

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LI, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 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>
Estudios monográficos	
Juan Bms. VALLET DE GOYTISOLO: «El concepto del derecho en los maestros De Diego, Castán Tobeñas y Castro Bravo»	1013
Fernando GÓMEZ: «Derechos de propiedad y costes de transacción: ¿qué puede enseñar Coase a los juristas?»	1035
José Enrique BUSTOS PUECHE: «Sugerencias para reflexionar sobre el fenómeno de la especialización normativa»	1071
Jordi RIBOT IGUALADA: «El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes»	1105
Ismael MATEOS BONILLA: «Estudio teórico-práctico de las figuras fideicomisarias»	1179
Estudios legislativos	
Luis Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ: «Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación.)»	1301
G. BOTANA y Dra. Ch. LEBSANFT: «La Ley alemana sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido. Estudio comparado con la Directiva europea»	1317

Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias	
Por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	1361
Información Legislativa	
Por Pedro DE ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ	1413
Bibliografía	
LIBROS	
CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar: «El derecho moral del autor. (Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor.)», por Nazareth Pérez de Castro	1435
DÍAZ ROMERO, María del Rosario: «Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio», por Carmen Jerez Delgado	1443
PLAZA PENADÉS, Javier: «El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución», por Rafael Sánchez Aristi	1446
QUESADA GONZÁLEZ, María Corona: «La vivienda Familiar Arrendada», por Máximo Juan Pérez García	1455
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	1463
Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Estado Civil	
Por Isabel ARANDA DE LA FUENTE	1487
Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales	
SENTENCIAS COMENTADAS	
José Ramón de VERDA Y BEAMONTE: «Reserva mental y matrimonio civil (comentario a la SAP de Madrid de 30 de septiembre de 1997)» ...	1511
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS COMENTADAS	
Carmen JEREZ DELGADO: «Impugnación de hipoteca por fraude de acreedores (comentario a la STS de 28 de noviembre de 1997)»	1523
SENTENCIAS	
A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Yolanda BUSTOS MORENO, M.ª Dolores CANO HURTADO, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, M.ª Rosario DÍAZ ROMERO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENEGOA, Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Antonio JIMÉNEZ CLAR, Javier LARENA BELDARRAÍN, Julián LÓPEZ RICHART, Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, Óscar MONJE BALMASEDA, Virginia MÚRTULA LAFUENTE, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA y Lis SAN MIGUEL PRADERA.....	1533

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 11

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 III
Julio-septiembre, 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: 0210-301-X
Depósito Legal: M-125-1958

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

El concepto del derecho en los maestros De Diego, Castán Tobeñas y Castro Bravo

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

Felipe Clemente de Diego, José Castán Tobeñas y Federico de Castro y Bravo, maestros de civilistas indiscutibles, se debatieron, los tres, entre su íntima concepción iusnaturalista y el positivismo legalista aún dominante. Por eso, creo de interés rememorar el concepto del derecho que cada uno de ellos alcanzó, en esa síntesis, en sus reflexiones científicas.

I. EL DERECHO SEGÚN DE DIEGO

El catedrático de derecho civil y presidente del Tribunal Supremo de Justicia, Felipe Clemente de Diego, viene a efectuar una síntesis de la concepción neotomista, en la dirección señalada por Suárez en el siglo XVI y por los iusnaturalistas católicos del siglo XIX, y de la concepción moderna del Estado y del derecho. En consecuencia, tiene que enfrentarse con las aporías que resultan al pretender conjugar aquéllas con ésta. Él las resuelve –como después veremos– con la *analogia iuris*, tomando por punto de apoyo el ofrecido por la enumeración de las fuentes de derecho en el originario título preliminar del Código civil, que considera aplicable con carácter general a todo el derecho positivo español.

Veamos cuáles son los dos caminos que, razonadamente, este ilustre maestro sigue para formular el concepto más genérico de derecho: uno es el del método analítico y otro el del método sintético.

Por la vía analítica, parte De Diego de la etimología de derecho, que procede de *directus*, –a, –um, participio de *dirigo*, –is, –ere, que significa dirigir, enderezar, alinear, que «en castellano conserva la forma culta y sin transformación» de la palabra *directo*, *directa*, «con el sentido de recto, inflexible, rígido, que no se tuerce a un lado ni a otro», opuesto a «torcido, con cuyo vocablo se califica al hombre que no obra con recti-

tud y a su conducta»¹. También² enfoca la palabra derecho de conformidad al genuino sentido dado a la palabra *ius* en el derecho romano clásico. «El derecho –dice– es realización de la justicia y ésta manda dar a cada uno lo suyo»; y, seguidamente: «El orden social es la proporción y medida en las relaciones necesarias a la sociedad humana»... «El fin del derecho es la realización de la justicia en las relaciones de coordinación y subordinación que forman la trama de la sociedad, y por aquí la conservación del orden social como conviene a la vida racional y libre en relación al último fin del hombre».

Obtiene estas segundas observaciones por el que denomina procedimiento sintético³, «partiendo del orden universal de la creación, de que es uno a los factores el hombre, ligado con los demás y regido a este respecto por la ley eterna. Pero el hombre que, en su cualidad de ser natural, participa como los demás seres del mundo de ese orden y de esa ley, es además un ser racional y libre y tiene, por tanto, en ellos una participación especial y más excelsa. Como ser racional conoce su fin que es el bien infinito y los medios para conseguirlo; como ser libre debe poner éstos al servicio de aquél, aunque su libertad limitada le engañe no pocas veces».

Relacionando el conocimiento alcanzado hasta aquí por el método sintético –según el cual la consecución de la justicia es la finalidad del derecho– y el obtenido por el método analítico –la percepción del orden universal y del específico papel del hombre, con su cualidad de ser racional y libre dentro del mismo–, podía haber llegado De Diego a la concepción aristotélico-romano clásico-tomista del derecho. Es decir: a la consideración de éste como lo justo y equitativo, o como el arte y la ciencia para determinarlo. Y también pudo haberlo diferenciado, dentro de este orden, de la moral y de la política, por la función específica que corresponde al derecho de determinar lo justo en las relaciones sociales⁴, y, así, pudo

¹ Felipe Clemente DE DIEGO, *Curso elemental de derecho civil español, común y foral*, vol I, Madrid, Libr. Gral. Victoriano Suárez, 1923, Introducción, lección 1.ª, pp. 5 ss.

² *Ibid*, *Instituciones de derecho civil español*, vol I, Madrid, Libr. Gral. Victoriano Suárez, 1941, Preliminar, lec. 1.ª, pp. 15 ss.

³ *Ibid*, *Curso elemental*, pp. 8 ss.

⁴ Cfr. mi comunicación, *Observaciones de orden metodológico en torno de la concepción del derecho natural de Santo Tomás de Aquino*, VI, A. R. A. J. y L. 3, 1975, pp. 42 ss., reproducido en mis *Estudios sobre fuentes del derecho y...*, pp. 777 ss., donde comparo el orden expuesto en la *Suma Teológica* de Santo Tomás DE AQUINO con una catedral gótica que requiere de todos sus pilares y de su armonía que exige el adecuado equilibrio de todos sus elementos, sin que sea posible que cualquiera de ellos absorba los demás. Así Santo Tomás vislumbra, en el orden de la creación, distintas esferas: divinas y humanas; naturales, inmediata o mediatamente determinadas por la adecuación racional a un fin común; de consejos y de preceptos morales y jurídicos; de derecho natural o positivo, divino o humano, etc., etc. Todas estas esferas forman un conjunto del que ninguna puede separarse, hipertrofiarse ni minusvalorarse. Pero no deben confundirse ni interferirse entre sí. Ahora bien, si alguno de estos ámbitos deja de funcionar –v. gr., la moral, por debili-

haber considerado las leyes como uno de los instrumentos para facilitar esa función —*aliqualis ratio iuris* y no *ius proprie loquendo*⁵, ni *causa iuris*⁶.

Pero De Diego, después de llegar a la indicada concepción general del derecho, que identifica con el orden moral, prosigue razonando por un camino distinto del aristotélico—romano—tomista, al partir de la confusión del derecho con su norma, la ley. Así no deriva del orden social hacia la determinación de lo justo, como «proporción o medida de las relaciones necesarias a la sociedad humana», sino hacia su subsunción en la norma que debe ayudar a determinarlo y, según entiende, a imponerlo coactivamente. Cosa esta última que si bien es cierta en las normas imperativas de derecho necesario, no lo es en las de derecho voluntario⁷. Así se observa claramente que identifica el orden con una de sus reglas, cuando explica⁸: «Ese orden de relaciones esenciales a la sociedad tiene razón de medida o regla de aquellas obligaciones o facultades correlativas que forman las prestaciones de la conducta jurídica. El derecho aparece, pues, como la dirección de la conducta social humana al bien exigido imperiosamente por las relaciones esenciales a la sociedad humana, y si esa conducta social se desdobla en obligaciones que se imponen al hombre y en facultades que le competen y en reglas que determinan unas y otras, bien puede concluirse que el derecho es: “el conjunto de derechos u obligaciones y de facultades del hombre y de las reglas que determinan unas y otras para el cumplimiento del bien exigido imperiosamente por las relaciones especiales a la sociedad humana”».

Como vemos, este ilustre maestro, partiendo de la concepción genuina del derecho, deriva hacia una concepción normativista-legalista, en la que el Estado no sólo asume la función de velar por el derecho sino también monopoliza la de formularlo e imponerlo coactivamente.

Es cierto en parte que, como dice⁹, el derecho, «si por esencia no es coercible, propende por naturaleza a servirse de la coacción para imponer sus mandatos». Sin embargo, en cuanto la determinación de lo justo y su realización, es más cierto que es más frecuente que tal determinación

tarse su sentimiento moral o la autoridad del Estado, al no poder cumplir sus fines—, el desequilibrio es inevitable, como también lo es si alguna esfera se interfiere en la otra suplantando sus funciones. Tan nocivo puede resultar un fideísmo aislado de la realidad como un panjuridismo positivista que todo quiere regularlo coactivamente con normas legales y reglamentarias.

⁵ Cfr. Santo Tomás DE AQUINO, *S. Th.*, 2.^a-2.^{ae}, 57, 1, *ad* 2.

⁶ Así lo creyó Domingo DE SOTO; cfr. mi estudio «*Ius* y *lex* definidos por los *Magni hispani*», I, b, en *Persona y Derecho*, 37, pp. 36 ss.

⁷ Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, II, *Parte sistemática*, 177, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo Superior del Notariado, 1996, pp. 921 ss.

⁸ DE DIEGO, *Instituciones*, *loc. ult. cit.*, pp. 15 *in fine* ss.

⁹ *Ibid*, *Curso elemental*, *lec. cit.*, pp. 10 *in fine* ss.

se efectúe convencionalmente y se cumpla de modo voluntario, y que tan sólo a veces se requiere que sea determinado conflictualmente y se cumpla coactivamente.

Al no ser del todo cierta la premisa enunciada por De Diego, tampoco es cierta sino en parte la segunda de sus dos siguientes conclusiones acerca de que en el derecho, «en su calidad de poder interno irrefragable, requiere de necesidad una institución, un organismo encargado de formular el derecho y de cumplirlo y hacerlo cumplir cuando se infrinja». Para concluir seguidamente: «Esta institución encuentra en el Estado, el gran propulsor de los fines sociales, que si presta este servicio al derecho, también lo recibe de él organizándose y obrando con arreglo a sus exigencias. Derechos y Estado son dos círculos de vida independiente, pero que se completan: el primero sin el segundo, sería poco menos que letra muerta, y el segundo sin el primero sería pura fuerza material».

