional es proteger al sujeto más débil de la relación, lo que se define más por el tipo de contrato realizado (de adhesión), que por el fin que se persigue; y además porque la propia LVC (art. 4.3) se remite a la LGDCU (se refiere al antiguo artículo 10, vigente en el momento de la publicación de su monografía, y que recientemente ha sido reformado por Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación).

Dentro del sujeto consumidor la LVC reconoce distintas posiciones: a) *contratante principal*, al que únicamente permite la LVC que sea persona jurídica o física y que es quien compra o se compromete a comprar el viaje combinado (art. 2.4); b) *beneficiario*, que es «la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado» (art. 2.5) y que, pese a la falta de precisión del precepto, señala De la Haza, que no debe entenderse referido a un mandato del beneficiario (representación directa), sino como contrato en favor de tercero (art. 1257.II CC), siendo aquí el tercero el beneficiario de la LVC; y c) el *cesionario*, «la persona física a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado» (art. 2.6).

2.2. El objeto del contrato es el viaje combinado y se define así: «la combinación previa de, por lo menos, dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia: a) transporte, b) alojamiento, c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyen una parte significativa del viaje combinado» (art. 2.1 LVC). Dos son los elementos claves: el viaje combinado y el precio unitario.

Sobre el viaje combinado lo relevante es esa combinación de los distintos servicios turísticos que componen el viaje (un solo objeto contractual); no se consideran los servicios individualizados, en sí mismos. Asimismo destaca De la Haza el carácter previo con que el organizador predispone la combinación de los servicios. Ahora bien, ese carácter previo debe entenderse en sus justos términos. Según De la Haza, incluye los casos en los que el organizador confeccionó el viaje antes de su posterior comercialización y los casos en los que el consumidor solicita el viaje y tras ello el organizador lo programa como si la idea hubiera partido de él, predisponiendo y redactando el documento contractual de forma unilateral de manera que si el consumidor quiere hacer el viaje deberá aceptarlo (estamos ante un contrato de adhesión y no ante un contrato negociado).

Por último, en cuanto a la naturaleza jurídica de este contrato, De la Haza considera que es contrato de consumo (su contenido lo fijan condiciones generales predispuestas por la agencia), del cual nace una obligación de resultado para la agencia de viajes que es el viaje, consistente éste en la combinación de diversos servicios considerados como un todo unitario.

3. El artículo 1 LVC dice que esta Ley se aplica a la «oferta, contratación y ejecución» de los viajes combinados; esto es, abarca las distintas etapas por las que transcurre el contrato de viaje combinado. A efectos sistemáticos distingue De la Haza entre: fase precontractual (publicidad e información), fase de constitución del contrato (documentación y contenido mínimo), fase en la que pueden producirse modificaciones contractuales en el viaje antes de la fecha de la salida y fase de ejecución del viaje.

3.1. En la *fase precontractual*, el artículo 3 LVC impone que la agencia de viajes tenga a disposición del consumidor «un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado y que deberá incluir una clara y precisa información sobre los siguientes extremos» (a continuación hay una enumeración hasta la letra j).

Afirma De la Haza que, en esta fase precontractual, el contenido de este deber de información es flexible, pues tiene por fin dar a conocer al cliente el objeto del contrato, así como sus cualidades esenciales. Asimismo pone de relieve que el carácter «claro y preciso» de la información responde al principio de veracidad de la publicidad (cfr. art. 8 LGDCU) y que el carácter escrito de la información persigue que el consumidor cuente con un documento para facilitársele la prueba, de forma que si la publicidad se hizo por medios no escritos, aquél podrá exigir de la agencia de viajes la entrega por escrito de las condiciones del viaje ofertado.

La consecuencia que la LVC une a este programa o folleto informativo es que su contenido vincula a la agencia de viajes y por ello el consumidor puede exigirlo, aunque el mismo no se reflejara en el contrato (art. 3.2 LVC; cfr. art. 8 LGDCU). Aclara De la Haza que aunque la agencia niegue que su publicidad no es oferta, esto no será así, siempre que en ella se informe de los elementos esenciales del viaje. Por otra parte, si el folleto informativo no contiene todos los datos que preceptúa el artículo 3.1 LVC, habrá de comprobarse si el mismo tiene o no

información sobre los elementos esenciales del contrato, habiendo en el primer caso oferta y no en el segundo. Pero esta regla de la vinculación del contenido de la publicidad cuenta con dos excepciones: *a)* si la posibilidad de cambios fue objeto de expresa mención en el folleto y los mismos se comunican por escrito al consumidor antes de la celebración del contrato, y *b)* si los cambios son después de la celebración del contrato con previo acuerdo por escrito entre los contratantes. Esta última excepción es inútil en opinión de De la Haza, porque si ya hay contrato sólo podrá modificarse mediante un nuevo acuerdo (novación modificativa) y porque la modificación del contrato se regula expresamente en el artículo 8 LVC.

Los casos en los que la agencia de viajes puede ser responsable por causa de su publicidad son, bien por su carácter ilícito (publicidad errónea o parcial), bien por la retirada injustificada de la oferta. Para el primer supuesto, indica De la Haza que la solución se reconduce al contrato: responsabilidad contractual (de ello se ocupan los arts. 10 y 11 LVC), y para el segundo, afirma que es difícil sostener que el consumidor pueda obligar a la agencia de viajes a la celebración del contrato, siendo más viable el que se le reparen los daños que haya podido sufrir. Pero la cuestión de la responsabilidad se complica cuando interviene el detallista; hay que determinar qué papel desempeñó éste. Especifica De la Haza que si en el folleto informativo está claro que el organizador es el oferente, el detallista responde por la información que él suministró y en el marco de la responsabilidad extracontractual. En cambio, si el detallista es parte en el contrato con el consumidor, por ser oferente, responderá frente a éste, sin perjuicio de la posible acción de reembolso que tenga contra el organizador si es que éste es efectivamente el causante material de la incorrecta información.

3.2. De la *fase de constitución del contrato* se ocupa el artículo 4 LVC. Éste exige que el contrato se formule por escrito y que en él se hagan referencia a una serie de elementos (el art. 4.1 hace una enumeración hasta la letra ñ); que se informe al consumidor antes de la celebración del contrato de las cláusulas contractuales, información que De la Haza considera de carácter oral; que se dé copia por escrito del contrato al consumidor; y que la información suministrada sea «veraz y comprobable», en los términos del artículo 10 LGDCU (ya hemos advertido que la autora se refiere al antiguo art. 10; la remisión que el art. 4 LVC hace al art. 10 LGDCU debemos readaptarla a la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, y a los nuevos arts. 10, 10 *bis* y DA 1.^a y 2.^a LGDCU, introducidos por dicha Ley 7/1998).

Sobre esta remisión al (antiguo) artículo 10 LGDCU, aclara De la Haza que parece que el legislador ha sufrido cierta confusión. El (antiguo) artículo 10.1.a) LGDCU exige que las condiciones generales tengan «claridad, concreción y sencillez en la redacción» (control de inclusión), lo cual parece referirse al requisito de la comprensibilidad; en cambio, la veracidad no es contemplada por el (antiguo) artículo 10 LGDCU.

Y situados en el (antiguo) artículo 10 LGDCU, De la Haza nos recuerda el esquema diseñado por la doctrina a propósito de las condiciones generales del contrato: *a) control de inclusión*: las condiciones generales deben tener «claridad, concreción y sencillez de redacción» [antiguo art. 10.1.a) LGDCU]; *b) control de interpretación*: reglas de la prevalencia de la condición particular sobre la general, de la prevalencia de la condición más beneficiosa y de la interpretación *contra stipulatorem* (antiguo art. 10.2.II LGDCU); y *c) control de contenido*: las condiciones generales deben respetar la buena fe (objetiva) y el justo equilibrio (que la posición preeminente de la empresa predisponente no se manifieste en el contrato) [antiguo art. 10.1.c) LGDCU]. Aunque como acabamos de indicar, el

artículo 4.3 LVC sólo alude al control de inclusión de las condiciones generales, De la Haza considera que la remisión que aquél hace al (antiguo) artículo 10 LGDCU supone que las condiciones generales de los contratos de viaje combinado deban respetar todos los demás controles (carácter supletorio de la LGDCU).

Por último, en cuanto a las consecuencias de que las condiciones generales del viaje combinado no reúnan los requisitos del artículo 4 LVC (y del antiguo 10 LGDCU), señala De la Haza que también debe acudir al (antiguo) artículo 10 LGDCU. En concreto: si no se respetó el control de inclusión, la condición general no llegó a formar parte del contrato; y si la condición general no respetó el control de contenido, será nula (nulidad parcial), y en el caso de que el resto del contrato, una vez realizada la oportuna integración cuando fuere necesario, conduzca a un resultado no equitativo para las partes, entonces lo que será nulo es el contrato.

4. Los artículos 5 a 9 LVC se sitúan en el período que va desde la firma del contrato hasta la fecha de salida del viaje.

4.1. Preceptúa el artículo 6 LVC que *la agencia de viajes ha de facilitar «por escrito o en cualquier otra forma en que quede constancia y con tiempo necesario antes del inicio del viaje, a los consumidores con los que haya contratado, la siguiente información (...)*». Destaca De la Haza, que este deber de información tiene lugar una vez firmado el contrato y que tal información posee un significado distinto a la que debe suministrarse en la fase precontractual del contrato: ésta, como ya sabemos, se dirige a que el consumidor comprenda y conozca los deberes y obligaciones que surgirán del contrato; en cambio la información del artículo 6 LVC es un deber complementario a la obligación principal de realizar el viaje (se informa sobre aspectos tales como «horarios y lugares de las escalas y de los enlaces», etc).

4.2. El artículo 5 LVC regula la *cesión de la reserva* del viaje combinado, para lo cual impone determinados requisitos: el titular de la posición contractual (contratante principal, beneficiario) debe ceder a una persona que reúna todas las condiciones requeridas para el viaje; la cesión ha de ser gratuita; y basta con que se le comunique por escrito a la agencia de viajes con quince días de antelación a la fecha de salida, salvo pacto en contra.

Sobre esta cesión de la reserva, De la Haza hace ciertas consideraciones. Destaca que el carácter gratuito de la cesión se traduce en que no son aplicables los artículos 1529 y 1530 CC y sí el 638 CC, y que, si la cesión es a título oneroso, en contra pues de la LVC, tal cesión es válida pero el cedente responde de la existencia y legitimidad del crédito, y de la solvencia del deudor, si así se pactó o la insolvencia era «anterior y pública» (aplicación del art. 1529 CC). Por otro lado, el cesionario debe reunir las condiciones materiales apropiadas para la realización del viaje combinado que se le cede y debe ser consumidor según el artículo 2 LVC. Por último, señala De la Haza, el artículo 5 LVC regula un supuesto de cesión de contrato caracterizado por no necesitar el consentimiento del otro contratante (agencia de viajes) y sus consecuencias son las propias de una novación modificativa con la particularidad de que cedente y cesionario responden solidariamente del precio y gastos adicionales justificados, fruto de la cesión (art. 5.3 LVC).

4.3. La LVC faculta a la agencia de viajes para *modificar el precio*, si así se previó en el contrato, estableciéndose las modalidades de cálculo y tanto al alza como a la baja y sólo si es para repercutir variaciones sufridas en ciertos elementos del viaje combinado (especificados en el art. 7.2 LVC: transporte, carburante,...) y tiene lugar con veinte días de antelación a la fecha de salida. Si no se

cumplen estos requisitos la modificación es nula (el art. 7.3 LVC sólo refiere la nulidad al incumplimiento del plazo de los veinte días, pero De la Haza considera que es aplicable a los demás requisitos del art. 7 LVC).

En el caso de que la modificación del precio sea válida, De la Haza afirma que el consumidor no tiene necesariamente que pasar por ella, podría utilizar la facultad de desistimiento que en todo momento le permite el artículo 9.4 LVC, si bien tendría que pagar la penalización que éste prevé. Pero si el incremento del precio es importante, De la Haza señala que tal supuesto de hecho encajaría en el artículo 8 LVC, que, ante una modificación significativa del contrato, permite al consumidor resolver sin penalización alguna. El criterio para determinar si la modificación del precio es o no significativa no lo establece la LVC y considera De la Haza que puede fijarse en si es o no superior al 15 por 100 del precio (acude al antiguo art. 28.2 de la OM de 1988 que regulaba la modificación del precio y fijaba dicho porcentaje).

4.4. Como en parte se acaba de adelantar, el artículo 8 LVC regula el supuesto en que, «antes de la salida del viaje, el organizador se ve obligado a modificar de manera significativa algún elemento esencial del contrato». Interpretado a contrario, entiende De la Haza que este artículo prohíbe al organizador introducir modificaciones fruto de su mera voluntad o arbitrariedad (cfr. art. 1256 CC); para poder hacer la modificación ha de verse obligado, tiene que haber una causa justificada. Y, en lo relativo al carácter significativo de la modificación, entiende De la Haza que su contenido lo determinará en última instancia la jurisprudencia, siendo partidaria de una interpretación flexible y subjetiva, en el sentido de dar relevancia a la voluntad del consumidor (éste no hubiera contratado el viaje si hubiera sabido de la modificación).

Sobre las consecuencias de la modificación, De la Haza distingue según se hayan cumplido o no los requisitos del artículo 8 LVC: a) si no se han cumplido dado que la modificación no es significativa o es en un elemento accesorio, el consumidor ha de pasar por ella, lo cual debe interpretarse de forma restrictiva (respetarse al máximo la justificación de la modificación), y además habrá de darse al consumidor la máxima información posible; b) si la modificación es significativa, el consumidor estará a lo que convenga con la agencia; en su defecto, puede optar entre resolver el contrato o aceptar la modificación, teniendo lugar en este último caso una novación modificativa del contrato, y modificación que debe reunir los mismos requisitos que el inicial contrato: ser clara, comprensible y por escrito; el consumidor debe optar en un plazo de tres días contados a partir del momento en que la agencia le notificó la modificación, y si no lo hace, la LVC entiende que opta por la resolución.

4.5. El artículo 9 LVC regula *distintas causas de extinción del contrato de viaje combinado* caracterizadas por producirse *antes de la fecha de salida del viaje*.

4.5.1. El apartado 1 del artículo 9 LVC regula tres supuestos en los que la causa de extinción la provoca la agencia de viajes y son: a) *la resolución por modificación significativa del contrato del artículo 8 LVC*; según De la Haza, estamos ante una facultad resolutoria del consumidor por imposibilidad sobrevenida de la prestación muy diferente a la del artículo 1124 CC: el plazo de ejercicio es de dos años; la opción de la parte cumplidora es entre resolver o aceptar la prestación modificada; ha lugar a la restitución del pago hecho por el consumidor (efecto retroactivo) y a una indemnización cuya cuantía mínima fija la LVC. b) *La cancelación del viaje* por la agencia, que es un supuesto de desistimiento unilateral. Y c) *la no confirmación de la reserva*, que debemos de entenderla, señala

De la Haza, en el sentido de que la agencia garantiza durante un tiempo la reserva del viaje combinado al consumidor para que decida si lo hace o no. La ubicación de este supuesto responde a una mala técnica legislativa porque, a diferencia de la cancelación del viaje, aquí todavía no hay contrato. Por ello De la Haza defiende que no ha lugar a la indemnización del artículo 9.2 LVC que se prevé para el «incumplimiento del contrato», además de que el artículo 9.1 *in fine* LVC dice, en la no confirmación de la reserva, «este mismo derecho», expresión que no incluye a la indemnización.

Si el contrato o la reserva del viaje combinado se extinguen, el artículo 9.1 LVC permite al consumidor optar entre el reembolso de las cantidades pagadas o la realización de otro viaje combinado (es éste un nuevo contrato), de calidad equivalente o superior, si la agencia puede proponérselo; si es de calidad inferior, debe reembolsarse la diferencia. El «pueda proponérselo» ha de interpretarse en beneficio del consumidor y por ello existe cuando la agencia de viajes está ofertando al público un viaje de características y precio similares al anterior viaje. Además de esta opción, el consumidor tiene derecho a ser indemnizado en la cuantía mínima que fija la LVC (art. 9.2).

Entiende De la Haza que esa indemnización es supuesto de responsabilidad contractual, irrenunciable, cuyo criterio de imputación funciona al margen de la valoración de la actitud de la agencia y, en la determinación del sujeto responsable, si además del organizador interviene el detallista, hay que tener en cuenta cómo se ha presentado éste al consumidor (representación directa/representación indirecta). Sin embargo, la agencia de viajes no indemnizará si se ampara en alguna de las siguientes causas de exoneración: *a*) el motivo de la extinción es imputable al consumidor (art. 9.1 LVC); *b*) la cancelación es porque el número de personas inscritas es inferior al que se exigió para el viaje combinado y así se ha comunicado al consumidor antes de la fecha de salida del viaje [arts. 4.1.f), 9.3 LVC]; y *c*) la cancelación se debe a causa de fuerza mayor: esto es, a circunstancias ajenas, anormales, imprevisibles e inevitables a quien las alega, pese haber actuado con la diligencia debida (cfr. art. 1105 CC; debe incluirse el caso fortuito); además, aclara De la Haza, no se rompe el nexo causal si el origen de la responsabilidad es la actuación de la empresa prestadora directa del servicio al consumidor con la que contrató la agencia de viajes (no es tercero ajeno); y tampoco hay exoneración de responsabilidad si la cancelación del viaje es por un exceso de reserva [*overbooking*; art. 9.3.b) LVC y Reglamento (CEE), núm. 295/1991 del Consejo, de 4 de febrero, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular].

4.5.2. Pero la extinción del contrato de viaje combinado también la puede provocar el consumidor en los dos casos que siguen (art. 9.4 LVC):

a) Por desistimiento unilateral: se trata de una facultad excepcional pues el consumidor puede desistir del contrato en todo momento y sin alegar causa. Aunque el artículo 9.4 LVC no lo indique, señala De la Haza que para que el desistimiento tenga eficacia, el consumidor ha de comunicárselo a la agencia de viajes antes de la fecha de salida. Tras ello, tiene derecho a la devolución de las cantidades que hubiere pagado y ha de abonar a la agencia una indemnización cuya cuantía especifica la LVC: gastos de gestión y de anulación del viaje, si los hubiere, más una penalización; en el caso de que el viaje combinado estuviere sujeto a condiciones económicas especiales, los gastos de anulación se fijarán según lo pactado, y en su defecto, de acuerdo con lo que efectivamente sean. La LVC especifica, además, que el consumidor puede exonerarse del pago si el desistimiento fue por causa de

fuerza mayor. Surge aquí una duda. Interpretado literalmente, el artículo 9.4 LVC exonera del pago de todos los gastos, esto es, no sólo de la penalización, sino también de los de gestión y anulación del viaje. Esto pudiera parecer injusto, pero considera De la Haza que puede ser una solución ajustada si tenemos en cuenta que cuando es la agencia la que cancela el viaje y queda exenta de responsabilidad, ésta no tiene que pagar al consumidor los gastos que hizo con motivo del viaje.

b) *Por no presentarse el consumidor a la salida del viaje*, lo cual supone un incumplimiento por su parte; la agencia de viajes sí quiere cumplir, pero no puede dada la actitud del consumidor. Por otro lado sostiene De la Haza, que aunque la LVC no prevé ninguna causa de exoneración del pago del precio por el consumidor, sí que lo son la de su no presentación al viaje por causa de fuerza mayor y la de su no presentación al viaje por causa imputable a la agencia (suministró información incorrecta e indemnizará según el art. 9.2 LVC).

5. Iniciado el viaje, es evidente que la situación y los posibles problemas que pueden surgir varían. Los artículos 10 y 11 LVC contienen *los remedios y la indemnización del consumidor tras la salida del viaje*.

5.1. El artículo 10 LVC regula las *consecuencias de la no prestación de servicios*. Esto es, cuando hay discordancia entre la prestación prevista en el contrato y la materialmente recibida por el consumidor (supuesto de incumplimiento). Señala De la Haza que este precepto recoge la distinción del artículo 1124 CC entre los incumplimientos graves y los que no lo son, asociando a cada uno consecuencias distintas.

a) *El incumplimiento grave* se contempla en los apartados 1 y 2 del artículo 10 LVC. Aunque del tenor del precepto podría desprenderse que sólo contempla el incumplimiento parcial, De la Haza entiende que también abarca al cumplimiento defectuoso. Asimismo señala que para determinar la importancia del incumplimiento ha de atenderse a la doctrina jurisprudencial que afirma que hay incumplimiento resolutorio del artículo 1124 CC cuando el acreedor no hubiere contratado o lo hubiere hecho en condiciones diferentes. Y por último, sobre la expresión de que «el organizador no suministre o compruebe que no puede suministrar una parte importante de los servicios previstos en el contrato» (art. 10.1 LVC), destaca De la Haza su diferencia con el artículo 1124 CC: éste opera cuando el incumplimiento se produce materialmente; en cambio el artículo 10.1 LVC puede operar antes, cuando todavía no hay incumplimiento material pero la agencia ya sabe que el prestador directo del servicio no puede cumplir.

Presupuesto el incumplimiento grave, el organizador debe adoptar las soluciones adecuadas para continuar el viaje sin suplemento alguno de precio, y si la prestación sustitutoria es de calidad inferior, restituirá la diferencia. El consumidor puede aceptar la prestación sustitutoria (si continúa el viaje se entiende tácitamente aceptada), o resolver el contrato si las soluciones del organizador son inviables o no las acepta «por motivos razonables», expresión ésta que, según De la Haza, ha de dársele una interpretación extensiva. Si resuelve, el consumidor tiene derecho a que se le facilite un medio de transporte equivalente al que utilizó, para regresar al lugar de la salida del viaje o a otro que se haya convenido, además de la oportuna indemnización.

b) *El incumplimiento menos grave*, si bien el artículo 10 LVC no lo menciona claramente, entiende De la Haza que lo contiene implícitamente: en su apartado 3. Este incumplimiento impone a la agencia la obligación de actuar con diligencia para encontrar la solución adecuada; además el consumidor tiene derecho a ser indemnizado.

5.2. El artículo 11 LVC regula la *indemnización por incumplimiento de la agencia de viajes* (responsabilidad contractual) y consta de cuatro apartados.

El consumidor que esté realizando el viaje debe comunicar el incumplimiento a la agencia de viajes o al prestador directo del servicio, bien por escrito o en cualquier otra forma en la que quede constancia [art. 4.1.m) LVC]. De esta forma se podrá adoptar la solución adecuada, pero, aclara De la Haza, la omisión de tal comunicación no debe interpretarse como requisito previo y necesario para que el consumidor ejercite la acción judicial de responsabilidad contra la agencia de viajes [salvo que el supuesto encaje en la causa de exoneración del art. 11.2.a) LVC: daños imputables al consumidor].

La distribución de responsabilidad entre organizador y detallista es una cuestión que plantea problemas en la interpretación del artículo 11 LVC, que establece que responden «en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado». Y ¿cuáles son sus ámbitos de gestión? Recuerda De la Haza que el organizador proyecta y elabora el viaje combinado y que en el detallista recaen las obligaciones de informar al consumidor (él vende el viaje). Esto se traduce en que el detallista no responde del incumplimiento de los distintos servicios, sino del que deriva de la mala información que haya dado, por lo que el consumidor ha de dirigirse, en el resto de los supuestos, contra el organizador, solución que no le es muy beneficiosa. Por ello De la Haza defiende una interpretación correctora del precepto en el sentido de que organizador y detallista respondan solidariamente frente al consumidor. Da varios argumentos: la mayor protección del consumidor; el precedente normativo del Reglamento de régimen jurídico de las agencias de viajes y sus actividades de 9 de agosto de 1974, en desarrollo del Decreto de 7 de julio de 1973, que así lo establecía; el artículo 27.2 LGDCU que contempla la responsabilidad solidaria y en el mismo sentido se ha orientado la jurisprudencia del TS; el artículo 9.2 LVC que trata de la responsabilidad por causas anteriores a la salida del viaje y hace responder al detallista por actuaciones del organizador; además, la prestación del viaje combinado se caracteriza por ser de resultado, etc.

Dentro del ámbito de responsabilidad de la agencia de viajes, el artículo 11 LVC incluye expresamente el incumplimiento del prestador directo del servicio (subcontratante). Señala De la Haza que la LVC no se ocupa de cómo responde dicho prestador directo del servicio frente al consumidor y entiende que el único responsable es la agencia de viajes, incluso en el caso de incumplimiento doloso del prestador directo del servicio y sin perjuicio de la oportuna acción de regreso. En cuanto a la posibilidad de que el consumidor se dirija contra el prestador directo del servicio vía responsabilidad extracontractual, afirma De la Haza que no podrá respecto de los daños incluidos en la responsabilidad contractual de la agencia de viajes, pero sí por los daños sufridos fuera del ámbito del contrato (de los que se hubieran producido igualmente si no hubiera habido contrato).

En cuanto a los daños resarcibles, el artículo 11 LVC precisa poco. De la Haza considera aplicable el artículo 1107 CC que fija la cuantía de los daños según la buena fe o el dolo del deudor (agencia de viajes). Igualmente considera aplicable el artículo 1106 CC: para fijar la cuantía del daño emergente debe tenerse en cuenta la solución que en su momento adoptara la agencia de viajes (art. 10 LVC); y en el lucro cesante, recuerda De la Haza que éste normalmente se excluye de los contratos de consumo, puesto que al ser el consumidor destinatario final, no pierde ganancias por causa del incumplimiento; pero esta afirmación es revisable en la LVC, porque aquí también es consumidor la persona que hace un viaje de negocios. Y por último, en cuanto a la tipología de los daños cubiertos por el artículo 11 LVC, De la Haza señala que incluye los patrimoniales y los extrapatrimoniales.

El propio artículo 11 LVC, en su apartado 2, especifica los casos en que la agencia de viajes no responde y son cuando los defectos del viaje combinado son imputables, o al consumidor, o a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones previstas en el contrato, o a un caso fortuito, o a una fuerza mayor. Salvo que sea imputable al consumidor, en los demás casos la LVC impone que la agencia de viajes preste la «necesaria asistencia». Aclara De la Haza que aquí la LVC parece confundir la exoneración de responsabilidad de la agencia de viajes por incumplimiento, con el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación: no siempre coinciden y así en algunos casos la agencia sigue obligada a cumplir (a superar los obstáculos si ello es posible: art. 10 LVC), pero no debe indemnizar. Para que la agencia pueda suspender el viaje combinado debe haber un incumplimiento inimputable que genere imposibilidad de continuar según los artículos 1182 y 1184 CC, y es aquí cuando la agencia de viajes debe prestar la ayuda precisa al consumidor según las circunstancias del caso.

Los dos últimos apartados del artículo 11 LVC, el 3 y el 4, contemplan posibles limitaciones en la cuantía de la responsabilidad de la agencia de viajes. El apartado 3 dice que el resarcimiento por incumplimiento del contrato queda limitado según lo previsto en los convenios internacionales reguladores de las distintas prestaciones del viaje combinado, lo que incluye, según De la Haza, al Reglamento 295/1991 del Consejo, de 4 de febrero, sobre *overbooking*. Y el apartado 4, no permite que el contrato contenga excepciones a los apartados 1 y 2 del artículo 11 LVC (responsabilidad de las agencias de viaje y causas de exoneración), lo que implica que el contrato sí puede contener cláusulas limitativas de la cuantía de la responsabilidad de la agencia (a excepción de los daños corporales). De todas formas, considera De la Haza, comparando el artículo 5 de la Directiva 90/314/CEE con el artículo 11 LVC, apartados 3 y 4, la implementación de dicho artículo 5 no es del todo satisfactoria.

5.3. Por último, en materia de responsabilidad contractual, el artículo 12 LVC impone que las agencias de viajes constituyan y mantengan *una fianza* en los términos que determine la Administración turística, lo cual implica, señala De la Haza, acudir al artículo 15 de la OM de 1988.

Interpretados conjuntamente ambos preceptos, resulta que la fianza cubre todas las cantidades que haya de pagar la agencia de viajes por el incumplimiento del contrato y, en caso de quiebra o insolvencia de la agencia de viajes, son créditos preferentes del consumidor por el incumplimiento del contrato, el del reembolso de los fondos que depositó y el de los gastos de repatriación. Si se ejecuta la fianza, debe reponerse en un plazo de quince días. Por otro lado, el artículo 5 de la Orden ministerial de 1988 impone que la agencia de viajes tenga un seguro obligatorio para su responsabilidad contractual.

6. Como ya se habrá observado, De la Haza hace en la presente monografía un estudio pormenorizado y detallado de la LVC, estudio que se caracteriza por no reducirlo a la interpretación y búsqueda de soluciones dentro de los propios preceptos de la LVC, sino que inserta ésta en el ordenamiento y acude con relativa frecuencia a la LGDCU y a las normas del CC reguladoras de la responsabilidad contractual. Esto es, no aísla la normativa protectora de los consumidores y usuarios (además de que no hemos de olvidar que la LVC emplea una noción amplia de consumidor). Por otra parte, debe resaltarse que la monografía se encuentra entre las primeras que la LVC ha originado en la doctrina, lo que supone ir abriendo camino en la materia, con todo el esfuerzo que ello conlleva.

MOREU BALLONGA, José Luis: *Aguas públicas y privadas*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, 877 pp.

I. El profesor Moreu Ballonga, Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, ofrece en el libro que se reseña una exhaustiva obra —de tratado, podría muy bien calificarse— sobre los problemas patrimoniales generados en torno al agua. En efecto, frente a las aportaciones doctrinales habituales en el Derecho de aguas que, con frecuencia, han versado sobre los aspectos novedosos —y me atrevería a decir que colaterales— de la nueva legislación hidráulica, el análisis de Moreu se centra en el examen de la posición jurídica de quienes disfrutan de derechos sobre aguas privadas o públicas¹. En esta cuestión de indudable trascendencia práctica, como acreditan las constantes referencias jurisprudenciales reseñadas en el libro, se atiende a las nuevas opciones normativas de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas y, en particular, a sus complejas y oscuras Disposiciones transitorias, pero también se aborda la influencia de normas del Derecho histórico español, cuyos efectos se prolongan acaso indefinidamente. Hay, pues, y debe afirmarse de entrada, un examen completo de los problemas medulares del Derecho de Aguas, en el que lejos de malgastar esfuerzos en lo accidental, se adentra en lo sustancial, esto es, en el régimen jurídico de las relaciones dominicales que tienen como objeto el agua².

II. Desde el punto de vista metodológico, interesa dejar constancia del meticuloso uso de las diferentes técnicas de investigación jurídica llevado a cabo por el autor, siendo especialmente sobresaliente el examen de los antecedentes históricos de la legislación hidráulica. De hecho, en el análisis de los diferentes problemas sobre los que versa el libro, el autor ofrece en todo caso una exhaustiva disertación histórica, que sirve para comprender en todos sus matices las nuevas previsiones legislativas.

Habida cuenta de la importancia que el Dr. Moreu reconoce al Derecho histórico, y a partir de su completo examen en la obra comentada, el Catedrático de Zaragoza está en condiciones de desentrañar los numerosos interrogantes planteados por la vigente legislación hidrológica. Así, el capítulo I se dedica al estudio de los derechos subsistentes sobre las aguas públicas procedentes de la legislación anterior a la actual Ley de Aguas, recogidos en la Disposición transitoria

¹ No obstante, casi simultáneamente, ha aparecido otro importante volumen del que, sin duda, es el primer administrativista en materia de aguas, el también profesor aragonés Sebastián MARTÍN-RETORTILLO Y BAQUER, cuyo discurso de entrada en el Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, titulado «Titularidad y aprovechamiento de las aguas» (1995), aborda directamente, entre otras, las cuestiones dominicales relacionadas con el agua. Del mismo autor y más reciente, *vid. Derecho de aguas*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

² Efectivamente, bien podría decirse que el autor demuestra el mucho Derecho Civil que existe en el Derecho de Aguas. La simple enumeración de cuestiones civiles que son exhaustivamente tratadas en la monografía reseñada constituye una prueba elocuente. En este sentido, conviene decir que en el libro se diserta sobre el objeto de los derechos patrimoniales, los límites y facultades del dominio, la noción de «propiedad especial», las servidumbres, la delimitación de las fronteras entre derechos reales y derechos de crédito, la ocupación, la accesión y la usucapión, la protección posesoria y por el Registro de la Propiedad de los derechos sobre las aguas, las formas de cotitularidad de derechos, etc. Cabe afirmar, en definitiva, que en el volumen *Aguas públicas y privadas* se abordan los conceptos esenciales del Derecho patrimonial español en su incidencia hidráulica, aludiéndose incluso a la incidencia que, en estos asuntos, tiene el emergente Derecho del Consumo.

primera de esta norma. En este capítulo, sobre la base de la transformación de los viejos derechos en fórmulas concesionales, se atiende a otras cuestiones complementarias, como el régimen transitorio de las Comunidades de Regantes o los derechos sobre cauces y lechos de aguas públicas.

El apartado primero de la Disposición transitoria cuarta, referente a la pervivencia de los derechos anteriores a la Ley de Aguas sobre aguas privadas, constituye el objeto del capítulo II de la monografía. En este punto, los resultados de las indagaciones y reflexiones de José Luis Moreu son ciertamente innovadores, habida cuenta del derecho de opción que otorga la referida Disposición transitoria a los titulares de los mencionados derechos. En efecto, si dichas personas deciden renunciar a la relativa «protección» del Registro de Aguas, al no realizar la correspondiente inscripción, podrán seguir disfrutando de sus derechos de modo indefinido. Pues bien, esta situación –poco respetuosa con la necesaria intervención pública sobre las aguas– merece una crítica firme por parte del profesor Moreu en sus aspectos ideológicos y técnicos.

En los capítulos III y IV se ofrece un análisis de los diferentes preceptos de la Ley de Aguas que consagran la permanencia de derechos de particulares respecto a aguas privadas. En concreto, el capítulo III sirve de complemento al capítulo anterior, ya que versa sobre la vigencia de los derechos privados o comunales sobre aguas provenientes del Antiguo Régimen, cuya sobrevivencia se mantiene por aplicación de la ya citada Disposición transitoria cuarta. Por su parte, el capítulo IV suministra al lector una completa y crítica información en relación a los restantes ejemplos de supervivencia de derechos sobre aguas privadas y situaciones asimiladas o próximas. En este capítulo el autor puede, una vez más, demostrar su condición de primer especialista en materia de aguas subterráneas, ofreciendo nuevas reflexiones sobre las muy importantes aguas subterráneas privadas. Adicionalmente, en el capítulo IV se ofrece una solvente explicación del régimen patrimonial de los lagos, lagunas y charcas, de las aguas pluviales y de las aguas del mar desalinizadas.

El capítulo V logra desentrañar el profundo significado y consecuencias del artículo 52.2 de la Ley de Aguas, polémico precepto que reconoce al propietario de toda finca un derecho limitado de aprovechamiento de caudales de pozos o manantiales. Para el Dr. Moreu, tal previsión presenta un riesgo evidente, al no requerirse autorización administrativa alguna para llevar a la práctica esta facultad, lo que pone en peligro todo el sistema de protección del dominio público hidráulico, especialmente en lo que se refiere a la tutela administrativa de las aguas subterráneas.

El capítulo VI se ocupa de cuestiones tan interesantes como son la posible vigencia parcial de la Ley de Aguas de 1879, pese a los deseos del legislador postconstitucional, así como la remisión a los preceptos de Código Civil reguladores de los derechos sobre el agua que efectúa, con carácter supletorio, la Ley de Aguas de 1985. De ambos problemas da cumplida cuenta el profesor Moreu con su habitual perspicacia.

Trazados por el autor los límites establecidos por el sistema de la Ley de Aguas a los ánimos publicadores de este recurso natural, el autor está en condiciones de realizar un examen completo del régimen jurídico de las aguas privadas. Así, el profesor Moreu se enfrenta en el capítulo VII a cuantas cuestiones polémicas se derivan del ejercicio del derecho de propiedad sobre las aguas.

A continuación, en el capítulo VIII se ofrece una valoración del significado de la Ley de Aguas en el aseguramiento del control público sobre el agua, subrayando que la nueva regulación, lejos de materializar la publicación del recurso anunciada, supone un retroceso legislativo alarmante.

El autor no se limita, sin embargo, a presentar una crítica del sistema legal, sino que, en el capítulo IX, se arriesga a ofrecer a la consideración de la doctrina científica y de los responsables públicos una serie de propuestas normativas en orden a la depuración de la legislación hidráulica.

Las conclusiones sobre las cuestiones precitadas –y los demás problemas estudiados en el libro– que, al hilo de su profunda investigación, ofrece el profesor Moreu son tan innovadoras como firmemente asentadas sobre la base de la argumentación jurídica. En síntesis, puede decirse que, tal y como se demuestra cumplidamente en el volumen anotado, las aguas privadas no son una realidad marginal, sino que, por el contrario, constituyen una situación jurídica que no puede calificarse ni mucho menos de excepcional. Y no se crea que tal conclusión obedece a un ejercicio meramente teórico, pues las afirmaciones contenidas en el libro se ven contrastadas sistemáticamente con los pronunciamientos jurisprudenciales dictados tanto por los Tribunales civiles como por los de lo contencioso-administrativo.

De lo hasta aquí expuesto puede afirmarse que la permanencia del dominio privado sobre las aguas, tal y como se consagra en la legislación hidráulica, constituye el hilo conductor que vincula los nueve capítulos que componen el libro reseñado. En efecto, la tensión entre lo público y lo privado se percibe en cada una de las grandes cuestiones incluidas en cada capítulo, sobre las cuales el Dr. Moreu se pronuncia no sólo en clave puramente jurídica, sino también desde el punto de vista de la ideología que subyace en las diferentes prescripciones normativas³.

El libro se ve complementado con una *addenda*, en la que se estudia la tutela máxima dispuesta por el Ordenamiento jurídico –esto es, la contemplada en la legislación penal– sobre las aguas de acuerdo con el nuevo Código Penal. Última publicación, junto a la habitual bibliografía –que, en este caso, es particularmente exhaustiva–, un completo índice analítico, mediante el cual se puede localizar fácilmente el examen de importantes cuestiones hidráulicas.

III. Para concluir esta reseña, que sólo ha pretendido aludir a algunos de los contenidos de la obra comentada y reparar en sus buenas cualidades, sólo cabe reiterar la importancia objetiva del volumen reseñado, cuya lectura no sólo permitirá al usuario del libro profundizar en cuestiones del Derecho de aguas hasta ahora faltas de una investigación seria, sino también valorar las elaboradas reflexiones y propuestas que para solucionar los importantes problemas sociales relacionados con el agua ofrece el profesor Moreu.

AURORA LÓPEZ AZCONA

³ En efecto, constituye una de las características de las obras del profesor MOREU la formulación de pronunciamientos sobre la ideología de las concretas opciones normativas, a partir siempre de profundos estudios dentro de la mejor técnica jurídica. Resulta perceptible siempre, y esta obra no es una excepción, un compromiso personal del autor –valiente, por lo inhabitual en los tratamientos jurídicos que pretenden evitar toda posición ideológica– por hallar las soluciones legislativas más adecuadas en términos de mejora de la justicia social. De este compromiso, no siempre correspondido por los poderes públicos competentes, da buena cuenta el ofrecimiento de uno de sus trabajos («El régimen jurídico de las aguas subterráneas y su proyectada reforma», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1982-2, pp. 165-262) a quienes tenían la tarea de gestar la legislación hidráulica. Sobre el tema de las aguas subterráneas el Dr. MOREU ha vuelto posteriormente, pudiendo mencionarse su libro *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas* (Zaragoza, 1990), con laudatorio prólogo de Lorenzo Martín-Retortillo; así como su reciente artículo «Sobre la conveniente reforma de la Ley de Aguas. Observaciones al borrador de Proyecto de Ley de mayo de 1997», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 11, 1997, pp. 165-189.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: *Los convenios entre Administraciones públicas*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 434 pp.

El frecuente recurso al pacto que implica cualquier organización estatal basada en los principios de democracia y descentralización justifica, más que sobradamente, la oportunidad de una obra dirigida a agrupar la enorme variedad de contratos celebrados por las Administraciones públicas en categorías lógicas que permitan su ordenado análisis jurídico, y que establezca el sistema de fuentes aplicable, con carácter general, a su perfeccionamiento, entrada en vigor, eficacia y extinción. Precisamente son los objetivos que persigue la obra presentada, cuyas raíces se encuentran en la tesis doctoral brillantemente defendida por su autor y que, a lo largo de cada una de sus páginas, deja traslucir el carácter impreso por el profesor Gallego Anabitarte en cada uno de sus colaboradores.

La diversidad e interés de las cuestiones estudiadas –siempre con un elevado grado de rigor y mediante la cita de un exhaustivo estudio de casos–, el carácter irremediadamente interdisciplinar de la obra –porque tal es la cualidad de la propia institución contractual– y la claridad conceptual y expositiva del autor, hacen que la lectura de la obra presentada resulte grata y sugerente. Pero esas cualidades suelen ser también un incentivo para que el lector adopte una determinada posición sobre cada una de las conclusiones del autor –en lugar de limitarse a ser un pasivo receptor de información–, y precisamente a ello se deben todas las observaciones que vamos a hacer a lo largo de esta presentación. Estas observaciones se centrarán, prioritariamente, en aspectos de especial relevancia para el Derecho Privado, y, en algunos casos, matizarán los puntos de vista del autor o manifestarán alguna discrepancia con los mismos, si bien hemos de indicar que se refieren a un mínimo porcentaje de las cuestiones abordadas por aquél y en nada afectan a la solidez de sus argumentos, resultando bastante probable que sea él quien lleve razón.

Entrando ya en materia, comenzaremos por destacar que la obra presentada se encuentra sistematizada en tres apartados principales que se ocupan, respectivamente, del tratamiento dispensado a los convenios entre Administraciones públicas en el Derecho alemán, de la tipología de los convenios interadministrativos en el Derecho español y del régimen jurídico aplicable a los mismos. Por ello nos ha parecido correcto seguir ese mismo orden expositivo en nuestra presentación.

El recurso al Derecho Comparado: el propio autor justifica el recurso a este instrumento por la tradición existente en Alemania acerca de la celebración de convenios entre centros de poder público dotados de independencia, y basta adentrarse en la lectura de este primer apartado para obtener la convicción de que el autor no ha pretendido realizar un simple ejercicio de erudición, sino llamar la atención del lector acerca de una serie de cuestiones de especial interés para el análisis de la práctica convencional entre Administraciones públicas en el Derecho español, apuntando cuál es el tratamiento dispensado a las mismas por el Derecho alemán. Entre esas cuestiones pueden destacarse las relativas a la nulidad del contrato administrativo de coordinación, la modificación y resolución de estos convenios en supuestos especiales, la aplicación a los mismos de la cláusula *rebus sic stantibus*, o las peculiaridades que revisten los convenios perfeccionados entre la Federación y los Estados federados.

La clasificación de los convenios entre Administraciones públicas: la segunda parte del trabajo se dedica a la sistematización de la enorme diversidad de convenios entre Administraciones públicas surgidos en nuestro panorama jurídi-

co reciente. Esa clasificación, y la consiguiente división de los contratos administrativos en distintas categorías y subcategorías, se lleva a cabo de acuerdo con una doble perspectiva: los sujetos jurídico-públicos intervinientes y el ámbito objetivo de los contratos. En ambos casos resulta obligado advertir que no nos encontramos ante un mero ejercicio de estilo orientado a incrementar estérilmente la riqueza conceptual o terminológica, sino ante un riguroso método de trabajo que permite al autor dar un tratamiento separado a los peculiares problemas que cada una de las categorías plantea.

En relación con las categorías que atienden a los sujetos intervinientes, y debido exclusivamente a nuestras inclinaciones personales, nos han parecido especialmente interesantes las consideraciones apuntadas en relación con los convenios celebrados entre una Administración territorial y sus propios Organismos Autónomos y por los convenios interadministrativos en que es parte una persona jurídico-privada. En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas –viabilidad de los convenios celebrados entre una Administración y sus Organismos Autónomos–, parece difícil estar en desacuerdo con la muy matizada opinión del autor, que se inclina por admitir la validez de los mismos, sobre la base de la personificación independiente de dichos entes públicos, pero que los considera superfluos cuando inciden en ámbitos influidos por las facultades de tutela de la Administración en que se integran, e inadmisibles como mecanismo sustitutivo de los cauces ordinarios de coordinación de las acciones ministeriales afectadas. Además se apunta la necesidad de que el convenio sea suscrito por el órgano con capacidad para obligar a las Administraciones intervinientes, y no, como sucede en los ejemplos relatados por el autor, por el de análoga jerarquía al que interviene por parte del Organismo Autónomo.

Al abordar la problemática relativa a los convenios interadministrativos en los que también es parte una persona jurídico-privada, para la cual parecen nacer derechos y obligaciones, el autor se muestra partidario de calificar la relación que vincula al particular atendiendo al supuesto concreto, para distinguir los casos en que nos encontramos ante un contrato administrativo sometido a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas de los convenios sustitutivos de un acto administrativo –contemplados en el artículo 88 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común–, o bien de los simples actos administrativos necesitados de la aceptación del particular. Luego, en la tercera parte de su trabajo y al referirse a los efectos de los contratos interadministrativos, se abordarán los supuestos en los cuales puede entenderse que se ha establecido alguna prestación en favor de tercero –sea éste otra Administración pública o un particular–, aludiendo a la tendencia observada en la práctica de obtener la misma finalidad por la vía de integrar al tercero en el contrato.

La clasificación de los contratos interadministrativos según su objeto y los límites establecidos por el ordenamiento para cada una de las correspondientes categorías configuran el objeto del capítulo II de esta parte segunda. En este sentido se diferencian los convenios de colaboración en sentido estricto –las partes se comprometen a realizar específicas manifestaciones del principio de cooperación interadministrativa–, los convenios de competencias –mediante los cuales se pretende incidir en el sistema legal de distribución de competencias–, los convenios normativos –en los cuales el acuerdo versa sobre el contenido de una norma que ha de ser aprobada por cada una de las Administraciones intervinientes– y los convenios orientados a la creación de órganos u organizaciones mixtas.

Especial alusión a los convenios urbanísticos interadministrativos: resultan especialmente relevantes para los estudiosos del Derecho Privado las consideraciones desarrolladas por el autor en relación con los convenios urbanísticos entre Administraciones públicas, en especial si se considera que la preeminencia del interés propiamente urbanístico justifica plenamente que el tratamiento de las cuestiones relativas a estos peculiares convenios se desarrolle a partir de las consideraciones jurisprudenciales y doctrinales vertidas en relación con los celebrados entre la Administración urbanística y los particulares.

En este sentido, y centrándonos en los convenios celebrados para la aprobación o modificación del planeamiento, el autor parte de una consideración apriorística que compartimos plenamente: la Administración urbanística no puede obligarse jurídicamente a aprobar un planeamiento determinado –porque ello supone defraudar las garantías que se establecen en la fase de aprobación de los planes para garantizar la ponderación de todos los intereses implicados–. En consecuencia, la validez del plan no puede verse afectada por el mero hecho de que su contenido se aparte de los términos pactados.

A partir de esa premisa, y empleando las categorías de nulidad, resolución o daños contractuales con una precisión mucho más que notable –en especial si consideramos el ámbito de generalidad en que obligadamente ha de moverse una obra de tan amplio alcance como la presentada–, el autor destaca la imprecisión en que se expresa la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa al abordar el tratamiento dispensable a estos convenios, en especial cuando alude a la posibilidad de que la Administración urbanística haya de indemnizar daños y perjuicios sin precisar cumplidamente si se refiere al interés contractual positivo –solución a primera vista incompatible con la nulidad radical del contrato en virtud del cual la Administración urbanística se obligó a modificar el plan en la dirección pretendida por la contraparte–, o más bien a daños incardinables en el llamado interés contractual negativo –alternativa que parece algo más coherente con una nulidad radical, al menos en la medida en que la causa determinante de la nulidad sea imputable a la Administración urbanística.

Integrando en su análisis el estudio de las previsiones contenidas en las normas autonómicas que hacen alguna referencia expresa a los convenios urbanísticos, el autor se muestra partidario de acudir al clausulado concreto de cada convenio para determinar si la nulidad puede salvarse mediante una reinterpretación de su clausulado que permita convertirlo en alguna de las modalidades que se estiman como válidas, por no contemplarse la aprobación del plan en los términos previstos como obligación de la Administración urbanística, sino como condición suspensiva o resolutoria de la obligación que asume la contraparte –estructura que, además, puede resultar complementada con la eventual asunción, por esa Administración urbanística, del riesgo financiero de que el plan no se apruebe en la forma pretendida.

La solución apuntada, que el autor defiende con cautela y solidez argumentativa, soluciona algunos problemas, pero deja otros sin resolver –muy probablemente porque el autor no se propuso desarrollar un estudio monográfico del convenio urbanístico y porque no es imaginable que los mismos se planteen cuando la contraparte de la Administración urbanística es otra Administración pública–. Entre estos últimos problemas podemos mencionar los relativos a la oponibilidad del convenio a los subadquirentes de los terrenos que constituyen el objeto de la obligación de dar o que han de ser urbanizados –tema vinculado al de la inscripción registral del convenio urbanístico y a la redacción del artículo 21 *in fine* de la nueva Ley sobre Régimen de Suelo y Valoraciones–, el del alcance máximo de

la garantía financiera prestada por la Administración urbanística –para evitar el absurdo de admitir que se comprometa el equivalente económico exacto de aquello que, por hipótesis, no puede comprometerse en especie– y las dudas que puede plantear la competencia de la Administración urbanística para actuar como aseguradora de determinados riesgos.

Pero los problemas más importantes que se derivan de la reinterpretación propuesta pueden concentrarse en la siguiente pregunta: si desplazamos la obligación de aprobar el plan de la causa concreta del convenio urbanístico, para convertirla en mero elemento accesorio, ¿cuál es la causa de la obligación asumida por la contraparte, siquiera sea de manera condicional?, en especial: ¿esa causa puede considerarse onerosa, o se convierte en gratuita, arrastrando la causa objetiva hacia esa misma gratuidad?

Obviamente esta cuestión –que ha llevado a alguna Jurisprudencia Contenciosa a calificar la cesión de suelo efectuada en ejecución de un convenio urbanístico como donación– dista mucho de ser ociosa: no sólo vierte su influencia en el tratamiento fiscal de la transmisión de bienes amparada por el convenio, sino que la gratuidad de la atribución patrimonial basada en el convenio puede volverse contra la Administración, dadas las consecuencias que se derivan de la debilidad estructural de la causa gratuita, tanto frente a los acreedores de quien entregó la parcela a la Administración urbanística en virtud del convenio –por cierto, ¿es admisible que los acreedores tuvieran que impugnar el convenio ante la Jurisdicción Contenciosa?–, como al verdadero propietario de la parcela cuando no coincide con quien comprometió su entrega –entre otras cosas, la Administración urbanística no podría ser considerada tercero hipotecario aun cuando su contraparte fuera titular registral e inscribiera el convenio.

Toda esta problemática no hace sino manifestar la litigiosidad subyacente a un instrumento que se está convirtiendo en la única alternativa viable para la obtención de dotaciones públicas en suelo urbano, y cuya utilización tiende a generalizarse ante el declive de otras técnicas urbanísticas orientadas a la misma finalidad y la ineficacia de la expropiación con cargo a contribuciones especiales –considerando que el sustrato social de este país está cansado de soportar impuestos y es muy propenso al recurso–. En este sentido sólo podemos felicitarlos por la existencia de obras que, como la presente, abordan con rigor el tratamiento de las cuestiones planteadas entre los intervinientes en el convenio, deseando que, en el futuro, se profundice en su problemática propiamente jurídico-real.

En los aspectos relativos a los convenios de competencias, el autor realiza una cuidadosa interpretación de los intereses en conflicto que le lleva a matizar, según el aspecto competencial afectado por el convenio, entre la simple encomienda de funciones entre Administraciones públicas –que puede realizarse mediante el instrumento convencional–, la delegación de competencias –respecto de la cual se estima que las del Estado sólo pueden delegarse en las Comunidades Autónomas por la vía procedimental del artículo 150.2 CE, y que en los demás supuestos la concurrencia de voluntades no evitaría la consideración del caso como un acto de la Administración delegante necesitado de aceptación por la delegada– y la transferencia de competencias o la interpretación del alcance de un determinado título competencial –que se consideran materias sobre las cuales el convenio no puede desplegar efecto alguno.

Al hacer referencia a los convenios normativos se plantean las cuestiones relativas a la modificación unilateral de la norma derivada de uno de estos convenios –que se defiende como perfectamente posible con independencia de las con-

secuencias del incumplimiento convencional que pueda implicar– y a la posibilidad de crear directamente una norma jurídica mediante convenio entre Administraciones públicas –posibilidad rechazada por el autor con cita de la doctrina que consideramos, como él, más autorizada–. Respecto a este último aspecto sólo nos atrevemos a preguntar si la negación de la posibilidad de crear una norma mediante contrato no estará demasiado influenciada por la limitación impuesta a la eficacia frente a terceros del contrato celebrado entre particulares, que guarda relación con la ausencia de poder normativo en el individuo, al contrario de lo que sucede cuando el contratante es una Administración competente para dictar la norma pactada. Porque buena parte de los problemas procedimentales podrían salvarse considerando que, a fin de cuentas, el convenio también puede descomponerse en dos declaraciones de voluntad –aunque es algo más que la mera suma de voluntades–, y porque en el caso límite, cuando para emitir la voluntad contractual se han seguido los mismos trámites que para aprobar la norma y concurren todos los requisitos de publicidad exigibles en relación con ésta, quizá –y sólo quizá– la eficacia directa podría defenderse por un criterio de economía procedimental.

Los convenios orientados a la creación de órganos u organizaciones mixtas cierran esta segunda parte de la obra, entendiendo el autor que el principio de separación competencial y de responsabilidades –utilizado por la doctrina alemana– aconseja atender a la naturaleza y funciones de la organización que se pretende crear para manifestarse acerca de la conformidad entre el convenio y el Ordenamiento Jurídico. En especial, cuando se trate de convenios pactados entre el Estado y las Comunidades Autónomas y orientados al ejercicio en común de competencias o tareas –no de órganos consultivos o de mero apoyo a las partes–, la aplicación de dicho principio lleva al autor a mostrarse extremadamente cauteloso; lo contrario acontece cuando se trata de los convenios perfeccionados entre el Estado o una Comunidad con Corporaciones locales –o de éstas entre sí–, dada la normal admisión del ejercicio conjunto de las respectivas competencias que se deriva de la aplicación de la legislación básica sobre régimen local.

Régimen jurídico de los convenios interadministrativos: en la tercera parte se abordan los trascendentales aspectos relativos a la naturaleza jurídica y normativa aplicable a los convenios de naturaleza contractual, la celebración, entrada en vigor y extinción de sus efectos, y la jurisdicción competente para conocer de los litigios que pudiera plantear su ejecución.

En los aspectos relativos a la naturaleza jurídica de estos convenios se distingue entre aquellos que revisten naturaleza contractual de otros supuestos en los cuales –a pesar de la confusa terminología utilizada por el legislador– el acto administrativo es el auténtico elemento generador de efectos jurídicos, aunque presuponga una voluntad concurrente de dos o más sujetos. Además se superan con notable eficiencia los dos obstáculos que parecen oponerse a otorgar carácter jurídico y eficacia vinculante a los convenios entre Administraciones públicas: la admisión de una vinculación contractual del ejercicio del poder público y la inexistencia de vías procesales idóneas para satisfacer el carácter coactivo que separa al Derecho de la ética o la política. Con todo, el tributo pagado para superar el primer obstáculo pasa por bilateralizar las facultades de modificación o resolución unilateral contempladas por la Ley de Contratos de las Administraciones públicas –lo cual, obviamente, debilita de forma notable la sujeción a la *lex contractus*, al relativizarla respecto de ambas partes y no sólo de una.

El señalamiento de los mecanismos judiciales existentes para obtener la condena al cumplimiento de lo acordado en un convenio entre Administraciones

públicas, y la asimilación entre los mecanismos utilizables para conseguir la ejecución de esas sentencias y los concurrentes en cualquier otro supuesto en el cual es condenada una Administración pública, así como la cita de la escasa jurisprudencia existente en relación con estos convenios —dato que, según el propio autor, parece sugerir un elevado grado de cumplimiento o de modificación voluntaria de lo pactado—, contribuyen a la elaboración de una línea argumental lo suficientemente sólida como para mover a la duda incluso al lector más reticente.

Es cierto que la propia jurisprudencia citada se refiere a supuestos en los cuales la Administración demandada y condenada tenía escaso poder de presión política —Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, por ejemplo—, y que la posibilidad de que una Administración sea demandada para que cumpla lo acordado, y por lo tanto para que pueda ser condenada a ese cumplimiento, será siempre inversamente proporcional a su capacidad de politizar el litigio, pero esa situación de poder o influencia de una de las partes, que impide a la otra el ejercicio judicial de sus derechos contractuales, es moneda corriente en todos los sectores de la contratación —piénsese en los contratos laborales o en los celebrados entre grandes empresas y pequeños empresarios—. Sin embargo, nadie duda del carácter jurídico de las obligaciones que nacen de esos contratos.

Cuando se abordan los problemas relativos a la eficacia de los contratos celebrados entre Administraciones públicas —y principalmente de la eficacia de dichos contratos frente a terceros—, el autor se inclina por la aplicación de las reglas generales acerca de la eficacia *inter partes* del contrato y de la imposibilidad de que se perjudique la posición de esos terceros sin su consentimiento, si bien admitiendo la eventual admisión de la figura del contrato en favor de tercero. También aquí se manifiesta un profundo conocimiento de los principios rectores de las correspondientes instituciones jurídicas, aunque quizá podría haberse evitado cierta tendencia a introducirse en el espinoso problema de los efectos reflejos del contrato frente a terceros y su diferenciación con los efectos directos del mismo. Porque ese análisis conduce al autor a mostrarse proclive hacia la admisión de la eficacia del contrato frente a los causahabientes de los contratantes que lo sean a título particular, y a tratar en esta sede la oscura cuestión planteada por la subrogación de los subadquirentes de parcelas en los compromisos adquiridos por los transmitentes. En nuestra opinión, si tal subrogación se admite es mediante la eventual consideración de esos compromisos como obligaciones especiales —*propter rem* o ambulatorias—, más o menos incardinables en la propia delimitación del dominio, pero siempre sobre la base normativa que proporciona la existencia en el ordenamiento urbanístico de un precepto legal que —como ahora hace el artículo 21 de la Nueva Ley del Suelo, y prescindiendo de su alcance concreto— puede autorizar esa especial consideración.

Nos parece, por tanto, algo aventurada la afirmación de que en nuestro ordenamiento los contratos mediante los cuales el causante asumió determinados compromisos en relación con una cosa puedan afectar al causahabiente a título particular —al menos como principio y más allá de los efectos que puedan derivarse de la mala fe de ese causahabiente, la tutela aquiliana del crédito y, cómo no, la decisión expresa del legislador.

En cuanto a la normativa aplicable a los contratos celebrados entre Administraciones públicas, el autor, continuando con el elevado rigor en el tratamiento de las cuestiones que se observa en toda la obra, entiende que la ponderación de los intereses en conflicto, la redacción del artículo 3.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, y la construcción jurisprudencial relativa a la

autointegración del Derecho Administrativo, aconsejan acudir primero a las reglas generales que rigen la contratación administrativa –en cuanto no tomen como presupuesto la situación de subordinación de una de las partes–, después al resto de las normas del Derecho Administrativo, y, sólo en último término, a las reglas del Derecho Privado. También se abordan en este capítulo las cuestiones relativas a la viabilidad y ámbito de aplicación de la contratación privada entre Administraciones públicas y a la eventual existencia de contratos de subordinación entre dichas Administraciones.

En especial, y en los aspectos relativos a la posibilidad de contratos entre Administraciones públicas sometidos al Derecho Privado, hay que destacar que la cuestión sigue planteando enormes problemas debido a las más variadas razones, entre las cuales pueden citarse el tradicional rechazo de los tribunales a declararse «incompetentes» –aun cuando sea por razón de la materia–, la posibilidad de utilizar los más variados criterios para fundamentar esa competencia –ahora el objeto, después las personas intervinientes, y siempre, como música de fondo y necesario complemento, el etéreo e indeterminado concepto del interés público.

En estas circunstancias, el autor admite la importancia del artículo 5.3 de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones públicas, del que parece derivar la presunción hacia el carácter privado de los contratos celebrados por las Administraciones públicas, estableciendo indubitadamente ese carácter respecto de los que menciona expresamente. Pero entendemos que no lleva a cabo una interpretación armonizadora de este precepto con el resto del ordenamiento –por ejemplo con el artículo 8.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que atribuye a la Jurisdicción Contenciosa el conocimiento de las cuestiones relativas a los convenios celebrados entre el Estado y las Comunidades Autónomas pero sólo «en el ámbito de sus respectivas competencias».

En lugar de seguir esa vía, opta por descartar el papel que en esa interpretación jugaría el artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas con el argumento de que ese precepto no es directamente aplicable a los convenios entre dos Administraciones públicas, lo cual parece implicar cierta contradicción con la trascendental importancia dispensada por el mismo autor al artículo 3.2 de la misma Ley de Contratos del Estado para la construcción y jerarquización del sistema de fuentes aplicable a los contratos entre Administraciones públicas –recuérdese que este último precepto impone la aplicación de los principios de la mencionada Ley de Contratos del Estado para resolver las dudas planteadas por las normas especiales reguladoras de los contratos entre Administraciones.

Luego, para evitar que el camino emprendido le lleve de hecho a la asunción de un criterio meramente subjetivo –de manera que ningún contrato celebrado entre Administraciones públicas podría tener carácter privado cualquiera que fuera su objeto–, y la consiguiente colisión con la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa, que suele exigir el dato adicional de la finalidad pública perseguida con el contrato para atribuirle carácter jurídico-público –aunque en no pocos casos construya esa finalidad de manera ciertamente artificiosa–, cierra el sistema admitiendo la excepcionalidad de la contratación privada entre Administraciones públicas cuando la misma se celebre «en total desconexión de su actividad administrativa».

La enorme oscuridad existente en torno a este problema, el acreditado conocimiento de los diversos aspectos de la cuestión, que el autor pone sobra-

damente de manifiesto, y su honesta exposición de todos ellos para que el lector pueda formar su propia opinión —lo cual constituye la tónica general de toda la obra presentada—, compensan más que sobradamente el que nos encontremos ante uno de los escasos puntos en que la pasión por un determinado sector de la Ciencia Jurídica quizá haya traicionado a la razón —dicho sea sin descartar que tal circunstancia pueda incidir, pero en sentido contrario, en nuestra posición personal.

Al abordar el estudio de las autorizaciones para la celebración de convenios interadministrativos, representación y forma, así como el tratamiento dispensable a los vicios concurrentes en las mencionadas circunstancias, las cuestiones planteadas son también enormemente sugestivas y se resuelven de forma lógica y coherente mediante la aplicación del sistema de fuentes de integración que el autor ha definido previamente. Quizá la solución propuesta para los problemas relativos a los contratos mediante los cuales se comprometa por el ejecutivo el ejercicio de competencias legislativas, o que precisen la aprobación del crédito destinado a satisfacer la contraprestación correspondiente —consistente en considerar que lo único comprometido es la iniciativa legislativa que a ese ejecutivo compete en los ámbitos respectivos, perfectamente defendible y con profundas raíces en la jurisprudencia relativa a los convenios urbanísticos—, debería haberse sometido a la dura prueba que supone la admisión de la promesa del hecho de un tercero como vinculante para el promitente, al menos a falta de un precepto expreso que cierre la cuestión en el Derecho Administrativo, evitando el juego —por restrictivo que éste sea— de las normas aplicables a la contratación privada. Pero también es cierto que las dudas planteadas por la posibilidad de considerar la actividad de los Parlamentos como «hecho de tercero» pueden haber influido en la decisión de omitir conscientemente cualquier referencia al tema.

En el estudio de las causas de extinción de los efectos de los contratos entre Administraciones públicas —entre las que se citan el cumplimiento del objeto, las causas sobrevenidas de interés público, las cláusulas accesorias, la resolución por incumplimiento, la denuncia y la declaración de invalidez—, el autor continúa aplicando y combinando con soltura y armonía su conocimiento de la normativa aplicable a la contratación pública y privada —siempre dentro del plano de necesaria generalidad en el que debe moverse una obra con tan amplio objeto de estudio—. Especialmente interesante resulta la necesidad, puesta de manifiesto por el autor, de atender a la resultante total del interés público dado que nos encontramos ante un contrato que articula dos vertientes de ese interés por implicar a dos Administraciones públicas; pero en lo que ya no estamos tan de acuerdo es en la absoluta coherencia de esa afirmación con la verificada inmediatamente —con cita de la Doctrina Alemana—, acerca de que la necesidad de indemnizar los perjuicios causados a la Administración frente a la cual se ejercita la facultad de desvinculación pueda actuar como un «contrapeso para que la parte a la que se hace especialmente oneroso el mantenimiento de la relación convencional pondere razonablemente si le conviene apartarse de los vínculos asumidos a costa del pago de dicha indemnización».

Aplicando el análisis económico del Derecho diríamos que, efectivamente, así se garantiza que sólo se produzcan resoluciones económicamente eficientes, pero también es necesario considerar que la presencia de intereses imposibles de evaluar en términos económicos es muy frecuente en el ámbito de la contratación entre Administraciones públicas, y que ese deber de indemnizar los daños a la contraparte supondrá un severo obstáculo para el ejercicio de la resolución cuan-

do la circunstancia sobrevenida implique intereses tan difíciles de evaluar como la Ecología, la Salud pública, el Patrimonio Histórico-Cultural, etc. ¿Sería razonable imponer, en tales supuestos, que la desvinculación conlleve la obligación de indemnizar a la contraparte el beneficio que esperaba obtener del contrato?, ¿acaso sería preferible limitar esa indemnización al interés contractual negativo?, ¿o quizá resultaría mejor restar el beneficio que también experimenta la Administración frente a la cual se resuelve, y cuyo interés público no puede dejar de verse favorecido también mediante la aplicación del principio de solidaridad –aunque sea necesario acudir a una evaluación económica de ese interés tan imprecisa como en los supuestos de daño?

Muchas son las preguntas que sugiere este apartado de la obra presentada, y además el autor se planteó el problema al referirse a la Doctrina Alemana que criticaba la necesidad de indemnizar cuando la Administración perfeccione un convenio urbanístico y se aparte de él al aprobar el plan, por la presión que ello supone. Sin duda la respuesta pasa por profundizar más en los conceptos que puede incluir el daño que ha de indemnizarse para resolver por razones de interés público que no impliquen un ingreso o un ahorro económico para la Administración que pretende desvincularse, no dejándose influir demasiado por las tesis derivadas del análisis económico del Derecho cuando nos encontremos ante intereses públicos que rechazan la cuantificación. Salvo, claro está, que deseemos correr el riesgo de desatender esos intereses.

La obra presentada finaliza con el análisis de las cuestiones relativas a la Jurisdicción competente para conocer de los litigios relacionados con los contratos celebrados entre Administraciones públicas. El punto de partida consiste en atribuir el conocimiento de esas cuestiones a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, salvo cuando nos encontremos ante contratos privados celebrados entre Administraciones públicas –supuesto que, como ya vimos, se considera excepcional–. La competencia del Tribunal Constitucional se rechaza –con toda razón– en cuanto al conocimiento e interpretación de los convenios interadministrativos, sin perjuicio de que la actuación de alguna de las partes en su celebración o ejecución pueda ser impugnada de acuerdo con las vías establecidas en su Ley Orgánica.

Sobre la cuestión relativa a si la sumisión a arbitraje de estos convenios, cuando los mismos tengan carácter jurídico-público, puede suponer una renuncia al ejercicio de la acción judicial ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, nos mostramos de acuerdo con el autor en entender que ello no es posible. Con independencia de la falta de regulación acerca de los recursos judiciales utilizables para impugnar el laudo arbitral y de la eventual vulneración del principio de tutela judicial efectiva, resultaría un tanto absurdo que se establezca un Orden Jurisdiccional específico para la mejor tutela del interés público, sustrayendo el conocimiento de las correspondientes cuestiones de otros órganos jurisdiccionales públicos –y en concreto de los que componen la Jurisdicción Ordinaria–, para admitir después que los litigios correspondientes puedan ser resueltos por árbitros privados. También estamos de acuerdo en que estas conclusiones no se ven afectadas por la designación de las Comisiones Mixtas referidas en el artículo 6.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

Revistas Españolas

Por **ISABEL ARANA DE LA FUENTE**
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor, letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.—III. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.—IV. *Derecho de la Unión Europea*.—V. *Derecho procesal*.—Abreviaturas.—Revistas que se citan.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «La noción de equidad en la doctrina del Tribunal Supremo español», *RDP*, enero 1998, pp. 3 ss.

DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: «La Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 y su valoración actual», *La Ley*, 1997-3, pp. 1828 ss.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a Dolores: «La jurisprudencia y el recurso en interés de La Ley», *Actualidad Civil*, núm. 39 de 1997, pp. 1003 ss.

MARTÍNEZ ESTERUELAS, Cruz: «El Derecho civil como baluarte de libertades», *RCDI*, núm. 644, enero-febrero 1998, pp. 179 ss.

MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «La interpretación judicial del Derecho», *RDP*, noviembre 1997, pp. 793 ss.

MESA MARTÍN, Francisco: «Aproximación al Derecho», *RCDI*, núm. 643, noviembre-diciembre 1997, pp. 2003 ss.

PAYA PUJADO, Alejandro S.: «Los efectos de las Directivas comunitarias. Una visión crítica de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996», *La Ley*, 1997-4, pp. 1926 ss.

PÉREZ BUSTAMANTE, Rogelio: «El Derecho vivido y la práctica notarial en el Madrid del cuatrocientos», *AAMN*, tomo XXXVI, pp. 159 ss.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Francisco: «La idea de justicia en la Democracia ateniense», *AAMN*, tomo XXXVI, pp. 63 ss.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Configuración de instituciones y apertura de nuevos cauces jurídicos por la labor profesional de los Notarios», *AAMN*, tomo XXXVI, pp. 531 ss.

DERECHO DE LA PERSONA

AROZAMENA LASO, Cristina: «Régimen legal del cambio de nombre y apellidos», *La Ley*, 1997-2, pp. 1552 ss.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional y por el Poder Judicial», *RPJ*, núm. 45, 1997, pp. 31 ss.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis: «El consentimiento en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces», *La Ley*, 1997-1, pp. 1834 ss.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles: «Derechos fundamentales. Derecho al honor. Honor familiar. Libertad de expresión. Delimitación del derecho al honor, por los usos sociales en relación a los propios actos», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 595 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1997.

GARCÍA PÉREZ, Rosa: «La tutela dual de los abuelos. Una nueva excepción al principio de unipersonalidad en la tutela. Su construcción en el auto de la Audiencia Provincial de Valladolid de 1 de junio de 1993», *Actualidad Civil*, núm. 44, pp. 1103 ss.

GARCÍA PONS, Enrique: «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1997 (Aporía del principio "pro actione" en el ámbito temporal del proceso debido)», *RGD*, enero-febrero 1998, pp. 121 ss.

GIMENO SENDRA, Vicente: «El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad», *La Ley*, 1997-3, pp. 1851 ss.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: «El derecho de la persona física a disponer de los datos de carácter personal que le conciernen», *RJC*, núm. 22, julio-diciembre 1996, pp. 17 ss.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Prodigalidad: diferencias entre la regulación originaria del Código y la actual. Legitimación para instar la declaración: cuestión apreciable de oficio; requisitos del artículo 294 del Código Civil», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 501 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1996.

GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: «Aplicación del artículo 523 LEC al proceso civil de amparo del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Equiparación entre desestimación en el fondo y desestimación en la instancia, a los efectos de la condena en costas por vencimiento (523.Y LEC)», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 755 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1997.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Libertad religiosa y derecho de reintegro público de los gastos médicos por tratamiento en centro privado (Reflexiones

generales a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 166/1996 de 28 de octubre)», *La Ley*, 1997-2, pp. 1854 ss.

MUNAR BERNAT, Pedro A.: «El tratamiento automatizado de datos relativos a la salud. Sus límites en Derecho comunitario y en Derecho español», *RPJ*, núm. 45, 1997, pp. 101 ss.

PASCUAL MEDRANO, Amelia: «Los derechos fundamentales y la Ley de Protección del Menor», *RJN*, núm. 22, julio-diciembre 1996, pp. 249 ss.

RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo J. del: «Garantías en la detención y expulsión de extranjeros», *RGD*, enero-febrero 1998, pp. 13 ss.

ROMERO COLOMA, Aurelia M.^a: «Las uniones homosexuales en España: evolución histórica y situación jurídica actual», *La Ley*, 1997-2, pp. 1862 ss.

SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia: «Estudio general del derecho a ser oído del menor tras un año de vigencia de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996», *La Ley*, 1997-3, pp. 1752 ss.

ZORRILLA RUIZ, Manuel María: «Consideraciones de principio en torno a la unión libre», *RPJ*, núm. 45, 1997, pp. 389 ss.

PERSONA JURÍDICA

ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor: «Asociaciones; expulsión de un socio numerario de una asociación por acuerdo de su junta directiva; plazo de impugnación; distinción entre acuerdos contrarios a los estatutos y contrarios a la ley; acuerdo de expulsión sin expediente previo ni posibilidad de defensa; nulidad de dicho acuerdo», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 509 ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1996.

DÍAZ BRITO, Francisco J.: «La validez de los actos de disposición y gravamen de los bienes fundacionales realizados sin la autorización administrativa previa», *RDJ*, diciembre 1997, pp. 876 ss.

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis: «Reflexiones sobre la problemática constitucional de los colegios profesionales», *RGD*, enero-febrero 1998, pp. 103 ss.

PANTALEÓN, Fernando: «La personalidad jurídica de las sociedades civiles», *La Ley*, 1997-4, pp. 1376 ss.

TENA PIAZUELO, Isaac: «Distinción entre sociedades civiles y mercantiles, irregularidad societaria y el artículo 1670 del Código Civil», *RCDI*, núm. 643, noviembre-diciembre 1997, pp. 2029 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALBALADEJO, Manuel: «La dación en pago y la determinación de la deuda que se paga», *RDJ*, diciembre 1997, pp. 902 ss.

ALGARRA PRATS, Esther: «Inmisiones. Responsabilidad extracontractual por emanaciones tóxicas de una fábrica de productos químicos. Cómputo del plazo de

prescripción de la acción en el supuesto de daños continuados o de producción sucesiva. Responsabilidad objetiva derivada del artículo 1908.2 CC», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 841 ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1997.

ARIAS DÍAZ, M.^a Dolores, y GÁLVEZ CRIADO, Antonio: «Sobre la extensión del término “edificio” en el artículo 1591 del Código Civil y otros extremos de la responsabilidad decenal. Su aplicabilidad a los buques (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1996)», *La Ley*, 1997-4, pp. 1261 ss.

ARCOS VIEIRA, M.^a Luisa: «Sobre el contrato de mandato en el Código Civil y en el Fuero Nuevo», *RJN*, núm. 22, julio-diciembre 1996, pp. 61 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Revocación de donaciones por supervivencia de hijos: adopción plena y adopción simple», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 629 ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1997.

BLANCO RAD, Federico: «Relación entre el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y la acción de responsabilidad», *La Ley*, 1997-1, pp. 2103 ss.

BONET CORREA, José: «El ordenamiento español y el Tratado de Maastricht ante el pago de las deudas de dinero», *RDM*, núm. 225, julio-septiembre 1997, pp. 1189 ss.

CACHÓN VILLAR, Pablo: «Jurisdicción competente para determinar la preferencia de créditos: concurrencia de crédito laboral con créditos de otra naturaleza», *La Ley*, 1997-4, pp. 1185 ss.

CATALÁN SENDER, Jesús: «Jurisdicción civil y responsabilidad patrimonial de la Administración tras la Ley 30/1992. Nuevos planteamientos doctrinales y jurisprudenciales», *Actualidad Civil*, núm. 48, 1997, pp. 1201 ss.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis: «La incapacidad del acreedor y del deudor: los artículos 1163 y 1160 del Código Civil», *La Ley*, 1997-3, pp. 1710 ss.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Efectos de la acción subrogatoria», *RCDI*, núm. 644, enero-febrero 1998, pp. 7 ss.

CUARTERO RUBIO, M.^a Victoria: «Viajes combinados y el derecho de los particulares a una indemnización», *La Ley*, 1997-1, pp. 1948 ss.

DURO ALMAZÁN, Carmen Belén, y PULIDO FERNÁNDEZ, M.^a Cruz: «Arrendamiento para uso distinto de vivienda. Indemnización al arrendatario en caso de extinción del contrato», *La Ley*, 1997-3, pp. 1943 ss.

ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M.: «Actividades prohibidas en los Estatutos. Resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio. Costas procesales», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 691 ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1997.

ESTRADA ALONSO, Eduardo: «La prelación de créditos en la ejecución singular», *Actualidad Civil*, núm. 46, 1997, pp. 1147 ss.

- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: «Notas en torno al artículo 12 de la Ley de Arbitraje», *Actualidad Civil*, núm. 38, 1997, pp. 969 ss.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, Ana Suyapa: «Compraventa. Arras: naturaleza. Interpretación de los contratos. Cláusula “rebus sic stantibus”. Requisitos y efectos», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 653 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.^a Begoña: «La responsabilidad civil del médico: su incidencia en las técnicas de reproducción asistida», *Actualidad Civil*, núm. 42, 1997, pp. 1073 ss.
- FUENTESECA, Cristina: «Análisis de la posible relación entre la “fiducia” romana y el “trust” anglosajón», *RDP*, enero 1998, pp. 41 ss.
- FUENTESECA DEGENEFTE, Margarita: «“Negotium mixtum cum donazione” y negocio indirecto moderno», *RDP*, octubre 1997, pp. 675 ss.
- GARCÍA CORTÉS, Juan Carlos: «El contrato de “leasing” financiero inmobiliario intervenido por corredor de comercio colegiado», *La Ley*, 1997-2, pp. 1727 ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «La posición de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el sistema de baremos de la Ley 30/1995», *La Ley*, 1997-3, pp. 1796 ss.
- GARNICA MARTÍN, Juan F.: «Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños personales en la Ley 30/1995», *La Ley*, 1997-3, pp. 1725 ss.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.^a Carmen: «Retracto arrendaticio rústico. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 28 de febrero de 1996», *RDP*, octubre 1997, pp. 739 ss.
- GONZÁLEZ POVEDA, Pedro: «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 1504 del Código Civil», *AAMN*, tomo XXXVI, pp. 175 ss.
- GUTIÉRREZ BARRENGOIA, Ainhoa: «Reclamación indemnizatoria de daños y perjuicios. Obligación de resultado y obligación de medios de los médicos y demás personal sanitario. Responsabilidad de las autoridades sanitarias. Supuesto de la cuestión», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 575 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1997.
- IGLESIA MONJE, María Isabel de la: «El pacto de retroventa. Sus relaciones con el negocio fiduciario y con el negocio simulado», *RCDI*, núm. 644, enero-febrero 1998, pp. 57 ss.
- JIMÉNEZ DE LLANO Y ZATO, Asunción: «Cambios de la situación económica del arrendatario inmerso en un proceso de actualización de renta ¿justicia o seguridad jurídica?», *La Ley*, 1997-4, pp. 1277 ss.
- JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos: «La facultad resolutoria del artículo 1124 del Código Civil y la compensación judicial de créditos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 27 de diciembre de 1995, núm. 1129», *RDP*, enero 1998, pp. 50 ss.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «Protección al consumidor y carácter vinculante del folleto informativo en los viajes combinados», *RCDI*, núm. 643, noviembre-diciembre 1997, pp. 2197 ss.

- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.: «La interpretación del contrato en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías», *RDM*, núm. 225, julio-septiembre 1997, pp. 1207 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Daños dolosos y seguro obligatorio del automóvil», *La Ley*, 1997-3, pp. 1682 ss.
- MORO ALMARAZ, Jesús, y APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: «Competencia por inhibitoria. Nulidad de cláusula de sumisión expresa en contrato de adhesión», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 613 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1997.
- PANTALEÓN, Fernando: «De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor», *La Ley*, 1997-1, pp. 2080 ss.
- PARRA LUCÁN, María de los Ángeles: «Responsabilidad civil por los daños causados por enfermo mental no incapacitado; responsabilidad civil “derivada de delito”; responsabilidad de los padres por no incapacitar al dañante», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 775 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1997.
- PRADA ALONSO, Javier: «El daño en la esfera particular del Derecho de Consumo: Ley 26/1984 - Ley 22/1994», *RGD*, enero-febrero 1998, pp. 55 ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis-Felipe: «Responsabilidad patrimonial médica: calificación como contrato de obra de la relación integrada en la cirugía satisfactiva, diligencia exigible al profesional médico en este contrato. No juega la presunción de paternidad marital en caso de vasectomía del marido. En materia médico-sanitaria se descarta la culpa objetivada», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 663 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1997.
- RAMOS MAESTRE, Áurea: «Responsabilidad civil por daños causados por los animales: consideración particular de los sujetos responsables», *RDP*, octubre 1997, pp. 696 ss.
- RAMOS NIETO, Juan: «La enervación de la acción resolutoria del contrato, instada en el juicio de desahucio, contemplada como hecho jurídico sustantivo y desde la práctica judicial», *La Ley*, 1997-4, pp. 1181 ss.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «Abogados: responsabilidad civil. Negligencia profesional: existencia. Daños y perjuicios: procedimiento para determinar la cuantía de la indemnización. Excepciones dilatorias: defecto legal en modo de proponer la demanda: falta de concreción de la cantidad solicitada ni de las bases para su determinación: inexistencia. Incongruencia y principio “iura novit curia”», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 475 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1966.
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando: «Valoración de daños personales. El sistema de valoración del anexo a la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 823 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997.

- RUBIO LLORENTE, Francisco: «Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños personales en la Ley 30/1995», *La Ley*, 1997-1, pp. 1972 ss.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Opción de compra. Plazo de ejercicio y pago del precio de la compra», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 675 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia: «Las garantías a primer requerimiento», *La Ley*, 1997-1, pp. 1891 ss.
- VALLADARES RASCÓN, Etelvina: «Arrendamiento de temporada», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 815 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos: «La responsabilidad derivada de delito», *Actualidad Civil*, núm. 4, 1997, p. 77 ss.
- VERDERA SERVER, Rafael: «El cumplimiento forzoso de las obligaciones», *La Ley*, 1997-2, pp. 1755 ss.
- VIGURI PEREA, Agustín: «Algunas consideraciones en torno a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 12 de julio de 1996», *La Ley*, 1997-4, pp. 1214 ss.
La sentencia comentada resuelve sobre la validez de determinadas cláusulas incluidas en contratos de adhesión.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Alcance de la excepción de contrato incumplido en los supuestos de cumplimiento defectuoso del contrato de obra. Cauce procesal de la compensación», *RDP*, noviembre 1997, pp. 823 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 8 de junio de 1996.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ABRIL CAMPOY, Juan Manuel: «Retroacción de la quiebra: nulidad de hipoteca comprendida por el período de retroacción. Inaplicación de las disposiciones de la Ley Reguladora del Mercado Hipotecario, de 25 de marzo de 1981», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 559 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1997.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco: «Los procedimientos de concentración parcelaria en Navarra», *RJN*, núm. 22, julio-diciembre 1996, pp. 87 ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: «Extensión objetiva de la hipoteca a la indemnización por seguro de incendio de una de las fincas hipotecadas. Reclamación del tercer poseedor de la finca siniestrada frente al acreedor hipotecario por imputación de la indemnización recibida a la satisfacción de la totalidad de intereses devengados por crédito garantizado sobre varias fincas», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 763 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1997.

- BLANQUER UBEROS, Roberto: «La preparación de la escritura pública y el principio de legalidad (especial atención a la representación, al estado de cargas y al estado posesorio de los inmuebles)», *AAMN*, tomo XXXVI, pp. 285 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Acceso a la propiedad de finca rústica: delimitación de la figura de cultivador personal. Compatibilidad con la ayuda de familiares no convivientes», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 545 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1997.
- CAMPO VILLEGAS, Elías: «Las decisiones del Notario en la admisión e impulso de la ejecución extrajudicial de hipotecas: principios rectores del procedimiento», *AAMN*, tomo XXXVI, pp. 217 ss.
- CARRAMOLINO, Carlos: «Sobre la constancia en el asiento de anotación del carácter preferente de la carga anotada (Resolución de 15 de enero de 1997)», *RGD*, enero-febrero 1998, pp. 531 ss.
- EMILIO RIVERA, Salvador: «La accesión invertida como modo de adquirir el derecho de vuelo», *RGD*, diciembre 1997, pp. 13787 ss.
- ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo: «El derecho a edificar y los actos presuntos», *RDU*, núm. 156, septiembre-octubre 1997, pp. 45 ss.
- FIESTAS LOZA, Alicia: «Don José Ballesteros y el "oficio" de hipotecas», *RCDI*, núm. 644, enero-febrero 1998, pp. 31 ss.
- FUENTESECA, Cristina: «Deudas de la comunidad de propietarios bajo el régimen de la propiedad horizontal frente a terceros», *RDP*, diciembre 1997, pp. 843 ss.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «El Registro de la Propiedad y el derecho a la intimidad», *La Ley*, 1997-3, pp. 1851 ss.
- HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, improcedencia de la tercería de dominio, práctica de embargo preventivamente anotado, de 26 de junio de 1996», *RDP*, diciembre 1997, pp. 917 ss.
- HERNANZ CARO, Luis: «Riesgo y ventura de las comunidades de propietarios», *La Ley*, 1997-2, pp. 1876 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La reclamación judicial por gastos de comunidad... ¿por la vía del juicio ejecutivo?», *La Ley*, 1997-2, pp. 1805 ss.
- MARTÍNEZ SANTIAGO, José M.^º: «En torno a la publicidad registral inmobiliaria», *RCDI*, núm. 644, enero-febrero 1998, pp. 117 ss.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: «Consideraciones sobre las comunidades de regantes en el momento presente», *AAMN*, tomo XXXVI, pp. 83 ss.
- MONTERO AROCA, Juan: «Acción hipotecaria y pretensión ejecutiva: interpretación del artículo 1291.1 de la Ley Hipotecaria», *Actualidad Civil*, núm. 45, 1997, pp. 1129 ss.
- MONTERO AROCA, Juan: «La actuación procesal de las entidades de gestión de la propiedad intelectual», *RPJ*, núm. 45, 1997, pp. 241 ss.

- MORENO, María Cruz: «Alcance garantístico de la facultad retentoria del acreedor pignoraticio “ex” artículo 1866 CC. ¿Aplicabilidad analógica de dicha facultad en la prenda irregular?», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 727 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1997.
- PARADA VÁZQUEZ, José Daniel: «Los derechos sobre la aeronave y su reconocimiento internacional», *Actualidad Civil*, núm. 3, 1998, pp. 59 ss.
- PAU PEDRÓN, Antonio: «El nuevo derecho real de aprovechamiento por turno: su configuración y protección en el anteproyecto de ley», *La Ley*, 1997-1, pp. 2092 ss.
- POVEDA DÍAZ, José: «El Registro de la Propiedad español y las recomendaciones del Banco Mundial», *La Ley*, 1997-1, pp. 2057 ss.
- PUNTE ALFARO, Fernando de la: «La ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario y la demanda de nulidad de título o de nulidad de actuaciones», *RCDI*, núm. 643, noviembre-diciembre 1997, pp. 2139 ss.
- TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio: «Problemas relativos a la inscripción registral de la ampliación del préstamo hipotecario», *La Ley*, 1997-3, pp. 1728 ss.
- TORRENS SÁNCHEZ, Antoni-Miquel: «Extracto sobre la multipropiedad y su anteproyecto», *RCDI*, noviembre-diciembre 1997, pp. 2101 ss.
- TORRES LÓPEZ, Alberto: «Las supracomunidades o mancomunidades de propietarios en los modernos conjuntos inmobiliarios», *Actualidad Civil*, núm. 44, 1997, pp. 1171 ss.
- ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles: «Afección del artículo 9.5 LPH: alcance», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 535 ss.
Comentario a la resolución de la DGRN de 15 de enero de 1996.

DERECHO DE FAMILIA

- ALONSO PÉREZ, Mariano: «La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil», *Actualidad Civil*, núm. 1, 1998, pp. 1 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Revocación de donaciones por supervivencia de hijos adoptivos: adopción plena y adopción simple», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 629 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1997.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.^a Ángeles: «La desheredación del cónyuge separado de hecho», *Actualidad Civil*, núm. 40, 1997, pp. 1931 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.^a Ángeles: «Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *La Ley*, 1997-1, pp. 2084 ss.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: «El matrimonio póstumo en el Derecho civil francés. Un ejemplo a no imitar», *La Ley*, 1997-4, pp. 1291 ss.
- GIMENO FARRER, Ana Isabel: «¿Tan difícil resulta adoptar en nuestro país? La adopción más allá de nuestras fronteras», *La Ley*, 1997-1, pp. 1919 ss.

- LLEDÓ YAGÜE, Francisco: «Los matrimonios de hecho contra el derecho y el sentido común del legislador», *RPJ*, núm. 45, 1997, pp. 339 ss.
- MARINO Y GÓMEZ-SANDOVAL, Belén de: «La filiación en la fecundación asistida», *La Ley*, 1997-2, pp. 1776 ss.
- MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: «Acción de impugnación de filiación. Caducidad de la acción. Impugnación del reconocimiento. Caducidad de la acción. Prueba: falta de proposición imputable a la parte que la alega», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 639 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Matrimonio. Nulidad. Error en cualidades personales del otro contrayente que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento. Ignorancia de la falta de fidelidad del otro contrayente», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 711 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1997.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Error y responsabilidad en el negocio matrimonial», *Actualidad Civil*, núm. 2, 1998, pp. 27 ss.
- VIDAL PRADO, Carlos: «El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)», *RJN*, núm. 22, julio-diciembre 1996, pp. 265 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- ALBALADEJO, Manuel: «La sustitución preventiva de residuo en Cataluña», *RDP*, noviembre 1997, pp. 757 ss.
- ASUA GONZÁLEZ, Clara Y.: «Las formas de designar sucesor en bienes. El artículo 27 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco», *RJN*, núm. 22, julio-diciembre 1996, pp. 209 ss.
- BARRÓN ARNICHES, Paloma de: «La legítima y el pacto de “non succedendo” en el Derecho Foral de Navarra», *RJN*, núm. 22, julio-diciembre 1996, pp. 223 ss.
- COBACHO GÓMEZ, Antonio: «Nulidad de partición hereditaria. Retracto de coherederos. Acción declarativa de dominio. Usucapción extraordinaria de bienes», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 739 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.^a Ángeles: «La desheredación del cónyuge separado de hecho», *Actualidad Civil*, núm. 40, 1997, pp. 1031 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.^a Ángeles: «Separación conyugal: la legítima del cónyuge viudo», *La Ley*, 1997-1, pp. 2084 ss.
- GALVÁN GALLEGOS, Ángela: «Sentido, alcance y fundamento del artículo 1009 del Código Civil», *Actualidad Civil*, núm. 41, 1997, pp. 1045 ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «La designación insuficiente como causa impeditiva de la eficacia testamentaria», *La Ley*, 1997-3, pp. 1925 ss.

- GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Testamento: error obstativo e interpretación. Institución de heredero: Error en la designación de la persona nombrada. Interpretación del testamento: primacía de la voluntad del testador sobre el sentido literal de las palabras empleadas para expresarla; interpretación más favorable a la eficacia de dicha voluntad siempre que sea posible. Nulidad de testamento: sólo en los casos previstos por el legislador», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 585 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «En torno a la problemática de la herencia yacente», *RCDI*, núm. 643, noviembre-diciembre 1997, pp. 2217 ss.
- SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo: «La intervención de los abogados y tribunales en la formación histórica de las legítimas hereditarias», *La Ley*, 1997-1, pp. 1930 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- CASERO MEJÍAS, Manuel: «Depósito de cuentas y el nuevo Reglamento del Registro Mercantil», *La Ley*, 1997-2, pp. 1849 ss.
- CASES, J. L.: «La ejecución de obras por la propia Administración pública y el Derecho de la competencia (Comentario a la resolución del Tribunal de Defensa de la competencia de 30 de abril de 1996 en recurso contra archivo de actuaciones iniciadas como consecuencia de denuncia por prácticas restrictivas de la competencia, sector contratistas de obras públicas de Aragón)», *RGD*, diciembre 1997, pp. 14365 ss.
- INMENGA, Ulrich: «Líneas de desarrollo y características del derecho europeo de la competencia», *RDM*, núm. 225, julio-septiembre 1997, pp. 1101 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO, J.: «La apreciación del riesgo de asociación en relación con actos de imitación (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza –Sección 4.ª– de 7 de octubre de 1996)», *RGD*, diciembre 1997, pp. 14333 ss.
- SELAS COLORADO, Antonio: «La novedad de los modelos de utilidad en España», *Actualidad Civil*, núm. 43, 1997, pp. 1089 ss.
- TAPIA HERMIDA, J.: «Publicidad comparativa denigratoria y “exceptio veritatis” (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 1996)», *RGD*, diciembre 1997, pp. 14347 ss.
- VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, Antonio: «La nueva regulación de la televisión digital: crónica de una guerra mediática», *RGD*, diciembre 1997, pp. 13817 ss.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J.: «El control judicial de la publicidad», *La Ley*, 1997-2, pp. 1695 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada y sus consecuencias», *AAMN*, tomo XXXVI, pp. 423 ss.
- BOLAS ALFONSO, Juan: «La autonomía de la voluntad en la configuración de las Sociedades de Responsabilidad Limitada», *AAMN*, tomo XXXVI, pp. 3 ss.
- CABALLERÍA GÓMEZ, Juan Carlos: «El control accionario de las Sociedades Anónimas: especial referencia a la inscripción de los convenios de voto en el Registro Mercantil», *AAMN*, tomo XXXVI, pp. 133 ss.
- CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la: «Analogías y diferencias fundamentales entre la Sociedad Anónima y la Sociedad de Responsabilidad Limitada», *AAMN*, tomo XXXVI, pp. 457 ss.
- GARCÍA COBALEDA, Manuel: «La doctrina del levantamiento del velo tras la sentencia "Marleasing" del TJCE», *Actualidad Civil*, núm. 41, 1997, pp. 1061 ss.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio: «Liquidación societaria y formas de actuar la liquidación social», *RGD*, enero-febrero 1998, pp. 549 ss.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: «El delito de administración desleal: criterios diferenciadores con la apropiación indebida y los ilícitos mercantiles», *La Ley*, 1997-1, pp. 2053 ss.
- HIJAS FERNÁNDEZ, Juan José: «Dividendos pasivos en las sociedades anónimas. Exigibilidad, condonación y fiscalidad», *La Ley*, 1997-2, pp. 1697 ss.
- IGLESIAS CABRERO, Manuel: «Las sociedades laborales en la nueva normativa», *La Ley*, 1997-3, pp. 1877 ss.
- MARCO ALCALÁ, Luis Alberto: «Sociedades Anónimas. Derecho abstracto a los dividendos sociales. Deviene derecho concreto desde que existe acuerdo de la junta general que apruebe el reparto de los mismos. El sometimiento de la sociedad al régimen tributario de la transparencia fiscal no sufre dicho acuerdo», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 805 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 1997.
- MARTÍNEZ MACHUCA, Pablo: «La oposición al acuerdo de transigir o renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad», *RDM*, núm. 225, julio-septiembre 1997, pp. 1155 ss.
- MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: «El aumento de capital representado por la aportación de créditos contra la sociedad», *La Ley*, 1997-1, pp. 1898 ss.
- RUANO BORRELLA, Juan Pablo: «La reactivación de las sociedades anónimas disueltas de pleno derecho conforme a la disposición transitoria sexta de la Ley de Sociedades Anónimas», *La Ley*, 1997-2, pp. 1867 ss.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Distinción entre sociedades civiles y mercantiles, irregularidad societaria y el artículo 1670 del Código Civil», *RCDI*, núm. 643, noviembre-diciembre 1997, pp. 2029 ss.
- UCELAY URECH, Inés: «El abuso del derecho por socios de cooperativas», *La Ley*, 1997-4, pp. 1349 ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Aspectos relevantes del régimen jurídico de la mutua de seguros a prima fija», *RGD*, enero-febrero 1998, pp. 615 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- ALONSO MAS, María José: «La dirección de la política monetaria por el Banco de España», *RDBB*, núm. 67, julio-septiembre 1997, pp. 785 ss.
- CASERO LINARES, Luis: «El Consorcio de Compensación de Seguros en el ámbito del seguro del automóvil. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley 30/1995 de ordenación y supervisión de los seguros privados», *La Ley*, 1997-2, pp. 1772 ss.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José: «La Comisión Nacional del Mercado de Valores. Análisis especial de las cartas-circulares de su presidente», *RDBB*, núm. 67, julio-septiembre 1997, pp. 741 ss.
- GARCÍA CORTÉS, Juan Carlos: «El contrato de “leasing” financiero inmobiliario intervenido por corredor de comercio colegiado», *La Ley*, 1997-2, pp. 1727 ss.
- LÓPEZ LOZANO, Miguel Ángel: «Información privilegiada en los mercados de valores. Aportaciones de la Jurisprudencia de los Estados Unidos», *La Ley*, 1997-4, pp. 1364 ss.
- POMED SÁNCHEZ, Luis: «Las potestades normativas del Banco de España tras la aprobación de su reglamento interno», *RDBB*, núm. 67, julio-septiembre 1997, pp. 639 ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Reconocimiento al ICAC de potestad reglamentaria en materia contable», *RGD*, enero-febrero 1998, pp. 725 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- ALCÁNTARA, José M.: «La nueva Ley inglesa de Arbitraje de 1996 y el arbitraje marítimo», *La Ley*, 1997-4, pp. 1342 ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado», *RDBB*, núm. 67, julio-septiembre 1997, pp. 839 ss.
- FUERTES, Mercedes: «El régimen jurídico de los préstamos celebrados por las administraciones públicas: un retroceso hacia el mercado único europeo», *RDBB*, núm. 67, julio-septiembre 1997, pp. 817 ss.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «La reforma del Derecho de Transporte en Alemania», *RDM*, núm. 225, julio-septiembre 1997, pp. 1267 ss.
- MEDINA GUEDES, Antonio: «El contrato de descuento en la jurisprudencia reciente», *La Ley*, 1997-2, pp. 1794 ss.
- MUÑOZ PAREDES, José María: «Apostilla necesaria a una recensión sobre el coaseguro», *RDM*, núm. 225, julio-septiembre 1997, pp. 1325 ss.
- NAVARRO CONTRERAS, Enrique: «El nuevo artículo 107 de la Ley de Contratos de Seguro. La transposición de la segunda Directiva en materia de seguros distintos de los de vida», *La Ley*, 1997-3, pp. 1765 ss.

- PAZ-ARES, Cándido: «La indemnización por clientela en el contrato de concesión», *La Ley*, 1997-2, pp. 1816 ss.
- PETIT, M.^a Victoria: «La liberalización del transporte aéreo en la Comunidad Europea: los servicios de asistencia en tierra (handling)», *RGD*, diciembre 1997, pp. 14161 ss.
- PRADA ALONSO, Javier: «El daño en la esfera particular del Derecho de Consumo: Ley 26/1984-Ley 22/1994», *RGD*, enero-febrero 1998, pp. 55 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Contrato de cuenta corriente: cláusulas referidas a la aprobación del saldo y alcance probatorio de la aceptación por el cliente», *RDBB*, núm. 67, julio-septiembre 1997, pp. 965 ss.
- VALENZUELA GARACH, Francisco Javier: «El contrato de Concesión Mercantil y su extinción por denuncia unilateral», *RDM*, núm. 225, julio-septiembre 1997, pp. 1297 ss.
- VÁZQUEZ PENA, Manuel José: «Causa de la orden de transferencia y cobro de lo indebido», *RDBB*, núm. 67, julio-septiembre 1997, pp. 905 ss.

TÍTULOS VALOR, LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- CACHÓN BLANCO, José Enrique: «Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de septiembre de 1996 y 24 de enero de 1997, sobre obligaciones al portador con garantía hipotecaria emitidas por personas físicas», *La Ley*, 1997-3, pp. 1700 ss.
- CACHÓN BLANCO, José Enrique: «Las ofertas públicas de venta de valores negociables», *La Ley*, 1997-4, pp. 1283 ss.

DERECHO CONCURSAL

- ABRIL CAMPOY, Juan Manuel: «Retroacción de la quiebra: nulidad de hipoteca comprendida en el período de retroacción. Inaplicación de las disposiciones de la Ley Reguladora del Mercado Hipotecario, de 25 de marzo de 1981», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 559 ss.
Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1997.
- CACHÓN VILLAR, Pablo: «Jurisdicción competente para determinar la preferencia de créditos: concurrencia de crédito laboral con créditos de otra naturaleza», *La Ley*, 1997-4, pp. 1185 ss.
- FERNÁNDEZ RUÍZ, José Luis: «Los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos y su incidencia en los créditos salariales cara a la reforma de nuestro derecho concursal», *RDM*, núm. 225, julio-septiembre 1997, pp. 1119 ss.
- HERRERA CUEVAS, Edorta J.: «De la prevalencia entre el juicio de quiebra y el expediente de suspensión de pagos», *La Ley*, 1997-4, pp. 1222 ss.
- ORIA FERNÁNDEZ DE MUNIÁIN, Román: «Reflexiones sobre la quiebra y en especial sobre los créditos privilegiados», *La Ley*, 1997-3, pp. 1704 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- ALMELA VICH, Carlos: «La protección penal del medio ambiente y los incendios forestales», *RGD*, enero-febrero 1998, pp. 39 ss.
- BETANCOURT, Andrés: «Los problemas de calificación jurídica de la autorización de vertido regulada en la Ley de Costas. Esbozos para la reconstrucción dogmática de la institución del demanio natural como técnica de protección ambiental», *RDU*, núm. 158, diciembre 1997, pp. 129 ss.
- CARBALLEIRA RIVERA, M.^a Teresa: «El cambio climático. Análisis científico y jurídico del problema de la emisión de gases de efecto invernadero», *RDU*, núm. 156, septiembre-octubre 1997, pp. 161 ss.
- DAGNINO GUERRA, D. Alfredo: «Consideraciones sobre la solidaridad en el derecho administrativo sancionador: en especial, el régimen sancionador en materia de viviendas de protección oficial», *RDU*, núm. 158, diciembre 1997, pp. 65 ss.
- DURÁN, Paramio: «En torno a la codificación del Derecho ambiental. Reflexiones desde la experiencia alemana», *RGD*, diciembre 1997, pp. 13747 ss.
- ESTÉVEZ GOYTRES, Ricardo: «El derecho a edificar y los actos presuntos», *RDU*, núm. 156, septiembre-octubre 1997, pp. 45 ss.
- FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena: «La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo tras la Sentencia del Tribunal Constitucional», *RDU*, núm. 158, diciembre 1997, pp. 25 ss.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: «El control jurisdicción de la legalidad. Planeamiento y la tutela jurisdiccional efectiva», *RDU*, núm. 158, diciembre 1997, pp. 11 ss.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe: «Aspectos prácticos de gestión urbanística», *RDU*, núm. 157, noviembre 1997, pp. 11 ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Responsabilidad de intervinientes en procesos urbanísticos», *RDU*, núm. 156, septiembre-octubre 1997, pp. 11 ss.
- ORTEGA BERNARDO, Julia: «La declaración de ruina», *RDU*, núm. 157, noviembre 1997, pp. 37 ss.
- PORTO REY, Enrique: «Comentarios prácticos a la Ley 7/97, de medidas liberalizadoras en materia de suelo, tras la STC sobre la LS92», *RDU*, núm. 156, septiembre-octubre 1997, pp. 121 ss.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás: «Tradición y renovación en el control urbanístico de los usos constructivos en suelo no urbanizable», *RDU*, núm. 158, diciembre 1997, pp. 95 ss.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «La motivación de las sanciones urbanísticas», *RDU*, núm. 157, noviembre 1997, pp. 73 ss.
- YÁÑEZ VELASCO, Igor: «Conceptos de uso en la legislación del suelo (Especial referencia a la calificación y zonificación)», *RDU*, núm. 156, septiembre-octubre 1997, pp. 65 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano: «La “cautio iudicatum solvi” y la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de septiembre de 1996 en el caso “Data Delecta Aktiebolag y Ronny Forsberg C. MSL DYNAMICS Ltd.”», *La Ley*, 1997-1, pp. 2068 ss.
- BARONA VILAR, Silvia: «La cuestión prejudicial comunitaria», *La Ley*, 1997-4, pp. 1238 ss.
- BONET CORREA, José: «El ordenamiento español y el Tratado de Maastricht ante el pago de las deudas de dinero», *RDM*, núm. 225, julio-septiembre 1997, pp. 1189 ss.
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel: «Poder judicial y gobierno de jueces en las Comunidades Europeas», *RPJ*, núm. 45, 1997, pp. 81 ss.
- ESCUDERO MORATALLA, José Francisco, y FRIGOLA VALLINA, Joaquín: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y últimas precisiones sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales», *RGD*, diciembre 1997, pp. 13767 ss.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Bernardo: «Indicaciones prácticas en la aplicación del procedimiento prejudicial», *La Ley*, 1997-2, pp. 1741 ss.
- IMNENGA, Ulrich: «Líneas de desarrollo y características del derecho europeo de la competencia», *RDM*, núm. 225, julio-septiembre 1997, pp. 1101 ss.
- MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «Algunas consideraciones respecto de los artículos 5.1 y 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Comentario a la sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1997», *La Ley*, 1997-3, pp. 1773 ss.
- MUNAR BERNAT, Pedro A.: «El tratamiento automatizado de datos relativos a la salud. Sus límites en Derecho comunitario y en Derecho español», *RPJ*, núm. 45, 1997, pp. 101 ss.
- PAYA PUJADO, Alejandro S.: «Los efectos de las Directivas comunitarias. Una visión crítica de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996», *La Ley*, 1997-3, pp. 1926 ss.
- PETIT, M.^a Victoria: «La liberalización del transporte aéreo en la Comunidad Europea: los servicios de asistencia en tierra (handling)», *RGD*, diciembre 1997, pp. 14161 ss.
- VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, Antonio: «La nueva regulación de la televisión digital: «crónica de una guerra mediática», *RGD*, diciembre 1997, pp. 13817 ss.
- VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña: «El proceso cautelar del ordenamiento jurídico europeo: el “référé” comunitario», *RPJ*, núm. 45, 1997, pp. 305 ss.

DERECHO PROCESAL

BARONA VILAR, Silvia: «Error judicial. Caducidad de la acción por presentación de demanda tras el plazo de tres meses a contar desde la firmeza de la sentencia», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 457 ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1996.

BARONA VILAR, Silvia: «La cuestión prejudicial comunitaria», *La Ley*, 1997-4, pp. 1238 ss.

BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: «Reclamación de cantidad; acción individual de responsabilidad frente a los administradores; extensión del principio de congruencia procesal en el juicio declarativo de menor cuantía; alcance del artículo 1214 CC a efectos de casación», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 857 ss.

BONET NAVARRO, Ángel: «Error judicial; carácter y fundamento. Omisión en la “ratio decidendi” de la normativa que debió aplicarse a la cuestión planteada para resolverla conforme a derecho», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 523 ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1996.

CIENFUEGOS MATEO, Manuel: «Poder judicial y gobierno de jueces en las Comunidades Europeas», *RPJ*, núm. 45, 1997, pp. 81 ss.

ESCUADERO MORATALLA, José Francisco, y FRIGOLA VALLINA, Joaquín: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y últimas precisiones sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales», *RGD*, diciembre 1997, pp. 13767 ss.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Bernardo: «Indicaciones prácticas en la aplicación del procedimiento prejudicial», *La Ley*, 1997-2, pp. 1741 ss.

GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: «Aplicación del artículo 523 LEC al proceso civil de amparo del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Equiparación entre desestimación en el fondo y desestimación en la instancia, a los efectos de la condena en costas por vencimiento (523.1 LEC)», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 755 ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1997.

GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: «Aplicación de oficio de los preceptos sobre condena en costas. Innecesariedad de motivación de dicha condena cuando se basa en la aplicación del criterio del vencimiento “ex artículo 523 LEC”. Condena al actor en las costas devengadas por los demandados absueltos —citados en la comparecencia previa del art. 691 LEC ante la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada por los inicialmente demandados—, en proceso seguido por responsabilidad decenal del artículo 1591 CC», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 793 ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1997

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a Dolores: «La Jurisprudencia y el recurso en interés de La Ley», *Actualidad Civil*, 1997, núm. 39, 1997, pp. 1003 ss.

MAGRO SERVET, Vicente: «Ante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *La Ley*, 1997-4, pp. 1192 ss.

- MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «Algunas consideraciones respecto de los artículos 5.1 y 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Comentario a la sentencia del TJCD de 20 de febrero de 1997», *La Ley*, 1997-3, pp. 1773 ss.
- MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «La interpretación judicial del Derecho extranjero», *RDP*, noviembre 1997, pp. 793 ss.
- MONTERO AROCA, Juan: «La actuación procesal de las entidades de gestión de la propiedad intelectual», *RPJ*, núm. 45, 1997, pp. 241 ss.
- ORTELLS RAMOS, Manuel: «Los presupuestos del embargo preventivo y procedimiento para su adopción: revisión de la jurisprudencia reciente», *La Ley* 1997-1, pp. 2118 ss.
- ROBLEDO VILLAR, Antonio: «Sobre la nulidad de actuaciones en el apremio de bienes inmuebles por práctica defectuosa de actos de comunicación», *La Ley*, 1997-1, pp. 2035 ss.
- SÁNCHEZ CARRIÓN, Joaquín Luis: «Significación actual e incidencia en el proceso de la indefensión jurídico-constitucional», *RPJ*, núm. 45, 1997, pp. 291 ss.
- VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña: «El proceso cautelar del ordenamiento jurídico europeo: el “référé” comunitario», *RPJ*, núm. 45, 1997, pp. 305 ss.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
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
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RPJ	Revista del Poder Judicial

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil
La Ley

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. ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO CIVIL

Utilización del valenciano en el Registro Civil.