Es más exacto decir que el derecho es una realidad objetiva, el conocimiento del cual lo descubre el hombre en la naturaleza de las cosas, en virtud del sentido de lo justo y de la razón natural inherentes a la naturaleza del hombre. Pero, por sus propias limitaciones, el hombre necesita instrumentos para guiarle en el camino de la determinación de lo justo, como las leyes, que son normas orientadoras, emanadas del poder político en todos sus órdenes y grados, pero también lo son las costumbres, los principios, alumbrados por jurisprudencia práctica y la ciencia teórica del derecho, las resoluciones de jueces o tribunales y las respuestas a cuestiones de los juristas. Por lo tanto, en un régimen estatal, si bien el Estado tiene entre sus funciones la de velar por el derecho y debe someterse a él en su estructura y funcionamiento; no obstante el derecho no es emanación suya, sino que le trasciende, y el alumbramiento y determinación del mismo es función de la ciencia y el arte del derecho, excepto aquellas determinaciones necesarias que, en cierto estado de desarrollo, sólo el poder legislativo puede efectuar.

La deriva que sigue De Diego, conforme la orientación de la Modernidad, le lleva consecuentemente a diferenciar dos acepciones de derecho ¹⁰: «según se le mire en sí mismo, es decir, en su realidad objetiva con esa ilusión del sujeto llamado a cumplirla, o en relación con ésta», las del *derecho objetivo* y el *derecho subjetivo*.

El primero: «En sí mismo, objetivamente, como ordenación exigida por las relaciones esenciales a la sociedad, es algo que se impone a nuestra voluntad y regula sus actos, es una *norma o regla de conducta*».

El derecho *subjetivo* «es una facultad de hacer o exigir» «tal o cual prestación» a la que «obliga a otro el derecho objetivo», y que expresamos al decir «mi derecho», «tengo derecho a esto o a lo otro».

¹⁰ *Ibid.*, pp. 11 ss. y, con más precisión, *Instituciones*, pp. 17 *in fine* ss., de donde tomo las citas correspondientes a esta nota.

Hemos visto cómo De Diego parte de una concepción omnicompreensiva del derecho, como orden social justo y que deriva, con la corriente iusnaturalista moderna, hacia una concepción normativa del derecho, y, con la iniciada en el siglo XVII y alcanzada desde finales del XVII, a la concepción estatal y coactiva del derecho, pero sin por eso apartarse de su concepción inicial genérica. Por esto, para salvar las aporías existentes entre ésta y aquéllas, De Diego necesita admitir el derecho natural y la equidad como realidades jurídicas vivas, e interferirlas en el derecho objetivo.

«El derecho –dice¹¹– es uno en esencia; si no lo fuera no habiéramos podido formar concepto de él; pero es vario en sus manifestaciones». El derecho natural «es alumbrado por la ley de la razón» –dice siguiendo a Augusto Comas–, y aquel otro [el positivo] que, como consecuencia o determinación de aquél, se establece por ley o por costumbre, en armonía con las varias necesidades sentidas en cada tiempo y lugar por lo que es tan vario y distinto como ellas aconsejan (derecho positivo)».

El modo de armonizar el derecho natural y el positivo en cuanto éste no recoja de aquél, y de conjugar la generalidad de la norma con la especificidad y concreción de la justicia, son dos temas esenciales que De Diego aborda decididamente.

Acerca del primero, ante todo, expuso¹² las múltiples concepciones que se han sostenido acerca del derecho natural, para recoger y hacer suyas sus razones y adoptar una solución consecuente. Corresponde a la naturaleza del derecho –dice– «que siendo en sí algo específico, lo es para algo superior y en cierto modo trascendente: la necesidad de principios superiores a las contingencias de los hechos, según los cuales pueda medirse y valorarse la justicia intrínseca de éstos. Esos principios, reconocidos por nuestra razón, no creados por ella, se hallan en el mundo de las relaciones sociales, que son actuación del orden moral, parte del universal de la Creación. Exigencias de la razón o imposiciones de la realidad, esos principios informan el derecho, que socialmente consagrado en sus aplicaciones variadísimas constituye el derecho puesto o establecido (positivo en su más lata acepción); por este establecimiento, el derecho es derecho positivo; por aquella información, es derecho justo».

El segundo tema responde al modo de realizar esa posibilidad y, a la par, sirve para solucionar el conflicto entre la generalidad de la norma y la especificidad de que el derecho sea justo en cada caso. Para ello, analiza la equidad¹³, de la que dice: «no es un principio extrínseco al derecho ni cosa opuesta a la justicia»; «en sí mismo es la justicia del caso tomado en la singularidad de sus circunstancias, es el derecho mismo que se adecúa o conforma a estas circunstancias».

¹¹ *Ibid*, *Curso elemental*, lec. cit., pp. 15 ss., e *Instituciones*, pp. 18 ss.

¹² *Ibid*, *Curso*, pp. 25 ss.

¹³ *Ibid*, pp. 27 ss.

«La oposición resulta de la naturaleza y contextura del derecho objetivo, que se manifiesta por reglas generales para el tipo normal de las relaciones sociales, abstracción hecha de las circunstancias que las individualizan»... «Además el derecho objetivo, dada la complejidad de la vida, no siempre la domina por completo, y en tanto deja sin solución neta casos que la justicia exige sean resueltos en vista de sus circunstancias. En uno y otro caso, la justicia toma el nombre de equidad y lo es frente al derecho objetivo, frente al derecho histórico». Así la equidad «tiene dos oficios»: «corregir el rigor de la ley y suplirla».

«Si la equidad –sigue dos párrafos después– no representa un principio extraño al derecho en sí mismo considerado, y sí sólo un sentimiento vivo del derecho del caso, una idea más comprensiva y adecuada y concreta de la realidad jurídica, ya se comprende cuánto pierde su autonomía y sustantividad, y cómo tiene que refundirse en alguna de estas categorías de justicia, derecho natural, principios generales de derecho, etc., que pesan sobre todo el derecho positivo. La equidad, nudamente entendida, aparte del derecho, es la arbitrariedad, lo más contrario a derecho».

Todavía halla De Diego otro medio para resolver las referidas dificultades, el recurso a la *analogía*, que puede ser no sólo *legis* sino también *iuris*¹⁴. «No es menester que la analogía sea expresamente permitida por el legislador, bastando para ser aplicada que no esté prohibida, como lo suele estar por las leyes penales o las que limitan el libre ejercicio de los derechos o que forman excepciones a las reglas generales ya que se presume lícito lo que no esté prohibido».

Siguiendo el criterio de Windscheid, Unger y Regelsberger, cree De Diego que la analogía «es un procedimiento intermedio que se acerca a la interpretación, si es de ley, y a la producción jurídica, si es de derecho».

Siendo presidente del Tribunal Supremo, planteó De Diego en el terreno práctico, que él vivía, la resolución de las cuestiones que como tratadista, según hemos visto, expuso, y sin apartarse, para ello, de las normas del título preliminar del Código Civil.

En su discurso de apertura de los tribunales del año 1942, señala¹⁵ que tanto la interpretación como la aplicación pueden ser de ley o de derecho: «aquella tendrá por objeto el campo acotado y dominado por la ley en sus fórmulas generales; esta otra extenderá su mirada a todas las manifestaciones del derecho insitas en los hechos e instituciones sociales, buscando el sentido genuino no de una ley, sino de la legislación general, jurisprudencia, principios generales y de los hechos sociales y sus transformaciones (espíritu del pueblo, exigencias y necesidades sociales)». Y

¹⁴ *Ibid*, *Instituciones*, lec. 8.ª, p. 134.

¹⁵ *Ibid*, *Discurso en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1942*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1942, pp. 31 ss.

concluye ¹⁶ que, dentro de la acepción amplísima de interpretación –en las que caben la interpretación histórica, filosófica, teológica–, la interpretación jurídica tiene también una acepción amplísima: la dualista –que observa, p. e., en Gény–, que se desdobra en *interpretatio legis* e *interpretatio iuris*, y que «en los autores modernos» se corresponde: aquella, «con la interpretación propiamente dicha de la ley, mera y pura declaración del sentido del pensamiento legislativo», y, la segunda, «en la libre investigación científica del derecho objetivo que busca inspiración en otras fuentes formales del derecho, o en otros principios extraños de la ley y superiores a la voluntad legislativa»... «El deslinde entre uno y otro género de interpretación no siempre se ofrece netamente y de un modo fijo; insensible y gradualmente se pasa del uno al otro».

En el mismo discurso, advierte ¹⁷ que el orden jurídico «no es una masa inerte de principios y preceptos *mere* coexistentes, sino un cuerpo orgánico, de normas íntimamente conexas, enlazadas, y los principios que están en su base llevan el germen de incalculables desarrollos». Ya que ni el legislador ni el juez «pueden transgredir la ley natural que se predica en la conciencia humana, participación impresa por Dios en nosotros, la fuente inspiradora se halla soberanamente en esta ley moral natural (derecho natural)».

Ahora bien, la interrelación consiguiente entre los principios más altos y las normas de derecho positivo forma un entramado, con un orden de prelación aplicativo que –dice– comienza por lo más concreto, es decir por las leyes humanas. De Diego lo explica: «el adverbio “exactamente”, que emplea el artículo 6.º del Código Civil contribuye a delinear mejor el campo acotado por la ley para dar solución a los casos prácticos, por lo mismo que sólo cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido se acudirá a la costumbre del lugar y, en su defecto, a los principios generales de derecho».

Y advierte ¹⁸ que todo «gira en torno a la distinción entre ley y derecho». Conceptos «relativos que entran los unos en los otros y en cierto modo se implican». La analogía «que emplea el intérprete, juzgador o ciudadano, al redondear una institución o reglamentarla de nuevo, aún siendo obra del aplicador o cumplidor de las leyes, puede ser una producción jurídica de creación, que se dice modernamente, o formulación *ex novo* de nuevas reglas jurídicas. En todo caso no salen éstas *ex capite* meramente, ni sin otro fundamento que el capricho del intérprete, sino que se extraen del fondo social, del ambiente general *jurídico* ya *incrustado en la conciencia* común y *fecundado* por los principios sustanciales de justicia»... «Ni en la obra del legislador ni en la del intérprete hay propiamente creación: los ele-

¹⁶ *Ibid*, pp. 66 ss.

¹⁷ *Ibid*, p. 48.

¹⁸ *Ibid*, pp. 61 ss.

mentos primeros de la formación jurídica, principios y hechos, necesidades y forma jurídica de satisfacerlas, están ya dotados y establecidos fuera de ellos». Por esto, congruentemente, pregunta:

– «¿Qué autoridad puede tener una ley emanada en forma del propio legislador que no sea informada por los principios de justicia o que contraríe al derecho natural, o que totalmente pugne con la conciencia común ilustrada por los altos y eternos ideales de religión, patria y familia»... «Carentes de autoridad moral por falta de competencia o por vicio de fondo sustancial, les falta lo esencial para imponerse a las multitudes?»

– «¿Qué valor podrán tener las interpretaciones de ley que, lejos de buscar su auténtico sentido, tratan de falsearlo suplantando la voluntad legislativa? No son interpretaciones sino violaciones o falsificaciones de la ley...».

Termina De Diego con esta conclusión ¹⁹: Razonar «mediante la analogía con el derecho escrito es tomar de éste un elemento positivo que el intérprete emplea según las inspiraciones de su propio pensamiento para utilizarlo en construcciones independientes. Y no estando obligado a atenerse a la inflexible dirección marcada por una voluntad superior, el intérprete maneja la analogía y demás procedimientos de investigación, que no son fuentes formales, con una superior libertad de apreciación no limitada más que por las exigencias objetivas de la justicia y de la utilidad».

En suma, podemos decir que De Diego, en el desarrollo de sus tesis, desmiente en gran parte su definición inicial del derecho –pues en él incluye los principios generales de derecho que abarcan los de derecho natural, las costumbres, y la labor de concreción a través de la analogía–, y da un notable giro en el acto de determinar lo justo. Sólo le falta por decir que también es derecho lo determinado negocialmente que no vaya en contra del orden natural o de preceptos imperativos de derecho necesario; aunque sí viene a reconocerlo para el derecho aragonés, en virtud de su principio *standum est chartae* ²⁰.