- **Competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación del Registro Civil.**
- **Redacción en castellano de los asientos del Registro Civil: no constituye discriminación con la lengua valenciana.**
- **Reconocimiento del derecho de los valencianos a utilizar la lengua valenciana en sus relaciones con el Registro Civil y a recibir respuestas en la misma lengua.**

Resolución de la DGRN de 10 de enero de 1997.

HECHOS:

En septiembre de 1996, don J. M. T. y T. solicitó del Registro Civil competente, en la Comunidad Autónoma de Valencia, la inscripción en lengua valenciana de su matrimonio civil con doña Y. F. S. A tales efectos, hizo entrega del acta de tal enlace, levantada el día 8 de septiembre de 1996 por la Alcaldía de C. (Alicante). Tanto el escrito del interesado como el acta, figuraban redactados en lengua valenciana.

El Juez Encargado dictó auto por el que se acordaba denegar la inscripción en lengua valenciana y estableciendo que, de no estar inscrito el matrimonio, se practicara su inscripción en lengua castellana, con invocación de los artículos 95 de la Ley del Registro Civil y 297, 298 de su Reglamento, en base a considerar que la carencia en tal Registro Civil de libros bilingües –que permitirían la transcripción tanto en castellano, como en lengua valenciana– se alzaba como un obstáculo práctico para acoger legalmente la solicitud deducida, y ello además de que no le constaba la existencia de norma reguladora alguna que imponga la transcripción en lengua valenciana, reservando al interesado la facultad de que en el futuro sí pueda preverse tal inscripción en la forma instada.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN. El Ministerio Fiscal, con invocación de las Resoluciones de la DGRN de 22 de noviembre de 1985 y 20 de octubre de 1987, interesó la confirmación del auto recurrido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 3, 14 y 149 de la Constitución; 7 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; la Ley de Uso y Enseñanza del Valenciano, de 23 de noviembre de 1983, de la Generalidad Valenciana; los artículos 1216 y 1220 del Código Civil; 7 de la Ley del Registro Civil; 86, 194, 298 y 300 del Reglamento del Registro Civil; las Órdenes Ministeriales de 26 de mayo 1988, 20 de julio 1989 y 21 de enero 1993; las sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de junio 1986, 21 de enero 1987, 25 de mayo 1987, 29 de enero 1993 y 30 de mayo 1993; la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 30 de enero de 1989; la Circular de 1 de marzo de 1984; y las Resoluciones de 22 de noviembre 1985, 20 de octubre 1987, 27 de junio 1988, 16 de agosto 1993 y 15 de febrero 1994.

II. Se discute en este recurso si una inscripción de matrimonio puede redactarse en valenciano en un Registro Civil de la Comunidad Autónoma de Valencia.

Para resolver esta cuestión, como todas las relativas a la utilización del valenciano en el Registro Civil, hay que partir de la base de que, con arreglo al artículo 149 de la Constitución, la materia concerniente a la ordenación de los Registros es de la competencia exclusiva del Estado y que el Registro Civil es, sin duda, uno de estos Registros de competencia exclusiva estatal (cfr. STS de 2 enero 1993 y SSTC de 29 y 30 de mayo de 1990). Esto explica que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana no contenga ninguna referencia al Registro Civil y no puede aducirse que la Ley Valenciana de Uso y Enseñanza del Valenciano, de 23 de noviembre de 1983, permita (cfr. su art. 14) que los asientos en cualquier Registro Público se practiquen en valenciano, porque este precepto no puede entenderse referido a los Registros de competencia exclusiva estatal, como así lo viene a reconocer el párrafo 2.º de la disposición transitoria de la misma Ley valenciana.

III. Precisamente en la medida de lo posible el Gobierno, el Ministerio de Justicia y la Dirección General de los Registros han procurado, en el ámbito de sus respectivas competencias, hacer efectivo dentro del Registro Civil el principio constitucional de cooficialidad o doble oficialidad del castellano y del idioma oficial propio en el territorio de las Comunidades Autónomas afectadas. Así, el R.D. 628/1987, de 8 de mayo, dio nueva redacción al artículo 86 RRC a fin de permitir que, dentro del territorio de estas Comunidades Autónomas, pudieran presentarse al Registro Civil documentos en su idioma oficial propio, sin traducción al castellano; las Órdenes Ministeriales de 26 de mayo de 1988, 20 de julio de 1989 y 21 de enero de 1993 han aprobado los correspondientes modelos oficiales bilingües para todos los impresos relacionados con el Registro Civil, y la Circular de 1 de marzo de 1984 ha aprobado también un modelo bilingüe para la expedición de certificaciones literales de este Registro.

IV. No hay, por el contrario, razones para llegar a más en esta materia de utilización en el Registro Civil de la lengua oficial autonómica. El empleo de estas lenguas en las actas mismas del Registro Civil va en contradicción con el principio, implícito en la Ley y en el Reglamento del Registro Civil y explícito en varios de sus preceptos, sobre utilización exclusiva del castellano; este principio no puede estimarse derogado por ninguna norma posterior, teniendo en cuenta el carácter estatal del Registro Civil y su deseable eficacia nacional e internacional y, especialmente, porque una vez reconocido el derecho de los valencianos para utilizar el valenciano en todas sus relaciones con el Registro Civil, no queda coartado en modo alguno su derecho porque el texto de las actas haya de redac-

tarse en castellano, ante el deber de conocer esta lengua establecido para todos los españoles por el artículo 3-1 de la Constitución.

V. Aunque no sea materia del recurso, conviene advertir en orden a la expedición de certificaciones que éstas, por su propia naturaleza de documentos públicos y de transcripción total o parcial del acta o documento original (cfr. arts. 1216 y 1220 CC y 7 LRC), han de redactarse en el mismo idioma utilizado en el acta original, lo que tampoco implica discriminación con la lengua autonómica, tanto por la razón últimamente indicada, como por la facilidad establecida por los servicios de la Generalidad Valenciana en favor de los particulares que lo deseen para que éstos puedan obtener inmediatamente su traducción al valenciano, si quieren hacer uso de esta lengua y de la certificación dentro del territorio de la Comunidad Autónoma.

VI. En definitiva, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida fundamentalmente en las tres sentencias (82, 83 y 84) de 26 de junio de 1986, el derecho de los valencianos a utilizar su lengua propia se limita a su uso en sus relaciones con todas las Administraciones públicas y a recibir respuestas en la misma lengua. Ambos derechos están reconocidos a los valencianos en sus relaciones con el Registro Civil y en nada quedan limitados por el hecho de que en el ámbito exclusivamente interno de organización del Registro los asientos del Registro Civil se redacten sólo en castellano.

La DGRN *acordó* desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

2. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

2.1 Supresión del nombre paterno impuesto a efectos identificadores.

- **No puede solicitarlo la madre soltera del menor, aunque el nacimiento haya tenido lugar conforme a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida.**
- **El RRC pospone la decisión a la mayoría de edad del hijo.**
- **De accederse a la petición, la inscripción reflejaría el carácter artificial de la generación, contra lo dispuesto en la Ley.**

Resolución de la DGRN de 24 de abril de 1997.

HECHOS:

Con fecha 31 de julio de 1996, doña A. M. A. F., soltera, solicitó del Registro Civil competente la supresión del nombre del padre («J») que, a efectos meramente identificadores, se hizo constar en la inscripción de nacimiento de su hija, nacida el 10 de agosto de 1995. Alega la promotora que el embarazo de su mencionada hija se produjo mediante técnicas de reproducción asistida, en las que el donante es necesariamente anónimo y que no se debe dar a su maternidad una apariencia registral distinta de lo que es en la realidad y que, ya inicialmente, se opuso a la consignación de nombre alguno de padre en la inscripción de nacimiento de su hija.

La Juez Encargada dictó auto desestimatorio de esta pretensión al considerar que la interesada carece de la necesaria legitimación para instar la referida supresión.

La promotora interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 6 y 7 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida; 191 del Reglamento del Registro Civil; la Resolución de 4 de noviembre de 1966 y la Instrucción de 21 de mayo de 1970.

II. Frente a las alegaciones de la recurrente, hay que tener en cuenta que «la filiación de los nacidos con técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes» (cfr. art. 7-1.º L. 35/1988, de 22 de noviembre), por lo que no constando la filiación del padre, es aplicable el artículo 191 del RRC, que obliga al Encargado a imponer un nombre corriente con la indicación de que es a efectos puramente identificadores. Se trata de una actuación de oficio por parte del Encargado, que tendrá en cuenta la voluntad de la interesada en cuanto al nombre a consignar, pero no en cuanto al hecho de consignarlo, a lo cual está obligado en cualquier caso.

Por otra parte, no cabe desconocer la costumbre, inveterada en nuestra sociedad, por la que las personas se identifican, entre otros datos, consignando los nombres propios de los padres, lo cual es realmente perjudicial a los hijos de padres desconocidos o cuya filiación está determinada sólo respecto de un progenitor. Para evitar esta consecuencia se redactó el artículo 191 RRC, recientemente reformado por el R.D. de 21 de mayo de 1993, que ha introducido un nuevo párrafo al artículo, con la finalidad de que la norma de protección prevista cese si el interesado, al llegar a la mayoría de edad, manifiesta su voluntad (nunca, pues, el prerepresentante legal del menor) de que se supriman los nombres de padre o madre a efectos identificadores.

En cuanto al argumento, esgrimido por la recurrente, de falta de adecuación a la realidad actual de la Ley del Registro Civil, no puede admitirse por haber sido modificado el artículo 191 de su Reglamento con bastante posterioridad a la Ley de Reproducción Asistida, por lo que ha transcurrido un lapso de tiempo lo suficientemente amplio para que el legislador, de haberlo querido, hubiera hecho las reformas en el sentido indicado por la recurrente.

III. Por último, cabe señalar que el argumento de la falta de legitimación de la madre, que pone de manifiesto la Juez Encargada, sería suficiente para no acceder a la pretensión, pero es que, además, la propia Ley de Técnicas de Reproducción Asistida establece que «En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación» (cfr. art. 7-2.º de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre), siendo evidente que si la no consignación de nombre de padre a efectos identificadores se limitara a los casos de técnicas de reproducción asistida por mujer sola, se produciría una discriminación inexplicable respecto de los hijos cuya filiación estuviera sólo determinada por métodos naturales y se vulneraría el artículo citado de la Ley de 1988, pues la inscripción de nacimiento pondría de manifiesto por sí misma el carácter artificial de la procreación.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

2.2 Inscripción de la filiación fuera de plazo.

- Siendo español el nacido y sin acreditar el lugar de nacimiento, la inscripción de éste ha de hacerse en el Registro Civil correspondiente al primer lugar de estancia del nacido.
- Es inscribible el reconocimiento de filiación, bilateral y simultáneo, respecto de un menor, si se ha otorgado en forma y si la filiación no matrimonial está ya probada por la posesión de estado, sin que sea entonces necesaria la aprobación judicial.

Resolución de la DGRN de 13 de enero de 1997 (1.ª).

HECHOS:

Con fecha 16 de agosto de 1995, don M. A. S. T. solicitó, ante el Registro Civil de su domicilio, la inscripción fuera de plazo del nacimiento de M. S. P., afirmando que éste, nacido en M (España) el día 3 de febrero de 1988, es hijo suyo y de doña J. P. S., solteros, quienes ante el Juez Encargado reconocieron al citado menor como hijo habido entre ambos.

Aunque no quedó probado que doña J. P. S. alumbrase criatura alguna en la fecha y centro hospitalario señalados por el promotor, sí se acreditó mediante posesión de estado la filiación no matrimonial pretendida.

El Ministerio Fiscal se opuso a la pretensión deducida por no haber quedado acreditada la realidad del parto alegado. La Juez Encargada dictó auto por el que acordaba denegar la práctica de la inscripción solicitada por entender que el parte médico aportado corresponde a otra mujer y que no consta en centro sanitario ninguno que doña J. P. S. haya alumbrado al menor cuya inscripción tardía de nacimiento se pretende.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGR.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 113, 120 y 124 del Código Civil; 2 y 95 de la Ley del Registro Civil; 169, 186 y 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 y 22 de julio 1988, 10 de enero, 1 de junio y 18 de diciembre 1995, 7-4.ª y 9-3.ª de octubre y 8 de noviembre 1996.

II. El presente expediente de inscripción fuera de plazo de nacimiento plantea problemas en cuanto a la determinación del Registro competente para extender la inscripción y en cuanto a la filiación que debe constar en el asiento.

III. Respecto del lugar del nacimiento, hay que partir de la base de que al nacido le corresponde *iure sanguinis* la nacionalidad española y que su identidad ha quedado acreditada. Por esto, aunque no se haya justificado que el nacimiento tuvo lugar en M, lo cierto es que no hay duda de que dicha ciudad es el primer lugar conocido de estancia del nacido, por lo que, aun ignorándose el término municipal del nacimiento, es M el Registro Civil competente para la inscripción, de acuerdo con la previsión especial contenida en el artículo 169 RRC.

IV. En cuanto a la filiación, ha sobrevenido un reconocimiento bilateral y simultáneo de la filiación no matrimonial por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil, es decir, en una de las formas solemnes requeridas (cfr. arts. 120-1.º CC, 49 LRC y 186 RRC) y, por lo demás, ha cumplido una de las exigencias establecidas para la eficacia del reconocimiento del menor de edad por el artículo 124-1.º CC. En efecto, ambos progenitores, que son solteros, han reconocido simultáneamente al menor y cada uno de ellos ha prestado recíprocamente su consentimiento expreso al reconocimiento otorgado por el otro.

En esta situación, de acuerdo con doctrina reiterada de la Dirección General, a partir de las Resoluciones de 21 y 22 de julio de 1988, no es necesario que concurra la aprobación judicial de los reconocimientos porque, si la filiación correspondiente está ya probada, como aquí ocurre, por la posesión de estado (cfr. art. 113 CC) y se ha solicitado la inscripción omitida de la filiación (cfr. art. 2 LRC), esta prueba de la filiación, aunque no sea suficiente para su determinación legal, sí ha de bastar para que puedan ser ejercitados todos los derechos y deberes dimanantes de la relación paterno-filial o materno-filial acreditada y, entre ellos, los conectados con la representación legal del menor y con la prestación del consentimiento dentro del ámbito al que se refiere el artículo 124-1.º CC.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso, revocar el auto apelado y ordenar que se inscriba en el Registro Civil de M el nacimiento, acaecido el 3 de febrero de 1988, de M. S. P., con los datos de la filiación paterna y materna comprobados en las actuaciones.

2.3 Inscripción de la filiación fuera de plazo.

- **La presunción de paternidad del marido de la madre opera aunque no haya posesión de estado coincidente, salvo que se pruebe que el nacimiento acaeció pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges.**
- **Existiendo la presunción, no cabe inscribir la filiación matrimonial reconocida por la madre y por varón distinto del marido.**

Resolución de la DGRN de 22 de mayo de 1997.

HECHOS:

El día 20 de mayo de 1994, ante el Registro Civil de su domicilio, don J. M. B. G. y doña M. A. H. A., soltero y separada, respectivamente, solicitaron la inscripción fuera de plazo del nacimiento de su hijo, J. M. B. H., nacido el 30 de octubre de 1989.

Según quedó acreditado, la promotora contrajo matrimonio con don A. A. R. el 28 de febrero de 1987 y, por sentencia de 5 de enero 1994, se decretó la separación de dicho matrimonio, el cual fue disuelto mediante sentencia de divorcio de 19 de febrero de 1996. La promotora y don A. A. R. manifestaron que vivían separados desde octubre de 1989, aportando documento privado de separación conyugal fechado el 25 de octubre de 1989.

El Juez Encargado dictó auto por el que ordenaba la inscripción del nacimiento del menor como hijo matrimonial de la promotora y de su anterior esposo, don A. A. R.

La promotora interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 69, 113, 115, 116, 129, 134, 136, 137, 1250, 1251 y 1814 del Código Civil; 2 y 95 de la Ley del Registro Civil; 183 y 311 a 316 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 2 de junio de 1981, y las Resoluciones de 13 de mayo y 25 de noviembre 1987, 4 de febrero, 13 de abril, 10 de mayo, 9 de junio y 17 de octubre 1988, 10 de marzo, 13 y 14 de noviembre 1989, 16 de marzo, 5 de junio, 30 de agosto y 19 de diciembre 1990, 27 de agosto 1991, 26 de junio 1992, 17 de junio y 18-3.^a de septiembre 1993, 22 de noviembre 1994, 22 de junio y 11 de diciembre 1995, 20-1.^a de septiembre, 7-6.^a y 19-3.^a de octubre 1996.

II. La cuestión básica que se discute es la filiación que debe figurar en el asiento. A estos efectos, hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento tuvo lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (cfr. art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 CC y mientras no se desvirtúe la eficacia probatoria de tal presunción (cfr. arts. 1250 y 1252 CC).

Por otra parte, como señalan las últimas resoluciones de la DGRN, a partir de la de 13 de mayo de 1987, no es necesario, para inscribir tal filiación matrimonial, que se compruebe, además, la posesión de estado de tal filiación, pese a lo que indicó la Circular de 2 de junio de 1981, que ha de estimarse superada en este punto, como ha reconocido la nueva redacción del artículo 314 RRC (RD 1987/1986, de 29 de agosto). La razón estriba en que, conforme al artículo 113 CC y en las condiciones que precisa este artículo, la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba suficiente de la filiación matrimonial presumida.

III. Puesto que en el presente caso el nacimiento del menor se produjo el 30 de octubre de 1989 y la separación de los cónyuges, según manifestación de éstos, a mediados de octubre de 1989, sin que se haya demostrado la falta de convivencia durante los trescientos días anteriores al nacimiento, pues el documento privado de separación conyugal carece de fecha fehaciente y, como tal, de la virtualidad suficiente como prueba de la separación de hecho, es forzoso presumir la convivencia conyugal (cfr. art. 69 CC) y, por tanto, la filiación matrimonial del menor, sin que el simple asentimiento del marido a la filiación no matrimonial pueda tener valor alguno en el ámbito registral, debiendo hacerse valer la impugnación de la paternidad en la vía judicial oportuna. Por lo demás, es obvio que la filiación no matrimonial reconocida en las actuaciones por la madre y por varón distinto del marido es ineficaz en este ámbito, al estar determinada y acreditada una filiación matrimonial contradictoria (cfr. art. 113-2 CC).

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el auto apelado, dejando a salvo la impugnación judicial de la filiación matrimonial, así como la reclamación judicial de la filiación no matrimonial.

2.4 Inscripciones de filiación adoptiva constituida en el extranjero.**1.ª Adopción constituida en Méjico.**

- No es inscribible porque sus efectos no se corresponden con los previstos por el Código Civil.
- No es posible la transformación automática de la adopción simple extranjera en la adopción del Código Civil.
- El reconocimiento en España de los efectos de esa adopción simple pueden obtenerse por medio de una anotación.

Resolución de la DGRN de 24 de enero de 1997.

HECHOS:

Con fecha 4 de junio de 1996, los cónyuges don F. J. B. C. y doña M. P. G.S., españoles, solicitaron del Registro Civil de su domicilio en España que se inscribiese fuera de plazo el nacimiento de D., mejicano, nacido el 14 de diciembre de 1995, el cual ha sido adoptado por los promotores en virtud de adopción acordada por determinada autoridad judicial mejicana.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado de éste dictó auto por el que denegaba la práctica de la inscripción de nacimiento del referido menor así como la de su adopción .

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 12, 108, 172 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 La Haya, de 24 de mayo de 1993, sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional («BOE» de 1 de agosto de 1995), y las Resoluciones de 24 de junio, 1-1.ª y 2.ª de septiembre, 13-2.ª y 25 de octubre 1995, 27 de enero, 1 y 29 de febrero, 1 y 22 de abril, 12 de julio y 16 de septiembre 1996.

II. A la vista de las informaciones obtenidas sobre la concreta legislación mejicana aplicable al caso resulta que la adopción constituida ha de calificarse de simple, porque no extingue, salvo la patria potestad, los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia por naturaleza y porque la adopción es revocable de mutuo acuerdo al llegar el adoptado a la mayoría de edad. Si se tiene en cuenta que 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) y con la consiguiente extinción, como regla, de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, y que la adopción española es también, como regla, irrevocable (art. 180 CC), hay que calificar esa institución jurídica mejicana como radicalmente distinta a la adopción española, que no puede surtir los efectos de ésta y que no puede incluirse en la lista de actos inscribibles, que detalla el artículo 1 LRC, so pena de producir graves equívocos en cuanto a la eficacia de tal adopción.

III. La conclusión anterior, mantenida para supuestos análogos por la doctrina de la DGRN, es incontestable a partir de la entrada en vigor de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, puesto que, conforme al artículo 9-5 CC, «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» (cfr. también la disposición adicional segunda de dicha Ley).

IV. No hay ninguna norma de Derecho internacional privado español, ni ningún compromiso internacional asumido por España (cfr. art. 27 del Convenio de La Haya), que obligue a nuestro país en el sentido de convertir automáticamente la adopción simple constituida en el país de origen en la adopción con plenitud de efectos prevista en el país de acogida. Esta transformación 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 (art. 176-1 CC). A dicho Juez corresponderá apreciar si se ha producido en el caso la propuesta de la entidad pública española o si puede prescindirse de esta propuesta, por llevar el adoptando más de un año acogido legalmente bajo la medida de una adopción simple extranjera (cfr. art. 176-2 CC).

V. El reconocimiento en España de los efectos conectados a esta adopción simple podrá obtenerse a través de una anotación. No hay inconveniente para que, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o cualquier interesado, el documento extranjero de constitución de la adopción, por afectar a ciudadanos 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 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 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 154-1 RRC. 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 *in fine* RRC).

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

2.^a Adopciones constituidas en Paragüay.

- Ya en vigor la Ley del Menor de 1996, la inscripción de esas adopciones requiere la previa declaración de idoneidad por la entidad pública.
- Se deja a salvo la posible anotación de esas adopciones.

Resolución de la DGRN de 14 de febrero de 1997 (5.^a).

HECHOS:

Con fecha 30 de junio de 1996, los cónyuges don C. E. F. B. M. y doña M. C. C. P., españoles y residentes en España, solicitaron del Registro Civil Central que fuesen inscritos los nacimientos de dos menores, de nacionalidad paraguaya, los cuales habían sido adoptados en forma plena por los promotores, en virtud de adopciones acordadas por sendas sentencias firmes de 19 de julio de 1993 y 29 de septiembre de 1994 dictadas por determinadas autoridades judiciales paragua-

yas, país en que han nacido los menores en febrero de 1993 y en marzo de 1994, respectivamente.

El Juez Encargado dictó sendos autos por los que denegaba la práctica de las inscripciones de nacimiento de los referidos menores así como las de su adopción.

Los promotores interpusieron recurso frente a dichos autos ante la DGRN.

I. Vistos los artículos 9 del Código Civil; 15, 38 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66 y 145 del Reglamento del Registro Civil; 25, disposición adicional 2.^a y disposición transitoria única de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; el Convenio de la La Haya, de 24 de mayo de 1993, sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional («BOE» de 1 de agosto de 1995), y las Resoluciones de 14 de marzo y 29 de noviembre de 1996 y 17 de enero de 1997.

II. En el momento de formularse estas peticiones, ya estaba en vigor la LO de 15 de enero de 1996, la cual ha dado nueva redacción al artículo 9-5 CC, de suerte que «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español», «mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción». La claridad de esta norma, que debe ser tenida en cuenta en su calificación por el Encargado del Registro Civil (cfr. disposición adicional 2.^a de la misma Ley), obliga a rechazar las inscripciones de las adopciones reseñadas en tanto no se obtenga la oportuna declaración de idoneidad de los adoptantes suscrita por la competente entidad pública, de conformidad con las atribuciones que, en materia de adopción internacional, confieren a estas entidades tanto el artículo 25 de la Ley de Protección Jurídica del Menor como el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, al que se remite precisamente dicho artículo 25.

III. Contra la conclusión expuesta no puede argüirse que cuando se constituyeron las adopciones en Paraguay, la legislación española no imponía el certificado de idoneidad de los adoptantes españoles y que, en consecuencia, es la Ley anterior la aplicable al caso de conformidad con la disposición transitoria única de la repetida LO de 15 de enero 1996, según la cual «los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior». Es evidente que esta disposición transitoria se refiere exclusivamente a los procedimientos españoles en curso sobre acogimientos, adopciones y tutelas, reguladas de otro modo por la Ley en vigor, pero no puede extenderse a materias totalmente ajenas al legislador español como son los procedimientos extranjeros de adopción.

Además, la regla actual del artículo 9-5 CC, en cuanto exige para el reconocimiento en España de la adopción extranjera la declaración de idoneidad de la entidad pública española, no es ninguna norma relativa al procedimiento de adopción, sino un requisito sustantivo más que se añade a una adopción constituida en el extranjero conforme a una ley extranjera en la previsión de que esta ley no haya tenido en cuenta las exigencias de la ley española.

IV. La conclusión expuesta se ve reforzada aún porque el propósito del legislador español en materia de adopción internacional ha sido el de potenciar la colaboración entre las entidades públicas del país de origen y del país de acogida, evitando en este punto actuaciones incontroladas de los particulares. Esta colaboración es el eje a que responde el Convenio de La Haya de 1993.

V. Si, según lo dicho, las adopciones no son por ahora inscribibles, no queda afectado tampoco el estado civil de los adoptantes españoles, de modo que los nacimientos acaecidos en el extranjero, por no afectar a ciudadanos españoles, no pueden ser inscritos en el Registro Civil español (cfr. arts. 15 LRCy 66 RRC). Queda a salvo que, por tratarse de hechos que afectan al estado civil de españoles, no según la ley española, sino según una ley extranjera, puedan los mismos ser objeto, no de inscripción, sino de anotación (cfr. art. 38-3 LRC) a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado. Recuérdese que la anotación tiene un valor simplemente informativo y que en ningún caso constituye la prueba que proporciona la inscripción (cfr. arts. 38 LRC y 145 RRC), aparte de que en este caso en los asientos de nacimiento debe hacerse constar expresamente que no está acreditada conforme a ley la nacionalidad española de los nacidos (cfr. art. 66 *fine* RRC).

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

3.^a Adopción constituida en Venezuela.

– **Es inscribible la adopción venezolana con efectos similares a la española, cuando se ha obtenido la oportuna declaración de idoneidad de los adoptantes españoles, y sin que obste a ello que, según la ley venezolana, la adopción pueda anularse por sentencia judicial, porque es la revocación voluntaria la que debe ser ponderada al calificar si una adopción extranjera puede ser inscrita en el Registro Civil español.**

Resolución de la DGRN de 11 de marzo de 1997 (1.^a).

HECHOS:

El día 14 de agosto de 1996, don I. M. L. solicitó ante el Registro Civil de su domicilio que se inscribiese fuera de plazo tanto el nacimiento de su hijo adoptivo, nacido en Venezuela el 23 de noviembre de 1993, como la nacionalidad española que al mismo corresponde en virtud de esta filiación adoptiva. El promotor aportó copia de la sentencia dictada por autoridad judicial venezolana, de fecha 9 de abril de 1996, por la que se declara la adopción plena del menor a favor de don I. M. L. y su esposa, ambos españoles y domiciliados en España.

El Juez Encargado dictó auto por el que denegaba la inscripción de nacimiento, con marginal de adopción, del mencionado menor.

El promotor recurrió frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9 del Código Civil; 15 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 197 y 213 del Reglamento del Registro Civil; 25 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; el Convenio de La Haya, de 24 de mayo de 1993, sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional («BOE» de 1 de agosto de 1995), y la Resolución de 28 de junio 1996.

II. De acuerdo con la documentación aportada sobre la legislación venezolana, su adopción plena es equiparable a la única adopción regulada en el Código Civil español, correspondiéndose sus efectos con los previstos por la ley española (cfr. art. 9-5 CC). El hecho de que pudiera ser revocable (según la documentación aportada inicialmente: Ley venezolana de Adopción de fecha, al parecer, 20 de junio 1992) o anularse en virtud de sentencia judicial firme (conforme a la posterior documentación acompañada: Ley venezolana de Adopción de fecha 18 de agosto 1983), no desvirtúa de ningún modo esa asimilación, debiendo denegarse la inscripción sólo en aquellos casos en que la adopción no extinga los vínculos ligados al parentesco natural o pueda ser revocada en algún momento posterior por voluntad del adoptante o del adoptado; es, por tanto, la revocación voluntaria, y no la que es consecuencia de una sentencia judicial, la circunstancia que hay que tener en cuenta, entre otras, al calificar si una adopción extranjera puede ser inscrita en el Registro Civil español. No debe desconocerse que también en nuestra legislación es posible que el Juez acuerde la extinción de la adopción (cfr. art. 180-2 CC), produciéndose en tal caso efectos similares a los previstos en la legislación extranjera invocada.

Por consiguiente, habiéndose declarado la idoneidad de los adoptantes por la entidad pública correspondiente y cumplidos los demás requisitos exigidos por la legislación española, no existe obstáculo legal alguno para acceder a lo solicitado.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso y revocar el acuerdo apelado, ordenando que se inscriba el nacimiento del menor, haciendo constar por *inscripción marginal la adopción, así como el orden de apellidos resultante y el nombre propio usado habitualmente por el adoptado* (cfr. arts. 197 y 213-1.^a RRC).

4.^a Adopción constituida en China.

- Los efectos de la adopción china se corresponden con los previstos por las normas españolas, atendiendo a que durante la menor edad es discutible que la revocación pueda proceder en caso de huérfanos abandonados y porque, según las autoridades chinas, tal revocación no procede si adoptantes y adoptado ya no residen en China (por ello, es preferible que la adopción se solicite del Registro Central, una vez en España los interesados).
- La eventual revocación al llegar el adoptado a la mayoría de edad no guarda desarmonía con la adopción española.

Resolución de la DGRN de 29 de mayo de 1997.

HECHOS:

El día 3 de marzo de 1997, don A. S. L., español, vecino de B (Comunidad Autónoma Catalana) y residente en Pekín (China), solicitó fuera inscrito, en el Registro Civil consular español en Pekín, el nacimiento de la menor Y. X., de nacionalidad china, nacida en ese país, el día 2 de marzo de 1996, de padres desconocidos y abandonada. El promotor aporta documentación acreditativa de la adopción de dicha menor, en favor del promotor y su esposa, doña M. D. A., concedida por autoridad china con fecha 24 de febrero de 1997, así como certifica-

ción de idoneidad de tales consortes para la adopción de la expedida, en abril de 1996, por el Depto. de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

El Cónsul General de España en Pekín adoptó acuerdo por el que denegaba la inscripción instada dado que la Ley de Adopción china, a diferencia de los dispuesto en la legislación española, establece el principio de la revocabilidad de la adopción.

Los interesados recurrieron dicho acuerdo ante la DGRN que, en trámite para mejor proveer, ordenó unir a lo actuado la carta-aclaración del Ministerio de Asuntos Civiles de la República Popular China relativa al artículo 25 de la Ley de adopción de ese país, a cuyo tenor: dicho precepto estipula que «... la relación entre el que adopta y el adoptado no será revocable antes de que este último sea mayor de edad. Sin embargo, en caso de que se produzcan circunstancias adversas para el cuidado y el crecimiento de los adoptados, la ley establece la posibilidad de una revocación condicional de dicha relación. Este artículo sólo se aplicará en los casos que se produzcan dentro del territorio de la República Popular China (aunque los adoptantes sean ciudadanos extranjeros)».

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 11, 12, 108, 178 y 180 del Código Civil; 15, 16, 23 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 85 y 154 del Reglamento del Registro Civil; 25 y disposición adicional 2.^a de la LO 1/1996, de 15 de enero; la Ley china de adopción de 29-12-1991 y sus normas de desarrollo; la Ley catalana de 30 de diciembre de 1991, sobre medidas de protección de menores abandonados y sobre la adopción; el Convenio de la La Haya, de 24 de mayo de 1993, sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional («BOE» de 1 de agosto de 1995), y las Resoluciones de 14 de mayo 1992, 18 de marzo 1993, 24 de junio, 1-1.^a y 2.^a de septiembre y 25 de octubre 1995, 27 de enero, 1 y 29 de febrero, 1 y 22 de abril 1996, 12 de julio, 10 de septiembre, 4-3.^a de octubre y 29 de noviembre 1996, 17 y 24 de enero, 14-5.^a de febrero, 6 y 11-1.^a de marzo, 5 y 22 de abril 1997.

II. Ha quedado acreditado que esta adopción se ha constituido ante la autoridad china competente, en la forma establecida por la *lex loci* y que se ha aplicado la ley china de la adoptanda en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios (cfr. arts. 9-5.º y 11 CC). Del mismo modo, también consta la declaración de idoneidad de los adoptantes españoles domiciliados en España, formulada por la entidad pública competente (cfr. art. 9-5.º *in fine* CC).

La cuestión se centra en determinar si es aplicable al caso la previsión, introducida en el mismo artículo 9-5.º CC por la LO 1/1996, de 15 de enero, en el sentido de que: «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquella no se corresponden con los previstos por la legislación española».

III. Si ya la simple aplicación del Derecho extranjero plantea dificultades cuando se trata de acreditar su contenido y vigencia (cfr. art. 12-6.º CC), es evidente que la tarea es aún más delicada cuando no sólo hay que desentrañar el alcance de una institución extranjera, sino que es necesario, además, efectuar una labor de comparación entre una determinada institución extranjera y la correlativa institución española. Esta labor requiere aquí confrontar si los efectos de la adopción china «se corresponden» con la adopción española, bien sea ésta la

regulada por el Código Civil, bien sea la establecida por la ley catalana vigente de 1991.

IV. Los rasgos fundamentales de estas adopciones españolas y de la adopción china coinciden. En todo caso, es una figura establecida en interés del menor, que supone la plena integración de éste en la familia adoptiva, en la que queda simulado a un hijo por naturaleza, rompiéndose, con escasísimas excepciones, los vínculos jurídicos con la posible familia anterior por naturaleza del adoptado. Las divergencias parecen encontrarse en la revocación de la adopción, porque, mientras en España sólo es posible una extinción judicial de la adopción en un caso extremo, en China la extinción de la relación adoptiva es admitida con mayor amplitud en los artículos 25 ss. de la Ley de 1991.

V. El artículo 25 de la citada Ley china admite que durante la menor edad del adoptado, el adoptante y la persona que hubiera dado al niño en adopción acuerden dar por terminada la adopción. Ahora bien, es dudoso que esta norma sea aplicable a los casos en que la adopción se haya concedido por la institución que ha recogido a un niño abandonado, pues parece referida a la adopción convenida entre los padres biológicos y los adoptivos. Además, según consta por interpretación oficial, respaldada por la Oficina General del Ministerio de Asuntos Civiles de la República Popular China, dicho artículo 25 sólo se aplica en los casos que se produzcan dentro del territorio de este país y no cuando, como aquí sucede, los adoptantes han vuelto a España y en ella están domiciliados hoy con la niña adoptada. La posibilidad de que esta familia fije su domicilio en China durante la minoría de edad de la adoptada, con lo que podría revivir la revocación pactada de dicho artículo 25, es tan remota que no debe desvirtuar los efectos que, por el momento, hayan de atribuirse a la adopción formalizada. En todo caso, para evitar la posibilidad extrema de una revocación mientras los interesados permanezcan en China, será preferible en lo sucesivo que la petición de inscripción se formule ante el Registro Civil Central (cfr. art. 68 RRC), una vez que aquéllos hayan vuelto a España.

VI. Es cierto que el artículo 26 de la misma Ley china prevé también que, si las relaciones entre los adoptantes y el adoptado mayor de edad se deterioraren «hasta el punto de que la convivencia en la misma casa deviniere imposible», podrán dar por concluida su relación adoptiva de común acuerdo. Pero el caso es que esta previsión parece partir de una obligación de convivencia entre mayores de edad que no se compagina en modo alguno con la plena libertad e independencia que el cumplimiento de la mayoría de edad otorga a los hijos en España, por lo que el supuesto de hecho difícilmente podría darse estando la familia adoptiva domiciliada en nuestro país. Aunque no fuera así, hay que reconocer que una institución que hasta la mayoría de edad ha funcionado con similar eficacia para el Derecho español y el Derecho chino, lográndose con ello la plena integración del menor en la familia adoptiva, presenta el suficiente grado de «correspondencia» para reconocerla en España como tal adopción española.

Es evidente, por otra parte, que siendo casi impensable que entre una adopción española y una extranjera exista absoluta identidad en los efectos de una y otra, ha de bastar que éstos se correspondan, por lo que esta expresión ha de interpretarse en el sentido fundamental de que la adopción suponga, durante la menor edad del adoptado, la integración plena de éste en la familia adoptiva, sin injerencias de la familia de origen, y considerando al adoptado a todos los efectos como un hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes. Las vicisitudes que pueda sufrir la adopción tras la mayoría de edad del adoptado son, en rigor, consecuencias que

quedan fuera de la regulación fundamental de la legislación española sobre adopción, concebida como una institución de protección de los menores.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso y ordenar que se inscriba en el Registro Consular de Pekín la adopción discutida.

3. NACIONALIDAD

3.1 Declaración sobre nacionalidad española.

- No es español de origen el nacido en España en 1996 de madre marroquí y padre iraquí documentado como apátrida, porque no está probado que no le corresponda *de iure* la nacionalidad del padre.
- La documentación como apátrida no prueba la apatridia *de iure*, porque también se da a quienes no pueden ser documentados por las autoridades de ningún país y esta apatridia *de facto* no es prueba de que se haya perdido la nacionalidad de origen por el interesado.

Resolución de la DGRN de 2 de abril de 1997 (5.ª).

HECHOS:

Con fecha 25 de octubre de 1996, los cónyuges don A. K., de origen iraquí y documentado como apátrida, y doña B. E., marroquí, nacidos ambos fuera del territorio español, solicitaron del Registro Civil de su domicilio en M (España) que fuera declarada con valor de simple presunción la nacionalidad española de su hijo S. K., nacido en España el 13 de mayo de 1996.

El Juez Encargado dictó auto por el que denegaba formular la declaración instada, al estimar que no concurren en el nacido los requisitos previstos en el artículo 17-1 del Código Civil.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 7 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre 1989, ratificada por España el 30 de noviembre 1990; 12 y 17 del Código Civil; 96 de la Ley del Registro Civil, 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil; 22 de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España; 63 del Reglamento de ejecución de esta Ley, aprobado por RD 155/1996, de 2 de febrero, y las Resoluciones de 17 de enero, 4 de abril 1995, 6 de septiembre 1995, 5 y 11-4.ª de octubre, 23-3.ª de noviembre y 7 de diciembre 1995, 11 y 24 de enero, 20 de febrero, 15 de marzo y 17 de abril 1996 y 18-3.ª de enero 1997.

II. La primera cuestión que debe resolverse es si, de acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación iraquí, caso de conservar el padre esta nacionalidad, la misma correspondería *de iure* al hijo.

Es cierto que en el permiso de residencia del padre consta éste como apátrida, pero esta caracterización, si bien basta a los efectos de la regulación de la situación administrativa como extranjero del interesado, no es prueba suficiente de que éste realmente haya incurrido en causa legal de pérdida de la nacionalidad iraquí originaria, lo cual sólo sucede, según la legislación de dicho país, en casos absolutamente excepcionales que deberían ser probados.

El artículo 22 de la LO de 1 de julio de 1985 establece un régimen especial para el extranjero que «por carecer de nacionalidad o por cualquiera otra causa insuperable, no pueda ser documentado por las autoridades de ningún país», de modo que es esta imposibilidad *de facto* para obtener documentación extranjera la decisiva para permitir ese régimen especial, sin que para la obtención de documentación española en tales casos se exija la prueba de que el interesado ha perdido *de iure* su nacionalidad anterior. Así lo confirma el artículo 63 del Reglamento de ejecución de dicha Ley, que regula la constancia de estas personas en una Sección especial del Registro de extranjeros y la entrega a las mismas de la cédula de inscripción, básica para la solicitud del permiso de residencia.

III. Por consiguiente, tanto la apatridia *de iure* como la *de facto* posibilitan la cédula de inscripción, por lo que la obtención de tal cédula no es prueba suficiente de la primera. Es claro, sin embargo, que sólo la apatridia originaria *de iure* es la que justifica la atribución de la nacionalidad española *iure soli* en nuestro Derecho, con independencia de las dificultades burocráticas que puedan tener los interesados para obtener de las autoridades de su país la documentación nacional que les corresponde.

IV. No está, pues, suficientemente probado que al nacido no le corresponda *iure sanguinis* la nacionalidad iraquí de su padre, y ello hace inútil examinar la cuestión sobre la eventual nacionalidad marroquí de aquél. Precisamente las autoridades marroquíes no le consideran marroquí, atendiendo al hecho de la nacionalidad de origen iraquí del padre.

La Dirección General *acordó* desestimar el recurso.

3.2 Declaración sobre nacionalidad española.

– Por la eficacia retroactiva de las Leyes de 1982 y de 1990, es español *iure soli* el nacido en España en 1978 de padres portugueses nacidos en Portugal, porque la legislación portuguesa no le atribuyó esta nacionalidad al nacer.

Resolución de la DGRN de 16 de abril de 1997 (1.ª).

HECHOS:

Con fecha 18 de octubre de 1996, ante el Registro Civil de su domicilio en España, don L. E. J., nacido en España el 4 de julio de 1978, hijo de progenitores portugueses nacidos en Portugal, solicitó que se declare con valor de simple pre-sunción que tiene la nacionalidad española de origen. El interesado no ha estado nunca documentado, ni como español ni como portugués.

El Juez Encargado dictó auto denegando la pretensión instada.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 7 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre 1989, ratificada por España el 30 de noviembre 1990; 3, 12 y 17 del Código Civil; 96 de la Ley del Registro Civil, 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 7 de diciembre 1988, 8, 24 y 30 de mayo, 20 de junio, 30 de septiembre y 12 de noviembre de 1991, 15 de diciembre 1992, 6 y 19 de octubre de 1993, 22 de marzo y 24-1.ª de mayo de 1994.

II. El artículo 17-3.º CC, en su redacción por Ley 51/1982, de 13 de julio –coincidente con la redacción actual del artículo 17-1.º-c) por Ley 18/1990, de 17 de diciembre–, estableció que son españoles de origen los nacidos en España de padres extranjeros «si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad». Esta nueva norma tiene eficacia retroactiva respecto de un nacimiento acaecido en España en 1978, según ha tenido ocasión de declarar la Dirección General, a partir de la Resolución de 7 de diciembre de 1988, atendiendo al principio del *favor nationalitatis*, a fin de evitar situaciones de apatridia originaria (cfr. hoy el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño) y al hecho de que se trata de un derecho declarado por primera vez que no perjudica, si el interesado no tiene nacionalidad, ningún otro derecho adquirido de igual origen.

III. Para esta forma de atribución de la nacionalidad española *iure soli* es necesario probar que no corresponde al nacido *iure sanguinis* la nacionalidad extranjera de sus progenitores, y esta prueba del contenido y vigencia de la respectiva legislación extranjera no está exenta de dificultades (cfr. art. 12-6.º CC). Ahora bien, a la vista de las leyes portuguesas en vigor cuando acaeció el nacimiento, hay que concluir que los hijos de portugueses nacidos en el extranjero no adquieren automáticamente la nacionalidad portuguesa, pues para ello era necesario una declaración de voluntad, expresa o tácita, y derivada de la inscripción en el Registro Civil portugués. Como, según se ha comprobado, tales requisitos no se cumplieron en este caso, el interesado ha de ser considerado español *iure soli*, sin que importe que pueda todavía adquirir *iure sanguinis* la nacionalidad portuguesa, porque esta adquisición no ha de producir el efecto de que desaparezca la nacionalidad española de origen, pues ello supondría crear una forma de pérdida no prevista por el legislador español, que pretende, por el contrario, que quienes de otro modo fueran apátridas, sean españoles *iure soli* y desde su nacimiento.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso y revocar el auto apelado, así como declarar con valor de presunción que el recurrente es español de origen.

3.3 Declaración sobre nacionalidad española.

- Es español *iure soli* el nacido en España en 1983, hijo de padre palestino apátrida y de madre marroquí, pues, por haber nacido fuera de Marruecos, no le corresponde la nacionalidad marroquí de la madre.

Resolución de la DGRN de 30 de abril de 1997.

HECHOS:

Con fecha 28 de septiembre de 1996, los cónyuges don M. M. A., apátrida, y doña Q. E. L., marroquí, nacidos ambos fuera de España, ante el Registro Civil de su domicilio en M (España) solicitaron que fuese declarada con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen de su hijo N. A., nacido en España el día 17 de noviembre de 1983.

El Juez Encargado dictó auto por el que denegaba la petición deducida al estimar que corresponde al nacido la nacionalidad marroquí de la madre.

Los promotores recurrieron frente a dicho auto ante la DGRN. Por su parte, el Juez Encargado, al elevar el expediente a dicho Centro Directivo, informó substancialmente que los datos sobre la legislación marroquí aplicable, facilitados por el Consulado de dicho país en Madrid, ha conducido a una aparente confusión sobre este particular, por lo que «sólo el completo conocimiento de aquella legislación permitirá que esta Dirección General adopte la solución oportuna».

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 17 del Código Civil, en sus redacciones por las Leyes 51/1982, de 13 de julio y 18/1990, de 17 de diciembre; 12 del Código Civil; 96 de la Ley del Registro Civil; 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 10-1.ª de septiembre 1994, 7 de diciembre 1995; 24 de enero 1996, 18-3.ª de enero y 2-5.º de abril 1997.

II. La pretensión de los interesados se apoya en lo dispuesto por el artículo 17-1-c) CC (cfr. la anterior redacción, idéntica, del artículo 17-3.º CC, por Ley de 1982), según el cual son españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros, ... si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad».

III. Partiendo de la base de que la condición del padre era la de apátrida en 1983, pues la nacionalidad palestina no estaba reconocida como tal en esa fecha, ni por Marruecos ni por España, la cuestión se reconduce a determinar el alcance de la legislación marroquí en orden a la atribución de su nacionalidad por filiación materna. Aunque la fijación del alcance, contenido y vigencia de una legislación extranjera es tarea en ocasiones difícil (cfr. art. 12-6.º CC), la DGRN, de acuerdo con el conocimiento adquirido del vigente Código de la nacionalidad marroquí, de 6 de septiembre de 1958, aprobado por el Dahir 1-58-250, llega a la conclusión de que, conforme a sus artículos 6 y 7, hay que distinguir entre el hijo de madre marroquí y de padre desconocido, que es siempre marroquí haya nacido o no en Marruecos, y el hijo de madre marroquí y de padre apátrida, que sólo es marroquí *iure soli* si ha nacido en Marruecos.

IV. Como en el caso presente el padre es conocido y el nacimiento ha acaecido fuera de Marruecos, el hijo no es marroquí y se da, pues, la hipótesis de apatridia originaria que justifica la atribución *iure soli* de la nacionalidad española (cfr. art. 17 CC y 7 de la Convención de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño).

La Dirección General *acordó* estimar el recurso, revocar el auto apelado y declarar con valor de simple presunción que N. A. es español de origen.

3.4 Declaración sobre nacionalidad española.

– No es español *iure soli* el nacido en España en 1995, hijo de padres solteros marroquíes, nacidos en Marruecos, pues le corresponde *de iure* la nacionalidad marroquí del padre o de la madre.

Resolución de la DGRN de 18 de enero de 1997 (3.ª).

HECHOS:

Con fecha 3 de junio de 1996, doña F. B. S., de nacionalidad marroquí y soltera, solicitó ante el Registro Civil de su domicilio en A (España) que se declarase con valor de simple presunción la nacionalidad española del menor A. I., nacido en España el día 16 de agosto de 1995, hijo no matrimonial de la promotora y de don M. I., también marroquí y soltero.

El Juez Encargado dictó auto por el que declaraba con valor de simple presunción que el hijo de la promotora adquirió al nacer la nacionalidad española, la cual conserva en el momento de iniciarse el presente expediente.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 12 y 17 del Código Civil; 96 de la Ley del Registro Civil; 335 y 338 del Reglamento del Registro Civil y las Resoluciones de 10-1.ª de septiembre 1994, 7 de diciembre 1995 y 24 de enero 1996.

II. La pretensión de la promotora podría tener su apoyo en la forma de atribución *iure soli* de la nacionalidad española establecida en el artículo 17-1-c) CC para los nacidos en España de padres extranjeros, si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. Sin embargo, este precepto no beneficia al interesado, porque por aplicación de la ley marroquí de los padres, y según resulta del conocimiento adquirido de esta legislación (cfr. art. 12-6.º CC) –que viene a integrar la certificación incompleta del Consulado de Marruecos–, los hijos de padre marroquí casado o no casado, así como los hijos de madre marroquí y de padre desconocido, tienen la nacionalidad marroquí *de iure*.

III. Consiguientemente, como la finalidad del precepto citado del Código Civil es evitar situaciones de apatridia originaria, que aquí no se producen, no es posible declarar que el nacido ostenta la nacionalidad española, pues esto no se ajusta a la realidad, sin que importen a estos efectos las dificultades de hecho que pueda tener la promotora ante el Consulado de Marruecos en España. Si la filiación paterna del nacido no es reconocida para el ordenamiento marroquí, la situación equivale a la de un hijo de madre marroquí y de padre desconocido, en la que también está atribuida por filiación la nacionalidad marroquí.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso y revocar el auto apelado.

3.5 Pérdida de la nacionalidad.

– El libanés que adquirió la nacionalidad española en septiembre de 1982, aunque conservara su anterior nacionalidad, sólo habría perdido la nacionalidad española bajo la vigencia de la Ley de 1982 si hubiera renunciado expresamente a ella.

Resolución de la DGRN de 11 de marzo de 1997 (2.ª).

HECHOS:

Don A. L. Y., nacido en 1939, libanés de origen, adquirió la nacionalidad española por residencia, en septiembre de 1982, sin perder su anterior nacionalidad. El Sr. L. Y. y su esposa, también libanesa, son padres de tres hijos, nacidos en El Líbano en 1990, 1992 y 1995, respectivamente, país en el que todos ellos residen actualmente.

Con fecha 23 de septiembre de 1996, el Cónsul General de España en B (Líbano) acordó fuese inscrita, al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento, en el Registro Civil Central la pérdida de la nacionalidad española por don A. L. Y., al entender que éste había incurrido en la causa determinante de tal pérdida prevista en el artículo 24 CC. Asimismo, y por consecuencia de tal pérdida, el Cónsul General acordó denegar la petición, formulada por don A. L. Y., en orden a inscribir el nacimiento como españoles de sus tres hijos más arriba citados.

Disconforme con lo acordado, don A. L. Y. lo impugnó mediante recurso interpuesto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9 y 11 de la Constitución; 23 del Código Civil, en su redacción por Ley 51/1982, de 13 de julio; 3, 17 y 24 del Código Civil en su redacción vigente; 23, 27, 46 y 67 de la Ley del Registro Civil; 85, 232 y 342 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 7-1.^a de marzo y 14 de julio 1994, 26-2.^a de septiembre, 23-4.^a y 28-1.^a de noviembre 1995 y 5 de enero 1996.

II. El Encargado del Registro Civil Consular ha denegado la inscripción de los nacimientos de tres hijos del promotor por apreciar que el padre había perdido su nacionalidad española –habría que entender que antes del nacimiento del primer hijo–. Como el mismo Encargado es también competente para decidir en primera instancia sobre el expediente de inscripción de pérdida de la nacionalidad española del interesado (cfr. arts. 46 y 67 LRC, 232 y 342 RRC), esta posible pérdida es la cuestión crucial que ha de ser examinada.

III. El interesado adquirió la nacionalidad española estando ya en vigor la Ley 51/1982, según la cual (cfr. art. 23-2 CC) la conducta del promotor, quien conservó también la nacionalidad libanesa de origen que ostentaba desde su nacimiento, no implicaba pérdida de la nacionalidad española adquirida por más que utilizara exclusivamente la nacionalidad libanesa, puesto que en la situación descrita del emancipado que ostentaba –además de la española– otra nacionalidad desde su minoría de edad, la pérdida de la española sólo se producía por renuncia expresa en cualquier momento, y tal renuncia no consta haya existido en el presente caso.

IV. Tampoco ha podido incurrir el promotor en pérdida de la nacionalidad española por utilización exclusiva de la nacionalidad libanesa, conforme al artículo 24 CC, redactado por Ley 18/1990, de 17 de diciembre. Los dos primeros párrafos de este artículo, en la parte que ahora interesa, establecen: «Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años a contar ... desde la emancipación». En la exégesis de esta norma ha de

tenerse presente, como viene indicando la DGRN a partir de la Resolución de 14 de julio de 1994, que la materia no puede ser objeto de interpretación extensiva, porque no pueden crearse otras formas de pérdida al margen de la Ley (art. 11-1 de la Constitución), y que la norma sancionadora contenida en el artículo 24 CC no puede tener eficacia retroactiva tácita (cfr. art. 9-3 de la Constitución) hasta el punto de permitir que conductas no sancionadas bajo la anterior Ley 1982, lo fueran ahora por virtud de una Ley posterior.

V. De acuerdo con estas ideas, todos los requisitos exigidos por el artículo 24 CC para que se produzca pérdida de la nacionalidad española (utilización exclusiva de la otra nacionalidad, residencia habitual durante tres años en el extranjero y emancipación) han de concurrir acumulativamente después de la entrada en vigor de la Ley de 1990, de modo que, como aquí el transcurso de los tres años de utilización exclusiva de la nacionalidad libanesa ha ocurrido mucho después de la emancipación del interesado, esa conducta queda fuera de las previsiones de la Ley actual en cuanto a la grave consecuencia de estimar producida por ella la pérdida de la nacionalidad española.

VI. Siendo esto así, no hay ningún motivo para excluir que, por medio de los títulos adecuados, se inscriban en el Registro Consular los nacimientos de los tres hijos españoles del interesado.

La Dirección General *acordó* revocar el acuerdo apelado, declarar que el interesado no ha incurrido en causa legal de pérdida de su nacionalidad española y ordenar que se inscriban en el Registro Consular los nacimientos de sus tres hijos.

3.6 Recuperación de la nacionalidad.

- Es emigrante a estos efectos el español nacido en España que ha trasladado su domicilio al extranjero y adquirido otra nacionalidad.

Resolución de la DGRN de 22 de enero de 1997.

HECHOS:

Don D. S. A. nació en Melilla el 19 de mayo de 1931, año en que le fue atribuida la nacionalidad española, la cual perdió más tarde, al adquirir la nacionalidad marroquí.

Con fecha 16 de mayo de 1996, don D. S. A., residente actualmente fuera de España, compareció ante el Cónsul General de España en C (Marruecos) manifestando su voluntad de recuperar la nacionalidad española, a cuyos efectos renunció a la marroquí y prestó juramento de fidelidad a S. M. el Rey y de obediencia a la Constitución y demás leyes. De tal comparecencia se levantó oportuna acta, la cual fue remitida al Registro Civil de Melilla para que fuese inscrita la recuperación solicitada.

El Juez Encargado acordó denegar la práctica de la inscripción instada, al estimar que el interesado no cumplía el requisito de residir en España, sin que tampoco hubiera aportado dispensa de tal residencia ni acreditado su condición de emigrante.