II. EL SIGNIFICADO DE DERECHO SEGÚN CASTÁN TOBEÑAS

Otro insigne maestro, también catedrático de derecho civil y presidente del Tribunal Supremo, José Castán Tobeñas, se enfrentó con iguales problemas que De Diego, planteados por el choque de la concepción del derecho dominante en su tiempo con su confesado iusnaturalismo y su visión práctica. Los afrontó con su consustancial ponderación, su talante componedor y su respeto a la ley.

¹⁹ *Ibid*, p. 66.

²⁰ *Ibid*, *Instituciones*, lec. 6, p. 107.

«Es el derecho, por su naturaleza —explica²¹— una realidad eminentemente compleja. Se ofrece a nuestro examen tomando variados aspectos y apenas alcanza el entendimiento humano a abarcarlo en su conjunto.

Aparte de su aspecto de fenómeno social, tiene en sí e intrínsecamente variadas facetas, pues podemos contemplarlo:

»a) En su acepción más comprensiva, de *orden* (el orden jurídico) o de *justicia*.

»b) En su acepción de *norma* o *ley* que rige a la voluntad (*derecho en sentido objetivo*), comprendiendo tanto el derecho natural como el derecho positivo.

»c) Como fenómeno de realización práctica (*hechos jurídicos, decisiones jurídicas*).

»d) En su acepción de *facultad* o *poder* (*derecho en sentido subjetivo*).

»e) En su acepción de disciplina mental, práctica o teórica (*arte y ciencia del derecho*).

De todas ellas —dice— «me parece que son centrales las dos primeras. La idea de justicia —primaria acaso— y la idea de la norma son dos elementos eje de todo el edificio jurídico». Ahí vemos que efectúa una composición entre la concepción realista aristotélica—romana—tomista y la concepción nominalista, seguida predominantemente en la Modernidad. Desde la perspectiva de ésta y de la científica del siglo XIX, añade: «La ciencia o disciplina mental que tiene por objeto el derecho, al ocuparse de una legislación cualquiera se ocupa necesaria y simultáneamente de las *normas* en que esa legislación se manifiesta y de las *facultades* o derechos que al amparo de ellas pueden crearse».

Según esta misma corriente, netamente dominante en su tiempo, define: «La palabra derecho se emplea en dos sentidos diferentes: objetivo el uno y subjetivo el otro. En su sentido *objetivo*... el derecho es el conjunto de reglas jurídicas tomadas en sí mismas. En su sentido *subjetivo*... el derecho es la facultad o prerrogativa reconocida a una persona (individual o colectiva) por el derecho objetivo, que le permite imponer a los demás un determinado comportamiento (hacer, no hacer o exigir algo). El derecho objetivo es, pues, el derecho como *norma*, mientras que el derecho subjetivo es el derecho como *facultad*».

Notemos que, en cambio, conforme el realismo aristotélico-tomista el derecho surge de la misma naturaleza de las cosas, en todo aquello que ella determina, mientras que, en lo que en principio es indiferente según ésta, el derecho se determina por convenio privado o público, costumbre o ley, sin perjuicio de que éstas, además, aclaren, formulen y amparen lo

²¹ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 8.ª ed., I-I, Madrid, Instit. Ed. Reus, 1951, § Preliminar, II, 1, pp. 47 ss.

que resulta de la propia naturaleza de la cosa; que la ley es cierta razón (entre otras) del derecho, pero no el derecho mismo propiamente hablando, y que las facultades dimanantes del derecho, no se confunden con él, del mismo modo que no se confunde la consecuencia con la causa.

Castán²² reconoce que las expresiones derecho subjetivo y derecho objetivo son modernas; pero dice que a ellas «corresponden las antiguas y entrepuestas definiciones: 1.^a *Ius est norma agendi* (derecho en sentido objetivo) y 2.^a *Ius est facultas agendi* (derecho en sentido subjetivo)». Definiciones no clásicas, evidentemente posteriores al nominalismo.

Pero, frente «a las escuelas jurídicas monistas, para las cuales el derecho positivo es el verdadero derecho», admite Castán Tobeñas²³, como De Diego, la coexistencia de derecho natural y derecho positivo: «Llamamos derecho natural al conjunto de los principios universales de derecho, concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre».

Esta definición no es la aristotélica, romana, tomista, e identifica el derecho natural con los primeros principios de la ley natural, tal como los neotomistas del siglo XIX y principios del XX, restringiendo a ellos la concepción del derecho natural, que era identificado con la ley natural por Francisco Suárez²⁴. A juicio de Castán, «no es la ley ni el ideal de la ley, sino los principios supremos y esenciales de ella».

En cuanto al derecho positivo, resume que se ha debatido²⁵: «a), si el derecho positivo está subordinado al derecho natural; b), si aquél es una creación del Estado y de sus órganos o tiene una existencia independiente del Estado, pudiendo originarse de fuentes sociales espontáneas; c), si el establecimiento del derecho positivo supone necesariamente una colectividad organizada o puede darse aún en círculos sociales carentes de organización; d), si la positividad al derecho va ligada únicamente a la imposición formal de la norma o más bien a la eficacia real y efectiva de ésta».

Con su carácter componedor, opina: «No parece que pueda desconocerse la complejidad de elementos racionales (en relación con la idea de derecho natural), formales (propiamente jurídicos) y sociales (integrantes del llamado derecho hoy derecho vivo) que van comprendidos en el concepto de derecho positivo. Según la concepción que nos parece más segura pueden atribuirse al derecho positivo las siguientes notas: 1.^a Estar enraizado en el derecho natural, por derivación más o menos directa. 2.^a Emanar de una comunidad organizada (hoy generalmente estatal, pero que puede ser también de otra índole gentilicia o étnica, religiosa, etc.). 3.^a Ser establecido y mantenido —de manera expresa o tácita— por la voluntad imperante en la comunidad de que se trate».

²² *Ibid*, 3, pp. 57 ss.

²³ *Ibid*, 2, pp. 48 ss.

²⁴ Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho. I. Perspectiva histórica*, Madrid, Ed. Centro Cultural Ramón Areces, 1994, 146-148, pp. 428-441; y *supra* 49, e, y 53.

²⁵ CASTÁN TOBEÑAS, *loc. ult. cit.*, B, pp. 52 ss.

Más adelante ²⁶, advierte que algunos autores, principalmente quienes siguen la teoría institucionalista del derecho, «tachan hoy de inadecuado e insuficiente este concepto del derecho objetivo, aduciendo que el derecho no está integrado por normas, sino por otros elementos, todavía más esenciales y característicos, como son los de organización y aquellos mecanismos y engranajes que producen, modifican, o aplican y garantizan la norma jurídica, pero no se identifican con ella».

Siguiendo esa pauta componedora, advierte: «La idea tiene un serio fundamento. Sin duda, las concepciones corrientes del derecho objetivo han exagerado el punto de vista normativo y hemos de reconocer: 1.º Que es superior al sentido del derecho como norma el sentido, en cierto modo primario, del derecho como orden. 2.º Que en el plano histórico han existido ordenamientos jurídicos sin normas, cuando menos sin normas abstractas y generales. 3.º Que aún en tiempos modernos el derecho objetivo no sólo se compone de normas en las que se dé el requisito de la generalidad, sino también de preceptos individuales y concretos. 4.º Que, por lo que se refiere al derecho público, tienen todavía más relieve que las normas los demás elementos de la organización del Estado».

Sin embargo, confiesa que, «a pesar de todo ello, nosotros hemos de seguir la orientación predominante y destacar en el derecho objetivo el elemento de la norma, que es el que más importancia tiene para el derecho privado y para la práctica jurídica, ya que, desde el punto de vista de las controversias sobre los derechos y de la protección judicial de los mismos, el derecho se muestra como una regla de decisión».

En otra de las obras de este maestro que más me ha orientado ²⁷, después de citar unas frases de Jhering en *El espíritu del derecho romano*, indica: «aunque nuestra concepción *iusnaturalista* rechace esta idea de que no haya otro derecho objetivo *verdad* que aquel que cuaje y se realice en la vida, hemos de admitir como indudable que el derecho es para la vida o, más exactamente, que tiene por fin la realización de la justicia en la vida.

»Para cumplir, pues, su razón de ser, el derecho ha de hacerse real, incorporándose a la vida social y plegándose a sus relaciones.

»Pero esta realización del derecho puede ser concebida, y ha sido, en efecto, entendida, según las épocas, de dos modos distintos: como mera *aplicación* de una norma abstracta a los casos concretos, o como verdadera y propia *realización* o *elaboración* del derecho».

Comenté este texto con ocasión del centenario del nacimiento de este maestro en 1989 ²⁸, resaltando su confesión de profesar la «concepción

²⁶ *Ibid*, § V, I, pp. 248 ss.

²⁷ *Ibid*, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, Madrid, Inst. Ed. Reus, 1947, p. 11.

²⁸ *Las fuentes y la elaboración práctica del derecho en la perspectiva de Castán Tobeñas*, I, Publicado en «El pensamiento jurídico de Castán Tobeñas. Jornadas de homenaje en el centenario de su nacimiento», Madrid, U. P. C. O., 1991, pp. 65 *in fine* ss.

iusnaturalista», requirente que las leyes tengan que dirigirse a la realización de la justicia, y su realismo que le conducía a entender que el derecho «ha de hacerse real plegándose a sus relaciones».

Ahora, quiero destacar que Castán rechaza que este «hacerse real» deba efectuarse conforme la concepción *normativista* de la «*aplicación del derecho*»²⁹, y se adhiere a la concepción *funcional* de la «*elaboración del derecho*»³⁰, distinguiendo primordialmente la *elaboración* «*creadora*» y la «*reconstructiva*»³¹ y, en ésta, la *elaboración práctica* y la *científica*³².

Por mi parte, destaco que, mientras en la *aplicación* del derecho, éste es la norma aplicada; en cambio, en la *elaboración* el derecho, éste es lo elaborado, y la norma sólo es un punto de partida de la elaboración.

Por otra parte, el concepto de la *elaboración* del derecho que tuvo este maestro se diferencia de la que expuso Savigny —de quien precisamente recogió esa palabra, así como la distinción de sus clases— en que mientras la elaboración de Savigny es puramente científica y tiene el doble carácter histórico—orgánico y sistemático—conceptual, la practicada por Castán, que él denomina elaboración correctiva e integradora con función práctica, tiende fundamentalmente a la consecución de un resultado justo y equitativo³³.

Es de advertir que Castán Tobeñas se expresa con mayor independencia de criterio cuando habla entre maestros que cuando escribe para estudiantes y opositores, ante quienes se siente más obligado a seguir lo establecido y generalmente aceptado. Así, en su intervención en el homenaje a De Diego³⁴, tras efectuar un examen crítico del principio, impuesto a finales de los siglos XVIII y XIX, de que «la ley y sólo la ley es fuente del derecho», contempla, con su habitual ponderación, la reacción que había llegado al extremo contrario hasta propugnar el derecho libre, y lo comenta críticamente: «todo el movimiento moderno, en cuanto dirigido a oponer al derecho rígido, de una jurisprudencia dogmática, un derecho enraizado en la vida, no puede menos de merecer nuestra simpatía». Pero: «A puro contemplar las [doctrinas] de antes el lado formal y técnico del derecho, y las de ahora, su aspecto social, se pierden ambas en una visión unilateral y falsa».

Castán Tobeñas, aunque advierte que, en la versión originaria del Código Civil, los artículos 5.º y 6.º «no hay duda» que «reflejan todavía

²⁹ CASTÁN TOBEÑAS, *loc. ult. cit.*, p. 11.

³⁰ *Ibid*, pp. 16 ss.

³¹ *Ibid*, pp. 23 ss.

³² *Ibid*, pp. 25 ss.

³³ Cfr. lo que digo en mi *Metodología de la determinación del derecho*, Introducción general, vol I, 6, pp. 12 ss.

³⁴ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Orientaciones modernas en materia de fuentes del derecho privado*, en «Libro homenaje al Profesor Don Felipe Clemente de Diego», Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1940, pp. 119 ss.

los principios propios de la escuela legalista», señala, a la par ³⁵, que hay en él respeto «*al principio de la libertad en la interpretación de las normas; la sujeción a los principios generales del derecho como medio de integración de las normas; un margen de gran libertad en la aplicación de las fuentes subsidiarias y el reconocimiento de la función que la idea de justicia ha de cumplir en la elaboración del derecho positivo, ya encarnada esa idea en sus más altos principios directivos (principios del derecho natural), ya en su más concreta aplicación y desarrollo con vistas a las circunstancias del caso concreto (equidad)*».

Los medios con los cuales Castán Tobeñas superó la dogmática conceptualista, mediante la denominada elaboración práctica del derecho, son, en resumen:

a) «Que si bien las exigencias de la unidad del sistema obligan a suplir los vacíos y deficiencias de la propia legislación, con los propios principios que la informan, siempre podrán servir los principios del derecho natural, en primer lugar, de elemento auxiliar para indagar y esclarecer el derecho vigente, y, en segundo término, de elemento complementario para suplir sus lagunas cuando se agote la potencia normativa del sistema jurídico positivo. De este modo, los principios de derecho natural podrán entrar en juego por una doble vía: a través de los principios generales del derecho positivo nacional para controlarlos y lograr que éstos se muevan siempre dentro del ámbito de los postulados de la justicia y supliendo a dichos principios para aquellos casos en que, agotada la potencialidad de los informadores del derecho positivo, no queda otro material jurídico para llenar las lagunas de la ley que el que proporcionan los dogmas, de virtualidad limitada, del derecho natural» ³⁶.

b) Mediante el elemento, que califica de intermedio entre los hechos propiamente dichos y el derecho a ellos aplicable, constituido «por aquellas reglas indeterminadas y flexibles –llamadas: “máximas de experiencia”, por los alemanes; “conceptos válvulas”, por algunos tratadistas italianos; “standars jurídicos” por la doctrina inglesa y “directivas”, por modernos juristas franceses– que el legislador o la jurisprudencia, en su caso, dejan a la discreción del intérprete, y la de fijar éste [derecho aplicable] extrayendo su contenido de las realidades prácticas de la vida» ³⁷.

c) Y, finalmente, por el «procedimiento de elaboración jurídica» predilecto de Castán Tobeñas: la equidad que –dice ³⁸– «opera en el ámbito de todas las fuentes jurídicas y de todos los demás procedimientos de

³⁵ *Ibid*, *Teoría de la aplicación*, pp. 156-160.

³⁶ *Ibid*, pp. 338 ss.

³⁷ *Ibid*, pp. 171 ss.

³⁸ *Ibid*, pp. 195 ss. La equidad fue un tema constante de Castán, al que dedica tres de sus principales discursos. Así explico en mi *Metodología*, últ. cit., II, *Parte sistemática*, 293, pp. 1543 *in fine* y 1548.

elaboración del derecho. Es un punto de vista para la aplicación, no sólo de la ley positiva, sino también del derecho natural y de los principios generales del derecho, impuesto por la propia naturaleza de todas estas normas, que exigen la realización práctica del derecho».

Todavía contempla Castán Tobeñas otra contribución a la elaboración práctica del derecho, que él centra en la aportación del notariado en la *elaboración* del derecho ³⁹, «terminología –dice de ésta ⁴⁰– más propia y más moderna».

La contribución del notario «a la producción del derecho» la clasifica en las siguientes aportaciones ⁴¹:

a) Los trabajos profesionales del notario. Sobre todo, los recursos gubernativos contra la calificación hipotecaria del documento notarial, en el cual –dice– se ejercita «la libre actividad científica» del notario.

b) La contribución de las fórmulas notariales, que en muchas ocasiones proporcionan a las fuentes jurídicas un «germen fecundo de su formación», ya sea:

– En la formación del derecho consuetudinario, pues «ofrece la fórmula técnica para dar satisfacción, dentro de la ley», a «las necesidades y aspiraciones» del pueblo.

– Indirectamente, coadyuvando a la formación de la jurisprudencia judicial, «puesto que ésta toma por base, muchas veces los *usos convencionales*, especialmente revelados en las escrituras públicas», ya que el juez debe utilizarlas «como medio de interpretación de los negocios jurídicos», conforme el artículo 1287 del Código Civil.

– Y como «valiosa ayuda a la legislación misma, ya que el legislador no puede desentenderse de la orientación que marquen en cada momento los actos notariales, en los cuales habrá de ver el reflejo y la expresión directa y fiel del sentir jurídico de la colectividad social. Y así, la realidad nos enseña que el notario va con frecuencia a la vanguardia del legislador, ya que, valorando los preceptos legales, de acuerdo con las nuevas exigencias y convicciones populares, cuando el sentido literal de aquéllos parece estar en contradicción con éstas, prepara la oportuna reforma legislativa».

Pone a continuación Castán ⁴² una serie de ejemplos de cómo los notarios y, antes de ellos, sus antecesores en la jurisprudencia cautelar romana y en la Alta Edad media, han influido en la evolución de muchas instituciones de derecho contractual –con sus fórmulas de tradición escrituraria–, del derecho sucesorio –en su modalidad testamentaria–, del dere-

³⁹ Cfr. mi *Metodología*, últ. cit., II, *Parte sistemática*, 217, A, pp. 1134-1144.

⁴⁰ José CASTÁN TOBEÑAS, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid, Inst. Ed. Reus, 1946, especialmente en su cap. III, *La elaboración notarial del derecho*, pp. 93-137 y cap. IV, 2, pp. 145 ss.

⁴¹ *Ibid*, III, I, A, pp. 93 ss.

⁴² *Ibid*, IV, B, pp. 151 *in fine* ss.

cho mercantil –en los títulos al portador, el contrato de comanda del que derivaría la moderna sociedad en comandita–. Así, también en el derecho italiano moderno y en el contemporáneo derecho francés han precedido a posteriores regulaciones legislativas, sea en materias económico–matrimoniales, sucesorias o mercantiles. Acerca de esto, recoge testimonios de Cornil (*El derecho privado*, Madrid, Reus 1928) –y, a través de él, de Perreau–, de Gaetano Doná (*Elementi di diritto notarile*), de Planiol (*Traité élémentaire de droit civil*, 9.^a ed., nn. 2.591 ss., pp. 804 ss.) y de Jerónimo González (*La tradición en los instrumentos públicos*, A. A. M. N., I, pp. 17–23).

Y respecto de la obra realizada en España por la «jurisprudencia notarial», la examina ⁴³ en los ámbitos de los derechos económico matrimonial, sucesorio, de la contratación agrícola y ganadera, derecho mercantil –en cuya aportación se extiende largamente– e hipotecario.

«La obra de la jurisprudencia notarial –concluye ⁴⁴– no se detiene nunca, y está realizando –muchas veces lenta y trabajosamente– tanteos que mañana se convertirían en nuevas instituciones y normas», y comprende la de «dar cauce jurídico a aquellas tendencias populares y espontáneas que no tienen plena realización en el Código Civil», facilitando así nuevas fórmulas ⁴⁵.

Como se puede apreciar, Castán Tobeñas deja muy atrás la definición de derecho objetivo que formula en sus obras de enseñanza, y la sobrepasa dándole un giro con su idea de la elaboración práctica del derecho judicial y notarial, y con su concepción de la equidad. De modo tal, ve el derecho como resultado de dichas elaboraciones, conflictual y negocial, y dirigido a su justa determinación, empleando el recurso a la equidad en una y otra de estas elaboraciones.

III. LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DE FEDERICO DE CASTRO. SU CONCRECIÓN EN LA DEFINICIÓN DEL DERECHO DE DíEZ–PICAZO Y GULLÓN

Mi maestro Federico de Castro –calificado muy justamente por Luis Figa Faura ⁴⁶ de «el más grande entre los muchos y grandes juristas de habla castellana»– parte, como De Diego y Castán Tobeñas, de la con-

⁴³ *Ibid*, b, pp. 154 ss.

⁴⁴ *Ibid*, pp. 156 ss.

⁴⁵ Me he ocupado específicamente de la elaboración negocial de nuevas instituciones jurídicas y de la determinación negocial del derecho mediante la adecuación de las normas existentes a las necesidades vividas con apertura de nuevos cauces jurídicos en *Parte sistemática*, cit., 227–244, pp. 1205–1300.

⁴⁶ Luis FIGA FAURA, «*Mos italicus*» y los juristas catalanes, A. A. M. N., XX, p. 296.

cepción normativista del derecho –predominante en su época– y de la *suarista* del derecho natural⁴⁷. Pero, sin duda, las sobrepasa en su iusnaturalismo más fundamentado, su concepción de los principios generales y de la función de éstos, iluminadora del texto de la ley en el sentido de la justicia, y por su perspectiva de la realización del derecho.

«Numerosísimos –dice de buen principio⁴⁸– son los conceptos que del derecho nos ofrece la doctrina, a pesar de que el verdadero sólo es y puede ser uno. La razón de ello se encuentra en que las modernas teorías consideran el derecho desde puntos de vista parciales y, por ello, necesariamente falsos».

A su juicio: «Una idea firme del derecho sólo puede obtenerse en base al derecho natural».

Después de examinar el concepto de derecho en las distintas concepciones jurídicas⁴⁹, concluye advirtiendo que «si el derecho se basa en la conciencia individual, se convierte en capricho, en pantalla hipócrita de aspiraciones partidistas; si se identifica con la realidad de una organización y con el poder de la fuerza, se le rebaja a transitorio e indiferente suceder social; el derecho, de guía y maestro, se convierte en esclavo de los partidos (absolutistas, conservador, liberal individualista, capitalismo, mercantilista, marxismo, comunismo, totalitarismo en sus diversas formas, liberal–democracia, anarquismo, etc.). Las teorías que separan el derecho del derecho natural y de la moral, concluyen, en los maestros o en los discípulos, por negar la misma existencia del derecho: en una *reductio ab absurdum* realizada por la misma historia, una confesión de hecho de que esas reglas independizadas, que se comienzan calificando de derecho, no son lo que la conciencia de cada hombre llama derecho».

«El concepto de derecho positivo, a diferencia del derecho natural, es una realidad social y trata, de un modo más o menos inmediato, de realizar un programa político, pero no es ni una cosa ni ambas sólo; el concepto de derecho está unido, de modo indisoluble, a la idea de justicia; una regla para ser derecho positivo no sólo tiene que ser válida, sino también legítima, y la legitimidad del derecho –reglas y actos– sólo puede basarse “sobre el incommovible fundamento, sobre la roca irrompible del derecho natural y de la revelación divina”».

Para conocer qué es el derecho natural, De Castro parte del orden moral⁵⁰ expresado en la ley eterna que regula «tanto el orden natural

⁴⁷ El mismo Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España, Parte General*, vol. I, 3.ª ed., Madrid, IEP, 1954, Libro Preliminar, parte II, en I, 4, p. 177, lo reconoce: «Las ideas de Suárez sobre el concepto del derecho, naturaleza de las normas, conceptos y caracteres de la ley y de la costumbre, aplicación e interpretación de la ley han sido recogidas y, en general, han inspirado a los correspondientes capítulos de este libro».

⁴⁸ Federico DE CASTRO, op. vol. y parte cit. I, 2, pp. 12 ss.

⁴⁹ *Ibid*, 3, pp. 13-22.

⁵⁰ *Ibid*, 4, pp. 22 ss.