El interesado interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 18 del Código Civil, en su redacción originaria, y 26 en su redacción actual; 46 y 64 de la Ley del Registro Civil, 226 a 229 del Reglamento del Registro Civil; las Instrucciones de 16 de mayo de 1983 y 20 de marzo de 1991, y la Resolución de 2-1.^ª de septiembre 1996.

II. Puesto que el interesado nació en España, ha adquirido la nacionalidad marroquí y reside actualmente fuera de España, debe ser, sin duda, considerado como emigrante español a los efectos de poder recuperar la nacionalidad española sin necesidad de ser residente legal en España (cfr. art. 26-1-a CC, redactado por Ley 29/1995, de 2 de noviembre).

Una interpretación gramatical de la expresión «emigrante» lleva a incluir en este concepto a todas las personas nacidas en España y que hayan trasladado su domicilio al extranjero, sin que haya que investigar las razones últimas que hayan impulsado al fenómeno migratorio. Esta interpretación amplia, pero acorde con el sentido literal del precepto, ha inspirado la doctrina de la DGRN para las redacciones del Código Civil de 1982 (Ley 51/1982) y de 1990 (Ley 18/1990, de 17 de diciembre), y no hay motivos para seguir otra orientación respecto de la redacción actual de la Ley 29/1995, de 2 de noviembre.

La Dirección General *acordó* estimar el recurso, revocar el acuerdo apelado y ordenar que se inscriba la recuperación de la nacionalidad española.

4. RECURSOS

Recursos contra providencias de la Juez Encargada del Registro Civil.

- **No deben resolverse cuando la pretensión deducida ya ha sido satisfecha.**
- **No se estima oportuno resolver la cuestión general acerca de si la facultad de la madre de ocultar su identidad en el parto (art. 167 RRC) incurre en inconstitucionalidad sobrevenida.**

Resolución de la DGRN de 28 de febrero de 1997.

HECHOS:

En noviembre de 1996, la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad Autónoma de M promovió, ante el Registro Civil de M, la inscripción dentro de plazo de los nacimientos de tres menores acaecidos en ese municipio durante los meses de septiembre y octubre de 1996.

La promotora solicitó que dichas inscripciones se practicasen sin constancia alguna de filiación, reflejándose el nombre de los padres a los solos efectos identificadores, puesto que se desconoce la identidad de los respectivos padres de los nacidos y las respectivas madres han expresado su voluntad de ocultar su identidad –en uso de la facultad que les concede el artículo 197 RRC–, por lo que se ha hecho constar la identidad desconocida de la madre en los correspondientes partes médicos de los alumbramientos. Además, las tres menores han sido dejadas por sus madres para futuras adopciones, por lo que la citada Comisión de Tutela del Menor ha declarado el desamparo de las mismas y asumido su tutela *ex lege*.

La Juez Encargada dictó sendas providencias por las que, con suspensión del plazo para inscribir el nacimiento, interesa se proporcionen los datos de identidad de las madres.

La promotora recurrió frente a dichas providencias, alegando la constitucionalidad y la vigencia del mencionado artículo 197 RRC. Estos recursos dieron lugar, tras el informe favorable a esta postura del Ministerio Fiscal, a que la misma Juez Encargada dictara nuevas providencias por las que ordenó la práctica de las inscripciones intentadas sin constancia de la filiación materna, sin perjuicio de la resolución por la Dirección General de los recursos interpuestos, porque insiste en su informe en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquel precepto reglamentario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; los artículos 10 y 39 de la Constitución; 115, 120 y 172 del Código Civil; 27, 28, 29, 47 y 55 de la Ley del Registro Civil; 43, 133, 124, 126, 167, 191, 347, 355 y 356 del Reglamento del Registro Civil, y las Resoluciones de 5 de enero, 15 de febrero, 8 de marzo y 21-2.^a de octubre de 1996.

II. Dada la íntima conexión entre los tres recursos entablados, que se refieren a similares supuestos de hecho, y siendo la DGRN competente para resolver todos ellos, es conveniente su acumulación de oficio conforme permite el artículo 347 RRC.

III. Puesto que las pretensiones deducidas ya han sido satisfechas y se han practicado las inscripciones de nacimiento sin constancia de la filiación materna de las menores, la Dirección General no considera oportuno pronunciarse ahora sobre una cuestión controvertida y en modo alguno indiscutible, como es la de decidir si esa facultad de la madre de ocultar su identidad vulnera derechos superiores del hijo a conocer sus orígenes y la prevalencia del principio *mater semper certa est* o si, por el contrario, aquella facultad está en consonancia con el propio interés del menor, a veces incluso el de su propia vida, que se vería en peligro si su madre no tuviera la posibilidad de ocultar el parto. Basta recordar el que alumbramiento anónimo está admitido en otros países de la Unión Europea, como Francia, Italia y Luxemburgo.

Además, y muy especialmente por motivos formales, la Dirección General no debe ahora resolver los recursos interpuestos. En efecto, la entidad recurrente ya ha obtenido la satisfacción de su pretensión, por lo que no hay interés concreto en la resolución de los recursos, a la vista de que las inscripciones concuerdan con los títulos presentados (cfr. art. 126-1 RRC) y de que la legislación del Registro Civil no prevé, a diferencia de lo que ocurre en materia del Registro de la Propiedad, la existencia de un recurso a efectos meramente doctrinales. Por lo demás, las cuestiones concretas sujetas a calificación están excluidas del régimen de consultas y las cuestiones de carácter general, para poder ser solucionadas a través de una consulta, requieren el informe *ad hoc* del Ministerio Fiscal, aparte, claro es, de que el Centro Directivo estime la oportunidad de la cuestión general planteada (cfr. arts. 43 y 122 RRC).

La Dirección General acordó no pronunciarse sobre el fondo del asunto, una vez que ha sido satisfecho el interés de la entidad recurrente.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

La resolución del *leasing* o arrendamiento financiero por presentar vicios los bienes entregados al usuario (comentario a la STS de 26 de febrero de 1996)

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. *Hechos y doctrina de la sentencia.* II. *Comentario.* 1. Planteamiento del problema. 2. Repercusión de la resolución compraventa, a instancia del usuario, en el leasing o arrendamiento financiero.

I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

Los hechos relevantes aparecen perfectamente reflejados en los Fundamentos de Derecho Primero, Segundo, Tercero, Cuarto, Sexto y Séptimo de la sentencia y su doctrina en los restantes. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Sin perjuicio de otras ampliaciones fácticas que, en el momento y lugar oportunos, puedan ser hechas, los presupuestos de esa misma naturaleza que, por ahora y para la debida comprensión de la cuestión litigiosa a que se refiere este recurso, han de ser aquí consignados, son los siguientes: 1.º Mediante documento privado de fecha 30 de enero de 1989, las mercantiles «Nixdorf Computer, S. A.», y «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», celebraron un contrato de compraventa, por el que la primera vendía a la segunda dos equipos informáticos de los sistemas 8862/mod. 3 y 8812 por un precio de cinco millones ciento cuarenta y siete mil doscientas veinte (5.147.220) pesetas y ocho millones ciento veintinueve mil novecientas cuarenta (8.129.940) pesetas, respectivamente, pactándose que, del referido precio, la compradora pagaría el veinte por ciento del mismo, como entrada inicial, y el resto «mediante lea-

sing». La entidad compradora no llegó a pagar dicha entrada inicial del veinte por ciento del precio, por lo que seguidamente se dirá. 2.º El 7 de febrero de 1989, la entidad mercantil «N. C. Leasing, S. A.», compró a «Nixdorf Computer, S. A.», el referido material informático, por indicación de «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.». 3.º Mediante póliza mercantil, intervenida por Corredor de Comercio colegiado, de fecha 7 de febrero de 1989, las entidades mercantiles «N. C. Leasing, S. A.» y «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», celebraron un contrato de arrendamiento financiero o leasing, por el cual la primera de dichas entidades, en cuanto propietaria del expresado material informático, cedió el uso y disfrute del mismo a la segunda de ellas, con reconocimiento de una opción de compra en favor de la misma, por un precio o renta total (incluido el IVA) de veintitrés millones cuatrocientas sesenta y cuatro mil ciento dieciséis (23.464.116) pesetas, a pagar en treinta y seis cuotas mensuales, por importe de seiscientos cincuenta y una mil seiscientos ochenta y una (651.681) pesetas cada una, la primera de las cuales fue pagada en el acto de la firma de dicho contrato y las treinta y cinco restantes lo serían mensualmente desde el 5 de marzo de 1989 al 5 de enero de 1992 (ambas inclusive), fijándose el valor residual del material arrendado en quinientas setenta y siete mil cuatrocientas veintiséis (577.426) pesetas. 4.º Los referidos equipos informáticos fueron entregados por la proveedora «Nixdorf Computer, S. A.», a la arrendataria financiera «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», en nombre y por cuenta de la propietaria y arrendadora financiera «N. C. Leasing, S. A.». 5.º La arrendataria financiera «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», fue abonando las cuotas o rentas mensuales a la arrendadora «N. C. Leasing, S. A.», hasta un importe total de cuatro millones quinientas sesenta y dos mil cuatrocientas sesenta y siete (4.562.467) pesetas y por considerar que ni los equipos informáticos inicialmente entregados e instalados, ni los que posteriormente sustituyeron a aquéllos (como, en su momento, se dirá) servían a la finalidad para la que fueron adquiridos, dejó de pagar las sucesivas cuotas mensuales a sus respectivos vencimientos y promovió el proceso al que pasamos a referirnos.

Segundo.—En enero de 1990, la arrendataria financiera «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», promovió contra la proveedora «Nixdorf Computer, S. A.», y contra la arrendadora financiera «N. C. Leasing, S. A.», el proceso de que este recurso dimana, en el que, aduciendo la total inidoneidad o inservibilidad de los ya referidos equipos informáticos para el fin para el que habían sido adquiridos en arrendamiento o leasing, postuló se dicte sentencia por la que: 1.º Se declare la resolución de la compraventa de equipo informático verificada el 30 de enero de 1989, así como la del arrendamiento de los mismos bienes o subsidiariamente la de este último, condenando solidariamente a «Nixdorf Computer, S. A.», y a «N. C. Leasing, S. A.», a estar y pasar por dicha declaración con derecho a retirar los bienes suministrados y con obligación de restitución de la cantidad abonada de cuatro millones quinientas sesenta y dos mil cuatrocientas sesenta y siete (4.562.467) pesetas, así como los daños y perjuicios que se acreditaren en juicio o en ejecución de sentencia. 2.º Subsidiariamente respecto de lo anterior y para el solo caso de que la misma no fuere estimada, para que se declare la obligación de saneamiento en la compraventa y en el arrendamiento o sólo en este último, declarando la obligación de restitución de las cosas que fueron entregadas con devolución por dicho concepto de la cantidad de 4.562.467 pesetas.

La entidad demandada «N. C. Leasing, S. A.», adujo la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda y, en cuanto al fondo, pidió la desestimación de todos los pedimentos de la expresada demanda y, además de ello, formuló reconvencción, en la que postuló se condene a la actora (demandada reconvenccional) a pagarle las cuotas mensuales, que ha dejado de satisfacerle, correspondientes al contrato de arrendamiento financiero de fecha 7 de febrero de 1989, por un importe total de dieciocho millones novecientas una mil seiscientas nueve (18.901.609) pesetas.

La codemandada entidad «Nixdorf Computer, S. A.», también adujo la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda y, en cuanto al fondo, pidió la desestimación de todos los pedimentos de la misma y, además de ello, también formuló reconvencción, en la que postuló se condene a la actora (demandada reconvenccional) a pagarle el precio de un sistema de Alimentación Minor I 6.000 VA 20 AUT y treinta cintas impresoras sistema 8812/100, que decía le había vendido, al margen del arrendamiento financiero, por importe de un millón ciento cuarenta y cuatro mil noventa (1.144.090) pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia resolvió el proceso en los siguientes términos: 1.º Estimando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, que habían aducido las dos entidades codemandadas, dictó una sentencia absolutoria en la instancia, por la que se abstuvo de entrar a conocer del fondo de la demanda principal. 2.º No hizo pronunciamiento alguno en cuanto a las reconvencciones que, respectivamente, habían formulado las entidades codemandadas.

Dicha sentencia de primera instancia fue consentida por las referidas entidades codemandadas y solamente la apeló la entidad actora. En el referido recurso de apelación recayó sentencia de la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual lo resuelve en los siguientes términos: 1.º Desestimando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, que habían aducido las dos entidades codemandadas, y diciendo entrar a conocer del fondo del asunto planteado por la demanda principal, desestimó todos los pedimentos contenidos en el suplico de la misma. 2.º Tampoco hizo pronunciamiento alguno acerca de las respectivas demandas reconvenccionales formuladas por las entidades codemandadas, «en cuyo conocimiento (dice textualmente el FJ 8.º *in fine* de dicha sentencia) no puede entrar la Sala en aras del principio que prohíbe la *reformatio in peius*, al no haber formulado apelación los aludidos demandantes reconvenccionales».

La referida sentencia de la Audiencia ha sido consentida por las dos entidades codemandadas.

Contra ella, solamente la demandante entidad «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», ha interpuesto el presente recurso de casación, que articula a través de cuatro motivos.

Tercero.—Una vez que se desestimó la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda (que había estimado la sentencia de primera instancia) y después de extenderse en una serie de consideraciones generales acerca de la naturaleza y características del contrato de arrendamiento financiero o leasing, la sentencia aquí recurrida, diciendo que entra a conocer del fondo de la cuestión debatida en el proceso, basa su pronunciamiento desestimatorio de la demanda en diversos razonamientos que, ante la dificultad que entraña el hacer una síntesis de los mismos, nos vemos forzados a transcribirlos en su integridad y que literalmente dicen así: «Sentado esto la pretensión resolutoria

y subsidiariamente de saneamiento del contrato previo o preparatorio de 30 de enero de 1989 que determinó la posterior celebración del contrato de leasing financiero no puede prosperar. El contrato ejecutado fue este último, quedando aquél sin objeto ni causa al adquirir la empresa de leasing, los bienes de equipo determinados por el usuario por compra al proveedor y quedar el aludido usuario subrogado en los derechos y acciones que a la compradora-arrendadora le corresponden frente a la vendedora-proveedora. Tal hecho priva a la precitada arrendataria-usuaria de acción directa frente al proveedor en virtud del aludido contrato de 30 de enero de 1989, siendo titular como subrogada de las acciones resolutoria y de saneamiento con relación al contrato de compraventa celebrado entre la empresa de leasing y la proveedora, acciones que no se ejercitan en la demanda, pues las ejercitadas están referidas al tantas veces citado contrato preparatorio o preliminar de 30 de enero de 1989 (FJ 5.º de la sentencia recurrida). A continuación agrega lo siguiente: «Es asimismo una nota a destacar del leasing directo que el arrendador financiero no asume el riesgo técnico derivado del funcionamiento e idoneidad de los bienes que constituyen su objeto. En el supuesto debatido y en la estipulación tercera del contrato de leasing, se libera a la arrendadora de toda responsabilidad por las condiciones de funcionamiento e idoneidad del material y en compensación de ello, la aludida arrendadora en su condición de compradora del material, subrogó a la arrendataria en cuantos derechos y acciones le corresponden frente al proveedor. Concretado en las relaciones entre la sociedad de leasing, usuario y proveedor, la primera actúa como compradora del bien objeto del leasing previamente determinado por el usuario y como arrendadora del mismo, pero en esta última relación, es decir, como arrendadora, no responde de los vicios o defectos de la cosa al desplazar tales riesgos al usuario. La validez de esta cláusula es admitida por la más generalizada doctrina de los autores (Amorós, Cabanillas, etc.) e implícitamente por el Tribunal Supremo en la medida en que al mismo tiempo que el arrendador financiero se libera de tales responsabilidades subroga al usuario en los derechos y acciones que como dueño le corresponden frente al proveedor en relación con el contrato de compraventa con él celebrado» FJ 6.º de la sentencia recurrida). Por último, agrega lo siguiente: «En esta misma línea el contrato de leasing financiero directo es obligatorio para las partes que lo suscriben que sólo pueden pedir su resolución en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones contractuales de acuerdo con el artículo 1124 del Código Civil, estándoles vedado el hacerlo por hechos ajenos al contrato en sí. En el caso debatido el apelante, arrendatario financiero, pretende resolver el contrato de leasing por inidoneidad de su objeto y es claro que tal pretensión tampoco puede prosperar porque no es obligación contractual de la arrendadora asegurar el funcionamiento e idoneidad de los bienes adquiridos, quien, como se ha dicho, subroga al arrendatario en los derechos y acciones que le competen frente al proveedor, razonamiento que igualmente sirve para desestimar la acción de saneamiento respecto del tantas veces citado contrato de arrendamiento financiero» (FJ 7.º de la sentencia recurrida).

Con base en los difusos y, en gran medida, inconsecuentes razonamientos que nos hemos visto forzados a transcribir en su integridad, la sentencia aquí recurrida, afirmando que entra a conocer del fondo de la cuestión litigiosa (una vez que desestimó la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda), dice que desestima totalmente la referida demanda, cuando lo

que, en realidad, hace (nos adelantamos a decir ya) es dejar imprejuizadas las acciones verdaderamente ejercitadas por la entidad actora, al no entrar a conocer de las mismas.

Cuarto.—Por los motivos primero y tercero, con apoyatura procesal (los dos) en el ordinal cuarto del artículo 1692 de la Ley adjetiva civil (en su redacción actualmente vigente), se denuncia, respectivamente, «quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia, por violación del principio de congruencia establecido por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (en el motivo primero) y «violación por inaplicación del artículo 24 de la Constitución, así como de los artículos 5.1.º y 11.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial» (en el tercero). En el alegato del primero de ellos, la entidad recurrente acusa a la sentencia recurrida de incongruente «con las pretensiones formuladas en el proceso y con el carácter con el que tales pretensiones se hacían valer», para lo que textualmente aduce que en el proceso «lo que se solicitaba era la resolución y subsidiariamente el saneamiento de la compraventa y, en todo caso, la del arrendamiento. Es decir, se atendía en la demanda a las dos relaciones jurídicas básicas existentes: la de compraventa y la de arrendamiento»; y continúa diciendo que «de otra parte, dicha demanda se dirige contra todos los sujetos afectados, demandando tanto a la suministradora de los bienes “Nixdorf Computer, S. A.”, como a la empresa de leasing, “N. C. Leasing, S. A.”», a lo que agrega que en la comparecencia del juicio de menor cuantía, a los efectos del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, manifestó y aclaró que «las acciones se ejercitaban en nombre propio y en su caso como adquirente de los derechos de “N. C. Leasing, S. A.”, y, por tanto, como subrogado en el ejercicio de los mismos».

En el alegato del otro motivo (el tercero) aduce la entidad recurrente que «la sentencia impugnada a través del presente recurso de casación quebranta el principio de tutela judicial que consagra el artículo 24.2.º de la Constitución, ya que deniega el otorgamiento de la justicia solicitada sobre la base de un planteamiento artificioso, produciendo un efecto equivalente a la denegación de justicia por razones puramente formales, contra lo que previene en términos muy rigurosos el artículo 11, apartado 3.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Los dos expresados motivos han de ser examinados y resueltos conjuntamente, al ser único y el mismo, aunque desde distintas perspectivas jurídicas, el objeto impugnatorio de ambos.

Para dar una adecuada respuesta casacional a los dos aludidos motivos (el primero y el tercero) han de tenerse en cuenta las consideraciones que a continuación se exponen.

El principio consagrado por reiterada y notoria doctrina de esta Sala de que, como norma general, no son incongruentes las sentencias absolutorias o desestimatorias de todos los pedimentos de la demanda (o de la reconvencción, en su caso), tiene, como una de sus quiebras o supuestos de no aplicación, el de que dicho pronunciamiento absolutorio lo haya alcanzado la sentencia a través de una alteración de la *causa petendi* de la demanda (siendo el otro el de que el referido pronunciamiento se haya basado en alguna excepción no aducida por la otra parte en el proceso y no apreciable de oficio). Por otra parte, no puede desconocerse que la congruencia de toda sentencia no viene determinada por la adecuación o correspondencia exclusiva de su «fallo» con la literalidad del *petitum* de la demanda, sino que ha de darse dicha correspondencia o adecuación no sólo con éste, sino también con el componente fáctico o relato histórico (*causa petendi*) de la demanda, de tal modo que una sentencia que, para dictar su «fallo», atiende única y exclusiva-

mente al *petitum* del escrito rector del proceso (demanda), pero prescinde en absoluto de la referida *causa petendi* del mismo, ha de ser necesariamente tachada de incongruente, por cuanto deja imprejuzgada la verdadera acción ejercitada (configurada por el componente fáctico de la misma), al no resolver los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, con la consiguiente vulneración del principio de tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24 de la Constitución. Esto es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, en el que la demanda iniciadora del proceso narra con todo detalle (en su relato fáctico) el *iter* negocial seguido por las partes, integrado (tras un contrato preliminar o preparatorio que luego quedó sin contenido) por un primer contrato de compraventa por el que la entidad mercantil «Nixdorf Computer, S. A.», vendió el material informático objeto de litis a la entidad «N. C. Leasing, S. A.», y por un segundo contrato de arrendamiento financiero o leasing celebrado entre esa última entidad y «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», y que, luego, ante la inidoneidad del referido material informático para el fin para el que había sido adquirido, la aludida entidad arrendataria («Comercial de Distribuciones Martín, S. A.»), subrogándose en los derechos de la compradora «N. C. Leasing, S. A.», como luego aclaró en el acto de la comparecencia del menor cuantía (art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a que se refiere este recurso, ha postulado la resolución del aludido contrato de compraventa y, como consecuencia de ello, del arrendamiento financiero o leasing (como primera de las acciones ejercitadas) o, subsidiariamente, el saneamiento por vicios ocultos del repetido material informático (como segunda acción ejercitada) y, sin embargo, la sentencia aquí recurrida, atendiendo a la literalidad del *petitum* de la demanda (que, evidentemente, está redactado con una patente y censurable defectuosidad técnica), se limita a desestimar los pedimentos de la misma, para lo que se basa exclusivamente, pese a la ampulosa y difusa redacción de sus Fundamentos quinto, sexto y séptimo (que han sido transcritos literalmente en el FJ 3.º de esta resolución), en que, en el expresado *petitum*, la entidad actora se refiere tan sólo (aparte de al de arrendamiento) al contrato preliminar o preparatorio de fecha 30 de enero de 1989 (al que nos hemos referido en el apartado primero del FJ 1.º de esta resolución), el cual había quedado sin contenido negocial alguno, pero desconociendo en absoluto que del relato fáctico (*causa petendi*) de la demanda, en el que narra con detalle, volvemos a decir, los contratos celebrados con posterioridad (el de compraventa y el de arrendamiento financiero), se desprende que lo que real y verdaderamente está pretendiendo (aunque con la ya dicha defectuosidad técnica del *petitum*), como subrogada en los derechos de la entidad «N. C. Leasing, S. A.», es, en primer lugar, la resolución del contrato de compraventa celebrado entre ésta y la proveedora «Nixdorf Computer, S. A.», por total falta de idoneidad del material informático para servir al fin para el que fue adquirido y, subsidiariamente, y en segundo término, el saneamiento por vicios ocultos de dicho material informático, cuyas dos acciones la sentencia aquí recurrida las ha dejado totalmente imprejuzgadas, al no entrar a conocer de ellas, con lo que incurrió en una patente infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto obliga al juzgador a decidir o resolver los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, y en una ostensible conculcación del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución. Por todas las consideraciones anteriormente expuestas, han de ser estimados los referidos motivos primero y tercero, con lo que resulta, no ya innecesario, sino totalmente improcedente, el estudio de los otros dos (el segundo y el cuarto), ya que al no haber la sentencia recurrida resuelto las cues-

tiones litigiosas debatidas en este proceso, con evidente quebrantamiento de su ya dicho deber fundamental, esta Sala habrá de hacerlo, pero no actuando ya como Tribunal de casación, sino como juzgador de instancia.

Quinto.—Como acaba de decirse, el acogimiento de los motivos primero y tercero, con las consiguientes estimación del recurso y total casación y anulación de la sentencia recurrida, obliga a esta Sala a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate (núm. 3.º del art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que se hará a través de las consideraciones que a continuación se exponen.

Sexto.—Para los efectos de la resolución de la cuestión litigiosa a que se refiere este proceso han de tenerse en cuenta las siguientes puntualizaciones: 1.ª El llamado contrato de leasing o arrendamiento financiero que, en el orden o aspecto económico, conjuga o satisface tres distintos intereses subjetivos (el del usuario en acceder al disfrute de unos bienes que no puede o no le conviene adquirir directamente; el del fabricante o proveedor en dar salida en el mercado a sus productos y el de la sociedad de leasing en obtener un rendimiento económico de su capital sin más riesgo que el financiero), en el orden o aspecto jurídico no se configura como un solo negocio jurídico con intervención de tres partes contratantes, sino que se articula a través de dos contratos, netamente diferenciados, aunque conexiónados y dependientes entre sí por su confluencia en la obtención de la antes referida triple función económica: un contrato de compraventa por el que la sociedad de leasing adquiere del proveedor los bienes previamente seleccionados por el usuario y un arrendamiento con opción de compra o arrendamiento financiero, por el que la sociedad de leasing cede durante cierto tiempo la posesión y disfrute de tales bienes al usuario mediante una contraprestación dineraria fraccionada, con otorgamiento de una opción de compra a su término por el valor residual fijado en el contrato. 2.ª Por lo que respecta al primero de dichos contratos (el de compraventa), la sociedad de leasing no responde al usuario del buen funcionamiento o idoneidad de los referidos bienes, pero, como contrapartida o compensación de ello, subroga (con subrogación convencional expresamente pactada) al arrendatario-usuario en todas las acciones que, como compradora, le puedan corresponder frente a la entidad proveedora-vendedora, cuya subrogación comprende, indudablemente, la eventual acción resolutoria de que todo comprador se halla asistido por inhabilidad o inidoneidad del objeto, así como la de saneamiento por vicios ocultos. 3.ª En la cláusula tercera del contrato de leasing a que se refiere este litigio se pactó expresamente lo siguiente: «“N.C. Leasing”, en su condición de comprador del material, subroga al Arrendatario Financiero en cuantos derechos y acciones le correspondan frente al proveedor, y el Arrendatario Financiero libera a “N. C. Leasing” de toda responsabilidad por las condiciones, funcionamiento e idoneidad del material, obligándose a mantenerlo y conservarlo a su costa». 4.ª En uso de la referida subrogación, la entidad mercantil «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.» (arrendataria financiera), ha ejercitado, con carácter principal, acción resolutoria del contrato de compraventa del material informático, celebrado entre «Nixdorf Computer, S. A.», y «N. C. Leasing, S. A.», por total inidoneidad o inservibilidad para el fin para el que fue adquirido, no sólo del equipo informático primeramente servido por la proveedora («Nixdorf Computer, S. A.»), sino también del que posteriormente sustituyó a aquél (como luego se dirá) y, con carácter subsidiario, para el supuesto de desestimación de dicha

acción principal, también ejercita la de saneamiento por vicios ocultos del expresado equipo informático.

Séptimo.—Además de los presupuestos fácticos que ya fueron relacionados en el FJ 1.º de esta resolución y que, en evitación de innecesarias repeticiones, damos aquí íntegramente por reproducidos, de la valoración de toda la prueba practicada en el proceso (que esta Sala se ha visto forzada a realizar, al tener que resolver, por primera vez además, este punto litigioso, actuando no como Tribunal de casación, sino como órgano de la instancia, según ya se tiene dicho) aparecen también probados (y ésta es la ampliación de naturaleza fáctica que ya dejamos anunciada en el referido Fundamento jurídico primero de esta resolución) los siguientes hechos: 1.º Una vez instalados (desde febrero hasta el 16 de marzo de 1989) los equipos informáticos en las dependencias (Hipermercado «Mercasol», sito en la calle Valentuñana, s/n., Edificio Marbelland, de Marbella) de la arrendataria financiera entidad «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», los mismos presentaron numerosísimos defectos y anomalías, que determinaron muy diversas y frecuentes intervenciones de los servicios técnicos de la entidad proveedora «Nixdorf Computer, S. A.», sin que obtuvieran soluciones satisfactorias. 2.º Ante ello, la arrendataria financiera «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», recabó los servicios de don Aurelio Gurrea Chalé (Titular Mercantil Colegiado y Auditor inscrito en el Registro de Auditores de TT.MM. de España) para que examinara los referidos equipos informáticos, emitiendo, en 9 de agosto de 1989, un extenso informe, en cuyo encabezamiento afirma que «el equipo suministrado por la entidad “Nixdorf Computer, S. A.”, para la gestión de la empresa “Comercial de Distribuciones Martín, S. A.”, es obsoleto e ineficaz para la labor a realizar» y a continuación, bajo los epígrafes «De carácter general», «Contabilidad», «Comercial» y «Varios», relaciona los muy numerosos defectos y anomalías que presentaban los repetidos equipos informáticos (folios 363 a 367 de los autos). 3.º Dada la referida situación y ante las reiteradas reclamaciones de la arrendataria financiera, la proveedora entidad «Nixdorf Computer, S. A.», mediante carta de fecha 4 de julio de 1984, le comunicó lo siguiente: «... Para solucionar todos los problemas suscitados, hemos tomado las siguientes determinaciones, que ya les planteamos en la reunión que mantuvimos el pasado día 30 en nuestras oficinas: 1) Sustituir el actual equipo Sistema 8862/Mod. 3 por un sistema 8862/Mod. 2 y por un Sistema QUATTRO/20. 2) Instalar una nueva aplicación contable en el Sistema QUATTRO/20. Esta aplicación fue mostrada a sus técnicos contables, encontrándola totalmente satisfactoria. Ante la urgencia que nos manifestaron por poder disponer de esta solución, con fecha 4 de julio (*sic*) instalamos en sus oficinas un Sistema M.15 con la nueva aplicación contable. Esta solución es de carácter provisional mientras llegan los equipos definitivos antes mencionados, si bien todos los datos contables que se introducen en este periodo serán traspasados por nuestros técnicos al Sistema QUATTRO/20. Con la llegada de los equipos definitivos, la nueva solución será probada por ustedes durante un mes, transcurrido el cual se firmarán los contratos que, sin cargo alguno para ustedes, permitirán justificar ante la entidad financiera propietaria del actual equipo los cambios establecidos» (folios 104 y 105). 4.º Los anunciados sistemas definitivos no llegaron a ser adecuadamente instalados, y los provisionales a que se refería la carta anteriormente transcrita seguían siendo no idóneos para servir al fin para el que habían sido adquiridos, por lo que la arrendataria decidió devolver los

expresados equipos informáticos a la proveedora «Nixdorf Computer, S. A.», como así se lo comunicó mediante carta de fecha 5 de diciembre de 1989 que le fue remitida por conducto notarial, y en la que al final de la misma le participaba lo siguiente: «En este sentido, se les notifica de forma fehaciente que pueden retirar de los locales de Mercasol, calle Valetuñana, s/n., Edificio Marbeland, Marbella, los equipos de informática, que han sido instalados, aunque incompletos, a prueba, según su carta de 4 de julio pasado. Ello sin perjuicio de ejercitar las acciones judiciales procedentes, en orden a reclamar las cantidades pagadas, y a su vez los correspondientes daños y perjuicios (folios 125 y 125 bis). 5.º Los referidos equipos informáticos se encuentran depositados en un almacén de la arrendataria financiera «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», la cual se vio, ante dicha situación, en la necesidad de contratar, temporalmente, con la entidad mercantil «Punta la Plata, S. A.», la prestación por ésta de los medios informáticos necesarios para la llevanza de la contabilidad del Hipermercado Mercasol. 6.º Posteriormente (después de promovido este proceso) la actora «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», hubo de adquirir otro sistema informático, mediante otro contrato de leasing, concertado con la entidad «Interleasing, S. A.», con fecha 13 de marzo de 1990, siendo la proveedora o suministradora de ese nuevo sistema informático la entidad mercantil «Ordenadores Tisa, S. A.».

Octavo.—De los hechos que, según acaba de decirse, aparecen probados, se desprende que los muy numerosos defectos o anomalías que presentaban los equipos informáticos vendidos por «Nixdorf Computer, S. A.» a «N.C. Leasing, S. A.» (y luego cedidos por ésta, en arrendamiento financiero, a «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.»), los hacían totalmente inhábiles e inservibles para el fin para el que fueron adquiridos, lo que entraña un claro supuesto de incumplimiento de contrato de compraventa por parte de la entidad vendedora, por entrega de una cosa distinta (*aliud pro alio*), por razón de su referida y total inhabilidad o inidoneidad de la que había sido comprada, por lo que, conforme al artículo 1124 del Código Civil, procede estimar la acción resolutoria del mencionado contrato de compraventa que, con carácter principal, ha ejercitado la entidad «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», al hacer uso de la ya dicha subrogación convencional que le corresponde en los derechos y acciones de la compradora «N.C. Leasing, S. A.», cuya resolución contractual ha de comportar, y así procede acordarlo, que la compradora restituya los equipos informáticos objeto de litis a la vendedora y ésta devuelva a aquélla el precio de venta que cobró por los mismos.

Noveno.—Además de la resolución, ya acordada, del contrato de compraventa, la actora «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», reclama a la demandada «Nixdorf Computer, S. A.», la indemnización de daños y perjuicios por un doble concepto: a) Por la prestación de los medios informáticos necesarios para la llevanza de la contabilidad del Hipermercado «Mercasol», que la referida actora y propietaria de dicho hipermercado se vio obligada a contratar con la entidad mercantil «Punta la Plata, S. A.», ante la inidoneidad o inhabilidad de los equipos informáticos que había suministrado «Nixdorf Computer, S. A.», y que habían sido objeto de arrendamiento financiero; b) Por la disminución de las ventas y la pérdida de imagen comercial de Mercasol, como consecuencia de la expresada inidoneidad de los referidos equipos informáticos. Por el primero de los mencionados conceptos, aparece probado en el proceso que «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», ha abonado (o le adeuda) a la entidad «Punta la Plata, S. A.», la cantidad de seis millones seiscientos veintidós mil setenta y ocho

(6.622.078) pesetas, por lo que procede condenar a la codemandada «Nixdorf Computer, S. A.», a que indemnice a la actora en dicha cantidad. En cambio, no aparece probado en el proceso que la actora haya sufrido perjuicio alguno por el segundo de los expresados conceptos, por lo que procede desestimar la demanda en lo referente al mismo.

Décimo.—Dada la mutua interconexión o dependencia funcional (a la que ya nos hemos referido en el FJ 5.º de esta resolución) 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 de arrendamiento financiero, por lo que igualmente procede acordarlo así, debiendo la arrendataria financiera «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», devolver los equipos informáticos litigiosos a «N. C. Leasing, S. A.», para que ésta, a su vez, pueda devolverlos a la proveedora «Nixdorf Computer, S. A.», así como la arrendadora financiera «N.C. Leasing, S. A.», deberá restituir a la arrendataria las rentas mensuales que ya le había cobrado por dicho arrendamiento, por un importe total de cuatro millones quinientas sesenta y dos mil cuatrocientas sesenta y siete (4.562.467) pesetas.

Undécimo.—También debe esta Sala entrar a conocer de las demandas reconventionales que, respectivamente, formularon las codemandadas «N.C. Leasing. S. A.», y «Nixdorf Computer, S. A.» (cosa que tampoco hicieron ninguna de la dos sentencias de la instancia). En la suya, la primera de las citadas entidades postuló que se condene a la actora (demandada en dicha reconvencción) a pagarle la cuotas o rentas mensuales, que ha dejado de satisfacerle, correspondientes al contrato de arrendamiento financiero litigioso, pretensión reconventional que, obviamente, ha de ser desestimada, toda vez que ha sido declarada la resolución del referido contrato de arrendamiento financiero o leasing.

Por su parte, la codemandada «Nixdorf Computer, S. A.», en su demanda reconventional, postuló se condenase a la actora (demandada en dicha reconvencción) a pagarle el precio de un sistema de Alimentación Menor I 6.000 VA 20 Aut y de treinta cintas impresoras sistema 8812/100, que decía le había vendido al margen del arrendamiento financiero, por un importe de un millón ciento cuarenta y cuatro mil noventa (1.144.090) pesetas. También ha de ser desestimada dicha reconvencción, pues aparece probado en el proceso que los aludidos materiales a que la misma se refiere fueron incluidos en los equipos informáticos que «Nixdorf Computer, S. A.», vendió a «N.C. Leasing, S. A.», y que luego ésta cedió en arrendamiento financiero o leasing a la actora (demandada en dicha reconvencción).

Duodécimo.—Al no haber sido estimada en su totalidad la demanda principal, no procede hacer expresa imposición de las costas de primera instancia causadas con la misma, al no haber tampoco méritos para imponerlas a alguna de las partes (art. 523.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Habiendo sido totalmente desestimadas las demandas reconventionales formuladas, respectivamente, por las codemandadas, procede imponerles expresamente las costas causadas con las mismas (art. 523.1 de la citada Ley). No procede hacer expresa imposición de las costas de la segunda instancia, ni tampoco de las del presente recurso de casación, sin que haya lugar a acordar la devolución del depósito, al no haber sido constituido el mismo, por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

II. COMENTARIO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Numerosas son ya las sentencias en las que el TS se ha enfrentado con problemas relacionados con la operación de leasing o arrendamiento financiero¹. Sin embargo, aún no existía ninguna sentencia que se planteara las consecuencias que la resolución del contrato de compraventa habría de tener en el leasing o arrendamiento financiero. Como observa M. J. Marín López², la cuestión que se trata de dilucidar es la siguiente: ante el incumplimiento del suministrador, que entrega unos bienes totalmente inservibles para el fin que fueron adquiridos, el usuario ejercita la resolución del contrato de compraventa estipulado entre la sociedad de leasing y el suministrador. Pero, ¿cómo influye esta resolución en el contrato de leasing o arrendamiento financiero celebrado entre el usuario y la sociedad de leasing? ¿puede también ser resuelto? ¿en base a qué argumentos? ¿qué efectos producirá, en su caso, la resolución?

Como hemos tenido ocasión de subrayar, nuestra jurisprudencia ha perfilado la naturaleza del leasing o arrendamiento financiero, pero apenas se ha enfrentado con el importante problema del control de las condiciones generales, en las que la sociedad de leasing se exonera de todo tipo de riesgos, cargas y responsabilidades en relación con los bienes cedidos al usuario, esgrimiendo su misión de mera intermediaria financiera.

El problema que más se ha planteado ante el TS radica en la distinción entre el leasing o arrendamiento financiero y la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles o el préstamo de financiación de la compra. Esto motiva que nuestro TS se haya tenido que pronunciar sobre el tema de la naturaleza del leasing o arrendamiento financiero, estableciendo sus diferencias con la venta a plazos o el préstamo de financiación³.

Esta situación se explica, en parte, porque falta en nuestro Derecho una disciplina legal apropiada sobre el leasing o arrendamiento financiero, que otorgue a los usuarios una protección eficaz frente a las posibles condiciones generales abusivas.

La Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 29 de julio de 1988, cuya Disposición adicional séptima regula el leasing o arrendamiento financiero en aspectos importantes, configurando a la sociedad de leasing como entidad de crédito, disciplina muy escasamente el contenido de este peculiar negocio de financiación, por lo que sigue siendo configurado básicamente a través de las condiciones generales que elaboran unilateralmente las sociedades de leasing, en las que se exoneran de riesgos, cargas y responsabilidades en relación con los bienes cedidos al usuario.

¹ Un amplio análisis jurisprudencial por R. BERCOVITZ, «El pacto de reserva de dominio y la función de garantía del leasing financiero», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, II-1, Madrid, 1996, pp. 385 ss.; CABANILLAS, «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», en *ADC*, 1991, pp. 964 ss.; O'CALLAGHAN, «Jurisprudencia sobre el leasing», en *AC*, 1991/1, pp. 1 ss.

² M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario a la sentencia del TS de 8 de febrero de 1996», en *CCJC*, 1996, núm. 41, pp. 751-752.

³ CABANILLAS, «La configuración del arrendamiento financiero (leasing)...», cit., pp. 964-965.

La solución del problema del control de las condiciones generales en el leasing o arrendamiento financiero podría encontrarse en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984. Sin embargo, en la mayor parte de los casos no podrá aplicarse esta Ley al leasing o arrendamiento financiero, al no actuar el usuario como destinatario final en los términos de los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la misma. Pero la sentencia del TS de 13 de noviembre de 1995 (RAJ 8601)⁴ considera aplicable la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al leasing o arrendamiento financiero, declarando, de acuerdo con el art. 10 de esta Ley, nulas dos cláusulas de las condiciones generales.

Si el usuario se constituye en destinatario final de los bienes cedidos en leasing o arrendamiento financiero, es indiscutible que gozará de la protección que le otorga la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el sentido de que las condiciones generales de este peculiar negocio estarán sometidas al control que establece especialmente el artículo 10, que declara nulas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que estén en contra de la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras cosas, excluye las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios, las condiciones abusivas de crédito y las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

Este caso, sin embargo, va a ser muy excepcional. La citada Ley de 29 de julio de 1988 va a imposibilitar prácticamente que las operaciones de leasing o arrendamiento financiero sean llevadas a cabo por sociedades que no acomoden su actividad a lo prescrito en la misma, ya que sólo se aplicará cuando los bienes objeto de cesión queden únicamente afectados a explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. La Disposición adicional séptima no se refiere al crédito al consumo, sino al crédito a la inversión⁵.

El adecuado control del contenido del leasing o arrendamiento financiero sólo se producirá en nuestro Derecho cuando se promulgue, al fin, la tan esperada Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en línea con la Directiva de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que establecerá, siguiendo el modelo legislativo introducido por la Ley alemana para la regulación de las condiciones generales de los negocios de 1976 (AGBG), un eficaz control del contenido de las condiciones generales, no limitado al consumidor final, en la medida en que el empresario o el profesional, en su condición de adherente, es también acreedor de protección.

Muy dudoso resulta, a nuestro juicio, considerar que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios puede aplicarse por analogía⁶, ya

⁴ Esta sentencia es comentada por MARTÍNEZ MARTÍN en *CCJC*, 1996, núm. 41, pp. 591 ss.

⁵ ROJO AJURIA, «Comentario a la sentencia del TS de 26 de junio de 1989», en *CCJC*, 1989, núm. 20, p. 604.

⁶ No obstante, LEIBLE, *Finanzierungsleasing und «arrendamiento financiero»*, Berlín, 1996, p. 306, alude a la posible aplicación análogica del art. 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, teniendo el cuenta el punto de vista de ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 180 ss., que defiende que a las condiciones generales utilizadas frente a los empresarios les sería de aplicación la cláusula general de buena fe, pero no las cargas del artículo 10.1 a) de dicha Ley.

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 que configura el Derecho común, magistralmente expuestos por De Castro⁷.

La sentencia que comentamos es la primera del TS que perfila la repercusión de la resolución del contrato de compraventa en el de leasing o arrendamiento financiero, sometiendo a un adecuado control algunas cláusulas que son típicas del mismo.

En el contrato de leasing o arrendamiento financiero figura una cláusula por cuya virtud la sociedad de leasing se exonera de cualquier responsabilidad en caso de vicios ocultos, mal funcionamiento o inidoneidad de los bienes entregados por el suministrador, estando, a pesar de ello, el usuario obligado a continuar los pagos periódicos aún pendientes a la sociedad de leasing; en contrapartida de esa exoneración de responsabilidad, la sociedad de leasing subroga al usuario en los derechos y acciones que le corresponden frente al suministrador (FJ 6.º).

2. REPERCUSIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA, A INSTANCIA DEL USUARIO, EN EL LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO

En el caso de la sentencia que comentamos, los equipos informáticos entregados por el suministrador al usuario eran totalmente inservibles. Por ello el usuario insta la resolución del contrato de compraventa celebrado por el suministrador con la sociedad de leasing en virtud de la apuntada subrogación del usuario en los derechos de la sociedad de leasing compradora, aunque no se hace alusión expresa a dicha facultad de resolución en el contrato.

El TS da la razón al usuario, declarando que la subrogación comprende, indudablemente, la eventual acción resolutoria de que todo comprador (la sociedad de leasing) se halla asistido por inhabilidad o inidoneidad del objeto, así como la de saneamiento por vicios ocultos (FJ 6.º). Los muy numerosos defectos o anomalías que presentaban los equipos informáticos vendidos por «Nixdorf Computer, S. A.», a «N.C. Leasing, S. A.» (y luego cedidos por ésta, en arrendamiento financiero, a «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.»), los hacían totalmente inhábiles o inservibles para el fin para el que fueron adquiridos, lo que entraña un claro supuesto de incumplimiento del contrato de compraventa por parte de la entidad vendedora, por entrega de una cosa distinta (*aliud pro alio*), por razón de su referida y total inhabilidad o inidoneidad de la que había sido comprada, por lo que, conforme al artículo 1124 del Código Civil, procede estimar la acción resolutoria del mencionado contrato de compraventa que, con carácter principal, ha ejercitado la entidad «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», al hacer uso de la ya dicha subrogación convencional que le corresponde en los derechos y acciones de la compradora «N.C. Leasing, S. A.», cuya resolución contractual ha de comportar, y así procede acordarlo, que la compradora restituya los equipos informáticos objeto de litis a la vendedora y ésta devuelva a aquélla el precio de venta que cobró por los mismos (FJ 8.º).

⁷ DE CASTRO, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», en *ADC*, 1961, pp. 295 ss.; y «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *ADC*, 1982, pp. 1055 ss.,

En esta misma línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 22 de mayo de 1992 (RAJ 6198) proclama que, aunque la cláusula subrogatoria dedica una mención «especial» a los «derechos derivados de la garantía, de la asistencia técnica o de los servicios postventa», no excluye la «facultad resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas de la subrogación convenida que, al referirse de modo indiscriminado a cuantas «acciones le incumbieren (a la compradora concedente del leasing) frente al fabricante o proveedor por razón del material contratado», es evidente que comprende no sólo las acciones de cumplimiento enunciadas en la referida mención especial, sino también las dirigidas a obtener, en su caso, la resolución del vínculo contractual (FD 3.º).

La apuntada subrogación en cuantos derechos y acciones le correspondan a la sociedad de leasing frente al suministrador determina que deba incluirse, de acuerdo con la interpretación finalista de la cláusula (art. 1286 del Código Civil), la acción resolutoria, que es la más adecuada cuando los bienes son absolutamente inidóneos para satisfacer la finalidad del contrato, como acontece en el caso de la sentencia comentada. Piénsese en que denegar el ejercicio de la acción resolutoria al usuario supondría dejarlo en una situación de indefensión, impidiéndole ejercitar uno de los principales modos de tutela del crédito en las obligaciones recíprocas (como es la facultad resolutoria), habida cuenta de que tampoco podría resolver el contrato de leasing o arrendamiento financiero: la cláusula de exoneración a favor de la sociedad de leasing lo evitaría⁸.

Pero el usuario no se limita a solicitar la resolución del contrato de compraventa que celebró el suministrador de los equipos informáticos con la sociedad de leasing, sino que además demanda la resolución del contrato de leasing o arrendamiento financiero, cuyas partes son la sociedad de leasing y el usuario.

Desde la perspectiva de la adecuada protección del usuario, la privación del uso de los equipos informáticos, derivada de la resolución de la compraventa y de la consiguiente restitución de los mismos al suministrador, motiva que el usuario deje de tener cualquier interés en la subsistencia del leasing o arrendamiento financiero, y por tanto, es lógico que trate de desvincularse del mismo y no tener que pagar a la sociedad de leasing los correspondientes plazos. En cambio, la sociedad de leasing tiene interés en que subsista plenamente el contrato de leasing o arrendamiento financiero, conservando el derecho a que el usuario le abone todos los plazos, aunque no pueda utilizar los equipos informáticos.

Este conflicto de intereses, determina que se defiendan criterios dispares a la hora de solucionarlo, según se atienda a la protección del usuario o a la de la sociedad de leasing.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, contra la cual «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.» (usuario), interpuso el recurso de casación que dio lugar a la sentencia que comentamos, defiende claramente el interés de la sociedad de leasing («N.C. Leasing, S. A.»), al afirmar la ausencia de efectos de la resolución de la compraventa en el contrato de leasing o arrendamiento financiero, que se considera plenamente subsistente, a pesar de la resolución de la compraventa.

Una cláusula del contrato de leasing o arrendamiento financiero establece que el usuario renuncia a dirigirse contra la sociedad de leasing en caso de incumplimiento del suministrador. «En el supuesto debatido y en la estipulación tercera del contrato de leasing, se libera a la arrendadora de toda responsabilidad por las

⁸ LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994, p. 122, nota 156.

condiciones de funcionamiento e idoneidad del material y en compensación de ello, la aludida arrendadora en su condición de compradora del material, subrogó a la arrendataria en cuantos derechos y acciones le corresponden frente al proveedor» (FJ 3.º).

Las vicisitudes del contrato de compraventa no pueden tener repercusión en el contrato de leasing o arrendamiento financiero. «El contrato de leasing financiero directo es obligatorio para las partes que lo suscriben que sólo pueden pedir su resolución en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones contractuales de acuerdo con el artículo 1124 del Código Civil, estándoles vedado el hacerlo por hechos ajenos al contrato en sí» (FJ 3.º).

La obligación que la sociedad de leasing asume no es la de asegurar al usuario el uso de los bienes. «No es obligación contractual de la arrendadora asegurar el funcionamiento e idoneidad de los bienes adquiridos quien, como se ha dicho, subroga al arrendatario en los derechos y acciones que le competen frente al proveedor» (FJ 3.º).

La Corporación financiera Hispamer⁹ apunta en este sentido que el ejercicio de la acción resolutoria no faculta al usuario para incumplir la obligación que asumió ante la sociedad de arrendamiento financiero en el contrato de leasing, ya que la inidoneidad del material elegido por el usuario no implica incumplimiento contractual alguno por parte de quien se limitó a seguir en este punto las instrucciones del usuario, y no debe soportar las consecuencias de los errores de éste al seleccionar el bien, determinar a quien debía comprarse y valorar la adecuación de aquel bien a las tareas que el propio usuario proyectaba asignarle.

Con mejor criterio, la sentencia que comentamos reconoce la repercusión de la resolución de la compraventa en el leasing o arrendamiento financiero, ya que una vez resuelta la misma, no tiene sentido para el usuario que subsista el contrato de leasing o arrendamiento financiero, por la sencilla razón de que no puede gozar los bienes cedidos (los equipos informáticos), puesto que en virtud de la citada resolución son devueltos al suministrador.

El TS afirma reiteradamente la conexión contractual existente entre los contratos de leasing o arrendamiento financiero y la compraventa, siendo esta conexión la razón básica que permite declarar la resolución del contrato de leasing o arrendamiento financiero cuando tiene lugar la de la compraventa. «El llamado contrato de leasing o arrendamiento financiero... se articula a través de dos contratos, netamente diferenciados, aunque conexiones y dependientes entre sí» (FJ 6.º). «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» (FJ 10º).

Esta interconexión o dependencia funcional entre ambos contratos implica, según nuestro TS, que «la resolución del contrato de compraventa ha de comportar necesariamente la del arrendamiento financiero» (FJ 10º).

Con anterioridad, la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 22 de mayo de 1992 considera que «la dependencia funcional de este último contrato (el leasing o arrendamiento financiero) respecto del de compraventa concertado entre el proveedor y la sociedad de leasing es tal que la resolu-

⁹ CORPORACIÓN FINANCIERA HISPAMER, *Diccionario jurídico del leasing*, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 74-75.

ción de la compraventa difícilmente dejaría inalterado el contenido obligacional del arrendamiento financiero e inmunes los derechos que de él derivan para la sociedad concedente» (FJ 3.º).

Como ya hemos puesto de relieve, la subrogación del usuario en la posición jurídica de la sociedad de leasing para dirigirse contra el suministrador no constituye un argumento convincente para impedir al usuario el ejercicio de la acción resolutoria. Se obliga a continuar vinculado contractualmente al usuario con la sociedad de leasing, sin que exista una razón fundada jurídicamente que pueda justificarlo¹⁰. Resulta extraordinariamente gravoso para el usuario, y contrario a la buena fe, que tenga que seguir pagando los plazos a la sociedad de leasing sin poder a cambio usar los bienes (los equipos informáticos). Amorós¹¹ considera que la sociedad de leasing no podrá exigir al usuario, el pago de los cánones arrendaticios si el inmueble resulta inadecuado para su uso. La validez y subsistencia del contrato de arrendamiento financiero debe hacerse depender del hecho de que el usuario pueda utilizar el inmueble en los términos pactados. Si esto no es posible, deberá resolverse el contrato y no se podrá exigir al usuario el pago de las rentas futuras. Por falta de causa onerosa suficiente y por infracción del principio de equivalencia de las prestaciones, entre otras razones.

La mencionada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 22 de mayo de 1992 señala que «la orientación marcada por la jurisprudencia en otros países de nuestro entorno sobre este particular no permite asegurar —sin que ello sea prejuzgar aquí tal cuestión— que la resolución del contrato de compraventa y las consecuencias restitutorias e indemnizatorias que eventualmente hayan de derivarse de ella no hayan de repercutir también sobre la obligación de pago de las rentas contraídas por el usuario y su cuantía, en contemplación a la posible desaparición de la causa o base negocial del arrendamiento financiero; a la evitación, en su caso, de eventuales lucros sin causa y a la efectiva reciprocidad de las prestaciones contractualmente asumidas» (FJ 4.º).

En línea con lo apuntado en esta sentencia, la resolución del contrato de leasing o arrendamiento financiero tiene lugar por la desaparición sobrevenida de la base del negocio de leasing o arrendamiento financiero, al verse privado el usuario de los bienes (los equipos informáticos) a consecuencia de la resolución de la compraventa. Al no poder usar los bienes cedidos en leasing, se produce una total insatisfacción del interés del usuario que le llevó a la conclusión del contrato de leasing o arrendamiento financiero, produciéndose una evidente frustración de la finalidad del contrato y una destrucción de la relación de equivalencia de las prestaciones de las partes, que son los presupuestos que, como señala Díez-Picazo¹², han de concurrir para que tenga lugar la desaparición de la base del negocio, justificando la resolución del contrato o el reajuste de las prestaciones. Como subraya De Castro¹³, existe una continuada influencia de la causa sobre la relación negocial, por lo que es posible entender que no se puede romper la conexión con la causa y que, dada la frus-

¹⁰ CABANILLAS, «La configuración del arrendamiento financiero (leasing)...», cit. p. 1003.

¹¹ AMORÓS, «El “leasing” inmobiliario y su inscripción registral», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, I, Madrid, 1985, p. 816.

¹² Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1996, pp. 898-899.

¹³ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 313 ss.

tracción del propósito concreto del negocio, queda abierta la posibilidad de acudir al Juez, para que dé por resuelto el negocio o para que lo adapte equitativamente a las nuevas circunstancias.

Con toda razón, López Frías¹⁴ considera que en el supuesto analizado se produce una manifestación de la llamada continuada influencia de la causa. La función de la causa no se acaba en el mismo momento de dar nacimiento al negocio, y ello es particularmente cierto en las relaciones jurídicas de larga duración. Así sucede en el leasing, contrato de tracto sucesivo, que mientras esté vigente para las partes ha de darse al sujeto perjudicado la posibilidad de desligarse del contrato que ha quedado desprovisto de sentido.

Cuando se resuelve la compraventa en una operación de leasing está justificada la resolución del contrato de arrendamiento financiero por desaparición sobrevinida de la base del negocio. En efecto, en lo que queda de la operación de leasing, una vez resuelta la venta, parecen darse los presupuestos que se exigen para otorgar relevancia jurídica a los cambios en las circunstancias esenciales que impulsan al contrato. Así, además de encontrarnos ante una relación obligatoria de tracto sucesivo pendiente en parte de ejecución, es claro que se ha producido una destrucción de la equivalencia entre las prestaciones de las partes, como consecuencia de un hecho no imputable a ellas (la tantas veces citada resolución), que ocasiona un perjuicio injustificado al usuario. Para éste resulta excesivamente oneroso continuar el pago de ciertas cantidades como contraprestación al uso de un bien del que, de hecho, no dispone. Y ante esa situación, ha de proceder la resolución del contrato por desaparición de la base del negocio, ya que la resolución y no la modificación debe considerarse como la regla general de estos casos si la relación obligatoria es sinalagmática.

Esta solución tiene su último fundamento en la conexión de los contratos que integran la operación de leasing financiero. En el sentido de que si no estuvieran imbricados tales convenios, no podría hablarse de una desaparición de la base del contrato de leasing cuando la compraventa ha devenido ineficaz.

Alfaro¹⁵ puntualiza también que en caso de que (por incumplimiento del vendedor o por ejercicio de la acción redhibitoria) se llegue a la resolución de la compraventa, el precio y la indemnización a cargo del vendedor pasarán a la sociedad de leasing y el usuario podrá resolver el contrato de leasing aplicándose en la liquidación las cantidades entregadas a la sociedad de leasing por el vendedor a la deuda del usuario frente a la sociedad de leasing. Esta solución se justifica por cuanto la pérdida del bien objeto de leasing frustra el fin del contrato de financiación en cuanto ya no es posible proporcionar al usuario la posibilidad de explotación económica del bien. No es razonable exigir al usuario que siga pagando sin poder usar la cosa y a la sociedad de leasing que todo siga igual si la propiedad de la cosa (que ha tenido que ser devuelta al vendedor) ya no le sirve como garantía del pago de los plazos. La posibilidad de resolución puede justificarse igualmente sobre la base de la inexistencia sobrevinida de la causa, en la medida en que el leasing es un contrato de financiación en el que el destino de los fondos aportados por la sociedad de leasing para permitir al usuario el uso de un bien es un motivo común a ambas partes que causaliza el contrato de leasing.

¹⁴ LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos*, cit, pp. 138 ss.

¹⁵ ALFARO, «Leasing», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Cívitas), III, Madrid, 1995, pp. 3919-3920.

De igual manera que acontece en el Derecho alemán, Leible¹⁶ se refiere a la teoría de la desaparición de la base del negocio (*Wegfall des Geschäftsgrundlage*) en el caso señalado, teniendo en cuenta la reiteradamente citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 22 de mayo de 1992 y el punto de vista de Alfaro, antes expuesto, que, de manera expresa e inequívoca, se pronuncia en favor de la aplicación de dicha teoría.

En el caso de la sentencia que comentamos, los equipos informáticos presentan desde el mismo instante en que fueron instalados en las dependencias del usuario, «Comercial de Distribuciones Martín, S. A.», numerosísimos defectos y anomalías, que determinaron muy diversas y frecuentes intervenciones de los servicios de la entidad suministradora, «Nixdorf Computer, S. A.», sin que obtuvieran soluciones satisfactorias (FJ 7.º).

Esto implica que el usuario no ha usado en ningún momento los equipos informáticos conforme a lo pactado. Por eso la resolución ha de tener plena eficacia retroactiva, a pesar de ser el contrato de leasing o arrendamiento financiero un contrato de tracto sucesivo, de tal manera que el usuario queda obligado a restituir los equipos informáticos, y la sociedad de leasing debe devolverle todo el dinero que ha recibido¹⁷. Así lo establece el TS, al obligar a la sociedad de leasing, «N.C. Leasing, S. A.», a restituir al usuario la suma de cuatro millones quinientas sesenta y dos mil cuatrocientas sesenta y siete pesetas, que es el importe de los plazos abonados por éste a aquélla.

De todo lo dicho se infiere que la resolución del contrato de leasing o arrendamiento financiero, provocada por la previa resolución de la compraventa, por ser inservibles los equipos informáticos entregados al usuario, determina tanto que éste deje de estar obligado a pagar a la sociedad de leasing los plazos pendientes, como que tenga derecho a que le sean restituidos los plazos ya abonados a la sociedad de leasing, sin que lo impida la cláusula que afirma que «la sociedad de leasing no responde al usuario del buen funcionamiento o idoneidad de los referidos bienes, pero como contrapartida o compensación de ello, subroga al arrendatario-usuario en todas las acciones que, como compradora, le puedan corresponder frente a la entidad proveedora-vendedora» (FJ 6.º).

¹⁶ LEIBLE, *Finanzierungsleasing und «arrendamiento financiero»*, cit, p. 396.

¹⁷ En cambio, si el usuario ha podido utilizar durante un determinado periodo de tiempo los bienes, lo correcto será que los efectos de la resolución del leasing o arrendamiento financiero no se retrotraigan al momento de la celebración del contrato, por ser éste de tracto sucesivo y por haber ocurrido la alteración de la circunstancias sobrevenida. En consecuencia, la sociedad de leasing dejará de percibir los cánones pendientes del arrendamiento financiero, sin tener que devolver los ya percibidos. Y tendrá derecho a dirigirse contra el suministrador para reclamarle, además del precio de los bienes, una indemnización por los daños y perjuicios que la frustración de la operación de leasing le haya ocasionado (LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos*, cit, pp. 140-141).

Reflexiones en torno al concepto de *causa de pedir* y al régimen de flexibilidad en la acumulación de acciones (comentario a la STS de 7 de febrero de 1997)

Dra. CAROLINA FONS RODRÍGUEZ

Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

I. La STS de 7 de febrero de 1997, RAJ 684, se basa en los siguientes antecedentes de hecho: Varios actores promovieron contra la entidad mercantil «Trusa, S.A.», un juicio de menor cuantía ejercitando acumuladas las acciones que reclaman un pago dinerario en concepto de daños y perjuicios, ya que entienden que la demandada (que les vende a cada uno de los actores un piso en el mismo conjunto urbanístico) ha incurrido en un incumplimiento contractual, lo cual impidió a los demandantes percibir las subvenciones que les correspondían al haber comprado viviendas de protección oficial. También solicitan la devolución de un importe pagado de más que obedece al sobreprecio que la vendedora había fijado en las cláusulas de los contratos con respecto al señalado para las viviendas de protección oficial. Los actores, por tanto, basan sus peticiones en los respectivos contratos de compraventa por los que cada uno de ellos compró un piso en la misma urbanización.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona dictó sentencia el 12 de diciembre de 1990 estimando parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (sección decimosegunda) entiende del recurso de apelación contra esta sentencia y emite un fallo de 21 de diciembre de 1992 absolviendo en la instancia a la demandada. Contra el referido fallo los actores interponen un recurso de casación, que sirve, a nuestro entender, para que el Tribunal Supremo aclare, acertadamente, diversas cuestiones en torno a la figura de la acumulación de acciones¹. Algunas de esas cuestiones son las que se detallan a continuación.

II. Para comenzar se perfilan los conceptos de «título» y «causa de pedir». Efectivamente, de la lectura del artículo 156 de la LEC² no queda claro si ambos

¹ Sobre esta figura, puede verse, más ampliamente, mi libro *Acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.

² «Podrán acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios individuos, o varios contra uno, siempre que nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir.»

vocablos son sinónimos, o bien términos de significación dispar³. Del mismo modo, la doctrina se ha pronunciado de forma controvertida, mientras un sector considera que se trata de dos presupuestos diversos⁴, otro estima que ambas palabras vienen a significar lo mismo⁵. Tampoco la jurisprudencia es unívoca en torno a esta cuestión⁶. Sentada, pues, la falta de unanimidad doctrinal y jurisper-

³ La hermenéutica de «título» y «causa de pedir» tampoco se aclara aunando la dicción literal del artículo 156 y 153, ambos de la LEC. Reza este último: «El actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí».

⁴ En este sentido, ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, «Procesos arrendaticios. Urbanos y comunes. Tras la nueva LAU de 24 de noviembre de 1994», J. M. Bosch Editor, S.L., Barcelona, 1996, pp. 71 y 72; ARAGONESES, «Excepciones dilatorias y acumulación», en *Revista de Derecho Procesal*, 1952, p. 476; DÁVILA MILLÁN, «Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal», Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 21, para quien título equivale a contrato o negocio jurídico del que se deriva el derecho, y causa de pedir a los hechos, aunque no sólo del elemento fáctico, sino también del jurídico; GARBERÍ LLOBREGAT, «La compatibilidad de las “acciones” a los efectos de su acumulación (art. 154 Leciv)», Actualidad Jurídica Aranzadi, septiembre 1994, núm. 9, p. 12; MERINO RUIZ, «Acumulación de acciones y figuras afines, en la jurisprudencia más reciente», en *Revista General de Derecho*, núm. 620, mayo de 1996, p. 5077; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, «Ley de Arrendamientos Urbanos: su proyección procesal. (Estudio doctrinal y jurisprudencial)», Ed. Comares, Granada, 1997, p. 142; PRIETO-CASTRO, «Derecho Procesal Civil», Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, v. I, p. 322; y SERRA DOMÍNGUEZ, «Concepto y regulación del litisconsorcio», en *Revista de Derecho Procesal* de 1971, pp. 576 y 577, que se expresa en los términos siguientes: «Aunque los términos título y causa de pedir sean en principio semejantes, a los efectos de la admisibilidad del litisconsorcio debe considerarse por título el documento o contrato del que se derivan las pretensiones... Por causa de pedir debemos entender el conjunto de hechos que individualizan y fundamentan la pretensión, siendo indiferente la denominación de la acción y debiendo atender en cada caso a su efectivo contenido».

Para la conceptualización de la causa de pedir resulta exhaustivo el análisis que efectúa BERZOSA FRANCO, «Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso», Ed. El Almendro, Córdoba, 1984, pp. 29 y ss.

⁵ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ (junto con DE LA OLIVA SANTOS), «Derecho Procesal Civil», Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 1992, p. 496: «“título” vale tanto como “fundamento jurídico” o “causa de pedir” y constituyen “título” o “causa de pedir” el conjunto de hechos que, calificados, sirven de fundamento a la demanda...»; también GÓMEZ ORBANEJA (y HERCE QUEMADA), «Derecho Procesal Civil», Artes Gráficas y Ediciones, S. A., Madrid, 1979, p. 163, que afirma que la fórmula del artículo 156 de la LEC puede reducirse al requisito específico de «un nexo interno recíproco entre las acciones, ... o, lo que es lo mismo, a la comunidad de la relación jurídica que las albergue.»; y MUÑOZ SÁBATÉ, «La acción de responsabilidad contra los administradores de una Sociedad ¿Es acumulable a la acción contra esta última?», en *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1994, núm. 2, p. 198: «... no se ve la diferencia sustancial existente entre los dos supuestos que maneja: el título y la causa de pedir. Ambos supuestos son, o pueden llegar a ser, la misma cosa».

En el mismo sentido, TAPIA FERNÁNDEZ junto con CAVANILLAS MÚGICA, «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal», Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 171, parece asimilar título a causa de pedir. La autora en la misma sede, pp. 209 a 235, analiza el concepto de causa de pedir detalladamente.

⁶ Algunas sentencias de nuestro más Alto Tribunal han considerado que ambos términos son sinónimos, por ejemplo, las de 7 de diciembre de 1987, R. 9280; 4 de junio de 1990, R. 4725; 10 de junio de 1991, R. 4433; y 27 de enero de 1992, R. 269. Y otras han estimado que título es distinto a causa de pedir, en tal sentido cfr. las SSTs de 5 de marzo de 1956, R. 1142; de 23 de febrero de 1983, R. 1068; de 30 de septiembre de 1988, R. 6940; de 23 de octubre de 1990, R. 8039; 6 de mayo de 1993, R. 3446; 28 de junio de 1994, R. 5330; y aunque verse sobre acumulación de autos también la STS de 17 de noviembre de 1960, R. 3481 forma parte de esta última corriente jurisprudencial.

dencial, por nuestra parte, estimamos que debe realizarse una interpretación amplia de la dicción de la Ley y considerar que cada uno de los términos tiene significado propio, con ello seguimos la tendencia más actual —y práctica— al no ser restrictivos a la hora de conceder la facultad de acumular, exista un vínculo jurídico u otro⁷. Además, esta interpretación queda avalada por la reciente orientación jurisprudencial que aplica flexiblemente el artículo 156 de la LEC y que todavía sigue una tendencia mucho más permisiva, puesto que proclama la posibilidad de acumular aunque no se cumplan los presupuestos establecidos por el artículo 156 siempre y cuando no se vulneren los preceptos 154, 157 y 158 del mismo cuerpo legal. Doctrina jurisprudencial que viene incluso a soslayar el presupuesto de identidad de título o de causa de pedir entre las acciones⁸.

La sentencia del Tribunal Supremo aquí examinada también parte del distinto significado de título y causa de pedir. Así, del fallo se deduce que «título» no es sinónimo de *causa petendi*, sino que expresa un concepto propio y hace referencia al contrato en el que los actores basan sus peticiones; mientras que la causa de pedir alude al conjunto de hechos en los que el *petitum* se apoya. Nuestro más Alto Tribunal considera que en el supuesto de hecho analizado aunque las acciones se basen en distintos títulos, tienen en común la causa de pedir, parafraseando al Tribunal «las dos acciones ejercitadas⁹, *aunque fundadas en diferentes títulos (cada uno de los contratos de compraventa por los actores de sus respectivos pisos), se basan en unas mismas causas de pedir, que son (en lo referente a la primera de las acciones ejercitadas, acerca de la indemnización de daños y perjuicios) el hecho del incumplimiento contractual por la demandada (vendedora de los pisos), que les ha impedido percibir las subvenciones correspondientes ..., y el hecho (en lo atinente a la segunda de las acciones ejercitadas) del sobreprecio que la vendedora había fijado en las cláusulas de los contratos..., lo que les da derecho a reclamar (como así lo hacen mediante la segunda de las acciones ejercitadas) la devolución del importe pagado de más».*

A nuestro juicio, si bien hay que señalar el acierto del Tribunal Supremo al distinguir los conceptos de título y causa de pedir, consideramos que más que de

⁷ Esta opinión abre, en principio o como norma general, más posibilidades a la acumulación, aunque sin duda influye —en estas posibilidades— el concepto o lo que se considere que debe entenderse por título y causa de pedir. Conceptos, por tanto, que trascienden el campo puramente dogmático y tienen claros efectos prácticos.

⁸ *Vid.*, en este sentido y a título de ejemplo, las siguientes resoluciones del Tribunal Supremo en las que se aplicó la teoría flexible en torno al artículo 156 de la LEC: Sentencias de 5 de marzo de 1956, R. 1142; 9 de enero de 1964, R. 120; 23 de febrero de 1983, R. 1068; 12 de junio de 1985, R. 3109; 30 de septiembre de 1986, R. 5228; 7 de diciembre de 1987, R. 9280; 4 de junio de 1990, R. 4725; 14 de octubre de 1993, R. 7519; 1 de junio de 1996, R. 4716; 24 de julio de 1996, R. 6053; y 19 de octubre de 1996, R. 7508. O las sentencias de la Audiencia Provincial de Almería de 13 de julio de 1993 y de 25 de mayo de 1995, 254/95, (*Revista Jurídica de Andalucía*, núm. 16, 1995, pp. 866 a 870); Audiencia Provincial de León de 5 de abril de 1995, (*Europea de Derecho*, núm. 593, 1995, pp. 1.418 a 1.421); y Audiencia Provincial de Madrid de 23 de enero de 1996, (*Europea de Derecho*, núm. 899, 1996, pp. 2.168 a 2.169).

Igualmente, MERINO RUIZ, «Acumulación de acciones y figuras afines, en la jurisprudencia más reciente», en *Revista General de Derecho*, núm. 620, mayo de 1996, pp. 5081 a 5084; y CORDÓN MORENO, «Proceso Civil de Declaración», Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 185 y 186, citan diferentes resoluciones que así lo corroboran.

⁹ Obsérvese que más que de dos acciones, se trata, en puridad, de tantas acciones como actores litigan multiplicadas por dos, es decir, cada demandante ejercita esas dos acciones que el Tribunal Supremo examina.

«unas mismas causas de pedir» se trata de dos causas de pedir diferentes, pero que se hallan interrelacionadas entre sí¹⁰. Para la primera acción la *causa petendi* la constituiría —como ya se señala en el fallo— el incumplimiento del contrato de compraventa por parte de la demandada que impidió a los actores percibir las subvenciones que les correspondían por comprar viviendas de protección oficial, y para la segunda acción la *causa petendi* —como igualmente apunta el Tribunal— se encuentra en una cláusula incorporada al contrato que fija una cuantía económica superior a la que legalmente deben pagar (el sobreprecio al que se alude), por tanto, claramente se aprecia aquí la existencia de dos causas de pedir distintas con elementos en común.

III. Otro aspecto encomiable de esta sentencia lo hallamos en el hincapié que hace sobre el régimen de flexibilidad que la jurisprudencia aplica a la acumulación de acciones, con el objetivo directo de proteger la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 de la Constitución. En esta línea el fallo especifica que *«la solución contraria mantenida por el Tribunal “a quo” pugna con la flexibilidad que, para el régimen de la acumulación de acciones, viene admitiendo la doctrina jurisprudencial y, en alguna medida, implica una cierta denegación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que debe eludir cualquier formalismo estéril»*¹¹.

En consecuencia, se revoca el fallo de la Audiencia Provincial que declaraba la improcedencia de la acumulación de acciones porque éstas se basaban en diferentes títulos (contratos) y se abstenía de entrar a conocer de la cuestión litigiosa dictando una sentencia absolutoria en la instancia. Tipo de sentencia que implica —como nuestro más Alto Tribunal reconoce— privar a los justiciables de una segunda instancia sobre el fondo (pues actores y demandada apelaron la sentencia del Juez de Primera Instancia que sí conoció sobre el fondo), creándose indefensión para ambas partes. Además, obsérvese cuán disparatada resultaría la «solución» que propugna la Audiencia Provincial, que supondría sustanciar tantos procesos como contratos de compraventa hubiere, algo que acarrearía una considerable falta de economía procesal¹², y además podrían dictarse resoluciones contradictorias en virtud de la conexión que las acciones ostentan, ya que comparten aspectos en común sus causas de pedir.

¹⁰ De hecho, probablemente lo mismo desea expresar el Tribunal Supremo, ya que «unas mismas causas de pedir» no se escribe en singular y, por tanto, ha de implicar pluralidad de causas.

¹¹ En el mismo sentido se manifiesta la STS de 14 de octubre de 1993, R. 7519.

¹² JIMÉNEZ ASEÑO, «Economía procesal», en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, t. VII, p. 898 ss., concibe la economía procesal como «aquella razón o ciencia que procura ahorrar el mayor esfuerzo o gasto posible en la actuación procesal para conseguir el fin propio del proceso».

También la Nueva Enciclopedia Larousse, Ed. Planeta, Barcelona, 1980, t. 7, p. 3144, define la economía procesal como el «Ahorro de los máximos esfuerzos o gastos posibles en las actuaciones procesales», a lo que puede agregarse que, además, el resultado no ha de resentirse o verse mermado por aquel ahorro.

Efectivamente, la economía procesal tiende a obtener la mejor resolución con el menor gasto de tiempo, dinero y trabajo, pretendiéndose lograr la mayor rapidez en la tramitación del proceso con el menor coste posible, tal como señalan COMOGLIO, «El principio de economía processuale», t. I, Ed. Cedam, Padova, 1980, pp. 26 y 27; JIMÉNEZ ASEÑO, «Economía...», *ob. cit.*, pp. 897 ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, «Intervención de terceros en el proceso», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, p. 273; y TRUJILLO PEÑA, «El principio de economía procesal», en *Revista de Derecho Procesal* de 1970, pp. 285 ss.

En consecuencia, el Tribunal Supremo, de conformidad con el precepto 1715.2 de la LEC, manda a la Audiencia celebrar una nueva vista del recurso de apelación, debiendo, ahora sí, pronunciarse sobre el fondo.

IV. Finalmente, obsérvese que los recurrentes articulan el recurso de casación en dos motivos –ambos se acogen–: por una parte denuncian la interpretación errónea de los artículos 156, 154 y 155 de la LEC; y por la otra la infracción de la doctrina jurisprudencial acerca de la acumulación subjetiva de acciones. Pues bien, la sentencia comentada reitera que es el ordinal 3.º del artículo 1692¹³ y no el 4.º¹⁴ el que hay que alegar en estos supuestos.

¹³ Referente al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

¹⁴ Que recoge la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

Efectivamente, resulta curioso constatar cómo el error más común entre la mayoría de los recurrentes que acuden a casación denunciando la infracción de normas que regulan la acumulación de acciones era, con la Ley 34/84, la elección del ordinal quinto en lugar del tercero que es el cauce procesal adecuado para esta cuestión. Actualmente, tras la Reforma de 1992, el contenido del antiguo motivo quinto se halla en el cuarto. Cfr. en tal sentido las SSTS de 9 de marzo de 1984, R. 1209; 20 de diciembre de 1986, R. 7754; 27 de junio de 1987, R. 4789; 2 de octubre de 1987, R. 6707; 7 de diciembre de 1987, R. 9280; 20 de enero de 1988, R. 128; 4 de julio de 1988, R. 5554; 20 de diciembre de 1988, R. 9737; 14 de marzo de 1989, R. 19 bis; 27 de junio de 1989, R. 4789; 5 de julio de 1989, R. 5399; 18 de abril de 1990, R. 2724; 30 de mayo de 1990, R. 4099; 4 de junio de 1990, R. 4725; 23 de octubre de 1990, R. 8039; 26 de noviembre de 1990, R. 9049; 10 de junio de 1991, R. 4433; 3 de febrero de 1992, R. 818; 11 de febrero de 1992, R. 973; 9 de junio de 1992, R. 5116; 26 de noviembre de 1992, R. 9591; 2 de febrero de 1993, R. 794; 2 de julio de 1994, R. 6421; y 3 de febrero de 1995, R. 734.

Los recurrentes cometen el mismo equívoco de elección incorrecta del motivo que accede a casación en las figuras jurídico-procesales de la acumulación de autos, *vid.* a título de ejemplo las SSTS de 14 de marzo de 1989, R. 2048; y 31 de diciembre de 1996, *Actualidad Civil* 1997, núm. 14; y de la acumulación subjetiva, cfr. las SSTS de 4 de junio de 1990, R. 4725; 10 de junio de 1991, R. 4433; y 2 de febrero de 1993, R. 794.

Sentencias

A cargo de: **ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ.**

Colaboran: **PEDRO ARENAS NAON, SILVIA ALGABAROS, YOLANDA BUSTOS MORENO, MARÍA DOLORES CANO HURTADO, ROCÍO DIÉGUEZ OLIVA, ANTONIO GÁLVEZ CRIADO, MARÍA JOSÉ GARCÍA ALGUACIL, GABRIEL GARCÍA CANTERO, IGNACIO GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, ALFONSO GONZÁLEZ GOZALO, JULIÁN LÓPEZ RICHART, CRISTINA LÓPEZ SÁNCHEZ, MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA, PALOMA SABORIDO SÁNCHEZ, JOSÉ MANUEL TORRES PEREA**

SUMARIO: I. *Derecho civil.* 1. Parte General. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho Mercantil.*—III. *Derecho Procesal.*

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Abuso del derecho.—La doctrina jurisprudencial, para la aplicación de la figura del abuso del derecho, menciona tres requisitos generales: «1. Uso de un derecho objetivo y estrictamente legal; 2. Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y 3. Inmoralidad o antisocialidad de ese daño y manifestada de forma subjetiva (intención de perjudicar) o bajo forma objetiva (anormalidad en el ejercicio del derecho)».

Si centramos esta doctrina en el ámbito de los contratos arrendaticios, reflejada en el artículo 9 de la antigua LAU (Decreto 4104/1964, 24 diciembre), nos encontramos con la aplicación restrictiva, en la medida en que se posibilita en el artículo 114.7 al arrendador la facultad de resolución por modificación que alteren la configuración del local, sin su consentimiento.

Para la aplicabilidad del abuso de derecho, será necesario no sólo la intención de dañar, sino incluso ejercer el derecho «de un modo anormal y contrario a la convivencia». La inexistencia de consentimiento expreso o tácito (aclarando que conocimiento no quiere decir consentimiento) de las modificaciones realizadas y el elevado coste de las mismas, reflejan una situación propicia para la «aplicación» del artículo 114.7 LAU y la ausencia de abuso de derecho. (STS de 5 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandados, como propietarios de un local, arriendan el mismo al actor recurrente, que realiza una serie de obras incontinentes, que modifican la configuración del inmueble arrendado. Amparándose en el artículo 114.7 LAU de 1964, los demandados solicitan la resolución del contrato que el Juzgado 1.ª Instancia desestima, fundamentándose en la aplicación de la buena fe y abuso del derecho

(arts. 7 CC y 9 LAU), ante la existencia de un consentimiento tácito por parte de los arrendadores, y ausencia de modificaciones relevantes. En apelación se rechazan todas estas argumentaciones y se revoca la Sentencia. Los arrendatarios recurren en casación, alegando la doctrina del abuso del derecho de los demandados mediante la utilización de la acción resolutoria como medio para elevar la renta, y la existencia de obras anteriores consentidas, que son negadas por los demandados. El TS, sin embargo, vuelve a confirmar la resolución de la Audiencia Provincial.

NOTA.—Para la existencia del abuso del derecho es necesaria una intención dañosa, y ésta no existe cuando hay una finalidad seria y legítima, cuando objetivamente no hay un exceso en el ejercicio del derecho (SSTS de 14 de febrero de 1986 y de 5 de abril de 1986). El TS insiste en su carácter excepcional, cuyo alcance habrá de ser restrictivo. Esto quizá sea el motivo determinante de que, en materia arrendaticia, y en concreto, en resolución de contrato arrendaticio, se aplique minoritariamente. Así, De Ángel Yagüez (*Comentarios del Ministerio de Justicia*, 1991, Madrid) afirma que no actúa abusivamente quien utiliza respondiendo al mismo criterio finalista que inspira la norma legal (SSTS de 8 de julio de 1987, 22 de junio de 1981, 14 de marzo de 1984). «La resolución del contrato será consecuencia necesaria de la colisión de intereses entre arrendatarios y arrendados» (STS de 6 de abril de 1987). (P. S. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Colisión derecho al honor-derecho a la libertad de información.—El límite del derecho de libre información está en los derechos fundamentales que no puede dañar aquél, especialmente en el honor, imagen e intimidad, tal y como señala el artículo 20.4 CE. Mantiene el TS que la libertad de expresión e información jamás podrá justificar un ataque al honor de una persona. Ha de procurarse que estos derechos se desenvuelvan dentro de los cauces jurídicos que exige un Estado de Derecho, y en este sentido es claro que la difamación no puede entrar en el marco del derecho fundamental. En los casos de colisión de derechos ha sido doctrina reiterada de nuestro TS la que defiende la preferencia del derecho al honor sobre los otros derechos (SSTS de 4 de noviembre de 1986, 5 de mayo de 1988, 27 de octubre de 1989, 18 de abril y 30 de abril de 1990). Cede la libertad de expresión y el derecho a la información ante el derecho al honor. El TC, sin embargo, dejó patente desde el principio el valor eminente de la libertad de información por su carácter de libertad-condición para el ejercicio de otros derechos y por su trascendencia como presupuesto indispensable del pluralismo político y del sistema democrático. Pueden distinguirse claramente tres etapas en la Jurisprudencia del TC. En una primera fase, se puede hablar de un *régimen de exclusión*: si se vulnera el honor u otro derecho fundamental, la libertad de expresión e información no entran en juego (STC de 22 de septiembre de 1983). La segunda fase atiende a la *necesidad de ponderación*: ante un posible conflicto entre derechos de rango fundamental (v. gr., honor-libertad de información), se impone una necesaria y casuística ponderación (STC de 17 de julio de 1986). Y finalmente, la fase de *régimen de concurrencia normativa* (SSTC de 12 de diciembre de 1986; 8 de junio de 1988) considera el TC a la libertad de informa-

ción como una libertad preferente, pero en un contenido mínimo, núcleo esencial, frente al que se rinden los demás derechos. Se determinará con precisión cuál es ese núcleo esencial y hasta donde llegará la libertad de información y expresión frente a los derechos de los demás. Por tanto, no cabe mantener que un derecho fundamental sea preferente o prevalezca sobre los demás, pues no lo dice la Constitución en el texto categórico del artículo 20.4, estableciendo sólo un límite que, deberá ponderarse en el sentido de delimitar muy precisa y correctamente tales derechos, de forma que el ejercicio de los mismos no suponga una lesión al derecho de los demás.

Prevalencia del derecho de comunicación periodística por la noticia y cargo público del demandante.—Para que prevalezcan las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor es necesario que la información tenga relevancia pública, bien por el carácter público de la persona, bien por el hecho en sí que afecte al interés general. Sólo así, el valor y la función preponderante de estas libertades realmente contribuirá a garantizar una opinión pública libre. Mantiene el TC en S de 8 junio 1988 que «...*el honor se debilita proporcionalmente como límite externo de las libertades de expresión o información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas...*». No puede decirse que el honor de la persona pública sea distinto, pero queda debilitado frente a la crítica, informaciones y expresiones, en aras del interés general. La concepción de persona pública viene expresada en el texto del artículo 8 LOP-HIPI, que la define de la siguiente forma: «aquella persona que ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública». El contenido de la información que se vierta sobre personas, ya sean públicas o privadas, ha de estar fundado en hechos «notificables» y de relevancia pública. Se requerirá, por tanto, para legitimar intromisiones en el ámbito del honor, que no sólo la información sino su contenido, se desenvuelvan en el marco del interés general del asunto al que se refiere. A este respecto en la sentencia 172/1990 de 5 de noviembre, el TC ha sido tajante, «al considerar que la información aún siendo veraz, si carece de relevancia pública, no prevalece frente al derecho al honor, y que la materia abordada en la información ha de ser de interés general». (STS de marzo de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don Luis R. P. interpone demanda contra *Información y Revistas, SA*, declarando que las manifestaciones y hechos publicados en la *Revista Cambio 16* son constitutivos de la intromisión prevista en el artículo 7.7 de la LO de Protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, con base en una serie de afirmaciones entre las que destacamos las siguientes: «... *el cese fulminante del Director del Aeropuerto de Ibiza, Luis R. P., parece encubrir un caso de abuso de funciones y utilización de fondos públicos en beneficio personal*» y «*Bajo la sombra de la lacónica nota oficial, se ocultaban, sin embargo, un caso de abuso de funciones y de utilización de fondos públicos en negocios privados*». En Primera Instancia se estimó totalmente la demanda. Recurrída la sentencia en apelación por *Información y Revistas, SA*, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia, salvo en el punto segundo de su parte dispositiva, elevando la cuantía de la indemnización. El TS declaró haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—La libertad de expresión y el correlativo derecho-deber de información veraz es mucho más amplio cuando se refiere a *res publica*:

el ciudadano tiene el derecho a ser informado de los hechos que directa o indirectamente le afectan. No puede decirse que una persona tiene una vida pública y una vida privada, pero sí que una persona tiene una proyección pública en la que influye su vida privada. Ha sido esta sentencia muestra de la doctrina reiterada que el TS ha seguido al mantener que el honor de una persona pública en un caso relacionado con asuntos de relevancia pública, que denoten ampliamente el «interés general» exigido, quedará debilitado en aras de la defensa de la libertad de información. Los derechos reconocidos en el artículo 20 CE incluyen también, más allá de la exposición objetiva de los hechos, la libertad de crítica de actuaciones profesionales que desbordan la esfera privada, incluida la posibilidad de hacer juicios de valor sobre las mismas. Sería un límite constitucionalmente inaceptable para la libertad de comunicación el impedir formular razonablemente conjeturas, que en cuanto tales conjeturas no pueden ser valoradas, como se ha dicho, desde la exigencia constitucional de la veracidad, sino como ejercicio de la libertad de opinión a partir de unos datos fácticos veraces (STC de 12 de noviembre de 1990). No puede olvidarse, sin embargo, que la libertad de información, piedra angular en una sociedad abierta y plural, exponente del Estado democrático y de derecho, ha de llevar aparejada una buena dosis de responsabilidad. (M. J. G. A.)

3. Derecho al honor y derecho a la información. Interpretación.—El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información, exige criterios resolutivos que, hoy en día, nuestro legislador no ha llegado a proporcionar. Una aproximación al estudio del problema parte de una reinterpretación del derecho al honor a la luz de nuestra Constitución. Concepto que debe ser releído de acuerdo con nuestra doctrina constitucional. Podemos considerarlo como un derecho cambiante y dependiente de los valores e ideas sociales vigentes, pero siempre referido a la dignidad y prestigio de las personas. Por su parte, la libertad de expresión ha de ser considerada como el derecho a comunicar noticias verazmente.

Criterios jurisprudenciales.—Al no estar previstas por nuestras leyes normas para regular situaciones de colisión entre ambos derechos constitucionales, debemos remitirnos a los criterios asumidos por la doctrina jurisprudencial. Dicha doctrina ha experimentado una continua evolución. Podemos distinguir tres etapas, una primera fase tras la publicación de la Constitución, en la que se consideró que debía prevalecer el derecho al honor. Una segunda fase, en la que se optó por considerar que lo correcto era ponderar ambos derechos, y decidirse a favor de uno u otros dependiendo de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Por último, una tercera fase en la que se circunscribe esta sentencia, en la que se considera prioritario el derecho a la información sobre el derecho al honor, siempre que se parta de una información veraz (requisito de veracidad al que cierta doctrina une el de interés público de la noticia).

Primacía del derecho a la información.—Esta solución puede ser considerada como una exigencia del estado democrático en aplicación del principio señalado por Rodríguez Mourullo *in dubio pro libertate*. Posición, esta última, no compartida por toda la doctrina, por el peligro intrínseco de marginación del derecho al honor. (STS de 26 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento de San Sebastián instruyó expediente disciplinario contra el arquitecto municipal don L. M. Dicho expediente concluyó con sanción de suspensión de dos meses de empleo y suel-

do. Posteriormente la Magistratura de Trabajo revocó dicha sanción y dispuso el reintegro de los emolumentos no percibidos por don L. M. en aquel periodo. El periódico *Deia*, realizó un seguimiento informativo de este suceso. Publicó varias noticias aparecidas en el sucesivo orden cronológico de su acaecimiento. En concreto en dicho diario se publicó un artículo firmado por el periodista don F. S. L. que refería como hecho motivador de la sanción el uso de «su poder» por algunos empleados dentro del Ayuntamiento. A su vez, el periodista don A. S. de C. publicó al respecto y en el referido diario que se habían detectado graves irregularidades en la concesión de licencias municipales. Posteriormente quedó acreditado que dichos motivos en cuestión fueron referidos por el concejal del citado Ayuntamiento don J. O. Ante estos hechos, don L. M. promovió juicio incidental contra los periodistas referidos y los responsables del diario *Deia* por lo que él consideró una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de casación, la Audiencia lo desestimó. Interpuesto recurso de casación, el TS no concedió casación.

NOTA.—La S que comentamos formalmente dice situarse entre los pronunciamientos encuadrables dentro de la fase que opta por el criterio de la ponderación. Sin embargo, nosotros entendemos que realmente se alinea entre las sentencias reconocibles como propias de la «fase de prevalencia de derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor». Y ello, dado que adopta criterios objetivos de resolución conflictual. Criterios que consagran el derecho a informar a partir de la constatación de la veracidad de la información, criterios que son asumidos por esta S al fundar su decisión en la afirmación de que los hechos publicados por el diario *Deia* no podían ser calificados de inveraces. Por último, señalar que esta S no entra a estudiar si la noticia ofrecida podía ser considerada o no de interés público, omisión que parece indicar que la única consideración observada para decidir si merecía tutela el derecho a la información en este supuesto era la constatación de la veracidad de la noticia. (J. M. T. P.)

4. Derecho a la propia imagen. Ausencia de consentimiento para la publicación. Intromisión ilegítima.—Por derecho a la propia imagen hay que entender la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción (STS de 9 de mayo de 1988). El TS, en atención a los criterios fijados por la LO 1/1982 de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, para apreciar la existencia de intromisión ilegítima (art. 7.8), estima que *«hay atentado a la imagen si ésta se utiliza, sin consentimiento de la persona y para fines publicitarios, a pesar de la total ausencia en la divulgación de la misma, de circunstancias que pudieran resultar ofensoras, y aún cuando la fotografía que sirva de base al reclamo publicitario y para la que posó la fotografiada, muestra una imagen agraciada, honestamente presentada, atractiva e ingenua»* (STS de 22 de junio de 1988). El consentimiento que justificará esta actuación, se traduce en una autorización o declaración, por la que el titular del derecho a la imagen permite —consiente— la obtención, reproducción o publicación de la propia. Este consentimiento delimitará el ejercicio del derecho a la propia imagen. En este caso, aun mediando consentimiento para ser fotografiada, no cabe extender el mismo a la publicación.

Para la publicación será preciso contar con el consentimiento expreso y concreto, no implícito, y sobre todo, cuando resulta que la imagen no aparece como accesorio de una información, sino como portada de un libro. Son por tanto necesarios dos consentimientos, uno el que ha de darse para ser fotografiada y otro para autorizar la publicación de esa fotografía (*vid.* STS de 3 de noviembre de 1988). Las fotografías son obra de quien las encargó, y la divulgación de la imagen de la persona retratada no podrá ser utilizada para los fines previstos en el artículo 7.6 de la LO 1/1982. Fuera de esos fines, podría el autor, fotógrafo, utilizarlas para otros, pero, existiendo un derecho a la imagen de quien encargó la obra, está claro que esa utilización queda supeditada a la LO 1/1982 y, consecuentemente, a la autorización expresa de la persona fotografiada. Es por ello que la Sala, aplicando correctamente los artículos 1.1, 2.2, y 7.6 de la mencionada LO, aprecia un supuesto de intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la modelo fotografiada.

Colisión derecho a la imagen-derecho a la producción y creación artística.—Aun estando perfectamente reconocido el derecho a la producción y creación artística no sólo en la Constitución [art. 20. 1 b)], sino también en la LPI, no hay que olvidar el límite que se le impone en el artículo 20.4 CE. De este modo, en caso de colisión de derechos, cederán estos últimos, porque tal y como pone de manifiesto la Sala primera del TS, «el llamado derecho de libertad de origen innato, como el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento, supone que su violación puede desencadenar el mecanismo reparador de los daños ocasionados, al reputar el artículo 7.6 intromisión ilegítima en el ámbito de protección, la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga sin su consentimiento». Únicamente se legitimaría dicha captación, reproducción o publicación, a fines de mera información, y si existe un imperativo de «interés público». El tema más importante de la S es, por tanto, la coexistencia y contraposición entre el derecho a la imagen y los derechos de propiedad intelectual sobre una fotografía. La Sala en este caso concreto opta por no considerar «obra» las fotografías de encargo de la modelo. No obstante, aun en el caso de estimarse que estas fotografías no alcanzan a llenar el objeto del Derecho de autor contenido en el artículo 1 LPI y en el artículo 10.1.b) de la misma, quizá por faltar «esa actividad espiritual que conlleva toda creación artística original», no existe sin embargo ningún obstáculo para incluirlas en el tenor literal del artículo 128 LPI, como «meras fotografías». Bastará para ello una «mínima novedad creativa» para encuadrarla en concepto de «obra», y no será necesario llegar a las «creaciones intelectuales propias del autor» que exige la Directiva 93/1998. La solución por la que opta en este caso el TS consiste en reconocer primacía al contenido del artículo 20.4 sobre el contenido del artículo 20.1 CE, tal y como pone de relieve en el FD 2.º, al declarar que «está en la realidad social que nadie contrataría los servicios de un fotógrafo si ello implicase que el mismo pudiese utilizar la imagen pactada en su propio beneficio y utilizarla sin consentimiento para la publicidad». Aplicando analógicamente el artículo 51 LPI consideramos que son éstas, fotografías de encargo, cuya utilización tanto si se trata de obras como si se trata de meras fotografías, debería quedar reservada fundamentalmente a quien realizó el encargo. (STS de 29 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Cristina B, modelo profesional, solicitó los servicios del fotógrafo don José A. M., para la realización de un archivo

fotográfico. El reportaje y sus copias fueron pagadas y retiradas del estudio por la modelo. Posteriormente, el fotógrafo vendió los derechos de reproducción de una fotografía de la citada modelo a *Ediciones Columna*, para cubrir la portada de un libro; libro que tuvo una tirada de 1.500 ejemplares y una distribución en 815 librerías. Doña Cristina, que no había prestado consentimiento para la publicación, presentó demanda, en ejercicio de acción civil de protección del derecho a la imagen, contra el fotógrafo, editor y diseñador, siendo este último absuelto por la Instancia, y condenados solidariamente los otros dos. Los codemandados recurrieron en apelación, confirmando la Audiencia la sentencia de Instancia. Interpuesto recurso de casación por don José A. M., la Sala primera del TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La Sala, en esta sentencia, no atribuye el valor de «obra» a la fotografía. No debiera existir ningún inconveniente en aceptar tal apreciación, por considerarse que en ellas no falta «la actividad creativa del fotógrafo». Resulta un tanto incoherente la actuación de esta Sala, que en SS pronunciadas en el mismo año, y con escasos meses de diferencia entre una y otra, adopta criterios distintos (STS de 30 de enero de 1996). En este supuesto la «falta de apreciación» partió del hecho de que la iniciativa correspondió a la modelo: fue ella quien contrató al fotógrafo y no al revés. Postura ésta no muy acertada, pues podrá discutirse la oportunidad o no de tutelar las «meras fotografías» en la LPI, pero no parece muy oportuno, que se haga caso omiso al dato normativo. En definitiva, imagen y propiedad intelectual son derechos diferentes, de forma que ni el autor ostenta facultades sobre la imagen, ni el retratado sobre la propiedad intelectual. Ambos derechos conviven, limitándose recíprocamente sin eliminarse. Pero esto se olvidó, y por ello, a veces se llegan a soluciones como ésta, en la que el Tribunal cree encontrarse ante un dilema que sólo podrá resolverlo haciendo caso omiso a la propiedad intelectual. (*M. J. G. A.*)

5. Derecho al honor y libertad de información. Colisión entre ambos.—La jurisprudencia viene entendiendo, de acuerdo con las directrices sentadas por el TC, que en caso de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información, ambos de rango constitucional [arts. 18.1 y 20.1, letra *d*], respectivamente, de la CE], se hace necesario proceder a la ponderación del valor de cada uno de los derechos en juego según las circunstancias de cada caso concreto, sin poder fijar apriorísticamente los límites entre ambos, llegando de esta forma a establecer si la intromisión en el derecho al honor está o no justificada por el ejercicio del derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión».

En este sentido, hay que otorgar una posición prevalente a la libertad de información, dada su doble vertiente de derecho fundamental y garantía de una opinión pública libre, esencial para un Estado democrático en cuanto expresa el pluralismo político, «siempre que la información transmitida sea veraz 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». (STS de 5 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de ciertas informaciones aparecidas en varios periódicos en los que se denunciaban públicamente supuestas irregularidades en la selección de personal funcionario para cubrir plazas vacantes en una Corporación Pública y se aportaba una lista de las personas presuntamente beneficiadas, los actores, que habían resultado seleccionados y aparecían en dichas listas, formularon demanda de juicio incidental sobre protección civil del derecho al honor contra el Comité Provincial de un partido político y contra un Diputado Provincial del mismo, autores de aquella denuncia.

Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia de Cádiz la estimó declarando la existencia de intromisión ilegítima en el honor de los actores y condenando al pago de una cantidad determinada como indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Sevilla estimó parcialmente este recurso en el sentido de reducir la cuantía de la indemnización, confirmando la existencia de intromisión ilegítima. Interpuestos sendos recursos de casación por los demandados, el TS declaró no haber lugar a los mismos.

NOTA.—En la presente sentencia se reitera la doctrina sentada en numerosa jurisprudencia anterior sobre la forma en que han de resolverse los casos de colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (*vid.* SSTs de 28 de abril y 4 de octubre de 1993, 28 de marzo y 20 de diciembre de 1994, y 25 de marzo y 15 de julio de 1995), en el sentido de dar prevalencia a la libertad de información siempre que se trate de hechos de relevancia pública que tengan interés general y sean veraces.

De acuerdo con los hechos antes relatados, se trataba de las declaraciones efectuadas por un Diputado Provincial de un partido político que habían sido recogidas y reproducidas por varios periódicos. En estos casos, de acuerdo con la llamada doctrina del «reportaje neutral», tiene sentado el TC que la exigencia de veracidad en la reproducción de la información que es suministrada por una determinada fuente no se extiende a la veracidad del contenido de la información, sino sólo a la acreditación del hecho de que determinada persona ha realizado determinadas manifestaciones y a su perfecta adecuación con la noticia publicada (*vid.* STC 232/1993). Posteriormente, la STC 41/1994 ha matizado esta doctrina en el sentido de que, aun cuando se trate de la reproducción de la información suministrada por una determinada fuente, es exigible al informador profesional la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de los datos recogidos, lo que parece ser concordante con la opinión del TS en la sentencia que anotamos cuando afirma que «la información fue inveraz, extremo que bien pudo haber sido comprobado, sin ninguna dificultad, por el profesional responsable del reportaje», aun cuando, en este caso, los periodistas no fueron parte en el proceso por cuanto no se les demandó.

Asimismo, la atribución gratuita a personas identificadas por sus nombres y apellidos en su calidad de funcionarios públicos de hechos que inexcusablemente les hacen desmerecer en la consideración ajena supone una intromisión ilegítima en su derecho al honor, que no puede entenderse como una crítica a la acción política y no puede quedar justificada por el hecho de que la información pudiera afectar también a

dirigentes políticos o a partidos políticos por cuanto «tales funcionarios no ostentaban carácter alguno de persona pública en función de cargo desempeñado en la vida política». (A. G. C.)

6. Derecho al honor y derecho a la información. Primacía del derecho a la libertad de información.—Debemos analizar la colisión entre el derecho a la información y el derecho al honor, de acuerdo con las actuales posiciones de nuestra doctrina jurisprudencial. Doctrina que, superando etapas anteriores defiende hoy la primacía del derecho a la información veraz sobre el derecho al honor, considerando que dicha primacía no es sino consecuencia lógica de un logro del estado democrático.

Límites al derecho a la libertad de información.—Por tanto, la cuestión planteada se centra en el estudio de si la libertad de información es un derecho absoluto, especialmente cuando colisiona con otro derecho fundamental. La doctrina ha indicado que realmente no se trata de un derecho absoluto, puesto que está limitado por dos requisitos: la veracidad y el interés público. De estos dos requisitos, es el segundo el que presenta mayores dificultades interpretativas, dado que en ocasiones es difícil determinar qué hechos tienen relevancia pública. Quizá pudiera servirnos como pauta el hecho de que cierta postura doctrinal (aunque no unánime) entienda que en los casos de supuestos dudosos, el derecho de libertad informativa tiene auténtica fuerza atractiva, por lo que la libertad de información debe prevalecer incluso en los terrenos fronterizos entre lo público y lo privado. De hecho, se ha llegado a defender que el único límite de la libertad de información es la veracidad (lo cual a su vez implica la ausencia de injurias en la información veraz). En realidad, quienes mantienen esta última línea la defienden por considerar que el derecho a la libertad de información no es sino una modalidad del derecho a la libertad de expresión, y por tanto que ambos derechos tienen una misma extensión, salvo la nota de veracidad exigida en el supuesto del derecho a la libertad de información. (STS de 10 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El diario *El País*, en su sección *País Domingo*, publicó un artículo titulado *El santuario Español del Terror Negro*, firmado por don D. J. G.

En dicho artículo se informó sobre la denegación de extradición hecha por las autoridades españolas a instancia de Italia de don E. P., dirigente de la Organización ultraderechista italiana *Ordine Nuovo*. Dicha publicación señalaba literalmente que el motivo de dicha solicitud era «... su presunta implicación en el asesinato del Juez O». En el texto del artículo se citaba a don E. P. en otras dos ocasiones, dándose la circunstancia que no se aclaraba si finalmente fue condenado o no por tales hechos.

Lo cierto es que don E. P. fue procesado en rebeldía resultando absuelto del asesinato de dicho juez. No obstante en la sentencia se reconocía su pertenencia al grupo ultraderechista referido. Don E. P. entendió que el contenido del artículo publicado en *El País Domingo* atentaba su derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. En su consecuencia promovió demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, quien la desestimó. Interpuesto recurso de apelación fue igualmente desestimado por la Audiencia. Interpuesto recurso de casación, el TS falló entendiendo no haber lugar al mismo.

NOTA.—La S estudiada parte del hecho de que el reportaje publicado tiene auténtica importancia política y social y del hecho de que por estar plenamente documentado es veraz. Por tanto, entiende que dicha información cumple los dos requisitos para merecer protección constitucional. Una vez considerado que en este supuesto planteado el derecho a la información merece tutela, automáticamente se aplica por el TS el criterio hoy vigente en nuestra doctrina jurisprudencial. Esto es, la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor. Añadir, que el requisito de la veracidad no se ve solapado por el hecho de que en el reportaje se tratara un tema de forma incompleta (no se informa que el actor fue finalmente absuelto del delito que se le imputaba), ello no implica que se faltara a la debida veracidad, más aún cuando la referencia a su implicación viene calificada con la palabra «presunta». (J. M. T. P.)

7. Derecho al honor y libertad de expresión.—Es usual en la doctrina jurisprudencial la aparición de contraposiciones entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información, resolviéndose mediante un juicio valorativo de las circunstancias concretas de cada caso.

Se habrá de partir de la distinción entre mera comunicación, basado en el principio de veracidad, y la libertad de expresión como manifestación del pensamiento. En este último supuesto es donde debemos centrarnos, ya que los límites impuestos al mismo son de difícil concreción («salvo el respeto a los demás y la búsqueda de la pacífica convivencia»).

Es necesario advertir, además, que la existencia de cargo o función pública inclina la balanza hacia la libertad de expresión, en la medida en que la relevancia social crea una situación propicia para la aparición de críticas o censuras hacia su labor. (STS de 14 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—En un reportaje publicado en un periódico local, sobre un robledal situado en una finca (propiedad de un particular), y que el Ayuntamiento supuestamente pretende talar, aparece la manifestación de un concejal de la oposición contra la acción del particular, calificándola de crimen ecológico que atenta contra los vecinos de la localidad, asegurando que intentará que la propiedad figure como zona protegida y de uso público. Ello da origen a la publicación en el mismo periódico de una carta del aludido particular, en la que, tras identificarse y aclarar que solicitó el permiso de cierre y no de corta, arremete contra el citado concejal de manera constante y directa por sus declaraciones.

El concejal presenta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra el periódico, su director y el particular, solicitando la indemnización de ocho millones y la publicación de la S. El Juzgado estima parcialmente la demanda, indemnizando en dos millones. Se recurre la sentencia y la Audiencia provincial estima parcialmente el recurso, reduciendo a un millón la indemnización. Se interpone por los recurrentes recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

NOTA.—El conflicto de intereses resultante del derecho al honor (intereses privados) frente a la libertad de expresión (públicos) deriva del carácter impreciso del primero. La cuestión radica en saber cuándo ha de primar uno u otro. Y para resolver la cuestión es fundamental conocer si nos hallamos ante una persona privada o pública. Así, si se

produce una colisión entre el derecho al honor de una persona con cargo público y la libertad de expresión, es doctrina mayoritaria del TS la protección del derecho recogido en el artículo 20 CE. Como límite de este predominio, sin embargo, se establecen los insultos o apelativos injuriosos hacia la persona, sea pública o privada, innecesarios para la información o la formación de la opinión (STC 105/1990). (P .S. S.)

8. Derecho al honor y libertad de información. Veracidad.—Las fronteras que separan tales derechos fundamentales se caracterizan por ser en gran medida mutables, dependiendo del análisis concreto de cada caso. La doctrina jurisprudencial otorga una mayor relevancia al artículo 20 CE en la medida en que su valoración llega a trascender a la realizada en los restantes derechos fundamentales (STC de 17 de mayo de 1986). Aun así, a la información o la comunicación de unos determinados hechos relativos a personas que ejercen función pública, le será exigible el requisito de la veracidad, siempre y cuando nos estemos refiriendo a asuntos de relevancia pública. En este sentido, tal requisito se nos presenta como una exigencia constitucional, basada en que «el informador tiene un especial deber de contrastar las fuentes de información en orden a comprobar la veracidad de los hechos» (SSTC 6/1988 y 105/1990).

La existencia de intromisión ilegítima en el honor de una persona con relevancia pública exige el examen detallado en momento anterior de los hechos que lo motivaron (posible registro y sustracción), con cierto interés público, pero a su vez, de la veracidad de tales hechos, o de las necesarias averiguaciones para concluir en tales afirmaciones. (STS de 24 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—La edición de un libro atribuye una serie de hechos al actor-recurrente, que los considera como intromisión ilegítima en su derecho al honor, y que consisten en las afirmaciones vertidas por el autor sobre la asistencia del perjudicado en reuniones de carácter político, ante la proximidad de las elecciones generales de 1977; pero básicamente en la publicación de una carta, de emisor anónimo, recibida por la esposa del autor, en la que se achacaba al actor tanto el envío de comunicación injuriando al autor del libro, como el supuesto registro y sustracción de documentos comprometedores de su propio despacho.

Se ejercita demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando la declaración judicial de intromisión ilegítima en el honor, así como la publicación de la S, supresión en nuevas ediciones de los párrafos alusivos a su persona, y una indemnización equivalente al precio de un ejemplar del libro. Se estima la demanda, que se recurre ante la Audiencia Provincial. En dicha S, se estima por el contrario el recurso de apelación, y posteriormente se plantea recurso de casación ante el TS.

NOTA.—Continúa esta S la línea argumentativa encaminada por el TC. Existe una prevalencia de la libertad de información recogida en el artículo 20, frente al derecho al honor, «en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de opinión pública» dentro de un Estado democrático (STC 240/1992). Ello, sin embargo, exige como requisito unánime la veracidad en la información prestada sobre hecho de relevancia pública. Mas una veracidad condicionada no por la existencia real y específica de las circunstancias relatadas en la comunicación, sino en el deber de diligencia impuesto sobre la comprobación razonable de la veracidad que encamine al Juzgador a la

protección de la libertad de información sobre el derecho al honor; aún incluso si dicha información detentara errores circunstanciales, pero sin afectar éstos a la esencia de lo comunicado (STC 171/1990).

Por otro lado, este deber de diligencia da lugar a la privación de protección del informador que comunique simples rumores o insinuaciones no contratadas; la remisión a fuentes indeterminadas no aseguran el deber de comprobación, ya que al transmitir a la opinión pública la información, se hace responsable de su veracidad o no (STC 219/1992).