(leyes de la naturaleza) como el orden de la moral». Aquí todo es conforme con la *Suma Teológica* 1.^a-2.^a de Santo Tomás. Pero, aunque cita al mismo Aquinatense, sigue a Suárez en la confusión de derecho natural y ley natural, al decir que «el derecho natural es lo preceptuado por la ley natural». Es cierto que, según el Doctor común, la ley natural es «la participación de la ley eterna en la criatura racional» (*S. Th.* 1.^a-2.^a, 91, 3 y 97, 1, *ad*, 1); que dota al hombre de sentido moral para distinguir racionalmente lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo equitativo y lo inicuo; pero define el derecho natural –lo venimos repitiendo– como lo justo por la misma naturaleza de la cosa (*S. Th.* 2.^a-2.^a, 57, 2, *resp.*); y dice que la ley «no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón de derecho». Mientras para Francisco Suárez la ley eterna no es cognoscible sino a través de otra ley, que la promulga, especialmente la natural, en cambio según el *Aquinatense* también podemos conocer la ley eterna, aunque imperfecta e incompletamente, a través del conocimiento de las cosas creadas y de sus efectos, elevándonos de las cosas visibles a las invisibles y de a éstas a las causas (*S. Th.*, 1.^a-2.^a, 94, 2); es decir, tratando de progresar en el conocimiento de la *rerum natura* ⁵¹.

A continuación, De Castro plantea la relación entre moral y derecho natural, como previa a la de éste con el derecho positivo ⁵², por lo cual analiza y rechaza, primero, la *separación entre moral y derecho* y, después, la *confusión entre moral y derecho*. A su juicio ⁵³: «Hay un campo en el que coinciden el imperativo moral y el jurídico: en el deber de actuar conforme la justicia. La conducta del hombre en la sociedad está medida conjunta y armoniosamente, a la vez, por la regla de la moral, por la del derecho natural y por la del derecho positivo. Las diferencias están en el ámbito, criterio y eficacia de cada regla».

«El derecho natural se distingue de la moral por: a) Su ámbito más restringido, referido a la conducta del hombre en la sociedad. b) Por su criterio más estricto, el de la justicia (no el de las demás virtudes). c) Por su eficacia, más concreta y precisa, lleva consigo la exigibilidad de su cumplimiento por la persona autorizada y el deber de reparación en caso de incumplimiento».

Señala que constituye un «eslabón intermedio» en función de «mecanismo necesario para la aplicación de la ley eterna en la vida social», que permite «la conversión de los imperativos morales en directrices de las reglas coactivas del vivir social».

«La relación entre el derecho positivo y la moral, se hace por medio del derecho natural. El derecho natural mide con criterio de justicia a las

⁵¹ Cfr. al respecto mi cit., *Perspectiva histórica*, 147, pp. 431-436, y «*Lex e ius* definidos por los *Magni hispani*», II, c, en *Persona y Derecho*, 37, pp. 64-70.

⁵² F. DE CASTRO, loc. últ. cit., b, pp. 23 ss.

⁵³ *Ibid*, pp. 26 ss.

normas positivas, les impone límites, marca direcciones y las puede completar. No puede merecer nombre de derecho una regla que pretenda imponer una conducta injusta o inmoral».

A su vez, «la norma de derecho positivo tiene influjo –aunque sea reflejo– en el orden moral. Cuando, por la legitimidad de su origen y contenido (medida por el derecho natural), merece la consideración de norma jurídica, entra en el orden moral y nace, respecto de ella, una especie de deber: el de respetarla, obedecerla y colaborar en su realización».

De Castro⁵⁴ indica que el derecho natural: «No es ni un derecho ideal (utópico), ni un ideal jurídico (aspiración política, «ideologías»), es sencillamente el canon jurídico impuesto por la justicia, en su doble función de señalar la meta de perfección a que debe aspirar el derecho (ordenación que colabora a la más perfecta realización de la naturaleza racional del hombre) y el mínimo respeto a que a él ha de guardar una regla para merecer (conforme las circunstancias) el título de jurídica».

Y concluye: «El mismo calificativo de “natural”, aunque poco concreto, indica suficientemente su principal carácter: el de ser superior al arbitrio del gobernante. Prácticamente, la admisión del derecho natural significa que cada norma positiva justa queda reforzada, obligando en conciencia; que la tacha de contraria al derecho natural acarrea la pérdida de valor jurídico, al dejar de obligar en conciencia».

Conforme habían observado los griegos y explicado Santo Tomás de Aquino, recoge F. de Castro⁵⁵ la distinta naturaleza que tienen el derecho natural y el positivo, diferenciados por su autoridad y su origen mediato. El derecho natural «como derivado de la naturaleza» y el positivo «como impuesto por un mandato (incluso el derecho positivo divino)». El derecho positivo «caracterizado por su origen inmediato, por derivar su autoridad directamente de la potestad del principio (sea cualquiera su conexión o derivación del derecho natural)». [Advirtamos que el positivo también puede dimanar de convenio, según dice expresamente Santo Tomás].

El derecho positivo –dice⁵⁶– «puede ser definido como “la reglamentación organizadora de una comunidad, legitimada por su armonía con el derecho natural”»; y, como características del derecho positivo, indica: «la específica de la eficacia de ser organizador y creador de una realidad social (el orden jurídico), y, por tanto, la de su vigencia (validez jurídica), su subordinación respecto de la ley eterna de justicia, que exige su propio carácter de derecho, esto es, la necesidad de legitimidad y, por último, se comprenden dentro del concepto amplio de derecho positivo a todos los actos que tengan tales notas, sean normas o actos jurídicos».

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 29 ss.

⁵⁵ *Ibid.*, II, 1, pp. 31 ss.

⁵⁶ *Ibid.*, 2, p. 32.

A partir de esta definición del derecho positivo, incluyendo en ella la nota de su legitimidad, tiende un puente entre éste y el derecho natural. Puente que mantiene en la definición que hace de la norma de derecho positivo⁵⁷, considerándola como «la promulgada por el gobernante con eficacia coactiva, con la finalidad de lograr el bien de la comunidad. Como regla finalista, el fin la explica y justifica. De aquí que la idea del *bonum commune* sea crucial en la doctrina del derecho natural y sea imprescindible su recta comprensión para juzgarla».

Explica⁵⁸: «El derecho natural como norma superior, marca su carácter y señala su fin al derecho positivo. Al contrario de lo que tanto se repite, el derecho natural no pretende petrificar al derecho positivo, al contrario, le impone como carácter la variabilidad. Como el hombre, por su propia naturaleza, vive en la historia, las disposiciones que regulen su convivir deben dictarse atendiendo a las circunstancias (*ad debitas circumstantias*) de lugar y de tiempo. El derecho positivo no lleva en sí mismo fuerza de obligar, pues la deriva del derecho natural; por ello, debe tenerse en cuenta que esa derivación puede ser *per modum conclusionis* y *per modum determinationis*; en el primer caso, la ley positiva es el desarrollo y, a veces, casi la reproducción de la natural; en el segundo, dicta preceptos completamente nuevos eligiendo entre las posibilidades que quedan a su arbitrio».

Es así porque «el derecho positivo realiza una doble actuación; una estricta, la que el derecho natural deja a su particular determinación (régimen político) y otra complementaria, aplicar y desarrollar el mismo derecho natural...».

Ésta es la más pura doctrina tomista que mi maestro sigue explicando.

Los principios generales de derecho constituyen el medio por el cual De Castro hace prácticamente efectiva la directriz del derecho natural sobre el derecho positivo. A su juicio, el Código Civil español no incide en positivismo legalista; no sólo en los casos de defecto de ley aplicable, sino tampoco cuando la hay. Ya que, interpretada de conformidad a la base primera de la Ley de 1888, «conforme “al capital pensamiento” del “derecho histórico patrio”», la inclusión de esos principios como fuente del derecho «no se ha modificado la situación jurídica anterior al Código»; por lo cual, con esa expresión: «Ha venido sólo a confirmarse y a ponerse en primer plano, en contra de las corrientes positivistas que dominaban en otros países, el valor fundamental reconocido a las normas no legisladas, en especial a las de derecho natural»⁵⁹.

⁵⁷ *Ibid*, 7, p. 38.

⁵⁸ *Ibid*, pp. 39 ss.

⁵⁹ *Ibid*, parte III, cap. IV, III, 2, pp. 463.

A este respecto, unas páginas antes, «para evitar errores», dice ⁶⁰:

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

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

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

Aquí, tratando de estudiar el concepto que del derecho tuvo Federico de Castro, interesa resaltar cuál es la función que corresponde a los principios generales del derecho en cuanto son determinantes del sentido de las normas de derecho positivo. Respecto de esto es contundente lo que él dice en el siguiente párrafo ⁶¹:

«Los principios jurídicos son la base en que descansa la organización jurídica; la parte permanente del derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica. Los principios informan todas las normas formuladas; las convierten, de *flatus vocis* o de pintados signos, en mandatos y reglas de conducta, y hacen un conjunto orgánico de las frases descosidas de un inconexo articulado. Determinan el modo cómo lo jurídico actúa sobre la realidad social y cómo ésta, a su vez, influye, sobre las normas jurídicas.»

Y, al final del párrafo siguiente, termina: «Frente a la posición materialista, individualista y legalista, atrincherada en la sequedad de los textos legales, el concepto de los principios generales impone su subordinación a los mandatos eternos de la justicia, al sentimiento permanente nacional y a los fines constructivos del Estado».

Siendo así, las normas positivas —«que son *flatus vocis* o pintados signos»— no pueden ser derecho, ni tampoco los ordenamientos jurídicos positivos si no están informados por los principios generales, que «imponen su subordinación a los mandatos eternos de la justicia» y determinan «el modo cómo lo jurídico actúa sobre la realidad social y cómo ésta, a su vez, influye sobre las normas jurídicas».

Por lo tanto, el derecho está constituido por la resultante de principios, normas y realidad social ⁶².

Cuanto De Castro explica de la realización del derecho, viene a confirmarlo, al decir ⁶³: «La justicia se ha de realizar en el derecho positivo; éste,

⁶⁰ *Ibid*, II, I, 4, p. 454.

⁶¹ *Ibid*, III, 4, pp. 46 ss.

⁶² En la perspectiva de Castro y Bravo, la *analogía iuris* y la *equidad* no son sino formas de aplicación de los principios generales del derecho. De la segunda, dice (*loc. ult. cit.* IV, 4, p. 472) que «no es más que una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales, la exigencia de acudir a los principios generales (*altiora principia*) de justicia, para decidir un caso para el que resulta inadecuada (según el principio general correspondiente) la regla legal».

⁶³ F. DE CASTRO, *op. cit.*, parte IV, cap. I, I, pp. 487 ss.

a su vez, para llegar a ser tal derecho, ha de hacerse real, creando el orden jurídico»... «La actividad de los hombres, como creadores de las normas positivas, no estará completa hasta conseguir el fin: que la vida humana quede ordenada del modo en que mejor se aproxime a la ley eterna».

En este párrafo, mi maestro emplea, como se ve, la palabra derecho en dos sentidos distintos al decir: el «derecho positivo», para llegar a ser «derecho» ha de «hacerse real», es decir ha de realizarse, conforme la justicia. Entonces, propiamente hablando, el derecho no es la norma legal, sino algo que en la vida humana se hace real de conformidad a la justicia. Parece que así, dando un rodeo por «la reglamentación organizada de una comunidad legitimada por su armonía con el derecho natural», retorna, sin decirlo, a la definición constatólico-romano-tomista del derecho, como aquello que resulte justo en la realidad concreta de la vida social.

En ese rodeo parte del sentido «vulgar» actual de la palabra derecho para retornar al genuino. En el que el denomina: *dobles planos de la realización del derecho*, lo aclara: «El derecho vulgarmente se identifica con la ley; pues bien, aún en este estrecho sentido, como la ley material es sólo un conjunto de signos (los de imprenta, por ejemplo), nada vale mientras no se entienda primero, y luego se le haga caso, se respete el mandato que contiene y se fuerce a su cumplimiento. Hay, pues, un paso intermedio, necesario, entre la norma (la orden) y el orden jurídico, mediante el cual el plan ordenador llega a ser ordenación social. Este tránsito, comprende dos momentos: la interpretación y la aplicación de la norma. La norma positiva puede decirse que queda así condicionada por las operaciones que posibilitan su *realización social*».