Mas el cumplimiento de este deber no se refiere a la exigencia de veracidad plena, por la que, ausente ésta, se privaría de protección, sino que únicamente nos referimos al deber de comprobación de datos objetivos, ya que «las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que al imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio» (STC 6/1988). (P. S. S.)

9. Derecho al honor y libertad de información. La veracidad de la información transmitida.—En los casos de colisión o conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información, la jurisprudencia, coincidiendo con la doctrina sentada por el TC, «tiene perfectamente delimitado el ámbito de aplicación de los artículos 18.1 y 20.1.º d) CE, al proclamar la prevalencia del derecho a la información, sobre el derecho al honor, la intimidad personal o la propia imagen, cuando la información verse sobre hechos de carácter general, que tengan trascendencia pública e interés periodístico, afecten a la sociedad, estén revestidas de la necesaria veracidad, y no hayan empleado expresiones insultantes, insidiosas o difamatorias».

En concreto, se entiende que la veracidad de la información transmitida no es sinónimo de verdad objetiva o asepsia de la misma, no exigiéndose una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información para que ésta obtenga la protección constitucional. Asimismo habrá de entenderse por información veraz aquella que, aun siendo controvertible su total exactitud o incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado, haya sido obtenida de acuerdo con un razonable cuidado y una diligencia media profesionales, en orden a comprobar la veracidad de los hechos que se publican mediante las oportunas averiguaciones debidamente contrastadas con datos objetivos. (STS de 26 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La información aparecida en un periódico relacionando a una persona con el negocio de venta de armas a un país extranjero dio lugar a la presentación de una demanda incidental sobre protección del derecho al honor contra dicho periódico y su Director.

El Juez de Primera Instancia de Burgos, estimando las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario y falta de competencia territorial, entró en el fondo del asunto y desestimó la demanda por entender que no había existido intromisión ilegítima. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Burgos desestimó el recurso y confirmó la sentencia de Primera Instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la S que nos ocupa, la veracidad de los hechos que aparecen publicados en un periódico (la venta de armas a un país extranjero por parte de empresas vinculadas al demandante) se califica como una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde en exclusiva al Tribunal *a quo* (tanto en Primera Instancia como en Apelación quedó sentada la veracidad de los hechos publicados) y no es susceptible, por tanto, de impugnación casacional.

No obstante ello, y a mayor abundamiento, el TS deja establecido que, aunque la afirmación anterior debe tener como excepción el caso en el que la Sala de Apelación hubiere llevado a cabo una interpretación valorativa de los hechos ilógica, absurda o contraria a la sana lógica, en este caso concreto la veracidad de los hechos queda sentada teniendo en cuenta que la noticia publicada era una reproducción resumida de un artículo más extenso publicado en una revista distinta, respecto al que no se había pedido ninguna aclaración o rectificación ni había dado lugar a reclamación alguna, y además, los hechos que se narraban habían sido probados, en lo sustancial, durante el proceso.

Respecto a la actividad de contraste de la información que se exige al informador se sienta el siguiente criterio: al profesional de la información sólo se le puede exigir la comprobación de las circunstancias básicas y los hechos que lógicamente hacen presuponer la información que publica, pues «si existen detalles desconocidos que desvirtúan la clara apariencia de un hecho, la averiguación y constatación de esas circunstancias de difícil o imposible conocimiento, no se le puede exigir al informador». En el mismo sentido pueden verse las SSTs de 6 de marzo de 1995, que se refiere a la veracidad respecto «a la esencia y sustancialidad de los datos publicados», y la de 30 de diciembre de 1995, en la que se establece que la labor de contraste debe referirse al «núcleo esencial» de la información. (A. G. C.)

10. Derecho al honor y libertad de información.—Es doctrina consolidada de la Sala que en el ámbito estricto de la intromisión ilegítima al honor, éste se encuentra integrado por dos aspectos en íntima conexión: el de la inmanencia, representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la trascendencia, formado por el reconocimiento que los demás hacen de la dignidad. Cualquier lesión del derecho al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia esfera personal y familiar, como en el externo del ambiente social y profesional en el que cada persona se mueve. Por ello, en la valoración que lleva a cabo el tribunal han de tenerse en cuenta los usos sociales del momento, ya que las circunstancias políticas, sociales o de interés general influyen de manera determinante en la calificación que de las frases o publicaciones que se puedan hacer, puesto que cambios en la misma pueden desvirtuar la ilicitud civil de ciertas informaciones. Además la función valorativa de la información ha de realizarse sobre el conjunto de la misma, y en dicho juicio el texto publicado y difundido ha de interpretarse en su conjunto y totalidad «para valorar de este modo la significación verdaderamente difamatoria». La individualización de expresiones puede llevarnos a atribuirle un sentido distinto al que puede tener dentro de la totalidad de la publicación.

Cuando se produce una colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, ésta prevalecerá siempre que la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos que son de interés general, por las materias a las que se

refiere, y/o por las personas relacionadas con ella. De esta manera la libertad de expresión alcanza su máxima eficacia justificadora frente al derecho al honor, por su contribución a la formación de la opinión pública.

Los sujetos que desempeñan funciones públicas tienen el ámbito de protección de su derecho al honor más limitado que en los particulares por el hecho de desempeñar responsabilidades públicas.

Veracidad y hecho noticiable.—La veracidad de la información no lleva consigo la exigencia de verdad objetiva ya que «un artículo periodístico no es una mera descripción de hechos reales sino una reconstrucción o interpretación de los hechos, bien directamente percibidos, o bien adquiridos por otras fuentes». Siempre dentro del límite de lo tolerable en el ejercicio de la libertad de información, se puede adoptar una actitud crítica e incluso verter expresiones que tengan carácter hiriente, pero siempre que no lleguen a ser desmerecedoras o difamatorias en la consideración ajena de un sujeto. Dicha veracidad ha de acreditarse, ya sea «por documentos, testimonios o indicios».

Por lo que respecta a la información, puesto que el carácter «noticiable» viene dado por el interés general que tenga el hecho, aquellas informaciones que aun siendo veraces no estén en íntima conexión con el hecho noticiable, quedarán excluidas de la libertad de información, y por tanto merecerán el calificativo de atentatorias. De ahí la relevancia que para la noticia tiene la doble actividad funcional y privada de uno de los sujetos, y por contra, la intrascendencia de errores circunstanciales que puedan aparecer en la misma.

No resulta atentatorio el hecho de relatar una actividad que se desenvuelve en ámbitos públicos, tal como la participación asidua a concentraciones y manifestaciones convocadas por una asociación, ni la pertenencia o militancia en un partido político.

Medidas cautelares, reparadoras y preventivas.—El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos permite al órgano jurisdiccional la adopción de todas aquellas medidas necesarias comprendidas en los núms. 2 y 3 del artículo 9 de la LO 1/1982, de 5 de mayo. La adopción de las mismas es potestativa por parte del órgano jurisdiccional. (STS de 5 de julio de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Como consecuencia de las noticias publicadas en el Diario E, en relación con la explotación irregular de una empresa de tragaperras por cargos de un partido político, se inició un procedimiento por los sujetos a los que en dicho reportaje se les relacionaba con ciertas actividades fraudulentas de la empresa, bien por ser titulares, bien por haber procedido a la adquisición, o por encontrarse vinculado a la misma por un contrato laboral y desempeñar en su seno tareas puramente administrativas. Solicitada la declaración del carácter atentatorio contra el honor de la información publicada así como la condena al pago de la correspondiente indemnización por los responsables de la misma, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Recurrido el fallo en apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y declaró el carácter atentatorio del reportaje en relación a tres de los cinco recurrentes. Formulado recurso de casación por ambas partes, el TS desestimó el recurso interpuesto por los demandantes, casando parcialmente la sentencia de apelación.

NOTA.—La doctrina mantenida por el TS en los supuestos de colisión de derecho al honor y libertad de información, en la misma línea que la del TC, se apoya en la veracidad y el carácter noticable del hecho para desvirtuar la ilicitud de la intromisión en el honor de un sujeto. La libertad de información del artículo 20.1 d) CE presenta un aspecto bifronte: de libertad individual, y de garantía institucional de una opinión pública, libre y plural, propia de un Estado democrático. En el supuesto enjuiciado la veracidad se analiza no tanto desde la conducta diligente que ha de observar un profesional de los medios de comunicación, sino desde la necesidad de prueba de la adecuación de la información publicada a la realidad de los hechos.

El TS pone de relieve cómo no toda información ajena al hecho noticable, aunque pueda resultar hiriente o desafortunada, merece la consideración de intromisión ilegítima cuando estamos aún dentro de lo tolerable en el ejercicio de la libertad de expresión. (R. D. O.)

11. Derecho al honor y derecho de información. Colisión entre ellos y prevalencia del honor: falta de constatación de la veracidad de las imputaciones.—El derecho a la información no es absoluto, está sometido a límites, como el respeto al derecho de los demás (SSTC 172/1990, de 5 de noviembre; 197/1991, de 17 de octubre). La utilización de expresiones innecesarias y atentatorias al honor provocan la pérdida del interés general de la información en la formación de la opinión pública y por tanto desaparece la causa que justifica su prevalencia sobre el resto de los derechos, y en concreto, en este caso, sobre el honor. La libertad de expresión y consecuentemente de información tendrá su límite inmediato en la ausencia de expresiones injuriosas o vejatorias, sin relación con las ideas y opiniones que se expresan. De no respetarse dicho límite, habrá de prevalecer el derecho al honor. De igual modo, prevalecerá el derecho al honor sobre el derecho a la información, cuando se difundan hechos como no veraces. La veracidad se manifiesta, a estos efectos, como exigencia de un deber de diligencia en la comprobación de la certeza de la información, no en términos absolutos, sino atendiendo a «un mínimo de diligencia en la búsqueda de la verdad»; o lo que es igual, no actuar con manifiesto desprecio hacia la verdad. Prevalece, en este caso, el derecho al honor, a pesar de que el asunto sea de «interés general», entendiendo por tal para este supuesto el relativo a una determinada comunidad. Estamos ante un ejercicio abusivo de las facultades concedidas por el artículo 20.1 CE, concretándose el mismo en la innecesariedad e inoportunidad de determinadas expresiones, y en la falta de veracidad de los hechos comunicados. Es éste un caso en el que la información que se ha transmitido ha quedado desvirtuada por las opiniones y juicios de valor de todo punto innecesarios que han hecho perder ese «interés general» que se preconiza de toda noticia. En este sentido la STC 105/1990, de 6 de junio, declara que «... no cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor de información o de formación de la opinión que se realiza, supone un daño injustificado a la dignidad de la persona o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería además incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el artículo 10 del Texto Fundamental. Lo que ha llevado al Tribunal a fallar en contra del amparo del derecho a la libertad de expresión» (SSTC 42/1995, de 13 de febrero; 76/1995, de 22 de mayo; 78/1995, de 22 de mayo).

Honor y fama entendida como reputación o prestigio profesional. Intromisión ilegítima.—El prestigio profesional es la opinión que las demás personas tienen de la excelencia de un sujeto en su profesión o arte, y no tiene protección específica. Se integra en el patrimonio espiritual de los seres humanos. Todos tienen derecho a alcanzarlo, con una actuación correcta, y consecuentemente a defenderlo frente a intromisiones ilegítimas, que tienden a desvirtuarlo o destruirlo. La Jurisprudencia más reciente ha defendido la integración de esta reputación profesional en el concepto de honor (SSTS de 20 de diciembre de 1993, 24 de mayo de 1994, 12 de mayo de 1995), pues son dos los aspectos integrantes del mismo: el de la inmanencia o mismicidad, representado por la estimación que cada persona hace de sí misma (criterio subjetivo), y el de la trascendencia o exterioridad (criterio objetivo), integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad. Es este último el criterio en el que quedará incluida la fama como «honor profesional» o «reputación profesional», y habrá de suponer en el orden práctico la extensión de la normativa protectora del honor a los posibles ataques a la reputación profesional (SSTS de 11 de febrero de 1992 y 4 de febrero de 1993). Existe otra teoría que defiende la distinción entre honor y prestigio profesional. Así, mientras el honor quedaría protegido por la LO 1/82 de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; el prestigio profesional quedaría protegido por la vía del artículo 1902 CC, siempre y cuando se demostrase la existencia de un daño moral digno de ser indemnizado. El TC, en sentencia de 14 de diciembre de 1992, se ha mostrado partidario de incluir la reputación profesional dentro del concepto de honor. (STS de 31 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Mauricio H. P. y don Mariano J. S. interpusieron demanda sobre protección al honor (prestigio profesional) contra la *Asociación Campesina Abulense (ACA)* y don Juan Ignacio de A. S., la cual fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Recurriendo la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Ávila la revocó, confirmando la absolución de don Juan Ignacio de A. S. y declarando la intromisión ilegítima en el derecho al honor de los actores y apelantes por parte de la Asociación citada, condenándole a publicar a su costa los fundamentos y el fallo de la sentencia en el *Diario de Ávila*, y a abonar 250.000 pesetas a cada uno, sin expresa imposición de costas en las Instancias. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la *Asociación Campesina Abulense* y por don Juan Ignacio de A. S.

NOTA.—Vuelven nuevamente a confundirse los derechos que se reconocen en el art. 20.1 a) y d) CE. Se han transgredido, una vez más, los límites de la libertad de expresión e información, con la formulación de imputaciones carentes de la más mínima justificación, en aras de una mal entendida «formación de la opinión pública». No pueden, por tanto, merecer protección constitucional aquellas conductas que, siempre enarbolando la bandera de la libertad de información, traspasan los límites de la mera crítica, a través de la utilización de expresiones inequívocamente vejatorias e innecesarias. (M. J. G. A.)

12. Derecho al honor. Responsabilidad extracontractual por hechos ajenos.—En un supuesto de responsabilidad civil extracontractual por hechos ajenos a que alude el párrafo 4.º del artículo 1903 CC, en este caso, de una Corporación municipal por la difusión de una nota informativa elaborada por miembros

de su Policía Municipal, que atentaba al honor del demandado, se declara aplicable dicho precepto aun cuando se desconocía quién de los agentes había realizado la conducta culposa o dolosa (la remisión de la nota a los medios informativos en los cuales fue publicada) puesto que ello no modifica la responsabilidad directa de la Corporación. No se trata, por tanto, de un supuesto de responsabilidad del miembro indeterminado de un grupo (*vid.* SSTS de 8 de febrero de 1983 y 13 de septiembre de 1985) porque no se demandó a ninguno de los miembros del grupo (los agentes de la Policía Municipal). (STS de 15 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Miembros de la Policía Municipal elaboraron una nota informativa dirigida a una Corporación Municipal sobre un vecino, en la que se decía: «el citado entre la vecindad tiene fama de bebedor, juerguista y poco trabajador, por cuyo motivo tiene problemas familiares»; nota que fue divulgada por diversos medios informativos, desconociéndose quién de dichos agentes la había remitido a los mismos. Por este motivo, el actor formuló demanda Jurisdiccional del derecho al honor, a la intimidación personal y familiar y a la propia imagen contra la Corporación Municipal y contra el Sr. Alcalde Presidente de la misma.

El Juez de Primera Instancia de Santander desestimó la demanda y absolvió a ambos demandados. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Burgos estimó de oficio que no se había dado intervención en la causa al Ministerio Fiscal, siendo la misma preceptiva, declaró la nulidad de lo actuado dejando sin efecto la anterior sentencia y ordenó que se repusieran las actuaciones al momento de dar audiencia al Ministerio Fiscal en Primera Instancia. Recaída nueva sentencia en esta Primera Instancia se estimó la demanda y se condenó a la Corporación Municipal al pago de una determinada cantidad en concepto de indemnización, absolviendo al otro demandado. Apelada también esta sentencia, la Audiencia Provincial la modificó en el único sentido de aumentar el *quantum* indemnizatorio. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo. (A. G. C.)

13. Levantamiento del velo.—La teoría del levantamiento del velo, de origen jurisprudencial norteamericano (*lifting the veil*), está plenamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia españolas. Mediante la misma, se procede a penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar una simulación en la constitución de una sociedad con la que se puedan perjudicar intereses públicos o privados, o bien que se utilice como camino de fraude en daño de terceras personas, ya sean físicas o jurídicas (art. 6.4 CC), o contra el interés de los socios por un ejercicio antisocial de su derecho, es decir, un mal uso de su personalidad jurídica (art. 7.2 CC).

La utilización de esta técnica ha de ser cuidadosa y en casos extremos, cuando no haya más remedio y «no puedan esgrimirse otras armas sustantivas y procesales», ya que la personalidad jurídica es una teoría que ha logrado «grandes y eficaces éxitos para la expansión financiera y económica». Es un mecanismo de carácter subsidiario con el que «se busca reponer, en sus justos límites, una situación patrimonial alterada y menoscabada por una operación fraudulenta» y evitar

la frustración de los derechos de terceras personas, ya sean físicas o jurídicas, como el caso que nos ocupa.

Diferencia entre la teoría del «levantamiento del velo» y la teoría de «rasgar el velo».—Si bien ambas tienen en común su origen, pues proceden de la jurisprudencia anglosajona, distinta es la consecuencia a la que se llega cuando se aplica una u otra. Mientras que la teoría del *levantamiento del velo* o *lifting the veil* lo que pretende es corregir abusos que se produzcan amparándose en la personalidad jurídica de sociedades, la aplicación de la teoría de *rasgar el velo* o *piercing the veil* aniquila la sociedad, haciendo desaparecer su personalidad jurídica. Suprimida dicha personalidad jurídica, nos encontramos ante una única sociedad y un único patrimonio sobre los que hacer efectivas las deudas y obligaciones que hubiesen contraído ambas sociedades. Por ello, declarada la interdependencia patrimonial y personal entre la sociedad recurrente y la firma «M. C., S. A.», y la situación de montaje, cuya finalidad era defraudar a terceros, se procede a penetrar en el *substratum* de dichas sociedades, mediante el *levantamiento del velo*, y manteniendo la personalidad jurídica de ambas sociedades, no admitir una tercería de dominio por realizarse en fraude de ley y con la finalidad de frustrar legítimos intereses de terceros.

Contrato de compraventa y tercería de dominio.—Teniendo declarada la interdependencia patrimonial y personal de ambas sociedades, procede aplicar con respecto al contrato de compraventa celebrado entre la sociedad ejecutada y la tercerista la «teoría anulatoria de los actos preconizada en la tesis del levantamiento del velo», al quedar demostrado que dicho contrato constituyó una operación societaria inadmisibles «desde el punto de vista de la buena fe jurídica». (STS de 17 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil G. C., S. A., promovió tercería de dominio sobre los bienes embargados en un juicio ejecutivo, en concreto material informático y mobiliario de oficina instado por la entidad mercantil P.S. J., S.A. contra la entidad M. C., S. A. La sociedad tercerista alegaba su titularidad dominical sobre dichos bienes en virtud de un contrato de compraventa de dichos bienes celebrado con la sociedad ejecutada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de tercería. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de Primera Instancia, declarando no haber lugar a la tercería de dominio. El TS desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida.

NOTA.—El TS mantiene como doctrina reiterada de la Sala Primera la teoría del levantamiento del velo como medio corrector de los abusos a los que lleva la personalidad jurídica de las sociedades y entidades mercantiles. En el supuesto que nos ocupa, declarada la interconexión patrimonial y personal entre las sociedades tercerista y ejecutada, el TS aplica la teoría del levantamiento del velo no para hacer desaparecer la personalidad jurídica de una de las sociedades y declarar la existencia de confusión de patrimonios, y por tanto, la comunicabilidad de responsabilidad patrimonial entre las mismas, sino para declarar como inadmisibles un contrato de compraventa entre ambas que hubiese permitido a la sociedad demandante mantener su posición de tercerista.

Respetadas las personalidades jurídicas de ambas sociedades, el contrato de compraventa del material objeto del embargo es un contrato celebrado entre dos sociedades para eludir la responsabilidad patrimo-

nial universal del artículo 1911 CC, y con abuso de la personalidad jurídica. Si bien el TS procede a aplicar lo que el mismo denomina como «teoría anulatoria», varias son las posibilidades que el ordenamiento nos ofrece para dejar sin efecto dicho contrato de compraventa. Podemos entender que el contrato adolecería de causa ilícita y que por tanto, en virtud del artículo 1275 CC, sería nulo. Por otra parte, si el contrato hubiera sido realizado en fraude de acreedores el medio para la ineficacia del mismo, y si concurren todos los requisitos necesarios, sería la rescisión de dicho contrato al amparo del artículo 1290.3 CC. (R. D. O.)

14. Derecho de asociación.—Debemos encuadrar la cuestión objeto de estudio dentro de la problemática general del derecho fundamental a la libertad de asociación. El punto de partida es el hecho de que dicho derecho fundamental puede ser violado no sólo por los poderes públicos sino también por personas privadas, tanto físicas como jurídicas. La segunda cuestión sería la determinación de que el control sobre la causa y el medio de expulsión de un asociado queda dentro del ámbito de la intervención judicial. Consecuencia lógica de dicho control es la consideración de que si la tramitación de la expulsión se realizara con manifiesta indefensión del asociado expulsado, procedería la anulación de la misma por inculcarse un derecho fundamental. Se trata ésta de una doctrina desarrollada por nuestro TC en SS 218/1988, de 22 de noviembre, y 96/1994, de 21 de marzo, entre otras, en las que se ha entendido lícita la intervención judicial en el control de las expulsiones de asociados por las asociaciones, doctrina que resulta aplicable al supuesto de expulsión de un miembro de un partido político.

Esta exposición nos lleva finalmente al problema subyacente. Esto es, que cuando la impugnación de la expulsión se realice mediante el cauce de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, no cabe considerar que el derecho lesionado sea el de continuar en el grupo, sino que sólo será impugnable la expulsión cuando se haya inculcado otro derecho fundamental ya sea por la causa de la expulsión (referimos la posibilidad de que dicha causa atentase al derecho a la libertad de expresión) o ya sea por la forma de la expulsión (referimos la posibilidad de que por faltar las mínimas formalidades procesales se haya producido una verdadera indefensión), exigencia de violación de otro derecho fundamental que fue la *ratio decidendi* de la STS de 7 de octubre de 1993. En concreto en el supuesto objeto de estudio, la resolución de expulsión no estaba motivada. Es obligado entender que se produce dicha indefensión cuando una resolución no se realiza de forma motivada, pues de acuerdo con la doctrina de la STS de 25 de febrero de 1989, no debe confundirse la discrecionalidad con la arbitrariedad, dado que la arbitrariedad se encuentra vetada no sólo por la jurisdicción ordinaria sino por la propia Constitución. Por tanto es aquí aplicable la obligación de los jueces y tribunales de motivar las sentencias que dicten, dado que la resolución razonada de las cuestiones enjuiciadas es necesaria para el control de los procesos deductivos empleados al resolver. Dicha exigencia de obtener una resolución fundada en derecho es un verdadero derecho fundamental de la persona que forma parte de la tutela judicial efectiva prevista por nuestro texto constitucional. (STS de 13 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La agrupación local de Torremolinos del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) abrió expediente disciplinario a don F. P. T. y a don A. G. C. Decisión que les fue comunicada para que realizaran cuantas alegaciones estimaran pertinentes. Hechas las alegacio-

nes y sin avenencia, el Comité Ejecutivo Federal resolvió la expulsión de don F. P. T. y don A. G. C. del partido, resolución confirmada por el Comité Federal de Conflictos de dicho partido. Don F. P. T. y don A. G. C. entablaron demanda ante el Juez de primera instancia de Málaga solicitando la anulación del acuerdo de expulsión realizado por el PSOE. Dicha demanda fue estimada por la sentencia dictada en primera instancia. Recurrída en apelación resultó revocada por la Audiencia Provincial de Málaga. Interpuesto recurso de casación, el TS entendió no haber lugar al recurso.

NOTA.—El TS, al denegar el recurso de casación, en realidad no hace sino asumir el razonamiento esgrimido en el FJ 4.º de la sentencia recurrida, esto es, el hecho de que las decisiones adoptadas de expulsión no establecieran ni tan siquiera una sucinta relación de hechos, ni tampoco motivación razonada, limitándose a la mención de los preceptos aplicables. Ello, según el parecer de la Audiencia, privaba a los apelantes de su derecho a impugnar. Más aún, la sentencia recurrida llegó a afirmar que en realidad lo acordado no reunía los requisitos mínimos para denominarse «resolución», pues carecía de «motivación». Por tanto el TS entiende que en este supuesto sí se ha producido indefensión puesto que no es posible que las asociaciones sean juez y parte suplantando el derecho a la tutela judicial efectiva. (*J. M. T. P.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

15. Reconocimiento de deuda. Necesidad de existencia de causa.—Es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 28 de marzo de 1983, 20 de noviembre de 1992 y 11 de marzo de 1993) la que afirma que para que el reconocimiento de deuda sea válido debe tener una causa, pues en caso de inexistencia o de ilicitud de causa no producirá efecto alguno.

La causa. Elemento esencial de todo negocio jurídico.—Tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 3 de febrero de 1973 y 30 de diciembre de 1978) señalan que en todo negocio jurídico debe existir una causa. El artículo 1275 CC afirma que cuando la causa sea inexistente o ilícita, el negocio será ineficaz. Asimismo afirman que el artículo 1277 CC es un precepto de carácter probatorio y procesal que establece la inversión de la carga de la prueba, sin que ello niegue el carácter causal de nuestro sistema.

Existencia de causa. Apreciación por los Tribunales.—Es competencia de los Tribunales de instancia, al ser una cuestión de naturaleza fáctica, apreciar la existencia o inexistencia de causa en los contratos (STS de 4 de febrero de 1995). Dicha apreciación sólo puede impugnarse en casación alegando error de derecho en la valoración de la prueba. (STS de 22 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del fallecimiento de don H. S. V. se disuelve y liquida la sociedad irregular formada por los hermanos don L. S. V. y el fallecido don H. S. V. La heredera de este último, su hija doña I. S. M., reconoce en un documento que su padre, don H. S. V., tenía una deuda contraída con don L. S. V.

Don L. S. V. interpone demanda contra doña I. S. M., entre otros, suplicando se condene a la demandada, en virtud del reconocimiento de deuda realizado por ésta, al pago de cierta cantidad de dinero, así

como que se reconozca el pleno dominio del demandante sobre la mitad indivisa de determinadas fincas adjudicadas a la demandada por su condición de heredera de don H. S. V.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia de primera instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

16. Resolución del contrato. Frustración del fin del contrato.—Cuando uno de los contratantes de la obligación que le incumbe frustrare el fin del contrato para la otra parte, que ha cumplido lo que a ella le corresponde, se da un supuesto que permite la resolución de las obligaciones recíprocas. El fin del contrato era en este caso la construcción de unas viviendas. Tal fin estaba establecido explícitamente. Además se pactó expresamente la resolución del contrato para el caso de no obtener la autorización que permitiese la construcción.

Novación del contrato.—La novación sea modificativa, sea extintiva, nunca se presume ni puede inferirse de meras conjeturas, debiendo constar de un modo inequívoco la voluntad de novar. Así, a pesar de pagar el precio sin haberse cumplido la condición (el otorgamiento de una autorización administrativa), no se puede deducir de ello la novación. Probablemente influyó en la decisión del tribunal que existieran en este supuesto indicios de que el demandante pensaba que la condición estaba cumplida. (**STS de 28 de marzo de 1996**; ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes adquirieron una parcela con la finalidad de construir en ella dos viviendas unifamiliares, obligándose la entidad vendedora a obtener del Ayuntamiento la autorización necesaria para dicha construcción. A pesar de supeditarse el pago del precio y el otorgamiento de escritura a la obtención la citada autorización, los demandantes pagan antes de la obtención de la autorización, que es finalmente denegada por el Ayuntamiento. Se pretende la resolución del contrato de compraventa. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia desestimó el recurso de apelación. El TS estima el recurso de casación. (*P. A. N.*)

17. Acción para exigir el cumplimiento del derecho de opción. Plazo de prescripción. Cómputo del plazo.—La acción que protege el derecho de opción de compra está sometida a un plazo de prescripción, que comenzará a contarse, conforme al artículo 1969 CC, desde el día en que se pudo ejercitar dicha acción, es decir, desde el momento en que el optante tiene conocimiento de que su derecho de opción ha sido violado por el concedente, al incumplir éste sus obligaciones.

Duración del derecho de opción de compra.—Es perfectamente válido, en virtud del artículo 1255 CC, que las partes acuerden que el derecho de opción de compra tenga una duración igual a la de un contrato de arrendamiento, incluyendo sus prórrogas. El artículo 14 LH no es aplicable para determinar el momento de caducidad del derecho de opción, pues dicho precepto se refiere exclusivamente a los requisitos que debe reunir el contrato de opción para poder tener acceso al Registro de la Propiedad (STS de 14 de marzo de 1991).

Modificación de las prestaciones pactadas como consecuencia de la alteración de la base del negocio. Requisitos.—Según la jurisprudencia (SSTS de 4 de febrero y 15 de marzo de 1994), para que proceda modificar por los Tribunales las prestaciones que se han pactado en un contrato deben concurrir los

siguientes requisitos: *a)* alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las que existían en el momento de celebrar dicho contrato; *b)* desequilibrio entre las prestaciones de las partes contratantes; *c)* que el desequilibrio entre las prestaciones se haya producido por circunstancias imprevisibles en el momento de celebrar el contrato. (STS de 29 de mayo de 1996; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En virtud de un contrato de arrendamiento con opción de compra, el optante ejercitó, en tiempo y forma, su derecho de opción de compra sobre un inmueble. Ante la negativa del concedente de la opción a otorgar escritura pública de compraventa del bien inmueble, el optante interpuso demanda solicitando, entre otros pronunciamientos, que se declarase la obligación del concedente de otorgar la mencionada escritura pública.

El demandado formuló reconvencción, suplicando se declarara la caducidad o nulidad de la opción y, en su defecto, que se corrijan las prestaciones para evitar el desequilibrio existente entre las prestaciones.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, confirmando la sentencia dictada en primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial, estima la demanda y desestima la reconvencción. (*M. J. P. G.*)

18. Opción de compra. Acto de naturaleza dispositiva.—Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal (SSTS de 9 de octubre de 1987, 24 de octubre de 1990 y 23 de diciembre de 1991), la opción de compra constituye un acto de naturaleza dispositiva, pues por el simple hecho de conceder un derecho de opción de compra sobre un bien, el concedente de dicho derecho queda obligado a la consumación de la compraventa, sin perjuicio de que hasta que el optante no ejercita su derecho de opción no se transmite la propiedad del bien sobre el que recae la opción.

Opción de compra. Caracteres.—Existe una consolidada doctrina jurisprudencial (SSTS de 23 de marzo de 1945, 10 de julio de 1946, 22 de junio y 17 de noviembre de 1966, 12 de julio de 1979 y 8 de marzo de 1991, entre otras) que señala que la opción de compra es una figura *sui generis*, diferente del *pactum de contrahendo*, con sustantividad propia, por medio de la cual el optante obtiene, en exclusiva, la facultad de prestar su consentimiento en el plazo convenido a la oferta de venta, que es vinculante para el concedente al no poderla retirar durante dicho plazo. Asimismo se afirma que cuando el optante ejercita la opción dentro del plazo señalado y llega a conocimiento del concedente, se perfecciona de forma automática el contrato de compraventa, sin que el concedente pueda realizar ningún acto que frustre su eficacia. El contrato de opción de compra obliga al concedente a no vender a nadie la cosa prometida durante el plazo que se ha señalado y a realizar la venta a favor del optante, si éste ejercita su derecho de opción (STS de 14 de mayo de 1991).

Arrendamiento de larga duración. Acto de disposición.—Con apoyo en el artículo 1548 CC y la jurisprudencia que interpreta dicho precepto (SSTS de 9 de junio de 1913, 18 de diciembre de 1973 y 12 de noviembre de 1987, entre otras), se afirma que cuando un arrendamiento tiene una duración superior a los seis años excede del ámbito de la mera administración, convirtiéndose en un acto de disposición. (STS de 7 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante interpuso demanda contra su marido y otros sujetos, suplicando la nulidad de un contrato de arrendamiento con opción de compra sobre un bien ganancial, cuya duración era de veinticinco años, otorgado por su marido sin su consentimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, confirmando la sentencia dictada en primera instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

19. Compraventa.—La prohibición del artículo 1459.2.º CC, aunque debe interpretarse de forma restrictiva, por aplicación del principio de derecho *odiosa sunt reistrigenda*, incluye no sólo los casos de autocontratación, sino, además, a aquellos otros que ofrezcan riesgos de abuso por implicar una colisión de intereses.

Autocontratación.—El fraude no puede presumirse, sino que debe acreditarse.

Mandato.—El mandatario no tiene que recabar para cada actuación la conformidad de su mandante, sino que sólo tiene que asegurarse que el precio resulte adecuado.

Indefensión.—Rechazar por dudosos motivos procesales un documento indubitado trascendente para el enjuiciamiento de los hechos, constituye un clara violación del artículo 24 CE. (**STS de 23 de julio de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. E. A. actuó en escritura pública de compraventa de unas fincas en concepto de vendedor, como mandatario y apoderado de don J. F. L. Como vendedor actúa don L. C. F. S.—F, coapoderado de A. E. A., e hijo de don J. F. L., en nombre y representación de la mercantil *Agropecuaria de Caya, S. A.*, de la cual don L. C. F. S.—F es titular de la práctica totalidad de las acciones.

La venta se realizó a instancia de don L. C. F. S.—F, ya que es él quien ordena el otorgamiento de la escritura al otro mandatario y quien fija las condiciones esenciales de la compraventa, pues don J. F. L., gravemente enfermo, había indicado en reiteradas ocasiones a don A. E. A. que debía obedecer las órdenes de su hijo.

Una vez fallecido don J. F. L., otro de sus hijos interpone demanda en juicio declarativo de mayor cuantía, solicitando que se declare la nulidad de la compraventa y que se anulen las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad.

Estimada la demanda en Primera Instancia, la Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*I. G. F.-D.*)

20. Venta con reserva de dominio. Finalidad.—Las ventas con reservas de dominio son instrumentos jurídicos para garantizar el pago de lo que se vende, pues en caso de incumplimiento del comprador se produce la resolución expresa del contrato.

Venta con reserva de dominio. Ejercicio de tercería de dominio.—El TS declara (SSTS de 17 de julio de 1993 y 23 de febrero de 1995) que en la venta con reserva de dominio, el comprador podrá ejercitar la tercería de dominio aunque no haya abonado la totalidad del precio en el momento de producirse el embargo del bien por una deuda del vendedor. (**STS de 3 de julio de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—Con posterioridad a la celebración de un contrato de compraventa con pacto de reserva de dominio se decreta el embargo de los bienes por deudas de los vendedores. La compradora de los bienes interpone demanda ejercitando una tercería de dominio contra el ejecutante y los ejecutados (vendedores) por el embargo, solicitando se declare que la demandante es la titular de los bienes y que se ordene el levantamiento del embargo trabado sobre dichos bienes.

El ejecutante del embargo formuló reconvención, suplicando se declarase la nulidad de los contratos de compraventa con reserva de dominio.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y estima la demanda. El TS desestima el recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

21. Resolución de contrato de compraventa de inmueble. Artículos 1124 y 1504 CC.—Para ejercitar la acción resolutoria de una compraventa de inmueble es preciso reunir los requisitos de los artículos 1124 y 1504 CC, ambos complementarios. Además el artículo 1504 CC exige para la resolución que el vendedor requiera al comprador mediante acto jurídico complejo integrado por una declaración unilateral de voluntad consistente en que el ejercicio de la resolución se condiciona al cumplimiento del pago. Es válido el requerimiento en el que se condiciona la resolución al pago de las cantidades adeudadas en un plazo que discrecionalmente concede al vendedor al comprador. (**STS de 21 de junio de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea demanda solicitando la resolución de una compraventa de un bien inmueble. Ante la falta de pago, hubo distintos requerimientos, anunciando de manera subsidiaria el ejercicio de una acción resolutoria. El Juzgado de Primera Instancia dictó la resolución, siendo ésta confirmada por la Audiencia. (*P. A. N.*)

22. Donación *mortis causa*.—La donación *mortis causa* requiere forma testamentaria y voluntad del donante de conservar la propiedad de la cosa hasta su muerte. Por ello, la donación hecha mediante escritura pública y aceptada por el donatario, sin que conste la voluntad del donante de conservar la propiedad de los bienes hasta su fallecimiento, no se considera donación *mortis causa* aunque el donante mantenga su posesión con el consentimiento del donatario.

Revocación de la donación *mortis causa*.—Debe hacerse en testamento y de forma suficientemente expresiva de la voluntad de revocar, no pudiendo aplicarse analógicamente el artículo 869.2 CC referente a la ineficacia de un legado cuando el testador enajena la cosa legada.

Cualidad de tercero hipotecario.—Requiere la validez del acto adquisitivo del tercero, condición que no se cumple cuando, como en este caso, tal contrato es declarado inexistente e ineficaz.

Aplicabilidad del artículo 1473 CC referido a la doble venta.—Dicho precepto se aplica cuando se celebra una segunda venta antes de la consumación de la primera —porque en otro caso será un supuesto de venta de cosa ajena—, no operando cuando la transmisión ha sido por título distinto a la compraventa.

Excepción de litisconsorcio pasivo necesario.—Dada la finalidad esencial del instituto del litisconsorcio pasivo necesario de impedir que quien no ha sido parte en el proceso quede afectado por la sentencia, no procede estimar tal excep-

ción cuando no se demanda a un tercero hipotecario, protegido por la fe pública registral, el cual no puede ser afectado por la sentencia. (STS de 25 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante escritura pública don R. M. C. donó en 1985 a su hija adoptiva, doña C. M. M., un piso y una plaza de aparcamiento, los cuales fueron aceptados por ésta en la misma escritura, sin que los inscribiera en el Registro de la Propiedad. El donante continuó viviendo en el piso. En 1988 don R. M. C. vendió, a través de escritura pública, la nuda propiedad de los mismos bienes, reservándose el usufructo vitalicio, a su sobrino, que los inscribió en el Registro de la Propiedad a su nombre y al de su esposa. Días más tarde, otorgó testamento abierto en el que instituía heredera a su hija adoptiva sólo en cuanto a lo que por legítima le correspondiera, declarando que nada tendría que percibir del caudal relicto, pues computando y colacionando lo recibido en vida del causante quedarían satisfechos sus derechos; e instituía heredero en cuanto al tercio de libre disposición a su sobrino. Fallecido don R. M. C., su hija requirió notarialmente al matrimonio mencionado para que se abstuviera de llevar a cabo acto alguno de disposición, enajenación o gravamen respecto de los bienes citados hasta que se resolviera el litigio, pese a lo cual, los cónyuges vendieron el piso y la plaza de garaje a un tercero que los inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad.

Doña C. M. M. interpuso demanda contra el matrimonio y la herencia yacente. El Juzgado de Primera Instancia no entró a conocer sobre el fondo del asunto al estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario opuesta por un demandado. La Audiencia estimó el recurso de apelación de la demandante, declarando ineficaz la compraventa de 1988, nulas las inscripciones registrales derivadas de ésta y válida la donación, condenando al matrimonio a reintegrar a la demandante el valor de los bienes, cantidad que debería ser imputada a su legítima. (A. G. G.)

23. Responsabilidad decenal del promotor. Tanto de manera individualizada, como compartida con otros sujetos responsables, conforma doctrina jurisprudencial consolidada.—Aunque no se le mencione en el artículo 1591 CC, el promotor tiene una intervención decisiva en el proceso constructor, el cual controla en muchos aspectos, y su responsabilidad puede equipararse a la del contratista de la obra en caso de concurrencia de varias causas sin posibilidad de discernir las correspondientes responsabilidades de cada uno. El lucro económico que obtiene el promotor refuerza sus responsabilidades por ejecuciones deficientes.

No procede el litisconsorcio pasivo necesario, aun cuando los obligados a responder lo sean de manera solidaria, sin perjuicio de la relación interna de los deudores solidarios para reclamarse el prepago de la parte de la deuda que pudieran corresponderles, si acreditan que no tuvieron responsabilidad alguna en el defecto constructivo. La responsabilidad así entendida se establece como de solidaridad impropia, y lo es en beneficio de los perjudicados, sin ser definitiva, sino un mero instrumento apto para evitar que los implicados eludan sus obligaciones de acuerdo con el artículo 1591 CC.

Concepto de ruina. Saneamiento por vicios ocultos: no procede.—Entran dentro del concepto de ruina potencial las deficiencias en las cubiertas de las terrazas, causantes de humedades, por reputarse defectos graves al impedirse el

normal disfrute de la edificación, y representar un riesgo potencial de llegar a hacerla inútil. No juega en este caso la responsabilidad por vicios ocultos del contrato de compraventa, sujeta al plazo de caducidad de seis meses del artículo 1490 CC, sino la del artículo 1591 CC, cuyo plazo de garantía de diez años asegura una adecuada protección de los consumidores y usuarios. El plazo de prescripción de dicha acción son los quince años que señala el artículo 1964 CC. (STS de 21 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La Comunidad de propietarios del edificio Lilian, de Santa Cruz de Tenerife, demanda al promotor y al contratista de las obras de construcción del edificio, reclamando la reparación de graves daños causados por la existencia de humedades debidas a defectos en la impermeabilización de las cubiertas de las terrazas.

Estimada la demanda en el Juzgado de Primera Instancia, los demandados plantearon apelación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, la cual confirma la sentencia recurrida. El promotor interpone recurso de casación ante el TS, el cual declara no haber lugar al recurso. (I. G. F.-D.)

24. Artículo 1591 CC. Responsabilidad del promotor por ruina del edificio.—Es jurisprudencia consolidada el incardinar la figura del promotor dentro del concepto de contratista del artículo 1591 CC, atribuyéndole la responsabilidad propia de éste, especialmente cuando el promotor, por su cuenta y beneficio, encarga a un tercero la realización de una obra con vistas a destinar el producto de la misma al tráfico con terceros.

Prescripción de la acción.—El plazo de diez años del artículo 1591 CC es un plazo de garantía, en el sentido de que el contratista y el arquitecto responden de los defectos que aparezcan en ese término. La acción para reclamar tal responsabilidad prescribe a los quince años (art. 1964 CC) desde la aparición del defecto. (STS de 3 de mayo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Una comunidad de propietarios interpuso demanda contra el promotor, el arquitecto y el constructor del edificio sobre reclamación e indemnización de daños por defectos de la construcción. El edificio, desde el primer año, había venido sufriendo disfunciones, tales como grietas, fisuras y humedades, en sus elementos esenciales.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda condenando al promotor y al constructor a realizar conjunta y solidariamente las reparaciones a ellos atinentes conforme al artículo 1591 CC, y al arquitecto a hacerse cargo de las suyas, así como al abono de las reparaciones ya efectuadas por la comunidad. La Audiencia revocó en parte la sentencia de la instancia, condenando al arquitecto al pago de las obras que en aquélla se le atribuían, y al promotor y al constructor a realizar conjunta y solidariamente las suyas, sin que las sumas de unas y otras pudieran sobrepasar el límite de ocho millones de pesetas más la actualización correspondiente. El promotor recurre en casación. (A. G. G.)

25. Artículo 1591 CC. Inaplicable a buques.—El precepto se refiere a edificios—que se caracterizan por estar apoyados en el suelo—, con los que poca relación tienen los barcos. Por ello, no puede aplicarse la presunción *iuris tantum* de culpa del constructor que el artículo contiene al hundimiento de un buque,

debiendo en consecuencia los demandantes probar los defectos de la construcción del mismo. (STS de 27 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad mercantil y su aseguradora demandan a la empresa con la que aquélla había contratado la realización de unas obras sobre el buque asegurado, al considerar que el posterior hundimiento de la nave se había debido a deficiencias en las mismas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda en sentencia posteriormente revocada por la Audiencia en grado de apelación, resolución contra la que la compañía aseguradora interpone recurso de casación. (A. G. G.)

26. Arrendamientos urbanos. Régimen jurídico. Prórroga forzosa.—La jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 12 de mayo de 1989, 4 de febrero y 18 de marzo de 1992, 14 de junio de 1994) afirma que, con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de Política Económica, existen dos clases de arrendamientos urbanos: a) los arrendamientos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, que están sujetos a prórroga forzosa; b) los arrendamientos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto-ley de 1985, no sujetos a prórroga forzosa, salvo que las partes pacten, en virtud del artículo 1255 CC, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa. (STS de 22 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Declarado resuelto un contrato de arrendamiento urbano, las mismas partes suscriben un nuevo contrato de arrendamiento respecto al mismo local, variando las condiciones de renta y el plazo de duración. El arrendatario interpone demanda contra el arrendador, suplicando la nulidad del nuevo contrato de arrendamiento, la declaración de que la relación arrendaticia entre las partes está sometida al régimen de prórroga forzosa, así como el derecho a percibir del arrendador una indemnización por daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación, confirmando la sentencia de primera instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que la LAU de 1994 establece en sus Disposiciones Transitorias el régimen jurídico aplicable a los arrendamientos urbanos celebrados antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley. (M. J. P. G.)

27. Arrendamiento rústico. Condición del arrendatario de profesional de la agricultura.—El artículo 93.2 LAR sólo reconoce legitimación activa para ejercer el derecho de retracto a los arrendatarios que sean profesionales de la agricultura. El TS, en reiterada jurisprudencia, afirma que la declaración de si en el arrendatario concurre o no la condición de profesional de la agricultura es una cuestión de hecho que sólo podrá ser impugnada en casación alegando error en la valoración de la prueba.

Arrendamiento rústico excluido del ámbito de aplicación de la LAR.—En virtud del artículo 7.1.3.^a LAR, el arrendamiento de una finca rústica que tenga, por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor de venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona de su misma calidad y cultivo, no estará regido por la LAR de 1980. Dicho precepto, según la

jurisprudencia (SSTS de 3 de junio de 1988, 7 de abril de 1993) implica que se debe establecer una comparación entre el valor de la finca del litigio y las fincas de los alrededores. (STS de 31 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de la donación realizada por la propietaria de las fincas rústicas arrendadas, el arrendatario de las mismas ejercita su derecho de retracto sobre las fincas arrendadas e interpone demanda, suplicando se reconozca su derecho de adquisición preferente y se otorgue escritura de subrogación por los demandados, o, en su defecto, por el Juzgado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, revoca la sentencia de primera instancia y declara que el demandante tiene derecho a subrogarse en las fincas que tiene arrendadas. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

28. Arrendamiento rústico. Sucesión de la posición de arrendatario.—Cuando existan varias personas para la sucesión del arrendamiento y no se le comunique la elección al arrendador, podrá éste, previo requerimiento a las personas con derecho a continuar el arrendamiento, en virtud de los artículos 79 y siguientes de la LAR de 1980, elegir a la persona que prefiera para suceder al arrendatario.

Arrendamiento rústico. Extensión.—Los aprovechamientos forestales, salvo pacto expreso, no se considerarán incluidos en el arrendamiento de una finca para su aprovechamiento agrícola o ganadero (art. 3.2 LAR). Sin embargo, se señala que el arrendamiento comprende todas las tierras que fueron cedidas por el arrendador y que constituyen el objeto del arrendamiento y por lo tanto si el arrendatario ejercita su derecho de acceder a la propiedad de la finca rústica arrendada, adquirirá el pleno dominio de la misma.

Arrendamiento rústico. Derecho de acceso a la propiedad del arrendatario.—El ejercicio por el arrendatario del derecho de acceso a la propiedad de la finca rústica arrendada, en los denominados arrendamientos históricos, es una adquisición forzosa similar a la expropiación fundada en el interés social autorizada expresamente en el artículo 33.3 CE (STS de 18 de enero de 1991). Asimismo, es reiterada la jurisprudencia (SSTS de 30 de marzo de 1987, 29 de abril de 1992 y 2 de febrero de 1993) según la cual para la fijación del precio de acceso a la propiedad de la finca arrendada hay que aplicar el artículo 39 LEF, sin perjuicio de que el órgano judicial utilice otros criterios que ayuden a fijar el valor real de la finca. (STS de 21 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El arrendatario de una finca rústica interpone demanda contra el arrendador, suplicando se declare su derecho de acceder a la propiedad de la finca arrendada abonando el precio en que se valore la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, aumentando el precio de la finca, confirmando el resto de los pronunciamientos de la mencionada sentencia. El TS desestima el recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

29. Arrendamiento rústico. Derecho de retracto. Legislación aplicable.—El derecho de retracto nacido antes de la entrada en vigor de la LAR de 1980 se rige, en cuanto a sus presupuestos y contenido, por el Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959. Por el contrario, el ejercicio y, en concreto, el plazo de caducidad del derecho de retracto nacido antes de la promulgación de la LAR de 1980, cuando se ejercite con posterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley, se regirá por la LAR de 1980. (STS de 16 de mayo de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—El arrendador de una finca rústica la enajena en enero de 1975, no teniendo conocimiento de la enajenación los hoy demandantes hasta junio de 1987. La parte actora interpone demanda, suplicando se declarase el derecho de éstos a retraer la finca rústica objeto del litigio.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirma la sentencia de primera instancia. El TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial y desestima la demanda. (M. J. P. G.)

30. Sociedad civil irregular. Beneficios entre disolución y liquidación.—Producida la causa de disolución, si se impide a un socio o su heredero la liquidación, éste, al verse obligado a continuar en sociedad, tiene derecho a su parte en los beneficios que se produzcan hasta la liquidación. Con esta solución se impide el enriquecimiento injusto, pues se han estado usando los elementos que componen la sociedad durante el tiempo que transcurre desde la disolución hasta liquidarla. En el supuesto de la sentencia esto fue debido a las negativas y obstáculos de los otros socios. La liquidación sólo tendría efectos retroactivos al momento de fallecimiento del socio determinante de la disolución cuando las operaciones divisorias se produzcan rápidamente, logrando un resultado positivo. (STS de 25 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Entre el marido de la actora y los demandados se dieron diversas relaciones contractuales calificadas de sociedad civil irregular, en cuyo patrimonio se encuentran dos locales, diversas existencias... La muerte del marido de la actora origina la disolución de la sociedad, pidiéndose por la actora la división de sus componentes así como de los beneficios que se dieron entre el fallecimiento y la liquidación. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Tal decisión es recurrida ante la Audiencia que estima el recurso. El TS confirma la sentencia de la Audiencia. (P. A. N.)

31. Sociedad civil irregular. Forma.—El contrato de sociedad civil es un contrato consensual, con eficacia interna aun cuando se dé aportación de inmuebles. El requisito de escritura pública tiene la misma función que en general dan a la forma los artículos 1278 y 1279 CC.

Sociedad civil irregular. Aplicabilidad de la normativa de comunidad de bienes.—El artículo 1669 CC remite a las disposiciones relativas a la comunidad de bienes para el supuesto de sociedades civiles irregulares. A pesar que sectores doctrinales excluyen de la remisión los preceptos atinentes a la extinción de la comunidad, el TS entiende que tal remisión no excluye ningún grupo de normas de la comunidad de bienes.

Sociedad civil irregular. Disolución.—Aun aplicando la normativa de la comunidad de bienes, la división de un patrimonio social de plural composición no se rige por el artículo 400 CC (que está pensado para cuando lo que está en comunidad es un único objeto), sino por el artículo 406 CC, que ordena la aplicación de las normas de la división de herencia. En consecuencia se habrán de formar lotes, y no proceder a una arbitraria cadena de divisiones a voluntad de cualquiera de los partícipes en la comunidad. (STS de 12 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se plantea una acción de división de una finca. Se prueba que no se está ante una simple copropiedad sobre tal objeto, sino que ésta forma parte de una sociedad civil irregular constituida sin escritura pública y sin inventario de inmuebles. El Juzgado estima la demanda. Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial estima el recurso. El TS confirma la sentencia de la Audiencia. (P. A. N.)

32. Transacción extrajudicial. Régimen jurídico.—Es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 4 de abril y 15 de julio de 1991; 6 de noviembre de 1993) que la perfección y cumplimiento de una transacción extrajudicial, calificada por el artículo 1809 CC como contrato, se rige por las disposiciones generales de los contratos contenidas en el CC.

Perfección de los contratos. Medios de aceptación.—La perfección de los contratos se produce cuando existe concierto de voluntades. El TS reconoce validez a los modernos medios de comunicación, tales como el telex (STS de 31 de mayo de 1993), el telégrafo (art. 51 CCO) o el fax, para realizar la aceptación de un contrato. (STS de 30 de julio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el incumplimiento de un contrato de transacción extrajudicial formalizado por medio de fax, una de las partes contratantes interpone demanda, suplicando, entre otros pronunciamientos, que se declare la validez y plena eficacia jurídica de la mencionada transacción. De los tres demandados, dos de ellos se allanan a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda. El TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial y confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (M. J. P. G.)

33. Culpa extracontractual: doctrina general.—La culpa extracontractual sancionada en el artículo 1902 CC no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar o elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, como recoge la S de 4 de junio de 1991, en la que, con cita de numerosas resoluciones de esta Sala, se sitúa la diligencia exigible en la que correspondería al buen padre de familia, puntualizado en el inciso final del artículo 1104 CC; esto es, que la persona a quien se atribuye la autoría de los daños está obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad obró con toda la prudencia y diligencia precisas para evitarlos.

Culpa en accidente ferroviario: doctrina general.—Según dijo la S de 24 de diciembre de 1992, ante un supuesto de muerte de una persona en accidente ferroviario, «atendiendo exclusivamente al factor o elemento subjetivo o psicológico de

la culpabilidad del agente que ... condiciona todo reproche culpabilístico y teniendo en cuenta, por otro lado, que para que la conducta del agente pueda ser calificada de diligente y exenta, por tanto, de toda connotación de antijuricidad, no basta con que se haya adaptado a las exigencias que reglamentariamente le vengán impuestas, sino que ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que le vengán impuestas por las circunstancias de personas, tiempo y lugar, concurrentes en cada caso concreto para evitar la producción del resultado dañoso.

Accidente en paso de peatones no vigilado: deber de reducir la velocidad.—En el presente caso no puede afirmarse que el acceso de personas a la vía férrea para su cruce por el lugar en que se produjo el atropello fuese imprevisible para los conductores de las unidades que por aquélla circulasen, pues no obstante el vallado existente a lo largo de la vía en aquella zona, existía en el mismo una puerta de acceso a través de un torno giratorio que, si bien señalizado con rótulos admonitorios, permitía el cruce de personas por aquel punto concreto y en cualquier momento, lo que no puede ignorar el conductor de la máquina causante del atropello; de ahí que el hecho de circular por aquel tramo de vía a una velocidad aproximada de 75 kilómetros por hora, habida cuenta que desde la salida de la curva hasta el punto señalado para cruce de la vía por los peatones había un tramo recto de unos 80 metros, deba calificarse como negligente ante aquella no imprevisible posibilidad de acceso de personas a la vía que obligaba a reducir la velocidad, no siendo suficiente el uso de señales acústicas.

Concurrencia de culpas: moderación de la cuantía de la indemnización.—La actuación del conductor del tren actuó como concausa en el accidente producido, con la conducta también negligente de la víctima, concurriendo ambas a la producción del evento dañoso, debiendo valorarse la influencia de la conducta imputable a la víctima en la producción del resultado en un 60 por 100, frente a la del conductor, que se valora en un 40 por 100. (STS de 14 de junio de 1996; ha lugar.)

NOTA.—¿Cuándo van a desaparecer los pasos de peatones sobre las vías férreas, no vigilados? Hasta época relativamente reciente eran sumamente infrecuentes las condenas a la RENFE por accidentes ferroviarios, a excepción de los debidos a las imprudencias palmarias de los conductores o a las graves deficiencias producidas en la prestación de los servicios de aquélla. La primera ley de accidentes de circulación en España se limita exclusivamente a los producidos en las carreteras. Las «vías de hierro» eran casi un coto cerrado, reservado a la circulación de los trenes; quien invadía el terreno dedicado a éstos lo hacía bajo su exclusiva responsabilidad. Hasta hace todavía no muchos años (Pantaleón, *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, p. 1996, cita como ejemplos de objetivación de responsabilidad en materia de accidentes ferroviarios las SS de 11 de enero de 1979, de 20 de junio y 3 de diciembre de 1983, de 19 de febrero de 1987, de 9 de julio, 8 de octubre y 26 de noviembre de 1988 y de 20 de febrero de 1989) empezaron a plantearse con éxito reclamaciones judiciales por accidentes contra las empresas ferroviarias, con la consiguiente condena civil subsidiaria de aquéllas. Pero, en general y de modo poco comprensible, resultaba que principios vigentes en otros sectores económicos, habitualmente aplicados por los Tribunales, se desconocían o eran difícilmente aplicables en materia de accidentes ferroviarios. La S aquí extractada muestra todavía exquisito cuidado en no «acudir a la tenden-

cia que, a través de diversos medios (inversión de la carga de la prueba, responsabilidad por el riesgo creado, etc.) viene siendo cada vez más proclive a la objetivación de la responsabilidad contractual» (2.º FD).

En mi opinión radica aquí un grave problema social, de dimensión nacional, debido al gran número de pasos de peatones sobre vías férreas todavía existentes en la geografía española: pasos carentes de permanente vigilancia o de un sistema eficaz de cierre y apertura. Me parece tercermundista que esta S imponga al conductor del tren el deber de reducir la velocidad, por debajo de los 75 kilómetros hora, al acercarse a uno de estos pasos no vigilados. Parece darse por supuesto que el conductor circula habitualmente por esta vía y, en consecuencia, que conoce perfectamente sus incidencias y, en concreto, el paso en cuestión; pero, ¿y si se trata de un conductor novato?, ¿o si en el momento del accidente le había sustituido su ayudante? Se tiene la impresión de que el TS se encuentra ante el dilema de no otorgar ninguna indemnización (con mengua de la justicia y de la equidad), o de saltarse los principios tradicionales; se opta por una fórmula media que deja insatisfechos a todos. La solución la tiene el legislador, que debe sustituir ya a la, a todas luces, obsoleta Ley de Policía de Ferrocarriles del siglo XIX, y el Ministerio competente, que debe obligar a las empresas ferroviarias a la inmediata eliminación de estos pasos. (G. G. C.)

34. Colisión de vehículos de motor: no procede aplicar la inversión de la carga de la prueba.—Es doctrina pacífica y constante, derivada de la jurisprudencia de esta Sala, la que establece que la inversión de la carga de la prueba no opera en los casos de accidentes de circulación por colisión de vehículos, al encontrarse los conductores en la misma situación y anularse las consecuencias de tal inversión probatoria; así se destaca en S de 28 de mayo de 1990, que tiene sus precedentes en SS de 19 de febrero y 10 de marzo de 1987, y 10 de octubre de 1988, cuando dice que hay imposibilidad de determinar a cuál de los conductores cabe atribuir la culpabilidad del accidente, como causa eficiente del mismo.

Cuestión nueva.—La parte recurrente aparece incura en una situación de alegación de cuestión nueva, lo que debe ser proscrito a tenor de la doctrina jurisprudencial que establece que no es procedente el planteamiento de esta clase de cuestiones nuevas en casación, ya que lo contrario origina a una flagrante indefensión de la parte contraria, a quien por este medio se privaría de su derecho de alegar y formular la prueba que estime oportuno y pertinente, e iría contra el derecho constitucional a obtener una tutela judicial efectiva. (STS de 17 de junio de 1996; no ha lugar.). (G. G. C.)

35. Culpa extracontractual: lesiones por caída de tabloncillos sobre cliente en establecimiento mercantil: negligencia del empleado.—El propietario del establecimiento no atendió a la víctima en el lugar de despacho al público, sino que ésta fue invitada y dirigida al sótano en compañía del hijo del titular que actuaba a su servicio, lugar en que se almacenaban tabloncillos de madera de grandes dimensiones, amontonados en sentido longitudinal; en la operación de elección por el cliente del material que le interesaba, al remover y manipular las maderas, se produjo su desplome, alcanzando al actor, que sufrió por ello graves lesiones. La S recurrida sienta que la caída y desplazamiento de la masa de tablas se produjo, bien porque no estaban correctamente apiladas y equilibradas, o se removieron en forma indebida; en uno y otro caso se reputa la concurrencia de conducta imprudencial genérica o impericia profesional del comerciante y de su dependien-

te, a quien correspondían en forma exclusiva las operaciones de manipulación de la mercancía para mostrársela al cliente, y no a éste, que no tenía por qué conocer las operaciones técnicas de almacenaje y desestiba de unas mercancías que, en principio, se presentaban peligrosas y de difícil manejo, dado su volumen, especial configuración y situación en el almacén. Estas conclusiones de la Sala son correctas ya que se parte de un acto inicial que supone un actuar descuidado, aunque en dimensión leve, pero que no alejaba la posibilidad de generar un peligro, sin haber tomado las precauciones necesarias y elementales en su manejo, incluyendo la de alejar a la víctima del lugar durante el desarrollo de los trabajos de selección de la mercancía, denegándole cualquier intervención en la misma, sin dejar de lado que el suceso ocurre en el interior de un establecimiento, cuya dirección, control y vigilancia era de la competencia exclusiva de su titular; por todo ello concurren todos los requisitos que determinan la culpa extracontractual.

Inexistencia de culpa de la víctima.—La norma de prudencia que se impone como lógica y rige en la práctica mercantil es que las mercancías, sobre todo las que ofrecen algún peligro, sean manejadas por los expertos, con los que debe contar el establecimiento, y no permitir que los clientes se atribuyan e invadan funciones que no les corresponden, y menos facilitarlas y contribuir a su efectiva realización; la moderación equitativa de la cuantía indemnizatoria exige que la víctima haya observado un comportamiento culposo, claro y bien precisado, lo que no ocurre en este caso.

Responsabilidad del empresario.—Establecida la actuación culposa inmediata del empleado, alcanza al empresario por aplicación del artículo 1903 CC, dada la relación jerárquica o de dependencia con su principal, al margen de la relación familiar que mediaba entre los mismos; se trata de una responsabilidad directa con base en la culpa *in operando* del subordinado, que cuenta con abundante jurisprudencia que la admite y declara, suficientemente reiterada y conocida. (STS de 29 de febrero de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Destaca en esta S el minucioso análisis de la conducta de la víctima en relación con los hechos originadores del daño cuya indemnización se reclama (Pte. Villagómez Rodil). Se acepta la inicial apreciación de la S recurrida que parte de una *hipotética manipulación compartida* (entre vendedor y comprador), pero rechaza la existencia de imprudencia en este último, al no haber actuado por su exclusiva cuenta o desobedeciendo las órdenes recibidas de aquél para seleccionar las maderas; da por posible, incluso, una *autorización para remover las tablas (por parte del vendedor)*, sin acreditar medidas de seguridad y previsión, detectando una *mayor comodidad con previsión del riesgo*, al permitir que una mercancía tan voluminosa y de fácil desplome fuera manipulada por quien sólo pretendía adquirirla, antes incluso de la puesta a disposición de la mercancía. Fino análisis de los hechos que probablemente ocurrieron en el marco de relaciones de amistad, incluso de confianza, entre vendedor y comprador; S que, en último término, es de aprobar. Pero *¿quid* si el accidente ocurre cuando se ha producido ya el traspaso de riesgos de la compraventa, mediante su puesta a disposición del comprador, aunque la mercancía no haya salido todavía del establecimiento? (G. G. C.)

36. Responsabilidad civil médica: omisión de ecocardiograma en menor coceada: negligencia médica.—La negligencia médica resulta, en este caso, de la no práctica de un ecocardiograma a la paciente, lo que no permite alcanzar un diagnóstico pronto de la enfermedad que afectaba al menor, y si bien

llegó a tener lugar, lo fue tardíamente cuando el empeoramiento en la salud había avanzado; de esta manera resulta la negligencia médica, iniciada y mantenida, así como la retrasada aplicación de un medio científico apto y disponible para procurar por todos los medios la salud de la enferma.

Relación de causalidad.—Aunque no puede establecerse exactamente que la omisión del ecocardiograma desencadenara el fallecimiento de la menor, sí resulta probada la omisión de un instrumento de constatación de la enfermedad tan eficaz como el citado, en relación a los antecedentes que afectaban a la menor, al haberse producido un grave impacto en la región torácica por la cox de un animal; concurre así una conducta omisiva bien precisada y un resultado dañoso seguido, y la posibilidad de haberlo evitado, si se hubiera actuado con la diligencia médica normal en tales casos, por lo que la culpa o negligencia surge con dotación de suficiente causalidad, ya que no se realizaron las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario.

Caso fortuito: implicación.—El caso fortuito hace referencia a un evento imprevisible, dentro de la normal previsión que las circunstancias exijan en cada supuesto, y si bien la muerte física de las personas no resulta de normal previsión, cuando sucede, como en el presente, que en el cuidado de la salud por expertos profesionales no se adoptan las medidas más elementales y corrientes para evitar, en lo posible, la pérdida de la vida, el caso fortuito no procede al concurrir un comportamiento culposo que precedió al fallecimiento de la menor, diagnosticada tardíamente, y con urgencia sometida a operación quirúrgica decisiva, en remedio de la ausencia de la precisa diligencia que hubiera evitado la intervención o, al menos y con la mayor seguridad, hubiera aportado en lo posible la procura de un resultado positivo y no el negativo que aconteció. (STS de 11 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Se recogen en el 1.º FD, en los siguientes términos: «La base fáctica parte de un hecho inicial y fue la cox que le propinó una mula a la menor el día 15 de septiembre de 1988, por lo que hubo de ser atendida por el médico de la localidad de su residencia, que apreció traumatismo directo en el hemitórax izquierdo, y dispuso su traslado al Hospital Infanta Cristina de Badajoz, donde fue atendida por los servicios de urgencia, que procedieron a su examen y diagnóstico. Dada el alta médica, regresó a su domicilio, donde padeció agravamiento, por lo que hubo de ser atendida por la doctora de APD que entendió se había producido grave recaída y cuadro médico denominado *chocada*, con parada cardíaca, por lo que de nuevo hubo de ser ingresada en el Hospital Maternal e Infantil de Badajoz, y no obstante poner dicha facultativa personalmente en conocimiento de los médicos que atendieron a la menor los hechos acaecidos el 15 de septiembre anterior, no practicaron ecocardiograma hasta el 9 de octubre, que resultó determinante para que fuera sometida a operación quirúrgica urgente, falleciendo al día siguiente».

NOTA.—Resulta palmaria la negligencia médica, pues los facultativos tardaron más de tres semanas desde que la menor sufriera la cox, hasta que practicaron el ecocardiograma, calificada de *medida elemental de precaución, concurrida la sintomatología concurrente, y suficientemente constatada y conocida*. Hay una evidente transgresión de la *lex artis ad hoc*. Sentencia plenamente de aprobar. (G. G. C.)

37. Responsabilidad civil del neurocirujano.—El neurocirujano limitó su tratamiento al traumatismo lumbar, y lo prestó correctamente, pero no se extendió su actuación a la existencia de una posible causa motivadora de la caída, ni indagó el origen de la pérdida de fuerza que la provocó, marginando—involuntariamente, claro está—este muy importante factor causal del accidente padecido por el enfermo, con omisión que cabe exigirle por su especialidad y conocimientos técnicos consiguientes, sin que le exculpe su requerimiento al especialista vascular al hacerse más patentes los síntomas de una trombosis o embolia, que desembocaron en la insalvable consecuencia de pérdida de la pierna derecha.

Imprudencia de la inversión de la carga de la prueba.—No es aplicable a las responsabilidades por actos médicos, puesto que ni la actuación médica en general crea riesgos, ni obliga a la obtención de resultados, porque ya está consolidada la doctrina según la cual el médico trata de buscar la salud, pero no la garantiza, y, por todo ello, a los actores les incumbe acreditar la concurrencia de todos los elementos que exige el artículo 1902 CC, obligación cumplida adecuadamente por el actor en el presente caso.

Error material: subsanable en casación.—Es indudable el error material sufrido por la sentencia recurrida, porque en el relato histórico y fundamentación jurídica siempre se habla de la pierna derecha como la amputada, y la izquierda como la salvada, mientras que la sentencia se refiere como amputado al miembro inferior izquierdo; tal error material, según el artículo 267, párrafo 2.º LOPJ, puede ser rectificado en cualquier momento, y, por tanto, en el presente recurso.

Incongruencia.—No existe tal incongruencia, aunque en la demanda no se pida cantidad concreta, pero sí se alega la existencia de daños y perjuicios; y en la sentencia se estiman acreditados y se recogen en sus fundamentos los conceptos que los componen, aunque en su cuantificación hayan diferido entre sí el JPI y la AP.

Responsabilidad del centro sanitario.—El accidentado ingresó en el Sanatorio, se le hospitalizó por decisión del médico de guardia, le trató el único neurocirujano del centro quien no le prestó toda la diligencia exigible, y la simple afirmación del carácter de colaborador de aquél respecto del Centro permite la aplicación del artículo 1903 CC y la condena de éste por los daños y contratos causados al actor en el ejercicio profesional de uno de los médicos de su cuadro clínico. (STS de 8 de abril de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—¿Incumbe al neurocirujano la obligación de detectar una trombosis en el enfermo al que atiende por una caída lumbar? Los datos ofrecidos por la S extractada son demasiado someros y esquemáticos para apreciar el efectivo desarrollo de los hechos; se habla de un *requerimiento al especialista vascular* al hacerse más patentes los referidos síntomas, pero no se aclara en qué momento se produce tal requerimiento, si al atender la caída lumbar, o si se realizó más tarde (por ejemplo, al volver a su consulta para observar la evolución de la caída, a menos que el enfermo quedara hospitalizado, cosa poco probable). Si los síntomas de la trombosis o embolia eran patentes al presentarse a consulta, parece clara la responsabilidad del neurocirujano; pero de ser ocultos y manifestarse ulteriormente de modo gradual, la responsabilidad del neurocirujano parece más dudosa; por otra parte, ¿no debe ser exculpado al haber notificado oficialmente al especialista vascular la existencia de los mencionados síntomas? Si se compara el supuesto de esta S con el referente a la de 16 de mayo de 1996, no se acierta a ver

cómo en el último supuesto resulta imprevisible la miocarditis del enfermo, no detectada en dos sucesivas intervenciones por los médicos, y sí, en cambio, la trombosis o embolia del supuesto resuelto por la S aquí anotada. (G. G. C.)

38. Responsabilidad civil médica: fallecimiento por miocarditis y neumonía detectados en autopsia: diagnóstico emitido según *lex artis*.—Tratándose de un enfermo al que, por los síntomas que presentaba (fiebre, malestar general, enrojecimiento de faringe y dolores musculares) y tras los oportunos reconocimientos, se le diagnostica un síndrome febril de probable origen gripal, prescribiéndosele el tratamiento que los médicos que le reconocieron estimaron adecuado, no hay responsabilidad de éstos ya que actuaron conforme a la *lex artis*.

Responsabilidad del Insalud: inexistencia.—El Insalud no incurrió en ningún defecto en la prestación de los servicios asistenciales al enfermo en cuestión, que en el desarrollo del motivo casacional no se dice, ni siquiera se insinúa, cuáles debieron ser los mismos, cuando aquél fue reconocido primero por el médico de guardia en el servicio de urgencias del Hospital Pío del Río Hortega, de Valladolid, y al día siguiente lo fue en su domicilio por otro médico del mismo servicio, quienes hicieron un diagnóstico conforme según la *lex artis*, sin que estimaran necesaria la práctica de ninguna otra prueba, ni su internamiento hospitalario, pues no podían prever, por los referidos síntomas que presentaba y las oportunas pruebas practicadas, que tuviera lo que luego se descubrió tras la práctica de la autopsia (miocarditis intersticial y neumonía lobulillar). (STS de 8 de abril de 1996; no ha lugar.). (G. G. C.)

39. Muerte por suicidio de enfermo mental: inexistencia de culpa profesional en facultativos del centro: falta de nexo causal.—La muerte del hijo de los actores se debió al hecho de estar internado en el Centro Sanitario, dependiente del Insalud, tras un transtorno mental, y que ingresado en la planta de agudos, rompiendo una ventana se arrojó al vacío, ocasionándose unas lesiones que posteriormente le causan la muerte; la S recurrida declara que no se incurrió en negligencia alguna en la debida atención del enfermo, habida cuenta su estado psiquiátrico y las circunstancias respecto al tratamiento, vigilancia o atenciones y medidas adecuadas de control dispensadas al mismo; por ello no existe nexo causal entre la conducta de vigilancia y atención del Centro Sanitario, y sus profesionales, con respecto a la actitud que motivó la conducta determinante de la muerte del fallecido. (STS de 16 de mayo de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Habida cuenta de la aplicación a este caso de la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad médica, estamos en un supuesto de falta de prueba de una conducta contraria a la *lex artis ad hoc*, aplicable tanto a los facultativos encargados de la asistencia como al personal de vigilancia. Al final del 2.º FD se reitera, quizá innecesariamente: «Sin que por último, por los elementos que incorpora el motivo, sea posible a la Sala que juzga apreciar si, en efecto, las medidas de atención o de prestación de los servicios correspondientes al estado del enfermo pudieran determinar la falta de diligencia adecuada para este cometido». Frase que revela, acaso, ciertas dudas o vacilaciones por parte de los juzgadores. En primera instancia se había estimado íntegramente la reclamación de doce millones de pesetas interpuesta por los padres como indemnización por la muerte de su hijo, debido a suicidio ocurrido en el centro; pero en apelación fue desestimada, rechazo que confirma el TS. (G. G. C.)

40. Responsabilidad civil del Insalud: funcionamiento defectuoso de servicios médicos: falta de reclamación administrativa previa.—Según la doctrina de la Sala Primera, el requisito previo de la reclamación administrativa para el ejercicio de acciones fundadas en derecho privado contra el Estado, ha de ser interpretado con criterios de flexibilidad y de adaptación a las pautas contenidas en el artículo 3.1 CC, pues se trata de un defecto subsanable a lo largo del proceso, y por lo tanto no existe en nuestro ordenamiento base alguna para que esta exigencia opere como condicionante absoluto del ejercicio de las acciones civiles, y debe ser obviado en aras de la efectividad de la tutela judicial que proclama el artículo 24 CE (SS de 24 de marzo y 29 de octubre de 1992, 15 de marzo de 1993 y 12 de mayo de 1994, entre otras); lo que se corrobora con la doctrina jurisprudencial que equipara al acto de conciliación tal reclamación previa, sobre todo cuando, a partir de la reforma procesal de 1984, se estableció el carácter facultativo de dicho acto procesal, adquiriendo un carácter totalmente voluntario.

Requisitos del artículo 1902 CC.—Concurriendo la existencia de un actuar culposo por parte del Insalud (la disminución en el 50 por 100 del servicio de neurocirugía en época estival, no conveniente), un resultado dañoso (muerte del esposo y padre de los actores) y el nexo causal (pues ingresado el enfermo en el servicio de otorrinolaringología, no se detectaron a tiempo los síntomas fatales cuya falta de tratamiento provocó el óbito), se dan todos los requisitos exigidos por pacífica y constante doctrina jurisprudencial para la indemnización de daños y perjuicios. (STS de 3 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Se recogen con todo detalle en el 2.º FD: «El no ingresar a un enfermo con un traumatismo cráneo-encefálico grave en el servicio de neurocirugía como centro especializado, y hacerlo en el de otorrinolaringología, por mor de tener el primero reducido a la mitad de su capacidad al encontrarse el personal a su servicio de vacaciones, y, por lo tanto, privar al paciente de unos cuidados muy concretos que sólo puede prestar un personal sumamente especializado, y que lógicamente no se encontraba en el servicio mencionado, como de hecho sucedió, puesto que en el mismo no se pudieron observar o contrastar los síntomas y signos iniciales de agravación que condujeran al neurocirujano no a actuar en una fase todavía útil, y por eso llegando a un estado de daño neurológico irreversible».

NOTA.—Plenamente de aprobar la S extractada (Pte. Sierra Gil de la Cuesta) que incide en el problema real de la asistencia hospitalaria en el periodo vacacional, especialmente estival. Si el Insalud, como recuerda la S, «actúa como un empresario normal», es decir, «como entidad privada que debía procurar la curación de un enfermo cuando ingresa en alguno de sus centros hospitalarios», deberá planificar adecuadamente sus servicios, buscando eventualmente facultativos sustitutos a los profesionales que disfrutaban de su derecho a vacaciones; y ello, singularmente, en el servicio de neurocirugía por el constatado incremento de accidentes de circulación, observa la S. Por otra parte se reitera la doctrina sobre la falta de reclamación previa en vía administrativa. (STS de 3 de septiembre de 1996; no ha lugar.) (G. G. C.)

41. Responsabilidad civil del médico: doctrina general.—Reiteradamente ha dicho esta Sala que la obligación del profesional sanitario no lo es de resultados, sino de medios, pues no contrae deber de curación del enfermo, como si

fuera algo a su alcance, sino sólo el de procurar, sin omisiones, fisuras, ni justificaciones sin causa, aplicar todos los medios que el avance de la medicina pone a su alcance para la mejora de la salud; merece pleno rechazo la argumentación que sostiene la aplicación al caso de la culpa objetiva, pues ataca frontalmente la doctrina reiterada de esta Sala que, en materia de responsabilidad y culpa del personal médico y asimilado, así como de los centros y clínicas hospitalarias, descarta toda responsabilidad más o menos objetiva, no operando tampoco la inversión de la carga de la prueba, siendo concluyente la jurisprudencia en declarar que no se da responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer relación de causalidad culposa.

Falta de prueba de los requisitos del artículo 1902 CC.—De los tres requisitos exigidos por el artículo 1902 CC sólo resulta acreditado el daño; la doctrina reiterada es que la apreciación probatoria del Tribunal de Apelación basada en hechos y dictámenes técnicos, obrantes en el proceso, necesariamente ha de mantenerse en casación y conduce a la decisión judicial de no haberse probado la conducta culposa que se atribuye al médico, no existiendo tampoco datos fácticos probados para establecer relación de causalidad con los resultados negativos surgidos y que afectan a la salud del recurrente; la apreciación de concurrencia de nexo causal está sometida a la crítica casacional, pero ello exige acreditar falta de lógica y racionalidad imputable al Tribunal de instancia, lo que no ocurre en este caso. (STS de 23 de septiembre de 1996; no ha lugar.). (G. G. C.)

42. Responsabilidad civil médica: secuelas subsiguientes a intervención quirúrgica: falta de prueba de infracción de la *lex artis*.—De los hechos que se declaran probados no se desprende en modo alguno, ni siquiera de forma indirecta o indiciaria, que las secuelas que quedaron a la demandante hayan sido debidas a la utilización de una técnica defectuosa, en algún sentido, en la práctica de las intervenciones quirúrgicas a que la misma fue sometida; conclusión imposible de obtener del nulo material probatorio aportado al proceso, en el que no se ha practicado prueba pericial alguna, ni ninguna otra, de la que sea posible obtener la conclusión probatoria evidenciadora de la negligencia profesional de los facultativos que practicaron las intervenciones quirúrgicas, sin que tampoco aparezca probado que los facultativos que operaron a la actora le garantizaron formal y expresamente el satisfactorio resultado de la intervención. (STS de 15 de octubre de 1996; ha lugar.)

NOTA.—Una paciente intervenida en el Insalud reclama doce millones de pesetas por las secuelas subsiguientes a la intervención por una ciática discal, consistentes en una incapacidad casi absoluta. Desestimada la demanda en primera instancia, en apelación es acogida en su integridad. El TS estima el recurso del Insalud, recordando primeramente los principios jurisprudenciales hoy vigentes en materia de responsabilidad médica, y declarando categóricamente la falta de prueba de la supuesta responsabilidad médica, calificando la *muy simplista e insustancial argumentación jurídica utilizada por la sentencia recurrida*, que se apoya exclusivamente en la doctrina de única S, la de 16 de abril de 1991, que sirve de base a la *extraña argumentación jurídica* del Tribunal *a quo*. Los hechos de la S últimamente citada se referían a una intervención médica de corrección estética, no necesaria, en la que el facultativo había asegurado a la paciente el favorable resultado, por lo cual su doctrina carece de aplicación. El TS se muestra extraordinaria-

mente celoso de que los Tribunales inferiores no se aparten de la doctrina jurisprudencial consolidada, lo que es de agradecer, pues ello favorece la seguridad jurídica en tema de tanta trascendencia social. (G. G. C.)

43. Responsabilidad por productos defectuosos: muerte por asfixia entre barrotos de la cuna: responsabilidad del fabricante y del vendedor: artículos 25 de la Ley de 1984 y 1902 CC.—Aunque es cierto que el ámbito de la Ley de 1984 es preferentemente administrativo, es innegable que contiene normas sustantivas civiles, comprendiendo en su texto supuestos de culpa contractual y extracontractual, si bien regulados con los matices derivados de la propia ley, por lo cual los artículos 25 a 31 deben quedar condicionados por la concurrencia de un factor culposo o negligente en la conducta de las personas presuntamente responsables, unido, además, al nexo causal.

Concurrencia de culpas: negligencia de los padres.—El artículo 25 de la Ley de 1984 exige como requisitos necesarios: la condición de consumidor o usuario en la persona que reclame una indemnización, la demostración de daños y perjuicios por la utilización de productos o servicios y la ausencia de culpa exclusiva suya o de quienes deben responder; en el presente caso no cabe negar el evidente daño moral que sufrió el matrimonio actor por el fallecimiento de su hija, ni que éste se produjo por «la defectuosa fabricación del somier» de la cuna en que se encontraba la niña; asimismo, concurre un elemento culposo o negligente en la conducta de los recurrentes, ya que si el defecto consistió en «no guardar entre sus barrotos la distancia adecuada para que en manera alguna hubiera posibilidad de que el bebé pudiera introducir entre ellos su cabeza», es notorio que tal defecto tuvo y debió haber sido percibido por el fabricante y por el vendedor, así como prever la posibilidad, más o menos remota, de una situación de riesgo o peligro, perceptibilidad y previsibilidad a ambos imputable, aunque fuera en grado inferior la correspondiente a la casa vendedora, lo que se produjo en el reparto de responsabilidad entre el 80 y el 20 por 100 en las relaciones internas entre fabricante y vendedor; concurre, por último, la cualidad de usuarios en el matrimonio perjudicado, quedando excluida la culpa exclusiva de éste pues únicamente se apreció una «cierta negligencia por parte de los familiares», que llevó a moderar la indemnización a conceder.

Prescripción de la acción. Plazo de ejercicio. Inaplicabilidad del artículo 1490 CC. Cuestión nueva.—En el recurso se viene a plantear el tema de la prescripción de la acción, no aludido en la instancia, lo que constituye cuestión nueva que debe rechazarse, aunque, además, tampoco prosperaría por las siguientes razones: a) Se confunden los posibles plazos de garantía de un producto y del ejercicio de la acción hecha valer dentro del término de garantía, con el plazo a computar para ejercitar una acción indemnizatoria derivada de daños corporales por la defectuosa fabricación de un producto; b) Tampoco admite comparación con los plazos de prescripción del dominio y de los derechos reales; c) Ni cabe aplicar el artículo 1490 CC relativo al saneamiento por defectos ocultos de la cosa vendida. Como acertadamente observa la Sala *a quo*, la falta de fijación legal de plazo para el ejercicio de las acciones de resarcimiento hace aplicable el general de quince años del artículo 1964 CC; si bien, aunque se entendiera aplicable el de un año, la acción fue ejercitada oportunamente, pues fallecida la niña el 2 de noviembre de 1989, la demanda se presentó el 2 de noviembre de 1990. La acción ejercitada fue la indemnizatoria por daños corporales a causa de una defectuosa fabricación del producto, y ello no admite parangón con las efectuadas al amparo del plazo de garantía.

Inaplicabilidad del artículo 27 de la Ley 1984.—El artículo 27.1 LGDCU se refiere a productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, siendo inaplicable a los daños derivados de la fabricación y venta de una cuna.

Inversión de la carga de la prueba.—El artículo 1214 CC no contiene norma valorativa de prueba y sólo puede invocarse en casación cuando el Juez altere indebidamente el *onus probandi*, pero ello no ocurre si se realiza una apreciación de la aportada por cada parte y se valora, en su conjunto, su resultado, estableciendo que el accidente se originó «por la defectuosa fabricación del somier de la referida cuna que, al no guardar entre sus barrotes la distancia adecuada para que en manera alguna hubiera posibilidad de que el bebé pudiera introducir entre ellos su cabeza, como sucedió en el caso de autos, pone de manifiesto su defectuosa fabricación».

Responsabilidad de la empresa por la culpa de sus trabajadores: artículo 1903 CC.—Evidenciando el conjunto de las pruebas practicadas la defectuosa fabricación del somier de la cuna, ello determina la responsabilidad de la empresa, en función de una elemental relación de dependencia laboral, pues el defecto de fabricación habría de ser imputable a los trabajadores, incluyéndose el supuesto en el artículo 1903 CC.

Interpretación del artículo 25 de Ley 1984: no es de responsabilidad objetiva.—Una interpretación racional y lógica del artículo 25 de la Ley de 1984, especialmente si se lleva a cabo en concordancia con los artículos siguientes, no autoriza a entender de modo incondicional que la ley establezca un inflexible sistema de responsabilidad objetiva, pues introduce como factor correctivo el de la culpa exclusiva del consumidor o usuario, lo que ya presupone que en cada caso concreto debe realizarse una estimación comparativa entre las posibles conductas o actividades que concurren en la producción y la utilización de los bienes; además, el artículo 26, en relación con la responsabilidad de los productores y suministradores, introduce como dato a tener en cuenta «los demás cuidados y diligencias que exigen la naturaleza del producto, servicio o actividad», que necesariamente comporta el análisis de un reproche culpabilístico; y el artículo 27.2 alude a una «participación en la causación de los daños» en punto al derecho de repetición de los otros responsables, que comporta, asimismo, analizar el grado del reproche culpable. Por consiguiente, apreciar la concurrencia de culpas, no supuso un actuar infringiendo la reiterada LGDCU. (STS de 27 de junio de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de una S que ha merecido cierta atención doctrinal (Rubio, *La mano que mece la cuna*, Aranzadi Civil, octubre 1996; Rodrigo Bercovitz, *Comentario* a la S en CCJC, septiembre-diciembre 1996, núm. 42, pp. 1197 ss). Conviene subrayar que la cuna había sido adquirida con cierta antelación a los hechos, ya que sirvió para otra hija del mismo matrimonio, sin que se produjera, con ocasión de su uso, ninguna anormalidad. Frente a la fundamentación de esta S se sostiene por Rodrigo Bercovitz el carácter objetivo de la responsabilidad recogida en los artículos 27 y 28 LGDCU, defendida por la doctrina y asumido por TS de 23 de junio de 1993; especialmente se contempla en el artículo 28,1 la responsabilidad objetiva por los productos dirigidos a los niños, de plena aplicabilidad al caso (*loc. cit.* p. 1208). En cuanto al plazo de ejercicio de la acción, la S permanece en cierta indefinición; por una parte se dice que en el presente caso la acción se ejerció dentro del año, pero que rige el general de quince años, afirmación

esta última que puede tomarse por *obiter*; en general puede verse María Ángeles Parra Lucán, *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990, pp. 456 ss.; después de promulgada la Ley de 1994, su artículo 13 establece un plazo de diez años de extinción de responsabilidad, y el artículo 12, el plazo prescriptivo de tres años (María Ángeles Parra Lucán, *Notas, etc.*, cit., marginal 748 ss.); en cuanto al caso resuelto, no sujeto a la nueva ley, R. Bercovitz, *op. cit.*, pp. 1209 ss., aprueba el plazo de quince años en cuanto al suministrador, pero para el producto sólo cabría el anual. No deja de tener razón Rubio, *loc. cit.*, p. 9 cuando denuncia las grandes dudas y vacilaciones a la hora de establecer los principios rectores del Derecho de daños, sólo en parte —añado por mi cuenta— disipadas por la Ley de 1994. (G. G. C.)

44. Responsabilidad por productos defectuosos. LGDCU y Ley de 7 de julio de 1994. Daños a menor por explosión de botella. Responsabilidad alternativa y no conjunta.—Los artículos 26 y 27.1.a), de la Ley de 1984 y la de responsabilidad civil por productos defectuosos de 7 de julio de 1994 establecen la regla general de la responsabilidad del fabricante, importador, vendedor o suministrador de los productos a los consumidores o usuarios, y una interpretación lógica de tal plurirresponsabilidad supone que el dañado o perjudicado puede elegir entre ejercitar la acción de reclamación contra los referidos fabricante importador, vendedor y suministrador, pero no puede demandar conjunta y simultáneamente a dichos responsables *ope legis*, salvo que haya podido aportarse un principio de prueba que demuestre la concurrencia concreta de todos los presuntos demandados en la realización del evento dañoso; todo ello sin perjuicio del derecho a repetir del responsable que paga según el artículo 27.2 LGDCU; en el presente caso, habiendo conseguido el actor la condena del fabricante, pretende lograr la del suministrador, lo que no es posible al no probar la concurrencia del suministrador en la producción del daño, dado que la explosión de la botella se produce por ser defectuosa.

Prueba.—La S de 23 de junio de 1993, aplicable a un caso similar de accidente por estallido de una botella, establece que ni a la víctima le corresponde la prueba de que el fabricante no ha cumplido con las precauciones y medidas apropiadas en su proceso productivo, ni éste puede liberarse de su responsabilidad probándolo efectivamente, ni, por último, a la víctima le corresponde probar que ha obrado con toda corrección en el uso del producto, sin que incumba al fabricante la prueba de que tal uso fue incorrecto, para liberarse de su obligación de responder.

Moderación de la indemnización.—El artículo 29 de la Ley de 1984, que es un precepto común al sistema de responsabilidad que establece dicha ley, dispone que el usuario tiene derecho a una compensación, sobre la cuantía de la indemnización, por los daños extracontractuales durante el tiempo que transcurra desde la declaración judicial de responsabilidad hasta su efectivo pago; pero este precepto debe completarse con el artículo 921 LEC en su apartado 4.º, que faculta al Tribunal que revoca parcialmente la resolución indemnizatoria del Juzgado fijar, a su prudente arbitrio, el interés que devengará la suma fijada como indemnización; en el presente caso la sentencia proclama que tal indemnización debe ser reducida a sus justos límites, tanto en cuanto al importe de la indemnización como a los intereses devengados, lo que supone el cumplimiento de aquella regla (STS de 4 de octubre de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda se interpone en reclamación de los daños causados a un menor por explosión de una botella; en primera instancia se estima íntegramente la demanda y se condena solidariamente al fabricante y al vendedor; en apelación se absuelve a este último y la indemnización se reduce a la mitad. Los hechos son anteriores a 1990 y, por tanto, no caen bajo la aplicación de la Ley de 1994. No obstante en el 1.º FD, a modo de introducción, se dice que la LGDCU de 1984 ha sido complementada por la de 1994, de responsabilidad civil por productos defectuosos, basada en la Directiva 85/374/CEE, que establece un sistema de responsabilidad civil especial y cerrado, mientras aquélla se basaba en un régimen general de responsabilidad cuasi-objetiva, con imposición de la inversión de la carga de la prueba. Observa a este respecto María Ángeles Parra Lucán, *Notas a la Ley 22/1994, de 5 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, AC, 1995-4, marginal 727, que, en principio, la nueva ley se limita a incorporar a nuestro Ordenamiento la Directiva comunitaria, apartándose de ella en aquellas cuestiones en que la misma deja libertad a los Estados, por lo que no pretende derogar los artículos 25 a 29 de la Ley de 1984, ni tampoco modificar su redacción; la ley se presenta como una ley especial que sólo da nueva redacción al artículo 30 LGDCU relativo al seguro obligatorio de responsabilidad, pero no deroga ni modifica los artículos correspondientes al régimen de responsabilidad por productos previsto en el capítulo VIII de aquélla. Ello explicaría la expresa cita jurisprudencial en la sentencia de una ley posterior —por ello, inaplicable— a los hechos base de la demanda. Estos últimos resultan ser sustancialmente idénticos a los previstos por la STS de 23 de junio de 1993, también comentada por la autora en otro trabajo (*La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de responsabilidad. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Civil, 1995-1, pp. 46 ss. Sobre la Ley de 1994 *vid.* asimismo Silvia Díaz Alabart y María Carmen Gómez-Laplaza, *Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, AC, 1995-2, marginal 519). Llama también la atención en el 1.º FD la tajante prohibición de que el perjudicado demande conjuntamente al fabricante y al suministrador «salvo que haya podido aportar un principio de prueba que demuestre la concurrencia concreta de todos los presuntos demandados en la realización del evento dañoso», que no se reconoce en el supuesto; lo contrario del caso del bebé asfixiado entre los barrotes de la cuna (STS de 25 de junio de 1996), defecto que «debió haber sido percibido por el fabricante y el vendedor, así como prever la posibilidad, más o menos remota, de una situación de riesgo o peligro, perceptibilidad y previsibilidad a ambos imputable, aunque fuera en grado inferior la correspondiente a la casa vendedora», como dice el 3.º FD; diferencia de trato acaso no del todo justificada. (*G. G. C.*)

45. Responsabilidad civil derivada de delito. Extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento de los imputados.—La demanda se interpone contra el organismo FEVE (Ferrocarriles de Vía estrecha) por la muerte del esposo de la actora por consecuencia de la colisión frontal de dos trenes pertenecientes a la demandada, ocurrida el 28 de febrero de 1977, sien-

do procesados por tales hechos el encargado del control de tráfico centralizado y el jefe de movimiento y tracción, archivándose la causa criminal por muerte de los posibles responsables penales; se ejercita la acción *ex delicto*, y no la derivada de culpa extracontractual, pues se instruyó el sumario de urgencia 13/77 del JPI, núm. 2 de San Feliú de Llobregat, aunque se dictó auto de sobreseimiento provisional y archivo de la causa, entendiéndose viva dicha acción civil, cuyo plazo prescriptivo es de quince años. Pero ejercitada la acción de responsabilidad *ex delicto*, ninguna otra puede ser considerada por el Tribunal en razón a la congruencia, debiendo aquí entenderse que debe desestimarse la acción por no existir sentencia penal condenatoria, presu-puesto indeclinable para el nacimiento de aquélla.

Doctrina general.—Cuando los hechos dan lugar a actuaciones penales, éstas paralizan la posibilidad de actuar en vía civil, o el proceso que haya comenzado, al imponerlo así el artículo 114 LECr hasta que recaiga sentencia firme, obligando tal precepto a la jurisprudencia a extender la apertura de la vía civil a los supuestos de sobreseimiento libre e, incluso, a los de sobreseimiento provisional o al archivo de diligencias: pero en tal supuesto la acción civil que se ejercite ha de ser la del artículo 1902 CC que prescribe al año conforme al artículo 1968, mas no la *ex delicto*, que requiere la existencia de condena penal que así lo declare, condena que existe en los supuestos de indulto o de muerte del reo, pero no cuando se produce el sobreseimiento o el archivo sin previa condena, ya que antes de la condena pervive la presunción de inocencia. (STS de 20 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

NOTA.—En el comentario a S de 14 de junio de 1996, hice referencia a las catástrofes ferroviarias de cierta magnitud, como fue, sin duda, el choque frontal de dos trenes catalanes de vía estrecha a que se refiere esta S dando origen a la apertura de proceso penal; sorprende, no obstante, el considerable retraso con que se resuelve en vía civil casi a los veinte años de producirse los hechos. ¿Habrá fallecido mientras tanto la actora? Además, desde la perspectiva de la perjudicada, el fallo es negativo para su pretensión por causa de la embrollada regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* que el nuevo CP tampoco ha acertado a desentrañar. En síntesis, la S extractada viene a decir que se ha extinguido la acción civil *ex delicto*, y que de haberse ejercido la acción del 1902 CC, también hubiera prescrito; impecable razonamiento con arreglo al derecho aplicable. Bajo el CP derogado observaba La Cruz (*Elementos*, II-1.º, 1985, 2.ª, ed. p. 493) que lo singular de estos supuestos es que, al cambiar la normativa aplicable, su acaecimiento modifica *ex post* y por causas meramente fortuitas el alcance de la responsabilidad. En parecido sentido opina (Pantaleón, *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, p. 1974, poco justa conclusión la de que, por un hecho no imputable al perjudicado, el plazo de prescripción de su pretensión se acortaría catorce años. No faltó alguna S de la Sala Primera, como la de 4 de julio de 1970, que entendió que, extinguida la responsabilidad penal por el fallecimiento del procesado, la acción civil subsistente, aunque deba ejercitarse en vía civil, lo será al amparo del artículo 1092 CC y no de los artículos 1902 y 1903 CC. En el momento actual, aun subsistiendo poderosas razones de equidad para mantener la mencionada postura (necesidad de proteger a las víctimas, ajenas a los cambios de normativa), la doctrina y la jurisprudencia pos-

terior la rechaza, incluso con apoyo constitucional, pues debe mantenerse, para el aparente responsable, la presunción de inocencia penal y su consecuencia civil (cfr. Carmen López Beltrán de Heredia, *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Valencia, 1997, p. 65). En esta línea se inscribe la S anotada. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

46. Título nobiliario. Distribución de títulos.—El artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 y el artículo único de la Ley de 17 de junio de 1855 permiten a los «poseedores actuales» que disfrutasen dos o más Grandezas de España o títulos de Castilla, y tuviesen más de un hijo, distribuir entre éstos las expresadas dignidades nobiliarias. La interpretación de estas normas no puede ser rigorista respecto a su efectividad temporal. Así no cabe «limitar su aplicación a los “actuales poseedores” de mercedes nobiliarias en aquel entonces». Esta interpretación se encuentra avalada por el artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 y por la doctrina contenida en la STS de 15 de febrero de 1921.

La posesión civilísima.—De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia (SS de 9 de junio de 1964, 8 de octubre de 1990), la posesión en el título se transmite por ministerio de la Ley y sin necesidad de aprehensión o tenencia corpórea que debe distinguirse del requisito formal de la rehabilitación o autorización para el uso público y efectivo del título. A estos efectos, siguiendo la doctrina clásica de la posesión «civilísima», el último poseedor legal del título se determina conforme a la Ley 1.^a, título 24 del libro XI de la *Novísima Recopilación* que dispuso «la posesión civil y natural de los bienes del mayorazgo, muerto su tenedor, se transfiere al siguiente en grado que deba suceder». Téngase en cuenta asimismo la Ley XLV de Toro.

La prescripción.—El artículo 1960.1 CC no encuentra obstáculo en su aplicación a los títulos nobiliarios, pese a la situación especial que se produjo en la época de la Segunda República. En efecto, como establece la S de 6 de marzo de 1991, no cabe duda que la República derogó la legislación anterior sobre títulos nobiliarios, pero tampoco puede dudarse «que la vitalidad del propio derecho los mantuvo en uso siguiendo disfrutándose en las relaciones normales, fuera del ámbito meramente oficial, incluso por la actuación de la Diputación de la Grandeza, a la que se dio valor en el periodo que media entre el 14 de abril de 1931 y el año 1948, de forma que la legislación de ese último año revitalizó, volvió a dar fuerza a algo que no estaba muerto». Durante la Segunda República «se produjo un mero paréntesis durante el cual se privó de protección jurídica —volviendo a dársela después— a lo que se mantuvo como hecho». (STS de 13 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 25 de marzo de 1887 el rey don Alfonso XII concedió a N. H. y P. el título de Conde de Doña Marina. El 21 de marzo de 1890, tras fallecer el primer Conde, su único hijo, sin obtener a su favor carta de sucesión, distribuye a su hija J. H. y S. el título objeto de este procedimiento, ya que su hijo primogénito y su hija segunda usaban otros títulos. Una vez aprobado el acto de distribución, y expedida Real Carta de Sucesión a favor de J. H. y S., al fallecimiento de ésta se expidió Carta de sucesión el 18 de febrero de 1955 en favor de su hijo primogénito. El 26 de abril de 1957, dada la muerte del ante-

rior, se expidió nueva Carta de Sucesión en favor de su hijo primogénito. Tras la muerte de éste su hijo primogénito solicitó la expedición de la correspondiente Real Carta de Sucesión, siendo demandado para llevar, usar y poseer el título nobiliario de Conde de Doña Marina. Desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, e interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Formulado recurso de casación, el TS consideró que no ha lugar al recurso.

NOTA.—Se observa en el FD 4.º de la S que nos ocupa un tratamiento ambiguo de la posesión civilísima en los títulos nobiliarios. En un primer momento, al utilizar la doctrina de la S de 9 de junio de 1964 y expresiones como «era único hijo y heredero del primer conde y por tanto el único poseedor civilísimo», parece que la Sala asume que la posesión civilísima solo opera a favor del heredero, el óptimo poseedor. Posteriormente, en el mismo FD, se determina que en la posesión civilísima hay que precisar quién es el último poseedor legal: el siguiente en grado del tenedor del título. Queda así patente la complejidad de esta institución en el ámbito nobiliario, que no puede olvidarse que el mejor derecho genealógico no puede resolverse partiendo únicamente del último poseedor. Necesariamente el fundador del título y el último poseedor son elementos complementarios que han de ser valorados en la posesión civilísima.

Por otro lado, conviene resaltar que en la S anotada se utilizan indistintamente los términos: cesión y distribución de títulos nobiliarios. Sin embargo, se trata de figuras diferentes, como queda patente con la mera lectura de los artículos 12 y 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912. A grandes rasgos cabe señalar que la distribución de títulos nobiliarios requiere de mayores requisitos para su efectividad que la cesión. (S. A. R.)

47. Acción reivindicatoria.—Con arreglo a la doctrina jurisprudencial (SS de 9 de junio de 1982, 4 de junio y 23 de diciembre de 1983 y 9 de febrero de 1984), para la estimación de la acción reivindicatoria se requiere título de dominio, identificación de la finca y posesión de la misma por el demandado, pero es que, además y es lo que justifica la formulación autónoma del motivo, la jurisprudencia (SS de 31 de octubre de 1983, 26 de enero y 18 de mayo de 1985) exige como requisito indispensable para la acción dicha «la inequívoca identificación de la finca de tal modo que no se susciten dudas racionales sobre cual sea», añadiéndose (SS de 9 de junio de 1982, 22 de diciembre de 1983 y 25 de febrero de 1984) que tal requisito tiene un doble aspecto: por una parte, el de fijarse con claridad y precisión la situación, cabida y linderos de la finca; por otra, que se acredite que el terreno reclamado es aquel al que el primer aspecto de la identificación se refiere. (STS de 22 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don P. L. formula demanda solicitando la declaración de dominio de una finca y rectificación registral correspondiente contra las entidades *Vertrage, SA, Plalafusa, SL, y Financiera Internacional, SA*. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso declarando el dominio del actor sobre la citada finca. Se formula recurso de casación siendo desestimado el mismo. (Y. B. M.)

48. Derecho real de propiedad. Acción reivindicatoria y acción declarativa de dominio. Deslinde.—No puede accederse a lo solicitado cuando la base fáctica sentada por la Audiencia ha quedado inconcusa (...). Quiere decirse que el confusionismo y falta de descripción real de las fincas, con su topografía y linderos, se agravaría con la declaración pretendida, máxime cuando en realidad, al afirmar que la finca de los demandados invade parte de la propiedad de los actores, se ejercita una acción reivindicatoria, que requiere como primer requisito, al igual que la declarativa de dominio, la plena identificación de las fincas, cuestión de hecho a determinar por los Tribunales de instancia, que niegan incluso la colindancia, de manera que tampoco procede la acción de deslinde.

Legitimación registral.—El principio de legitimación registral cubre los datos jurídicos, mas no las circunstancias de mero hecho, como extensión, linderos, etc., y la presunción contenida en el artículo 38 LH «se presumirá» tiene el mero carácter de *iuris tantum*, destrúible por prueba en contrario. (STS de 27 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—En primera instancia los actores ejercitaron una acción declarativa de dominio respecto de una finca que consideraban colindante y segregada de la suya, y la demanda fue estimada por el Tribunal. La sentencia, una vez que la Audiencia constata que los datos identificativos de la extensión y límites de la finca no eran exactos, así como que se trataba de dos fincas diferentes con distintos linderos, es revocada en apelación, puesto que no había datos suficientes ni para ejercitar la acción declarativa —y por tanto tampoco la reivindicatoria— ni la de deslinde. Uno de los demandantes de la instancia interpone recurso de casación, que también es desestimado. (C. L. S.)

49. Zona marítimo-terrestre. Posibilidad de la subsistencia de enclaves privados tras el artículo 132.2 CE. Requisitos.—La jurisprudencia más antigua viene a reconocer y decretar el dominio a cargo de particulares de los referidos enclaves, en los supuestos demostrados de desafectación y su alienabilidad hubiera sido autorizada o su adquisición tuviera lugar con anterioridad a la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, complementada por la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, la Ley de 26 de abril de 1969 sobre Costas y su Reglamento de 23 de mayo de 1980, al establecer que la zona marítimo-terrestre es de dominio público, sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos por los particulares. La Constitución no ha venido a derogar expresamente la legislación anterior que se deja citada, en cuanto que a su amparo se podía acceder al dominio de los enclaves en zonas marítimo-terrestres. La cuestión se plantea en forma precisa y decidida sobre la aplicación directa del precepto constitucional 132.2, que no contiene reconocimiento expreso de los derechos legítimamente adquiridos. Sin embargo, dicho efecto derogatorio de la legislación contradictoria a la normativa constitucional no puede tener trascendencia confiscatoria, por prohibirlo su artículo 33.3, respecto a aquellas situaciones patrimoniales que tienen origen en contratos legales, y se han consolidado con el transcurso del tiempo, presentándose acomodadas a la normativa que regulaba las mismas antes de la vigencia de la Constitución, la que precisamente no es proclive a desatender en forma expresa los intereses legítimos de terceros, en los casos de retroactividad y en el presente sobre el controvertido dominio costero. La doctrina del TS sobre la cuestión ha venido proclamando que la presunción-blindada constitucional en pro del dominio público nacional, requiere, para ser destruida, una rigurosa demostración de contrario, con lo que no se desconocen ni se niegan los enclaves privados. Pero la inscripción registral por

la vía del artículo 205 LH no resulta suficiente, ante el precepto constitucional 132.2, para amparar por sí sola, ante la ausencia de titularidad proveniente de enajenación por el Estado, las pretensiones de los actores. Las inscripciones registrales vigentes dan fe de la validez del título pero no de la realidad física del bien a que se refiere, por lo que no actúan con eficacia suficiente frente a la notoriedad del carácter público de las zonas marítimo-terrestres y, por ello, no pueden fundar la afirmación de una efectiva titularidad dominical.

Acción declarativa de dominio sobre enclaves privados. Competencia de la jurisdicción civil.—Si bien el otorgamiento de concesiones constituye atribución estatal (art. 64 de la vigente Ley de Costas), el pleito actual no tuvo por objeto tal cuestión, sino la bien decidida de la titularidad dominical de los enclaves que reclaman los demandantes, lo que es cuestión a resolver por la jurisdicción civil.

Incongruencia de la sentencia.—Para apreciar situación de incongruencia ha de atenderse a la concordancia y consiguiente correlatividad entre el suplico de la demanda y fallo de la sentencia que resuelve el pleito y por ello con atención a las pretensiones deducidas por los litigantes, y acciones ejercitadas, sin que proceda alterar la causa de pedir ni sustituir las cuestiones discutidas por otras distintas y, a su vez, cuando sucede, como es el caso de autos, que se concede más de lo pedido *—ultra petita—* ya que a los juzgadores no les corresponde salvar las deficiencias de las peticiones que deben incluirse en los suplicos de los escritos que configuran el litigio.

Litisconsorcio pasivo necesario.—Ha de tenerse en cuenta que la institución del litisconsorcio pasivo necesario no es de aplicación a controversias sobre el ejercicio de acciones reales dimanantes del dominio de las cosas y resolutorias de derechos privados y ser los terceros simplemente afectados de modo indirecto. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que establece que no son litisconsortes necesarios aquellos que pueden verse relacionados por la sentencia que se pronuncia de modo reflejo. (STS de 10 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don Alejandro, don Pedro y doña Ana C. B. formularon demanda en juicio declarativo ordinario contra la Administración del Estado sobre declaración de dominio sobre tres fincas enclavadas en la zona marítimo-terrestre. Dos de ellas habían sido adquiridas al Estado por correspondientes escrituras públicas que facilitaron su acceso al Registro, no así la tercera, que accedió al él por la vía del artículo 205 LH. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación, reconociendo la titularidad de los apelantes sobre las fincas en los términos que constan en el Registro, sin perjuicio de la transformación en concesión y demás efectos prevenidos en la Ley de Costas de 1988. El TS acoge parcialmente el recurso de casación interpuesto por la Administración demandada y el Ayuntamiento afectado —en cuanto interviniente procesal adherido— y rechaza el recurso formalizado por los demandantes. (J. L. R.)

50. Construcciones en terreno ajeno de mala fe.—Cuando la mala fe concurre en el constructor y en el dueño del terreno se aplica la disposición que el Código dedica a la construcción con buena fe de ambos y en consecuencia el dueño del terreno debe optar según el artículo 361 CC. (STS de 4 de octubre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento de Aldeanueva de la Sierra vendió unos inmuebles municipales a don M. A. M. y don J. F. S. G. Ambos fueron condenados en vía penal por delito de falsedad en documento público y fraude, reservando a las partes las acciones civiles sobre la accesión en el solar correspondiente a don M. A. M. Posteriormente, se ejercita demanda en la vía civil que fue desestimada en parte por el Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia revocó la sentencia en parte. De los antecedentes fácticos consta que ambas partes, Ayuntamiento y constructor, actuaron de mala fe. El TS dio lugar a la casación de la sentencia, al considerar que la solución dada por la Audiencia no es la correcta, pues priva al Ayuntamiento del derecho a adquirir la edificación previa indemnización establecida en los artículos 453 y 454 CC y le impone la solución de que venda el terreno al constructor. (*Y. B. M.*)

51. Accesión invertida. Requisitos.—Una larga serie de SS de esta Sala, desde la de 31 de mayo de 1949 hasta las más modernas de 11 de marzo de 1985, 24 de enero de 1986, 23 de julio de 1991, 3 de abril y 11 de junio de 1992, han precisado los requisitos que deben concurrir para que se dé la figura de la accesión invertida o construcción extralimitada y ha señalado como tales: *a)* que quien la pretenda sea titular de lo edificado; *b)* que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena; *c)* que las dos partes del suelo formen un todo indivisible; *d)* que el edificio unido al suelo del edificante tenga una importancia y valor superior a los del suelo invadido; *e)* que el edificante haya procedido de buena fe.