«En el estadio de realización ha de considerarse la norma como instrumento y el orden jurídico como fin a conseguir. Deben, por ello, estimarse las dos caras o planos de la realización del derecho, teniendo en cuenta el significado instrumental del uno y el final del otro». Siendo ese significado final, o sea, «la verdadera *realización jurídica*, lograr el bien común mediante la mejor realización social de la justicia». Esto lo aclara en una nota en la que añade esta cita: «“El derecho es la idea del derecho y, con ello, la idea de la justicia en su realización; en cuanto se sale del derecho, se sale de la justicia”. Schonfeld, “*Der Traum des positiven Rechts*”, A. C. Pr., 135 (1931), p. 51».

O sea: el *derecho es la realización de la justicia*. Las leyes son un *instrumento* para lograrlo. Así, el giro queda dado al contemplar la realización del derecho.

Sin embargo, hay dos puntos en los que mi maestro parece hallarse separado aún del realismo clásico: uno, el del origen ideal de los principios de derecho natural y, otro, el del voluntarismo impreso en las leyes de modo general⁶⁴.

⁶⁴ De la posición DE CASTRO y BRAVO en estos temas me he ocupado varias veces: *El profesor Federico de Castro y el derecho natural*, XI y XII, A. D. C., XXXVI-III, 1983,

En cuanto al primero, mientras el realismo clásico parte de la naturaleza de las cosas, de las cuales obtiene, por *sindéresis*, los principios primeros y enjuicia las cosas, de las que abstrae íntegramente su naturaleza con el *sensum naturalis*, mediante la *naturalis ratio* y la *aequitas naturalis*; en cambio, el idealismo platónico, que sigue Suárez, los obtiene de las ideas que hay en nuestra mente, con las que ilumina y configura las cosas y da sentido a las leyes. Federico de Castro sigue magistralmente el segundo camino, que no es el de Santo Tomás ⁶⁵.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, queda la duda de si debe ponerse mayor énfasis en la *potestas*, insita en la voluntad del legislador, como Suárez, o bien en su *ratio*, como entendió el realismo de Santo Tomás, Guiu Tarré —éste en mayor grado— y Tomás Mieres —pongo por ejemplo—. Creo que De Castro, aunque *a priori* parezca poner el mayor énfasis en la *potestas*, luego, al tratar de la realización del derecho, lo pone en la *ratio iuris*; separándose en eso de Suárez ⁶⁶. Pero manteniendo, respecto del realismo clásico, la diferencia de que opera por mediación de los principios generales del derecho sin pasar por la naturaleza de las cosas, conforme la *naturalis ratio*, camino este segundo en el cual los principios, ya elaborados, también actúan de elemento auxiliar, iluminando la operación concretizadora del derecho en el caso contemplado ⁶⁷.

Creo sinceramente que la definición del derecho que establecen Luis Díez Picazo y Ponce de León y Antonio Gullón Ballesteros, sintetiza el concepto del derecho al que había llegado el maestro de ambos (directo del primero e indirecto del segundo), Federico de Castro y Bravo. Esa definición ⁶⁸ dice así:

«El derecho es un orden de la convivencia humana en el mundo, inspirado en unos criterios de justicia. Este orden, que presupone también la solución de los principios de intereses que dicha convivencia determina y la organización estable de unos medios para llegar a tales soluciones, se encuentra constituido por un sistema de principios y de reglas, a los cuales la convivencia se ha de atener y conforme a los cuales se han de solucionar los conflictos que puede suscitar.»

pp. 1723 ss.; *Los principios generales en la interpretación del derecho según el profesor Federico de Castro*, 10, A. D. C., XLVII, II, 1994, pp. 18 ss., y *Metodología de la determinación del derecho*, Introducción general, 7, vol I, pp. 14 ss. También lo ha estudiado, con otra visión, Rodrigo FERNÁNDEZ CARVAJAL, *Sobre la idea del derecho en Federico de Castro*, III, Madrid, Cuadernos Civitas, 1986, pp. 29 ss.

⁶⁵ Cfr. mi comunicación *Concreción de los principios ético naturales en principios generales de derecho y su reflejo en la interpretación jurídica*, I, A.R.A.C.M. y P., 73, 1996, pp. 193-201; recogido, como Apéndice I, en *Qué es el derecho natural*, pp. 79 ss.

⁶⁶ Respecto a la posición de Suárez en este punto, cfr. mi cit., *Parte sistemática*, 115, pp. 609-616.

⁶⁷ *Concreción de...*, II, A. R. A. C. M. y P., últ. cit., pp. 201-208, y *Qué es el derecho natural*, 6, pp. 52-56 y el cit. Apéndice, I, pp. 92-103.

⁶⁸ Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, vol. IV, ed. 1.^a reimp., Madrid, Tecnos, 1982, I, 1, p. 31.

Derechos de propiedad y costes de transacción: ¿qué puede enseñar Coase a los juristas? *

FERNANDO GÓMEZ

Departamento de Derecho Civil
Universidad Complutense

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La noción económica de «derechos de propiedad».*—III. *El teorema de Coase.* 1. Formulación. 2. El teorema de Coase aplicado a las inmisiones.—IV. *La heterogénea categoría de los costes de transacción.*—V. *¿Qué podemos aprender de Coase?* 1. El mundo Coaseano, el sistema jurídico y la perspectiva de los economistas. 2. Comportamiento económico y visión del jurista.—VI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

En octubre de 1991, Ronald Harry Coase fue galardonado con el Premio Nobel de Economía correspondiente a ese año.

Ello demuestra palpablemente el conocimiento y aprecio de su reducida pero penetrante y lúcida obra por parte de los economistas.

Sin embargo, la realidad es que la relevancia de una buena parte de las intuiciones que se encierran en los trabajos de Coase es mucho mayor para los juristas que para la propia profesión económica. A pesar de ello, su repercusión en los ambientes jurídicos no anglosajones —en éstos, desde luego, sí ha sido acusada— y, en particular, en los españoles, ha sido muy reducida, o, al menos, inapreciable.

* Este trabajo es una ampliación de mi ponencia «Ronald Coase y los “derechos de propiedad”», presentada al acto de homenaje a Coase organizado por el Departamento de Economía Aplicada IV de la Universidad Complutense. Quisiera agradecer los comentarios y sugerencias de los participantes en dicho acto y de los asistentes al Seminario de Análisis Económico del Derecho de las Universidades Complutense y Carlos III, así como los de Francisco Cabrillo y Alicia Real. La responsabilidad por las opiniones y por los errores que resten es, desde luego, sólo mía.

Ni la todavía habitual –aunque decreciente– falta de interés de la academia jurídica española hacia las influencias del mundo angloamericano –en franco contraste con la abierta y casi excesiva fascinación que éste ejerce sobre los profesionales de toda procedencia vinculados al campo de la empresa–, ni la tradicional desconfianza mutua entre juristas y economistas pueden justificar, en mi criterio, que se siga desconociendo la contribución Coaseana, decisiva a la hora de integrar las transacciones, los acuerdos privados y, en definitiva, el comportamiento económico, en la concepción y el funcionamiento del sistema jurídico. Su visión, además, supone, una invitación a los estudiosos, diseñadores y aplicadores de las reglas jurídicas para el uso del conjunto de instrumentos desarrollados y contrastados en el análisis de la conducta económica de los seres humanos.

Exponer e interpretar las aportaciones de Coase a través, sobre todo, de las nociones de «derechos de propiedad» y «costes de transacción», así como proponer modestamente algunas consecuencias que de las mismas pueden derivarse para los ámbitos de interés y los modos de pensar de los estudiosos del Derecho constituyen el propósito que alienta estas líneas.

II. LA NOCIÓN ECONÓMICA DE «DERECHOS DE PROPIEDAD»

Tras las intervenciones precedentes, que se han centrado en las ideas de Coase sobre la empresa y la organización, me corresponde ocuparme de sus aportaciones a la teoría de los derechos de propiedad y, en conexión con ello, a su papel de «padre» del análisis económico del Derecho.

Esta dimensión se plasma en dos de los textos fundamentales de Coase: «The Federal Communications Commission» (1959) ¹ y «The Problem of Social Cost» (1960) ². Es este último, sin duda, el más difundido de sus trabajos.

El primero de ellos presenta, por primera vez, la proposición que más tarde vino a ser conocida como «Teorema de Coase».

Tratando de analizar la atribución de derechos sobre frecuencias de radio y sus efectos, llega a afirmar que, *con independencia de la decisión del sistema jurídico al respecto, el destino y el uso de los recursos será siempre el más eficiente si se dan dos condiciones:* (a) las transacciones

¹ «The Federal Communications Commission», en *Journal of Law & Economics* (1959), p. 25

² «The Problem of Social Cost», en *Journal of Law & Economics* (1960), p. 1. Las citas de este trabajo se harán, sin embargo, a su reimpresión en el volumen de estudios de Coase, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, 1988, p. 95. La traducción del texto es mía (hay traducción española, Madrid [1994]).

de mercado, los acuerdos privados, tienen una base definida bajo la forma de un sistema preciso de derechos de propiedad, (b) dichas transacciones pueden operar sin impedimentos ni fricciones.

Coase ilustró esta tesis con los más dispares ejemplos de recursos económicos: una cueva recién descubierta, y el conflicto entre un fabricante de dulces y un médico cuya consulta se hallaba colindante al establecimiento del primero, conflicto ocasionado por los ruidos y vibraciones emanadas de la instalación industrial del confitero.

Concretamente este último caso será utilizado más adelante, en el apartado III, para comprender la aplicación e implicaciones inmediatas del «Teorema de Coase».

Las objeciones y comentarios que inmediatamente *suscitó* el artículo motivaron la elaboración de su segundo trabajo: en éste, sin abandonar su método argumentativo basado en ejemplos —extraídos de la casuística jurisprudencial inglesa del siglo XIX en materia de inmisiones («nuisance»)—, trata de hacer más explícitas y generales las posiciones ya expuestas el año precedente, en relación al papel de la definición de derechos de propiedad y, en definitiva, de la intervención del sistema jurídico y del Estado en la eficiencia de la asignación de los recursos económicos de que dispone una determinada sociedad.

Antes de proceder al examen anunciado, creo que es necesaria una aclaración terminológica, en especial dirigida a la audiencia jurídica.

El uso por parte de Coase (y, en general, por los economistas) *de la expresión «property rights» o «derechos de propiedad», no coincide con el uso jurídico.* En efecto, no es sinónimo de derecho de dominio, como es el empleo corriente entre los juristas. Ni siquiera el ámbito cubierto por aquel término coincide con el concepto de derecho real. Sin duda, los ámbitos del derecho dominical y de los derechos reales se hallan englobados por el término «property right». Pero este último trata de colocarse en un plano todavía más general, remitiendo a conceptos, en nuestro vocabulario dogmático-jurídico, como los de titularidad o situación jurídica subjetiva activa. Puede referirse, por tanto, a los derechos subjetivos en sentido técnico —y a las meras facultades que componen el contenido de éstos— a las expectativas, a las potestades, etc.³

³ Vid. DEMSETZ, «Toward a Theory of Property Rights», en *American Economic Review* (1967), p. 347; CALABRESI & MELAMED, «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral», en *Harvard Law Review* (1972), p. 1089; BARZEL, *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge (1989), p. 2. Una exposición de los principales conceptos de la dogmática del derecho subjetivo se puede consultar en DE CASTRO, *Derecho Civil de España* (reimp.), Madrid (1985), pp. 563 ss., y BIGLIAZZI-GERI/BRECCIA/BUSNELLI/NATOLI, *Diritto civile*, t. I, Torino (1988), pp. 260 ss.

Es preciso advertir, no obstante, que la utilización de esta acepción extensa de los términos «propiedad» y «derecho de propiedad», tiene ilustres precursores. Así, Adam Smith entiende el derecho de propiedad como algo que comprende no sólo todo aquello que una persona posee en relación a su entorno, sino también toda reclamación o posibilidad de

Como se ha definido por Alchian, «property right» sería una facultad garantizada socialmente (lo cual, a nuestros efectos, quiere decir, en particular, jurídicamente), en relación a un recurso o un bien ⁴.

Toda posibilidad de comportamiento, activo u omisivo, de que un individuo dispone en relación a otros sujetos, a objetos del mundo material o a cualesquiera otras entidades imaginables, tales como creaciones artísticas o espirituales –derechos de autor–, nuevos procedimientos productivos –derechos de patente–, y simples nombres o denominaciones asociadas a una actividad económica, bien o servicio –derechos de marca–, resulta incluida en la amplia categoría de los «derechos de propiedad». Su reconocimiento, atribución y defensa pueden venir dados tanto por el sistema jurídico, por reglas y pautas sociales, o incluso por normas morales y religiosas, siempre y cuando alcancen un cierto grado de efectividad en la vida social.

Esta amplitud de la categoría que se examina, ha llevado a algunos a preferir términos más globales, en su sentido gramatical, que el de «derechos de propiedad», como son los de «derechos», sin más, o «derechos de conducta» ⁵.

Este sentido amplio del término es el que voy a utilizar, no sólo por fidelidad a la terminología coaseana sino, sobre todo, por tratar de colocar la aportación de Coase en su verdadera perspectiva, que supera la de los problemas de conflicto e incompatibilidad entre derechos reales: inmisiones, servidumbres, daños, etc. E incluso excede de la cuestión de la internalización de lo que en la jerga económica se conocen como «efectos externos» o «externalidades», en el sentido de aquellas consecuencias favorables o desfavorables de la decisión o acción de un agente económico, que afectan a otros sujetos distintos y que éste no ha tenido en cuenta al tomar la decisión o emprender la acción que sea ⁶.

poseer en cualquier situación, así como todo lo que le resulta debido en virtud de contrato: Adam SMITH, *Lecciones sobre jurisprudencia*, trad. esp., Granada (1995), p. 42.

⁴ ALCHIAN, voz «Property Rights», en *The New Palgrave Dictionary of Economics*, p. 1031. El término «bien» debe concebirse, dicho sea de paso, en los términos más amplios posibles, esto es, como cualquier entidad, material o no, de la cual los seres humanos pueden derivar cualquier clase de satisfacción o utilidad.

⁵ PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y Derecho privado», *Estudios-homenaje al Profesor Broseta*, t. III, Valencia (1995), p. 2851, n. 13; BÜROW (trad. Francisco Jordano Fraga), «Introducción al Análisis económico del Derecho», *Actualidad Civil*, 22-28 de noviembre de 1993.

⁶ El ejemplo más notorio de externalidad negativa sería el de la contaminación emitida en el curso de la actividad económica, por ejemplo, la de una empresa que fabrica un determinado producto. Esta polución constituye un efecto negativo en la situación de bienestar de otros sujetos –podría decirse, incluso, de todos los miembros de la sociedad, dado el carácter colectivo del bien «medio ambiente»–, sin embargo no es tenida en cuenta por la empresa como un coste de su producción (en ausencia, claro está, de reglamentación jurídica que imponga la asunción de los daños por el productor u otro efecto equivalente), ni por los consumidores del producto, que no ven incorporado el coste de la contaminación

III. TEOREMA DE COASE

1. FORMULACIÓN

En los dos trabajos referidos, Coase introdujo una idea o proposición que, bautizada más tarde –por el premio Nobel de Economía, George Stigler– como «Teorema de Coase» (aunque en términos lógicos no sea un «teorema», sino una «proposición»), se ha difundido como una notable aportación a la teoría económica y momento fundacional del análisis económico del Derecho.

Sería vano tratar de ofrecer aquí una nueva y pretendidamente cierta interpretación del significado y alcance del Teorema de Coase. Muchos han sido los intentos de hacerlo desde variadas perspectivas y, al cabo de todo ello, no parece existir acuerdo acerca del sentido final de las condiciones formuladas por Coase ⁷.

Tampoco voy a detenerme en las objeciones (algunas de ellas resueltas, como la de los «efectos renta», otras, todavía abiertas), ni en los intentos de contrastación experimental y las discusiones técnicas acerca del ámbito de validez del mismo (grupos pequeños o grandes, grupos cerrados o abiertos) ⁸.

Todas estas son cuestiones puntuales, de indudable interés para los economistas teóricos, pero creo que alejadas de los objetivos que alientan un trabajo como el presente.

En este apartado, trataré de exponer las proposiciones fundamentales que comúnmente se conocen como Teorema de Coase para, a continuación, formular tentativamente las lecciones que del mismo y sus implicaciones pueden extraerse para juristas y economistas y, en particular, para el trabajo conjunto desde ambos campos.

al precio que pagan por el mismo. La literatura sobre externalidades y su tratamiento jurídico, incluso ciñéndose a la cuestión medioambiental, es ya inabarcable. Para un examen inicial de estas nociones *vid.* COLEMAN, *Market, Morals and the Law*, Cambridge (1988), pp. 76 ss.; POLINSKY, «Controlling Externalities and Protecting Entitlements», en *Journal of Legal Studies* (1980), p. 1, examina los distintos mecanismos jurídicos (acción de cesación, acción de daños, regulación pública, impuestos) y sus respectivas ventajas de eficiencia a la hora de enfrentarse a los efectos externos.

⁷ *Vid.* COOTER, «The Cost of Coase», en *Journal of Legal Studies* (1982), p. 1; *Id.*, voz «Coase Theorem», en *The New Palgrave Dictionary of Economics*, y bibliografía allí reseñada.

Una sugerente interpretación de Coase en CALABRESI, «The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further», en *Yale Law Journal* (1991), p. 1211.

Entre nosotros, hay que citar el análisis de PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y Derecho privado», *cit.*, con propósitos no muy dispares de los que alientan el presente trabajo.

⁸ *Vid.* HOFFMANN & SPITZER, «Experimental Tests of the Coase Theorem with Large Bargaining Groups», en *Journal of Legal Studies* (1986), p. 149, y SCHWAB, «Collective Bargaining and the Coase Theorem», en *Cornell Law Review* (1987), p. 245.

A pesar de que su denominación corriente pueda llamar a engaño, el Teorema de Coase no es un conjunto de proposiciones formuladas y demostradas matemáticamente, como el Teorema de Pitágoras o el de Euler.

Su idea central, en apariencia muy simple e incluso, para algunos, tautológica, puede resumirse, en las propias palabras de Coase, del siguiente modo:

*«La delimitación de derechos es presupuesto esencial de las transacciones de mercado, pero el resultado último –que maximiza el valor de la producción (en nuestras palabras, el resultado social y económicamente eficiente y, por tanto, deseable, dejando aparte las cuestiones de distribución y, eventualmente, de redistribución de la riqueza)–, es independiente de la solución que imponga el Derecho, siempre y cuando las transacciones de mercado se realicen sin costes»*⁹.

Esto es, si se da una determinada condición o estado de cosas, v. gr. que los «costes de transacción»¹⁰ sean cero, se produce un determinado efecto, v. gr. que, sea cual sea la atribución de derechos y otras posiciones jurídicas, los individuos afectados (y, con ello, la sociedad como suma de éstos), alcanzarán aquella situación que es más eficiente desde el punto de vista económico, esto es, que proporciona mayor bienestar al conjunto de aquéllos.

2. EL TEOREMA DE COASE APLICADO A LAS INMISIONES

Como ilustración práctica de esta argumentación voy a emplear uno de los ejemplos manejados por el propio Coase, el cual, además, resulta muy expresivo de los conflictos entre intereses y posiciones jurídicas contrapuestas con los que el Derecho se halla de continuo confrontado: la colisión entre usos diversos e incompatibles –al menos según la percepción de las partes afectadas– de propiedades vecinas.

Se trata del caso victoriano *Sturges v. Bridgman*¹¹, cuyo relato de hechos principales es más o menos como sigue:

⁹ «Notes on the Problem of Social Cost», en *The Firm, The Market and the Law*», cit., p. 158.

¹⁰ No se ha aclarado todavía qué son los «costes de transacción». A ello se dedica el apartado IV, aunque ya con el ejemplo del III.2 es posible hacerse una idea inicial.

¹¹ 1. Ch. D. 852 (1979). Los hechos de esta decisión judicial inglesa son prácticamente idénticos a los de la STS, de 3 de septiembre de 1992, la cual resuelve el conflicto entre un vecino y un obrador de confitería a causa de los ruidos (excesivos en opinión de aquél) que se derivaban de la actividad del industrial. La argumentación que se va a realizar en este apartado, pues, sería igualmente posible en relación a este caso español –decidido, por lo demás, en el mismo sentido que su antecedente decimonónico inglés– o a otros supuestos no distantes en cuanto a los hechos de base, de ambos casos citados: STS, de 3 de diciembre de 1987, en la que se enfrentan una central térmica cata-

Un fabricante de dulces se hallaba establecido desde largo tiempo atrás en un cierto emplazamiento. Este industrial, en el curso del proceso de producción propio de su negocio, empleaba morteros y otros aparatos que causaban considerable ruido y vibraciones —aparentemente el proceso no se ha perfeccionado demasiado desde entonces, a juzgar por la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 1992—. Vino a instalarse en el lugar un médico. Éste, tras algunos años sin protestas o desavenencias con su vecino, decidió construir y abrir al público una consulta profesional en la parte de su jardín contigua a la fábrica. El volumen de ruido procedente de ésta le impedía auscultar y examinar adecuadamente a sus pacientes y, en general, el desarrollo tranquilo en la consulta de cualquier actividad médica ordinaria.

lana y los vecinos afectados por ruidos y vibraciones (*vid.* sobre ella, SALVADOR y SANTI-DIUMENGE, «La acción negatoria. Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1987», en *Poder Judicial* (1988), núm. 10); STS de 20 de marzo de 1989, en la que los vecinos reclaman frente a una fábrica de pan por olores y ruidos (*vid.* el comentario a la misma de AMAT LLARI, en *CCJC*, (1989), núm. 20); STS (Sala 4.^a), de 27 de septiembre de 1985, sobre la impugnación por parte de los vecinos —de los pisos superiores— de la licencia de apertura de una discoteca, por sólo mencionar algunas decisiones de la ya larga casuística jurisprudencial española en materia de inmisiones, tanto en sede civil como contencioso-administrativa.

También España conoció el período de expansión industrial del XIX con frecuentes conflictos provocados por el impacto de las nuevas actividades productivas (minas, ferrocarriles, etc.) y de ellos encontramos numerosas muestras en la jurisprudencia.

Incluso el mismo patrón de colisión de derechos que refleja *Sturges v. Bridgman*, esto es, la presencia de una instalación industrial potencialmente molesta junto a la que viene a establecerse *después* un particular, clase de supuestos que se conoce en la tradición anglosajona como de «coming to the nuisance» (venir a la inmisión) no escapó a la decisión del TS español en época no muy alejada en el tiempo de la resolución inglesa: se trata de la sentencia, de 12 de mayo de 1891, que resolvió afirmativamente la demanda del propietario de unas viviendas frente a la Compañía de ferrocarriles del Norte, que mantenía en una finca colindante a la de aquél una escombrera que sufría desprendimientos y desviaba un arroyo hacia las citadas viviendas. A pesar de que la escombrera llevaba varios años en el lugar cuando se edificaron las casas, se accedió a la indemnización de daños solicitada y se condenó a la Compañía a eliminar la escombrera o realizar obras en ella tendentes a evitar nuevos derrumbes.

Parece, pues, que el T. S. dio preeminencia a la propiedad sobre la industria, en el mismo sentido de *Sturges v. Bridgman*.

El tema de la incidencia del sistema jurídico —en particular de la responsabilidad civil— en la promoción de las nuevas actividades industriales durante el siglo XIX, ha sido objeto de notable atención —y de importantes discrepancias también—: POSNER, «A Theory of Negligence», en *Journal of Legal Studies* (1972), p. 29; HORWITZ, *The Transformation of American Law 1780-1860*, Cambridge (Mass.), 1977; SCHWARTZ, «Tort Law and the Economy in Nineteenth Century America: A Reinterpretation», en *Yale Law Journal* (1981), p. 1717; HOVENKAMP, «The Economics of Legal History», en *Minnesota Law Review* (1983), p. 645. Entre nosotros, la cuestión ha sido analizada recientemente por CABRILLO, «La ideología industrialista en el Derecho español del siglo XIX: el caso de las industrias insalubres y peligrosas», *Mimeo*, Universidad Complutense (1993).

Como consecuencia, el médico demandó al confitero reclamando del Tribunal la orden de cesar el segundo en su actividad o, cuanto menos, de reducirla en cuanto a la intensidad de los ruidos se refiere.

Para este concreto supuesto, la proposición de Coase vendría a significar lo siguiente: si confitero y médico pudieran ponerse de acuerdo, sin traba ni coste alguno, acerca de cuál es la mejor utilización posible de ambas fincas para los intereses conjuntos de los dos vecinos, la decisión del Tribunal, cualquiera que fuera su resultado en favor de una u otra de las partes¹², no afectaría al uso de las propiedades vecinas en conflicto, que sería, en definitiva, aquél que fuera realmente el más eficiente¹³.

Para tratar de probarlo, voy a idear dos escenarios opuestos.

En el primero, la eliminación de los ruidos y otras molestias le costaría al confitero –que se vería obligado para conseguirlo a adquirir un equipo industrial más silencioso, o a insonorizar su instalación o incluso, en caso extremo, a buscar otra localización para su negocio– un millón de pesetas; en cambio, el médico podría lograrlo a un coste de sólo medio millón de pesetas –aislando acústicamente su consulta, por ejemplo–.

En el segundo, se invierten los términos: es el fabricante de dulces el que puede soslayar los efectos perniciosos de la producción a un coste de medio millón, frente a un millón que le supondría al médico¹⁴.

Es claro que –si no se modifican las condiciones de bienestar de los demás miembros de la sociedad–, en la primera situación es más eficiente que actúe el confitero y en la segunda, el médico, ya que de este modo la sociedad consigue un determinado estado considerado deseable –eliminación del ruido–, con un ahorro de costes –medio millón de pesetas en ambos casos–.

Volviendo al hasta ahora pasivo órgano de la Administración de Justicia, ¿cómo influiría la decisión del Tribunal en que se alcanzara el resultado socialmente conveniente?

Pues bien, si nada se opusiera –no sólo en el aspecto jurídico, sino en cualquiera imaginable– a que los Sres. Sturges y Bridgman llegasen a un acuerdo mutuamente satisfactorio, esta influencia sería nula.

En efecto, si centramos ahora la atención en el primero de los escenarios descritos, resulta lo siguiente:

¹² En la realidad, la decisión fue favorable al médico.

¹³ En palabras de Coase: «con transacciones de mercado sin costes, la decisión de los Tribunales concerniente a la responsabilidad por el daño resultaría sin efecto. Por supuesto, la visión de los propios jueces es la de que ellos estaban afectando al funcionamiento del sistema económico, y ello en la dirección deseable...»

La opinión de los jueces de que estaban decidiendo cómo habría de usarse el terreno sería cierta sólo en el caso de que el coste de llevar a cabo las oportunas transacciones de mercado, excediera la ganancia que podría obtenerse de una redistribución de los derechos», en «The Problem...», cit., pp. 106-107.

¹⁴ COASE, *op. ult. cit.*, pp. 105-106.

La decisión del sistema jurídico, en este caso, podría ser favorable o contraria a la continuación de las operaciones del confitero tal y como se venían realizando.

Si es favorable, se obtiene de forma directa el resultado deseado, puesto que el médico, al comprobar que la otra parte tiene la facultad de seguir emitiendo los ruidos, se decidirá a adoptar las medidas que de su cuenta pueden eliminar el impacto de éstos –asumiendo, claro está, que la situación de ausencia de ruidos le compense su gasto de medio millón de pesetas.

Pero si es contraria, no se puede deducir sin más que será entonces el confitero el que ejecutará las modificaciones en su negocio que serían exigidas para eliminar los ruidos: esto le costaría un millón, así que, siempre que ello le suponga un desembolso menor que esta cantidad, estará dispuesto a ponerse de acuerdo con el médico para que sea éste, a cambio de una contraprestación, quien lleve a cabo la eliminación del ruido. Entre un millón –cantidad máxima que estaría dispuesto a pagar nuestro confitero– y medio millón –cantidad mínima que está dispuesto a aceptar nuestro médico–, hay un amplio espacio para la convergencia de voluntades. Obviamente, el acuerdo podrá producirse en un punto más alto o más bajo de este espacio, y por tanto con mayor beneficio para una u otra parte. Pero esto es irrelevante a efectos de la eficiencia del resultado final que es, en todo caso, el socialmente deseable.

Un argumento idéntico se podría reproducir, invirtiendo los papeles, para el segundo de los escenarios de eficiencia diseñados.

No obstante, alguna trascendencia sí tiene la decisión del sistema jurídico para los Sres. Sturges y Bridgman. No cabe duda de que la asignación de «property rights» –poder explotar la confitería sin preocuparse del nivel de ruidos, poder explotar la consulta médica libre de molestias del negocio vecino–, son valiosos, en el sentido de que hay alguien (la otra parte del conflicto, en dos de nuestras cuatro posibilidades), que está dispuesto a pagar por él. De este modo, la atribución jurídica de derechos sí afecta a los patrimonios –y por tanto, a la distribución de la riqueza– de los individuos afectados ¹⁵.

¹⁵ Aunque Coase, cierto es, se manifiesta proclive a minimizar la trascendencia de este efecto: «No puede negarse que es concebible que un cambio en los criterios para asignar la titularidad sobre derechos previamente no reconocidos puede conducir a cambios en la demanda lo que, a su vez, puede comportar cambios en la asignación de recursos; sin embargo, aparte de eventos cataclísmicos como la abolición de la esclavitud u otros de trascendencia similar, estos efectos serán normalmente tan insignificantes que pueden ser ignorados. Esto es también cierto en cuanto a aquellos cambios en la distribución de la riqueza que acompañan a un cambio legal cuando hay costes de transacción positivos y es demasiado costoso que a través de contratos se prevean todas las contingencias. Así, considerando el caso Sturges v. Bridgman, puede muy bien resultar, dados los contratos en que pudieran haber entrado, que la decisión legal afectara a la riqueza relativa del médico y confitero (y quizá tuviera un efecto similar en aquéllos que ocupaban propiedades vecinas)

Este conjunto de proposiciones de Coase, que parece implicar en una visión superficial la futilidad de los sistemas jurídicos, presupone un mundo con una propiedad muy especial: *ausencia de «costes de transacción»*.

IV. LA HETEROGÉNEA CATEGORÍA DE LOS COSTES DE TRANSACCIÓN

A lo largo de la exposición del caso *Sturges v. Bridgman* se ha eludido, conscientemente, la formulación más precisa de este concepto de «costes de transacción».

En mi opinión, Coase los concibe de manera muy amplia –y por tanto, algo vagamente– como todo coste de llevar a cabo transacciones de mercado, cualquier coste del sistema de precios. Sin embargo, desciende a mostrarnos cuáles son sus más importantes manifestaciones: serían los costes de

- a) ... descubrir quién es aquél con el que se desea tratar
- b) informar a la gente de que uno desea contratar y en qué términos
- c) llevar a cabo las negociaciones tendentes a un acuerdo
- d) diseñar y redactar el contrato
- e) llevar a cabo la inspección necesaria para asegurar la observancia de los términos del contrato,...»¹⁶.

pero me resulta inconcebible que ello pudiera tener algún efecto apreciable sobre la demanda de dulces o de servicios médicos», en «Notes on the Problem...», cit., p. 174.

Como fácilmente se deduce de estas líneas, la posición de Coase es la de que las cuestiones de distribución de riqueza no afectan al resultado final siempre que sea posible preverlas y afrontarlas en los contratos entre los sujetos –de manera que la atribución del derecho a los médicos y no a los confiteros, pongamos por caso, se reflejaría en el (mayor) precio que habría que pagar por adquirir una consulta médica y en el (menor) precio necesario para comprar un establecimiento de confitería– y, aun en los casos en que los contratos no fueran tan omnicomprendidos –lo cual parece la hipótesis más plausible–, el efecto sobre la riqueza sería de pequeña entidad e inócua para la eficiencia general del sistema de precios.

Por mi parte entiendo que, si bien una atribución singular de derechos –y la riqueza que ella supone– por obra del sistema jurídico puede no alcanzar una magnitud importante en el uso general de los recursos, la realidad del papel del Derecho es la de asignaciones múltiples y generalizadas de derechos, que sí afectan a la riqueza y, por tanto, al comportamiento del conjunto de los individuos. En este sentido, DEMSETZ, «Wealth Distribution and the Ownership of Rights», en *Journal of Legal Studies* (1972), pp. 224 ss.

Creo, pues, que se trata de un aspecto que ni la teoría jurídica ni la económica pueden soslayar con carácter general. Para una justificación de la relevancia de este tipo de consideraciones, *vid.* CALABRESI, «The Pointlessness of Pareto...», cit., pp. 1222 ss.

Una comprobación empírica de la trascendencia de los aspectos distributivos en el ámbito del teorema de Coase, en SCHWAB, «A Coasean Experiment on Contract Presumptions», en *Journal of Legal Studies* (1988), p. 237.

¹⁶ COASE, «The Problem...», cit., pp. 1222 ss.

Esta primera catalogación ha sido posteriormente precisada y ampliada con la consideración de nuevos factores o la reformulación e insistencia en algunos ya contemplados.

Siguiendo parcialmente a Milgrom y Roberts ¹⁷, se podrían deslindar dos grandes ámbitos de costes de transacción: por una parte, los que podrían denominarse *costes de coordinación* entre las potenciales partes de un acuerdo, esto es, los obstáculos que es preciso vencer para «traer» a los interesados al acuerdo. Las dificultades de localización, observación y mensuración del objeto de la transacción, o de otros elementos de la misma (precio, duración, etc.) ¹⁸, la identificación y localización de contratantes potenciales, la reunión de los mismos para negociar el contenido del acuerdo, son todos ellos fenómenos que generan costes de esta clase.

La segunda categoría sería la de los *costes de motivación*, noción que agruparía todos aquellos factores que entorpecen la decisión de contratar y el contenido óptimo del contrato, bien impidiendo la realización del acuerdo entre sujetos ya puestos en contacto, bien determinando que los términos del acuerdo no sean los más eficientes.

Dentro de éstos habría que destacar los siguientes:

i) La falta de información completa en poder de las partes, acerca del sustrato fáctico y jurídico sobre el que ha de asentarse el pacto y, en general, de cualesquiera condiciones o elementos que puedan afectar al mismo.

Obviamente este fenómeno se ve provocado o, cuanto menos, agravado, por la incertidumbre en torno a las circunstancias presentes o futuras de la relación.

ii) El carácter completo de la información no es, sin embargo, garantía suficiente de que el contrato sea un «contrato perfecto», y los incentivos para las partes, tanto los dirigidos a contratar como los referentes al comportamiento de prestación o postcontractual en general de las partes, sean los óptimos. La posesión de información superior por alguna de ellos, la asimetría en el conocimiento de factores que afectan al contrato, es otra importante fuente de ineficiencias que obstaculiza la realización de los acuerdos y su optimalidad ¹⁹.

¹⁷ MILGROM/ROBERTS, *Economía, organización y gestión de la empresa*, trad. esp., Barcelona (1993), pp. 36 ss.

¹⁸ Estos costes han sido particularmente destacados por BARZEL, «Measurement Costs and the Organizations of Markets», en 25. *J. Law & Econ.* (1982), p. 27.

¹⁹ Una panorámica de la ya extensísima literatura económica sobre incertidumbre e información, en HIRSHLEIFER/RILEY, *The