Construcción extralimitada. Regla *accessorium sequitur principale*.—El supuesto de accesión invertida o construcción extralimitada en el que la regla *superficies solo cedit* es sustituida por la de *accessorium sequitur principale* sólo juega en los casos de accesión inmobiliaria por edificación, no en las de plantación o siembra, ya que en éstos no se da la indivisibilidad que se produce en la edificación entre lo construido y el suelo sobre el cual se construye, y dada la sinonimia existente entre los vocablos construir, fabricar, edificar y hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, significado que no es atribuible al término plantación; y en este sentido es de ver cómo todas las resoluciones de esta Sala recaídas sobre esta materia están contemplando supuestos de edificación extralimitada; es claro que aquella razón de indivisibilidad entre el suelo propio, el ajeno invadido y lo construido sobre ellos, no se da en el caso de la plantación, ya que la separación de ambos terrenos, el propio y el ajeno invadido, no implica en modo alguno la destrucción de la plantación que no puede considerarse a estos efectos como una unidad indivisible... La construcción extralimitada supone una invasión en pequeña extensión de fundo ajeno por lo que no puede incluirse una ocupación de la total extensión de la finca reivindicada. (**STS 6 de marzo de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía mercantil *Hispano-Noruega, SA*, formuló demanda contra don Eliseo P. L., don Eliseo P. D., don Alberto P. D. y contra todos los que pudieran tener algún derecho en la herencia de doña María de los Ángeles D. M., por la que reivindicaba la propiedad de un trozo de terreno colindante con la finca de su propiedad, así como de todo cuanto en él está plantado, la parte de cerca metálica y demás obras que en dicho trozo de terreno están. Solicitando también que se declare la nulidad o ineficacia del título que los demandados alegaren para justificar su posesión y reclamando una indemnización

por los daños y perjuicios causados, por considerar que la ocupación de esos terrenos era una conducta ilícita. En instancia se estimó la demanda. Interpuesto el recurso de apelación por la representación procesal de los demandados, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso revocando la sentencia únicamente en cuanto a las costas. Formalizándose por ellos posteriormente recurso de casación por infracción de la jurisprudencia sobre la institución de la *acesión invertida*, el TS declaró no haber lugar al recurso. (M. D. C. H.)

52. Propiedad horizontal con partes privativas y comunes. Naturaleza de los espacios no titulados como privativos.—Habida cuenta de la corrección del análisis obrante en la sentencia traída a casación sobre la naturaleza jurídica de las superficies cuestionadas, en cuanto considera probado que, al constituirse el edificio en régimen de comunidad horizontal única, con partes privativas y comunes, y figurar en ella el local comercial donde se ubican las plazas de garaje anexas a cada una de las viviendas, con el coeficiente de 2,18 por 100, en base a la premisa de que todo lo que no aparece titulado como privativo se debe considerar común, declara los espacios vendidos de esa índole por no aparecer determinados con la calificación contraria.

Acción de nulidad de la venta de porciones de bajos del edificio común. Capacidad del presidente de la Comunidad de propietarios para litigar en interés de la comunidad sin necesidad de acuerdo de la Junta.—Según el tenor del artículo 12 LPH, el presidente, en la representación orgánica correspondiente a lo dispuesto en dicho precepto, está facultado para litigar contra el aludido comprador al fin de impugnar la escritura de compraventa de 20 de febrero de 1989, con apoderamiento suficiente para defender en juicio y fuera de él los intereses de la comunidad, tal como tiene sentado esta Sala. El citado directivo no actúa como procurador, no ostenta una delegación *ut lite pendente* en sentido técnico, que exija una suerte de mandato representativo *ad hoc*, sino que interviene como un órgano del ente comunitario, que sustituye la voluntad social con la suya propia, sin perjuicio de la relación interna entre ambos y, por consiguiente, de la necesidad de responder de su gestión ante la Junta, por lo que no necesita la autorización de ésta para intervenir ante los Tribunales cuando ejercite una pretensión en beneficio de la comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la ley.

Litisconsorcio pasivo necesario.—La doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, por la cual se hace preciso traer al proceso a todas aquellas personas interesadas en la relación jurídica controvertida, a quienes puede perjudicar la resolución que se dicte, halla su fundamento, como es sabido y reiterado, tanto en la necesidad de evitar los fallos contradictorios, como en la de cumplir con el principio de audiencia bilateral y la posibilidad de condena a alguna persona sin haberla oído, con violación incluso de norma constitucional (art. 24 CE). (STS de 20 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Los promotores de un edificio en régimen de propiedad horizontal venden a un tercero las plazas de garaje vacantes no atribuidas a ninguno de los propietarios a título privativo. El presidente de la comunidad de propietarios ejercita la acción de nulidad del contrato de compraventa, demandando tanto a los promotores como al comprador, pese a que la Junta de propietarios no adoptó acuerdo para ejercitar acciones judiciales frente a este último. El Juzgado de Primera Instancia apreció las excepciones de falta de legitimación activa y

pasiva. La Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, revocó la sentencia. El TS desestima el recurso de casación. (*J. L. R.*)

53. Comunidad de propietarios. Representación del Presidente en juicio.—Según resolvió la STS de 16 de julio de 1990, por ley (art. 12 LPH), a la comunidad de propietarios en régimen horizontal la representa en juicio y fuera de él su presidente; por ley, pues, es éste quien debe otorgar los poderes a procuradores y los poderes serán válidos aunque la persona del presidente cambie con posterioridad. Como también serán válidas las actuaciones procesales aunque durante el proceso cambie el presidente, sin que ello provoque crisis procesal subjetiva. En cualquier caso, quien ha de representar a la comunidad en cada momento ha de ser quien ostente la cualidad de presidente.

Acreditación del cargo de Presidente.—El acreditamiento de dicho cargo se produce con la certificación de la Junta sin que sea precisa otra demostración, ya que, en otro caso, la carga de la prueba correspondería al que, pese a tal certificación, negara que en el mismo concurren los requisitos legales para su nombramiento.

Recurso de casación. Causas de desestimación.—El primer motivo del recurso denuncia la infracción de los artículos 5, 7.2, 11, 16 LPH; 349, 397, 1098, 1102, 1902 y 1903 CC, abigarrado conjunto de citas legales que denota la falta de técnica casacional con que el recurso se plantea por afectar, prácticamente, a todo el fondo del litigio, con referencias puntuales a cada uno de los pedimentos y críticas en la que se mezclan elementos fácticos con otros jurídicos que hacen inviable su consideración como tal motivo casacional, razón que ya fue advertida por el Ministerio Fiscal, cuando en su dictamen preliminar recabó la inadmisión de este primer motivo, en atención al propósito del recurrente de convertir este recurso extraordinario en una tercera instancia, lo que no procede. Según reiterada jurisprudencia de esta Sala las causas de inadmisión, apreciadas en este momento se transforman en causas de desestimación. (**STS 9 de diciembre de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Fernando Miguel R. T. M. promovió juicio de menor cuantía contra la Comunidad de Propietarios del Edificio *Parque de América* y su Presidente en demanda de convocatoria de junta para la elección de los órganos, recuperación de elementos comunes, ejecución de obras en el garaje, regularización de cuotas y resarcimiento de perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia de Huelva no estimó la demanda por apreciación de falta de legitimación activa. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y condenó a la Comunidad demandada a la convocatoria de Junta de Propietarios para la elección de Secretario y Administrador. El actor interpuso recurso de casación, pero el TS declaró no haber lugar al recurso. (*M. D. C. H.*)

54. Propiedad intelectual. El concepto de comunicación pública en el artículo 20 LPI.—Lo que tiene en cuenta el artículo 20 LPI para que se dé comunicación pública son aquellos actos en los que una pluralidad de personas pueden tener acceso a la obra creativa y en lugar accesible al público, por lo que no se precisa una concurrencia simultánea, sino que puede ser sucesiva —tratándose de habitaciones—, siempre que quepa la comparecencia plural y alegue situación de utilización exclusivamente privada. En este sentido, no procede hacer distinción entre las dependencias destinadas en el hotel a vestíbulo y las que sirven de dormitorios, pues la Ley no lo contempla y sin dejar de lado la nota de la privatividad de las habitaciones, en cuanto son ocupadas en un determinado momento por

persona concreta, ello no impide ni aminora el concepto de hogar exclusivo, desde el momento en que cabe el acceso, más o menos dilatado a lo largo del tiempo, de otras personas que utilizan y disfrutan las instalaciones reproductoras de sonido conforme a un servicio más de los prestados y que se integra en la propia estructura de explotación comercial del establecimiento. A estos efectos el artículo 20.1, párrafo segundo, LPI comprende todos los ámbitos no estrictamente domésticos que estén conectados o integrados en una red de difusión de cualquier tipo, para considerar pública la comunicación.

Valor probatorio de la fotocopia de un documento privado.—La fotocopia de un documento, no reconocido de contrario y tampoco convenientemente advertida su autenticidad, carece de todo valor y eficacia procesal (SS de 17 de mayo de 1991 y 17 de febrero de 1992). No es suficiente el argumento de encontrarse el original en otro pleito, ya que bien pudo la parte desplegar actividad probatoria eficaz para su incorporación mediante el correspondiente testimonio y no conculcar el artículo 620 de la Ley Procesal Civil.

Recurso de casación por infracción de normas del ordenamiento jurídico.—La jurisprudencia de esta Sala viene declarando que cuando no se hace cita de normas concretas o sentencias que se consideren infringidas, el motivo ha de ser rechazado, aunque se hubiera admitido, dada su acreditada incorrección casacional y con mayor razón si se lleva a cabo una crítica a la función valorativa de la prueba a cargo de la Sala sentenciadora, para aportar la propia e interesada. Tratándose de una norma de rango reglamentario debe citarse relacionada con el precepto legal sustantivo. (STS de 11 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad General de Autores de España planteó demanda contra el Hotel Blanco Don Juan de Lloret de Mar por haber utilizado el repertorio de la actora en sus locales y dependencias sin contar con la preceptiva autorización. La parte demandada planteó reconvencción, alegando, primero, que las cantidades reclamadas por la SGAE no se corresponden a las tarifas aplicables según la categoría de sus locales y, segundo, que uno de éstos había sido arrendado a un tercero y en consecuencia a él le corresponde el abono de los derechos de autor. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La sentencia es recurrida en apelación por ambas partes, estimando la Audiencia Provincial parcialmente el recurso de apelación formulado por la SGAE y rechazando el formulado por la representación del Hotel Blanco Don Juan, SA. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por este último. (J. L. R.)

55. Legitimación activa.—Discutida en el fondo del motivo la legitimación activa de las demandantes al no ser entidades de gestión legalmente autorizadas, ha de tenerse en cuenta que sólo es exigida la actuación necesaria a través de una entidad de gestión de las reguladas en los artículos 132 y siguientes de la Ley de 1987 en los supuestos del artículo 25.7 y del artículo 3.2 de la Ley 43/94, de 30 de diciembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la Propiedad Intelectual (arts. 25.7 y 90.7 del texto refundido, si bien este precepto se refiere a los autores mencionados en el número 1, es decir, a los que se considera como tales en el art. 87, quedando excluidos, en consecuencia, los productores, aparte de no ser aplicable el precepto por evidentes razones de orden temporal); por ello, en los supuestos en que no es exigida con carácter necesario la intervención de las entidades de

gestión, pueden los titulares de los derechos infringidos dirigirse directamente contra quienes explotan sin la pertinente autorización esos derechos.

Concepto de sentencia incongruente.—Reiterada jurisprudencia tiene declarado que la congruencia requiere armonía entre los suplicos de los escritos de demanda y contestación y la parte dispositiva de la sentencia; que es incongruente la sentencia que concede algo distinto de lo pedido, más de lo pedido, o deja sin resolver alguna petición. También ha entendido en ocasiones que es incongruente por contradicción interna una sentencia que dispone algo radicalmente contrario a lo razonado en los fundamentos, o también por último, la sentencia en la que se hace uso del principio *iura novit curia* y se aplican preceptos no alegados por las partes pero de naturaleza tal que alteran la causa de pedir provocando indefensión (S de 4 de mayo de 1993).

Derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas.—El hecho de que las jurisprudencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo calificasen en su momento la actividad de los llamados vídeos comunitarios como una actividad privada, que no es televisión y que por ello no quedan incluidas en el ámbito del Estatuto de Radiodifusión y Televisión ni en el de la Ley 46 de 26 de diciembre de 1983, no implica que, desde el punto de vista civilístico, la actividad llevada a cabo por la recurrente haya de calificarse como una actividad privada similar a la del individuo que adquiere una copia de una grabación audiovisual para ser vista en su domicilio, sino que por el contrario se trata de una actividad de servicios con ánimo de lucro, abierta su utilización a un número indeterminado de personas dentro del ámbito geográfico a que alcanza la cobertura de sus medios y que se lleva a cabo mediante la explotación de obras cinematográficas de titularidad ajena ... Si bien es cierto que la Ley 17/1966, de 31 de mayo, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, no hacía referencia, dado el estado de la técnica en aquel momento, a «las demás obras audiovisuales», como hace la legislación vigente, ello no implica que los derechos reconocidos en el artículo 1 de aquella Ley a los productores o a sus cesionarios o causahabientes queden sin protección por el hecho de haber aparecido con posterioridad nuevos soportes que posibilitan nuevas formas de explotación de las obras cinematográficas, ya que, según el artículo 3.1 CC, las leyes se interpretarán según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. (STS de 5 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—La *Federación Antipiratería (FAP)* presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Elche, por violación de derechos de Propiedad Intelectual, contra la entidad mercantil *Elche Comunicaciones, SA. (Tele-Elx)*; a estos autos se acumularon los de igual clase iniciados ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Elche en virtud de demanda dirigida contra dicha sociedad anónima y formulada por *Paramount Pictures Industries, INC, Universal City Studios, INC* y *Walt Disney Production* ... El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Elche dictó sentencia en la que apreciaba la falta de legitimación activa de la *FAP* y sin entrar en el fondo del asunto absolvía en la instancia a la demandada. De otro lado, estimó en parte la demanda presentada por los demás demandantes y condenó a la sociedad anónima a cesar en la actividad de comunicación pública no autorizada de las obras audiovisuales propiedad de las demandantes, así como se le prohibía la reanudación de

la actividad defraudatoria. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por *Tele-Elx* y estimó el interpuesto por las entidades demandantes, condenando a aquélla al pago de una indemnización por daños y perjuicios. La mercantil *Elche Comunicaciones* interpuso recurso de casación y el TS declaró haber lugar al mismo confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Elche. (*M. D. C. H.*)

56. Principio de legitimación registral. Acción contradictoria del dominio.—La S de 30 de septiembre de 1991, citada por la de 20 de diciembre de 1993, establece que la más reciente y consolidada doctrina de esta Sala (contenida, entre otras, en las SS de 5 de mayo, 6 de julio y 24 de noviembre de 1987, así como en la de 3 de junio de 1989) matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interposición rigorista del precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo, o al menos, coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la más actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado una acción contradictoria del dominio que figura inscrito en nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta petición y no puede ser causa de que se deniegue la petición respecto a la titularidad dominical.

Por ello, en el caso de que no se haya solicitado expresa y nominalmente la cancelación o nulidad de la inscripción contradictoria del dominio, la legitimación pasiva corresponde, única y exclusivamente, a quienes se atribuyen los actos posesorios perturbadores del dominio reivindicado y no parece lógico que, siendo así, la petición expresa de cancelación o nulidad de la inscripción contradictoria haya de producir un plus en esa legitimación pasiva teniendo que demandar a quienes, sin ser poseedores o detentadores de la finca reivindicada, tuvieron intervención en la creación del título en cuya virtud se practicó aquella inscripción, pues en nada les va a afectar la resolución que se dicte, sobre todo, cuando como en el presente caso no surgen de la inscripción contradictoria derechos a favor de esos terceros no demandados. (**STS de 28 de febrero de 1996; no ha lugar.**)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se solicita la entrega de una finca, con todos sus accesorios, a la vez que la nulidad de la inscripción de la finca citada en el Registro de la Propiedad, quien estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirma dicha resolución. El TS declara no haber lugar al recurso. (*Y. B. M.*)

57. Acción de nulidad de las cancelaciones de los contratos de arrendamiento sobre finca hipotecada. Procedimiento del artículo 131 LH.—Partiendo de un arrendamiento válidamente constituido, y de la compatibilidad del derecho real dominical con el derecho personal arrendaticio sobre una misma cosa, no puede declararse extinguido el segundo, cuando la finca se ha transmitido mediante adjudicación hipotecaria, por las siguientes razones: a) porque la atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario, mediante la subasta establecida en el artículo 131 LH, afecta únicamente, según dicha norma, a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipote-

ca que se ha realizado; pero de ahí no se deriva que haya de afectar también a derechos personales, que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso; *b*) porque de seguirse criterio distinto, se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento, no enumerada en la relación imperativa y taxativa de esas causas que hace el artículo 114 LAU, y *c*) porque tratándose de arrendamientos con derecho a la prórroga forzosa (anteriores al Real Decreto Ley de 30 de abril de 1985), se quebrantaría el contenido del artículo 57 de la misma Ley, que impone obligatoriamente dicha prórroga para el arrendador). Esta doctrina quiebra: *a*) cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia (S 17 de noviembre de 1989); *b*) cuando se pruebe que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario, y *c*) cuando con el arrendamiento se haya causado un grave perjuicio económico al acreedor hipotecario, disminuyendo el valor de garantía o de subasta de la finca hipotecada, para lo cual puede servir como pauta, salvo prueba en contrario, las disposiciones del artículo 219.2.º RH.

El abuso del derecho.—Los elementos que jurisprudencialmente configuran la teoría del abuso del derecho coinciden con la pretensión de la parte actora: *a*) uso de un derecho objetivo y externamente legal; *b*) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y *c*) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva o en forma objetiva. (STS de 9 de mayo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes-arrendatarios solicitan la nulidad de las adjudicaciones producidas en subasta pública de las viviendas que ocupaban, así como el mantenimiento de la situación arrendaticia. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación revocando la sentencia y declara la subsistencia de los derechos de arrendamiento que ostentaban los actores. El demandado recurre en casación, siendo desestimado el recurso. (Y. B. M.)

58. Tercería de dominio. La interpretación de los contratos que conllevan una transmisión de propiedad.—Es doctrina harto reiterada de esta Sala la de que la interpretación de los contratos está reservada a los órganos de instancia, no siendo casable más que cuando se demuestre que es ilógica, arbitraria o vulneradora de normas legales. La efectuada por la sentencia recurrida no adolece de ninguno de estos defectos, pues la estipulación controvertida tuvo un objeto, si no determinado, sí determinable, lo que permite el artículo 1273 CC siempre que la determinación no requiera que los contratantes hayan de ponerse nuevamente de acuerdo sino que baste la aplicación de los criterios que establecieron.

La relevancia del factor temporal en la inscripción de un título.—Ciertamente que en el momento de anotarse el embargo la titularidad que se debate no estaba inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de los terceristas, pero es doctrina de esta Sala la de que la anotación de embargo no puede oponerse al que con anterioridad ha adquirido el objeto de la traba, aunque no haya inscrito su derecho, ya que la traba no puede recaer sobre bienes que no estén en el patrimonio del deudor, ni el acreedor embargante goza de la protección del artículo 34 LH (SS de 14 de diciembre de 1968, 12 de junio de 1970, 31 de enero de 1978, 19 de noviembre de 1992 y 10 de mayo de 1994, entre otras). (STS de 14 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora pretende, mediante una tercería de dominio, que le sea reconocida la propiedad de unos aparcamientos que fueron incluidos en un procedimiento ejecutivo, como pertenecientes a un titular equivocado. En primera instancia se estima la demandada y se procede al levantamiento del embargo y a la cancelación de la anotación preventiva. Posteriormente la parte ejecutante y codemandada en la instancia alega en apelación que el contrato de compraventa realizado carecía de algunos elementos esenciales y que se había otorgado una segunda escritura pública donde se detallaban algunos aspectos; no prospera el recurso porque, aunque los aparcamientos fueron embargados antes de la segunda inscripción, la segunda escritura no supuso nuevas contraprestaciones. En casación la pretensión es desestimada por el TS. (C. L. S.)

59. Tercería de dominio. Los inconvenientes derivados de su aplicación en el caso de constitución de hipoteca.—La Sala anticipa la inidoneidad de la vía de la tercería de dominio para impugnar una hipoteca sobre el inmueble controvertido. Los procesos de tercería (S de 4 de julio de 1989), al estar superpuestos a un precedente juicio ejecutivo que es el principal, no tienden, en puridad técnica, a un pronunciamiento autónomo o por completo desgajado de lo hasta entonces acontecido en aquel proceso, sino que, al contrario, aspiran a la consecución de una decisión judicial que conectada con el trámite principal, de tal forma le afecta que convulsione lo hasta entonces en él resuelto; si la tercería es de dominio, la decisión supondrá el mantenimiento o alzamiento de la medida cautelar del embargo decretado de la cosa en el juicio ejecutivo.

El requisito ineludible de la inscripción del título para ejercitar la tercería de dominio.—Entendemos que siendo la exigencia de aportar un título inscrito junto con la demanda de tercería de dominio un requisito inexcusable de admisibilidad de la demanda, para lograr la suspensión del procedimiento sumario, y no ser éste el caso, al haber aportado un documento privado, el procedimiento de tercería deberá reputarse como nulo. (STS de 10 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante solicita, por medio de una tercería de dominio, ser declarada propietaria del inmueble que, a su juicio, ha sido erróneamente hipotecado. Entre los demandados, la parte ejecutante alega que la venta realizada por los ejecutados a la ahora demandante se realizó con carácter fraudulento, y los deudores ejecutados se reafirman en que la venta efectuada fue lícita. Se estima la demanda en primera instancia, pero, tras el recurso de apelación interpuesto por el ejecutante demandado, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, basándose en la no concurrencia de un requisito tan importante como lo es la inscripción del título de la venta, para poder interponer la tercería de dominio. La parte actora interpone recurso de casación, que es desestimado por el TS. (C. L. S.)

60. Anotación preventiva de embargo. Efectos.—Es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal (SSTS de 14 de junio de 1988, 7 de abril de 1989 y 12 de febrero de 1992) según la cual la anotación preventiva de embargo no otorga preferencia respecto de acreedores con créditos de fecha anterior a la fecha en que se practicó la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, sino que tan sólo otorga preferencia, en relación con los bienes anotados, y frente a los acreedores

que tengan contra el mismo deudor otro crédito de fecha posterior a dicha anotación preventiva. Asimismo se señala que la anotación preventiva de embargo no crea ni declara ningún derecho y tampoco implica un cambio en la naturaleza de las obligaciones. (STS de 6 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del procedimiento ejecutivo instado por don M. A. D., titular de un crédito contra *Estructuras y Forjados Domo, SAL*, se dictó sentencia de remate de dicho crédito el 19 de septiembre de 1984, realizándose la anotación preventiva de embargo el 21 de noviembre de 1984. Por su parte, *Hormigones Córdoba, SA*, titular de un crédito contra la antes mencionada, *Estructuras y Forjados Domo, SAL*, promovió el correspondiente procedimiento ejecutivo, practicándose la anotación preventiva de embargo el 20 de noviembre de 1984 y recayendo sentencia de remate el 20 de mayo de 1988.

Don M. A. D. interpuso tercera de mejor derecho contra *Estructuras y Forjados Domo, SAL*, y *Hormigones Córdoba, SA*, suplicando que se declarase su preferente derecho a cobrar el crédito que ostenta contra *Estructuras y Forjados Domo, SAL*, sobre el que ostenta *Hormigones Córdoba, SA*, contra el mismo deudor.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la tercera de mejor derecho. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia dictada en primera instancia. El TS declaró haber lugar al recurso de casación, estimando la demanda de tercera de mejor derecho. (M. J. P. G.)

DERECHO DE FAMILIA

61. Liquidación de Sociedad de gananciales. Atribución de la condición de ganancialidad a los bienes. Artículo 1355 CC.—El artículo 1355 CC en su actual versión, al permitir que los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga, significa una profunda innovación, algo *ex novo* en la disciplina de la sociedad de gananciales, que no puede aplicarse retroactivamente a virtud de lo prevenido en el artículo 2.3 CC, pues la legalidad anterior a 1981 excluía que la voluntad de los cónyuges pudiera ser suficiente para cambiar las reglas de subrogación establecidas en el Código y eludir la prohibición de donaciones, compraventas y, en general, la contratación entre ellos.

Presunción de ganancialidad activa.—La presunción de ganancialidad *-iuris tantum-* contenida en el artículo 1407 CC en su redacción anterior, coincidente con el 1361 actual, motivó una rigurosa interpretación jurisprudencial acerca de la manera cumplida y satisfactoria para poder apreciar así el carácter privativo de la adquisición. La declaración de que «adquieren ambos» o de que «se compra para la sociedad conyugal» es confesión extrajudicial y, conforme al artículo 1329 CC, integra un hecho sometido a la apreciación de los Tribunales en unión del resto de las pruebas (SS de 28 de octubre de 1965, 10 de noviembre de 1986 y 8 de febrero de 1993). (STS de 8 de marzo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña J. R. L. y don A. B. contrajeron matrimonio rigiendo el régimen de sociedad de gananciales. Posteriormente, otorgaron capitulaciones matrimoniales adoptando el régimen de separa-

ción de bienes, pero sin proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales. Más tarde, doña J. R. L. solicita la separación conyugal, concediéndose por sentencia sin que en ejecución de la misma se consiguiese acuerdo sobre la formación de inventario para liquidar la anterior sociedad de gananciales. Por ello, doña J. R. L. formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía solicitando la liquidación de la sociedad de gananciales, formulando reconvencción don A. B. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda declarando haber lugar a la liquidación de la misma, a la vez que acoge parcialmente la reconvencción declarando privativos determinados bienes de don A. B. El mismo apela la sentencia y la Audiencia Provincial confirma la sentencia del Juzgado corrigiendo sólo un mero error material. Don A. B. recurre en casación declarando el TS no haber lugar al recurso de casación. (Y. B. M.)

62. Impugnación de filiación matrimonial. Presunción legal de paternidad.—El precepto invocado por el demandante —el artículo 141 CC— es aplicable a la impugnación del reconocimiento (...) así como a reconocimientos que determinen conforme a la Ley una filiación matrimonial, pero no a los supuestos de presunción legal de paternidad. El artículo 138 CC distingue dos supuestos impugnatorios de la paternidad, uno, el derivado del reconocimiento realizado con vicios en el consentimiento, y otro, el derivado de otras causas, lo que implica la remisión a los supuestos prevenidos en los artículos 117, 118, 119 y 120.1.º, a cuya acción de impugnación del reconocimiento se refiere el artículo 141. Ahora bien, esta acción difiere de la, asimismo, impugnatoria regulada en el artículo 136, la cual se encuentra íntimamente vinculada a la presunción legal establecida en el artículo 116 —se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges siendo éste el supuesto que concurre en autos puesto que la paternidad en el caso que se debate no es consecuencia de una situación de reconocimiento, sino de la presunción legal acabada de indicar, razón por la que no resulta aplicable el artículo 141.

Pruebas biológicas. La relevancia procesal y efectos de su no realización.—Por lo que concierne a las pruebas biológicas en los juicios de filiación, es cierta la constancia en autos de que la demandada se negó a la práctica de tales pruebas, pero ello no permite extraer las consecuencias pretendidas por el recurrente, ni dichas consecuencias encuentran soporte incondicional en la doctrina jurisprudencial declarada por la Sala, dado que el sentido prácticamente unánime de la misma se pronuncia por la imposibilidad de suponer una *facta confessio* en los supuestos de negativa en punto a su realización pues sólo representa un indicio valioso que, conjuntamente con otros elementos probatorios, permite llegar a la existencia de la paternidad, particular que no concurre aquí, en el caso de que se trata, ya que no median de manera concluyente otras pruebas que pudieran avalar las pretensiones del recurrente. (STS de 20 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor, tras someterse a unas pruebas médicas que le diagnostican una esterilidad congénita, solicita que se reconozca su no paternidad, con los efectos que ello supondría, respecto de los cuatro hijos habidos durante su matrimonio. En la instancia se desestima la demanda por haber caducado el plazo de realización de la acción de impugnación. La Audiencia Provincial confirma la sentencia del Tribunal de Primera instancia, y el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante. (C. L. S.)

63. Legitimación del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial cuando falta la respectiva posesión de estado.—Frente a una interpretación literal del artículo 133 CC, la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el artículo 134 CC, extiende al progenitor, aun en casos en que no haya «posesión de estado», el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. Frente a aquella versión literalista, puede hasta compartirse la versión más flexible de que la regla general del artículo 134 CC, al no especificar, posibilita que (...) si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación.

Negativa a someterse a las pruebas biológicas.—La relación entre indicios probatorios existentes sobre la paternidad y la negativa a someterse o permitir las pruebas sanguíneas demostrativas de la paternidad con un índice de fiabilidad extremadamente alto, exige siempre una ponderación jurídica para evitar que se convierta en ilusorio el principio de investigación de la paternidad reconocido con rango de norma constitucional (art. 39 CE), en atención a que, al no poderse practicar la referida prueba, por medios coactivos para no lesionar otros derechos fundamentales, la conducta procesal de las partes y su colaboración con la justicia se transforma en un valioso dato externo que permite conjeturar con grandes posibilidades de acierto la realidad subyacente. Como expresa la STS de 28 de noviembre de 1995, «por muy explicables desde un punto de vista subjetivo, que sean las motivaciones que llevan a los demandados a negar todo tipo de colaboración, el Derecho no puede amparar estas conductas. En efecto, la actitud de los mismos comporta un ejercicio antisocial del derecho de defensa, que no es un derecho ilimitado que justifique cualquier conducta, sino que su ejercicio ha de estar contenido dentro de unos límites normales, cuyo alcance depende, también, de la naturaleza del proceso en que tal derecho se ejercite. No es igual la valoración que debe hacerse de la obstaculización de la prueba en un asunto de interés exclusivamente privado, que incluso puede estar legitimada por el signo de la carga de la prueba que recae sobre el actor, que la que corresponde realizar en asuntos donde el interés público está presente, como ocurre en los procesos de filiación. (STS de 24 de junio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. P. G. R. formula demanda de reclamación de paternidad no matrimonial contra doña I. P. P., madre soltera de un menor nacido el 30 de mayo de 1990. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Albacete desestima íntegramente la demanda. Durante la sustanciación del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Albacete, la madre se negó a someterse a las pruebas biológicas alegando, primero, una presunta enfermedad de su hijo, y, tras el señalamiento de una nueva fecha, motivos éticos y religiosos sin dar ninguna otra explicación. No obstante la Audiencia confirma la sentencia, basándose de nuevo en la carencia de legitimación activa del actor por falta de acreditamiento de la posesión de estado. El TS declara haber lugar al recurso de casación. (J. L. R.)

DERECHO DE SUCESIONES

64. Título nobiliario. Sucesión en favor de parientes colaterales.—Es doctrina jurisprudencial que a falta de línea descendente, en una sucesión de parientes colaterales no es de aplicación el principio de representación, sino el principio de

propinquidad. La propinquidad «impone conformar la colateralidad con dos líneas, la primera que asciende y alcanza el tronco común y la segunda que desde aquél descende hasta el primer titular de la merced honorífica de que se trate».

Aplicación del principio de propinquidad.—Este principio que aparece enunciado en la Partida Segunda, ley II del título XV («Pero si todos falleciesen deben heredar el Reino el más propincuo pariente que oviessi»), debe ser entendido en el sentido de que el cómputo de transversales medido por la propinquidad se debe llevar a cabo respecto del último poseedor, es decir, el rehabilitante.

Principio de igualdad de sexos en la sucesión nobiliaria.—El TS en numerosas SS (SS de 22 de marzo de 1991, 24 de enero y 18 de abril de 1955) «se ha pronunciado sobre la naturaleza discriminatoria —sancionada como principio general en las Partidas— y sobrevenidamente inconstitucional, de la preferencia del varón sobre la mujer, al declarar que sólo es aplicable a las sucesiones producidas a partir de la promulgación de la Constitución, lo que significa que la abrogación sobrevenida no opera con retroactividad de grado, máximo para alterar, a la luz de las normas hoy vigentes, problemas sucesorios acaecidos y agotados en el tiempo pasado;... si bien dicha operatividad negativa en el tiempo ha de referirse a los supuestos de transmisiones sucesorias anteriores». (STS de 7 de mayo de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El Rey don Fernando VII otorgó en 1775 el título nobiliario Marqués de Campo Ameno a favor de A. G. A., así como para sus herederos y sucesores. Fallecido el primer Marqués sin descendencia, quedó el título vacante hasta que en 1950 S. F. O. —el segundo Marqués— lo rehabilitó. De este poseedor, que falleció sin descendientes, pasó el título en 1966 a una sobrina del segundo Marqués, A. M. F. F., la cual fue demandada por J. G. L. I., que solicitó, entre otros pedimentos, que se declarase su mejor derecho a llevar el título nobiliario citado. Alegaba el actor como fundamento de su pretensión que al tiempo de la rehabilitación del título por el segundo Marqués vivía su padre, que siendo del mismo grado que éste era de mayor edad.

Desestimada la demanda e interpuesto recurso de apelación por el actor, la Audiencia Provincial acogió parcialmente el mismo absolviendo, no obstante, a la demandada. Formulado recurso de casación, no prosperó.

NOTA.—La S que nos ocupa aborda dos cuestiones dignas de mención: el principio de propinquidad y el de igualdad en la sucesión nobiliaria.

Para tratar del principio de propinquidad, es necesario partir del Decreto de 4 de junio de 1948 en cuyo artículo 5 se establece: «El orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el Título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia». La polémica se suscita al abordar cuál es el orden tradicional.

La S que anotamos parte de la premisa de que el orden tradicionalmente establecido es el de la Corona. Así se desprende del antecedente de la institución: la ley II del título XV de la Partida Segunda, y es precisamente este antecedente el que permite aplicar al derecho nobiliario el principio de propinquidad. Se acoge así una doctrina jurisprudencial bastante generalizada (SS de 13 de octubre de 1993, 16 de noviembre de 1994...), aunque no unánime. En efecto, existen resoluciones contra-

rias al principio de propinquidad (S de 20 de junio de 1987) y además un sector doctrinal defiende la inaplicación del mismo pues su utilización desnaturaliza la sucesión nobiliaria. Argumentan estos autores que la Partida Segunda es únicamente aplicable a la Corona, siendo el antecedente de la sucesión nobiliaria la ley XL de Toro que consagra la vinculación a la estirpe del fundador. Además, añaden que la aplicación de este principio es contrario a la propia sucesión nobiliaria, pues el ser pariente más próximo del último poseedor es una circunstancia totalmente ajena al Derecho nobiliario, supone anteponer el grado a la línea, y olvidar que este derecho se sucede al fundador y no al último poseedor. Ver Taboada Roca, Manuel: "Una lamentable desviación jurisprudencial en materia nobiliaria (Comentarios a una Sentencia)", *RDP*, julio-agosto 1995; y Vallterra Fernández, Luis, en *Derecho nobiliario español*, Granada, 1995, pp. 275 a 324.

Abordando el segundo tema de interés, es decir, el principio de igualdad, hemos de considerar que los criterios que determinaron la sucesión de los títulos nobiliarios fueron en nuestro Derecho Histórico: la primogenitura, la representación y la masculinidad. De los requisitos reseñados, la representación y la primogenitura «sí tienen justificación objetiva y razonable» (STS de 28 de abril de 1989), sin embargo, el criterio basado en la preferencia del hombre sobre la mujer ha sido excluido por la jurisprudencia. Como se establece en la sentencia anotada, reiteradamente el TS en SS como las de 28 de abril de 1989, 21 de diciembre de 1989, 22 de marzo de 1991, 24 de enero y 18 de abril de 1995, ha considerado el criterio de la preferencia del hombre sobre la mujer derogado por inconstitucionalidad sobrevenida al ser contrario a la Constitución. Esta Jurisprudencia, a juicio de algunos autores, encuentra un grave obstáculo de forma. El problema se centra en que la sucesión en el título nobiliario se abre a la muerte del fundador, el resto de los poseedores del título son meros precaristas (una única vez se abre la sucesión, si bien se produce una delación múltiple). Por ello la aplicación de la regla 12.ª de las disposiciones transitorias del CC impone que la sucesión en los títulos nobiliarios deba regularse por la ley existente cuando se abrió la sucesión, lo que haría inaplicable la normativa constitucional al supuesto anotado. Frente a esta posición cabe citar argumentos como los de la STS de 28 de abril de 1989, que en su FD 3.ª establece: «Injusto y discriminatorio (desigualdad irrazonable) resultaría mantener hoy en día la aplicación a una parte de nuestro Ordenamiento por los Tribunales de Justicia de un principio selectivo que en modo alguno obedece a la necesidad de su empleo para determinar el orden sucesorio, y, que en definitiva, representaría la forzada subsistencia de un privilegio reservado a los varones de un determinado sector social». Ver Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, Antonio, *La preferencia del varón en la sucesión nobiliaria después de la constitución*, Madrid, 1992. (S. A. R.)

DERECHO MERCANTIL

65. Contrato de franquicia: atipicidad: definición.—El contrato de franquicia surgido del tipo contractual del derecho norteamericano denominado *franchising* como manifestación de una situación contractual que no tiene su reflejo

en el derecho positivo, debe estimarse dentro de los contratos atípicos; desde un punto de vista doctrinal ha sido definido como aquel que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar, bajo determinadas condiciones de control y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica; estos contratos son peculiares y característicos de las nuevas formas comerciales para eludir la presión monopolística de las grandes multinacionales, cuya tendencia al control de los mercados solamente puede ser frenada mediante conciertos y uniones comerciales de los pequeños comerciantes y empresas, agrupados en centrales de compras, que lleguen a realizar campañas comerciales homogéneas y continuas.

Régimen jurídico.—Su plasmación jurisprudencial surge de la S del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 28 de enero de 1986 (caso *Prenupcial*), según la cual, los datos que definen su naturaleza jurídica, y su diferencia con los contratos de suministro o de distribución de mercancías, son los siguientes: a) que el franquiciador debe transmitir su *Know-how*, o asistencia o metodología del trabajo, aplicando sus métodos comerciales, y b) que dicho franquiciador queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las campañas publicitarias realizadas para difundir el rótulo y la marca del franquiciador; como contrato atípico mercantil, en nuestro derecho se registrará, en primer lugar, por la voluntad de las partes plasmada en cláusulas y requisitos concretos, formulados en relaciones de buena fe y mutua confianza, debiendo las mismas producir todos sus efectos, y para el caso de que hubiera lagunas para interpretar su contenido, será preciso recurrir a figuras de contratos típicos afines, siendo acertado que la sentencia recurrida haya acudido a las reglas de la compraventa mercantil contenidas en los artículos 325, 332, 336 y 342 CCO como regulación subsidiaria.

Estipulaciones contractuales.—Del contrato suscrito entre las partes, resulta que el franquiciado, ahora recurrente, estaba obligado al pago puntual de las mercancías recibidas y facturadas a su nombre, y para el caso de incumplimiento, se facultaba a la parte franquiciadora a la resolución del contrato con derecho a reclamar el valor de lo servido; cláusulas aplicadas correctamente por la S recurrida.

Cuestión nueva: franquiciado que es también fiador.—La cualidad que ostenta el recurrente según el contrato, como garante personal y solidario de la firma franquiciada, es cuestión nueva excluida del recurso. (STS de 27 de septiembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trata de un claro incumplimiento de un contrato de franquicia concertado entre dos sociedades anónimas, si bien la demanda se dirige además nominalmente contra los integrantes de la sociedad franquiciada, uno de los cuales invoca en casación —no se ve bien con qué finalidad— su carácter de fiadora solidaria. La demanda se estima en ambas instancias, siendo rechazado el recurso interpuesto precisamente por esta última. Lo destacable de la S es su finalidad *pedagógica* explicando el concepto y el contenido de esta nueva modalidad contractual (Pte.: Sierra Gil de la Cuesta), arrancando del famoso caso *Pronupcia*. Quizá quepa observar que al tiempo de dictarse el fallo ya había entrado en vigor la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, cuyo artículo 60 contiene una regulación del régimen de la franquicia, no demasiado completa, pero que impide

calificar en adelante de atípico a este contrato; aunque esta normativa, por razón del tiempo, no resultaba aplicable al caso. (G. G. C.)

66. Contrato de seguro. Intereses moratorios del artículo 20 LCS.—Existiendo controversia relativa a si debe responder o no el asegurador, o sobre la cantidad exacta a abonar en concepto de indemnización con base en aquélla, que haya de resolverse judicialmente, no puede apreciarse la concurrencia de los elementos de resprobabilidad —causa injustificada e imputabilidad al asegurador— determinantes del recargo.

Habiendo puesto la Compañía de Seguros a disposición del asegurado en todo momento la cantidad en que su perito había valorado el vehículo siniestrado, queda demostrado que la discrepancia entre ambas partes en torno a la interpretación de una cláusula de la póliza esencial para la determinación de la cuantía a pagar no puede suponer una «conducta reprobable determinante de los intereses de recargo del artículo 20, e incluso de los del 38 de la Ley», ya que la oposición al pago del resto está justificada. (STS de 4 de julio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don Salvador G. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra *Nacional Hispánica Aseguradora, SA*, reclamando, con base en el siniestro total que había padecido su automóvil, asegurado a todo riesgo en la citada compañía, una suma de dinero correspondiente al valor íntegro del vehículo, así como el recargo del veinte por ciento por no haber abonado tal cantidad en los tres meses siguientes al siniestro dispuestos en el artículo 20 LCS.

El Juez estimó parcialmente la demanda condenando a la entidad aseguradora al pago exclusivamente del valor íntegro del vehículo, descontando la cantidad ya percibida por el demandante en que la compañía había valorado el siniestro, pero no de los intereses moratorios, ya que el retraso estaba justificado, al haberse debido a una discrepancia en la interpretación de la cláusula de la póliza referida al criterio para determinar el valor del vehículo en el momento del accidente.

Apelada la sentencia de la instancia por ambas partes, la Audiencia desestimó el recurso de la demandada y estimó el del demandante, condenando a la aseguradora también al abono de ese veinte por ciento adicional del artículo 20 de la Ley.

La compañía de seguros recurrió en casación. El TS declaró haber lugar al recurso, revocando la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando la del Juzgado de Primera Instancia. (A. G. G.)

67. Artículo 41 CCO conforme a la redacción otorgada por la Ley de 21 de julio de 1973.—Los párrafos *b)* y *d)* del antiguo artículo 41 CCO no son aplicables al supuesto del titular de una cuenta corriente, que constituye un depósito irregular tipificado en el artículo 310 CCO, primero porque su tenor literal se refiere a cualquier comerciante y segundo porque no se reconoce al mero cuenta-correntista el derecho de conocimiento del contenido del balance que sí tiene quien acredita un interés legítimo. Sólo tiene derecho al conocimiento de los datos contables de la evolución de su cuenta. (STS de 2 de julio de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad titular de diversas cuentas corrientes interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra el banco en que las tenía domiciliadas, solicitando, como continuación de un expediente de jurisdicción voluntaria, la declaración de la obligación del

demandado de exhibir ante el Censor Jurado de Cuentas asignado en su día la parte del balance que refleje el movimiento de las cuentas de que era titular.

Contra la sentencia desestimatoria de la instancia, el demandante interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial, declarando la obligación del banco demandado de exhibir tal parte del balance, con base en los párrafos *b)* y *d)* del antiguo artículo 41 CCO. La entidad demandada recurrió en casación. (A. G. G.)

68. Transporte marítimo: la compleja legalidad española en la materia no da una norma concreta sobre la responsabilidad del transportista marítimo (armador, naviero, portador o fletante).—Las reglas de los artículos 619, 620, 676, 809-1 y 821 CCO, desde luego establecen una responsabilidad del capitán, pero nunca una responsabilidad directa o por lo menos exclusiva, hasta el punto que para su exigencia se pueda excluir la figura del naviero, portador o armador.

En el caso de deterioro o pérdida de la mercancía por deficiencias en los aparatos de refrigeración del buque se excluye la necesidad de un litisconsorcio pasivo necesario en cuanto a la figura del capitán, puesto que basta y es preciso dirigir la acción contra el armador, aun en el caso en el que el capitán hubiese actuado negligentemente al tener en malas condiciones los sistemas de congelación del buque.

En el caso de faltas comerciales, o sea, las que afectan directamente al cuidado manejo y conservación del cargamento (art. 8-3 de la ley de Transportes Marítimos), la responsabilidad directa es del naviero o portador.

Es necesario dirigir la acción de reclamación contra el naviero, solo o también contra el capitán, pero nunca únicamente contra éste, ya que, al borde del siglo XXI, su responsabilidad se restringe al área de su actividad, y nunca, por lo menos en solitario, al área de la actividad empresarial del armador. (STS de 6 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Las sociedades *Pesqueras Echebaster, S. A.*, e *Impesca fishing limited* interponen demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra don Nikolaus M. B. como capitán del buque congelador *Il Santo*, reclamando la cantidad de 66.326.173 pesetas con motivo del deterioro del pescado transportado en dicho buque.

El Juzgado de Primera Instancia de Villagarcía de Arousa desestima la demanda, absolviendo al demandado. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña desestima el recurso de apelación, confirmando en su integridad la sentencia apelada. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo. (I. G. F.-D.)

69. Consignación de buques. El consignatario de buques tiene la cualidad de comisionista y el plazo de la acción para reclamar sus derechos es de quince años (arts. 50 CCO y 1964 CC).—El comitente debe abonar todos los gastos y reembolsos que efectuó el comisionista (arts. 1711 y 1728 CC y 278 CCO). La prescripción de los derechos del comisionista está sujeta al plazo general de quince años del artículo 1964 CC por ser el contrato de comisión mercantil un contrato de contenido complejo, que puede requerir del consignatario o comisionista prestaciones diversas, y es irrelevante a estos efectos que se ejecuten personalmente o por medio de subcontratas con terceros. No es de aplicación el plazo de un año del artículo 952 CCO, ya que este artículo no está contemplando

la intermediación compleja y típica del contrato de comisión mercantil, sino también el premio de la comisión.

En el contrato de comisión mercantil entre el armador y consignatario, aparte del premio de la comisión (art. 277 CCO), el comitente está asimismo obligado a satisfacer al contado al comisionista, mediante cuenta justificada, el importe de todos sus gastos y desembolsos, con el interés legal (art. 278 CCO). El consignatario para el cobro de dicha cantidad ejercita su propio derecho, en cuanto nacido del contrato de comisión, y al tratarse de una acción personal, juega el plazo quinquenal del artículo 1964 CC.

Prescripción.—Interpretación restrictiva por no estar fundada en principios de justicia intrínseca. (STS de 8 de julio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora *Vasco Gallega de Consignaciones, S. A.*, interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad y solicitud de embargo preventivo del buque *Ghazaquet* contra la *Compagnie National Algerieene de Navegation*, propietaria de dicho buque, como consecuencia del impago por parte de la demandada de gastos que realizó el consignatario tales como derechos de puerto, honorarios de los prácticos, remolques, amarres, desamarras, y otros.

El juzgado núm. 17 de Valencia falla absolviendo a la demandada por estimar la prescripción que ésta alegó.

La Audiencia Provincial de Valencia estima el recurso de apelación interpuesto por *Vasco Gallega de Consignaciones, S. A.*, y revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, condenando a la compañía naviera al pago de 24.741.555 pesetas, más los intereses de esa cantidad computados desde la sentencia hasta su completo pago.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la *Compagnie National Algerieene de Navegation*, confirmando la sentencia de la Audiencia. (*I. G. F.-D.*)

70. Sociedad anónima. Capacidad.—Se aplica la LSA de 17 de julio de 1951, y no la actual de 22 de diciembre de 1989, ni la Primera Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea. En virtud del artículo 76 de aquélla y de los artículos 1725 y 1727 CC, la extensión de facultades a un Consejero para firmar avales a actividades carentes de relación con las propias del objeto social necesita una mención explícita en el acuerdo social adoptado y en la escritura concesionaria de las facultades. En el caso de las entidades de seguro hay que tener en cuenta el artículo 3 apartado c) de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación de los Seguros Privados que exige autorización administrativa para el otorgamiento de avales distintos de los propios de la actividad aseguradora. (STS de 27 de junio de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad anónima reclama una cantidad a una anónima de seguros por unas letras avaladas por un Consejero delegado de esta última y que no fueron pagadas. El objeto de la sociedad de seguros era la realización de seguros y reaseguros de toda clase. El Consejero firmante estaba facultado para avalar letras. Sin embargo, la cláusula del aval no encubría ninguna relación de seguro. Se plantea si el avalista de la letra, y en su nombre y por ella la persona física fir-

mante, podía válidamente concertar un aval bancario. El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda. El recurso de apelación se desestima así como el de casación. (P. A. N.)

DERECHO PROCESAL

71. Cuestión de competencia por inhibitoria. La cláusula de sumisión expresa inserta en contrato de adhesión: carácter abusivo.—Conforme a la S de 12 de julio de 1996, y tomando como base la directiva de la CEE núm. 93/13, de 5 de abril de 1993, que define y sanciona de ineficacia las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores, la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión es ciertamente abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores, distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad ahora demandante que, no obstante tener negocios en numerosas poblaciones, cómodamente centraliza sus reclamaciones jurídicas en la capital de España, donde, con un evidente ahorro económico, tiene garantizada su Asesoría Jurídica. (STS de 14 de septiembre de 1996.)

HECHOS.—La empresa de aparatos ascensores *Zardoya, Otis, S. A.*, formuló demanda contra la Comunidad de Propietarios de la calle Platero Pedro de Bares, núm. 28, portal 5, de Córdoba, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid por figurar en el contrato, que a ambas unía, una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de esta capital. El Procurador de los Tribunales de la citada Comunidad de Propietarios presentó escrito promoviendo cuestión de competencia por inhibitoria. El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Córdoba acuerda requerir de inhibición al de Madrid. Pero el Juez de Primera Instancia núm. 18 de Madrid no accede a la inhibición requerida. Al insistir ambos juzgados en su respectiva competencia, se remitieron los autos al TS, que declaró competente para conocer del juicio entablado por *Zardoya, Otis, S. A.*, al Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Córdoba. (J. L. R.)

72. Reclamación de cantidad. Jurisdicción competente para exigir el pago.—Establecido por el artículo 130.2 de la Ley del Suelo de 1975 que «las cantidades adeudadas por la Junta de Compensación, serán exigibles por la vía de apremio, mediante petición de la Junta a la Administración actuante», lo que se reitera en el artículo 182.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, ello ha de considerarse como un privilegio concedido por el legislador a las Juntas de Compensación, lo que no implica el que las mismas, renunciando acudir a ese procedimiento de apremio administrativo, no puedan acudir a la jurisdicción del orden civil para hacer efectivas las obligaciones dinerarias asumidas frente a la Junta por sus miembros, por lo que no puede afirmarse que se haya producido un exceso en el ejercicio de la jurisdicción al conocer los órganos jurisdiccionales del orden civil de la demanda formulada por la Junta de Compensación actora en reclamación de las cantidades adeudadas por los miembros de la misma demandados ahora y recurrentes. (STS de 24 de junio 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora —la Junta de Compensación— interpone una demanda solicitando el pago de una cantidad a los demandados como cuota por la pertenencia de unas fincas a la Junta mencionada. Los demandados alegan la excepción de incompetencia de jurisdicción, siendo ésta desestimada. El único demandado personado en la instancia interpone recurso de apelación, viniendo la Audiencia Provincial a confirmar la sentencia anterior. En casación el TS vuelve a desestimar la excepción que en las sucesivas instancias era alegada por el recurrente e indica que, como queda probado que los demandados eran los propietarios de esas fincas y que las mismas formaban parte de la Junta, es válida la cantidad que los demandados debían a la parte actora, por lo que no hay lugar al recurso de casación interpuesto. (C. L. S.)

73. Error judicial. Alcance y significado.—La Sala reproduce el criterio sustentado en la S de 15 de diciembre de 1994, que a su vez reproduce el de la S de 20 de octubre de 1990, que decía: «... a) el denominado error judicial (sobre cuya tutela goza del marco supranormativo del art. 121-1 CE), proviene de una actuación decisión de los órganos de justicia que a la hora de cumplir su mandato jurisdiccional *dictio iuris* o *decir derecho* incurren en un desvío de tal naturaleza o en una equivocación tan crasa y elemental, y hasta perceptible socialmente por el efecto de injusticia, que producen ... una afectación o menoscabo o perjuicio a la parte que tiene que padecer tal pronunciamiento tortuoso o *erróneo* ... El error judicial ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, con yerro indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados, requiriendo el error propio que se haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquéllos que hubieran sido objeto del debate y sobre los cuales el juzgador haya tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocerales y no cuando se trata de apreciar pretendidos errores *in iudicio* o *in iudicando* ... ya que de otra forma, como declaró la S de 13 de abril de 1988, se establecería una nueva instancia y una evidente fisura a la seguridad jurídica, o como dice la S de 4 de febrero de 1988, el error judicial no puede basarse en establecer motivaciones subjetivas, sobre la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico dentro de las normas de la hermenéutica jurídica».

Independencia funcional de los Tribunales.—Esa caracterización nunca puede marginar la misma soberanía —más bien independencia— de corte funcional que los órganos de la justicia ostentan por atribución constitucional, la cual, si bien les conmina a la inexcusabilidad decisoria, también les provee de poderes propios que, ubicados dentro de la llamada metodología judicial, les permita cumplir con su función de *decir el derecho aplicable* no sólo en cuanto que, tras el aislamiento del caso litigioso, en sus coordenadas fácticas relevantes, habrán de elegir la norma aplicable, sino, en especial, que después de esa selección, habrán de ajustar la misma al caso debatido, en una labor de auténtica interpretación aplicatoria, interpretación, pues, como búsqueda del sentido más acorde de la norma con el litigio, que no sólo habrá de efectuarse con absoluta independencia que es tanto como no injerencia de factor alguno de presión, sino que, cómo no, pueda, en su caso, derivar en una conclusión o tesis que no coincida con la que provenga de cualquier otro sector de juridicidad o mucho menos de la que se sustenta por la parte interesada; opinar de otro modo sería tanto como afirmar que cualquier diferencia interpretativa entre la tesis judicial y la de la parte interesada provocaría un desvío atacable por la vía del error judicial, cercenándose

con ello una de las savias más fructíferas y garantes de aquella independencia funcional, como es la omnímoda libertad, salvo el respeto a la Ley, de los Tribunales al resolver los litigios con criterios de especial entendimiento de las sanciones así establecidas. (STS de 3 de septiembre de 1996.)

HECHOS.—Doña Carmen G. B. B., entregó su reloj de oro marca *Omega* al titular de la Agencia Oficial de esa marca en Madrid. Cuando fue a recogerlo se le comunicó que habían sido objeto de un robo a mano armada y que entre las piezas que se habían llevado se encontraba el referido reloj. Se presentó una demanda de reclamación de cantidad, pero en instancia se desestimó. Posteriormente se formuló recurso de revisión ante el Alto Tribunal, suplicando sentencia por la que se declarara el error judicial, pero el TS declaró su inexistencia. (M. D. C. H.)

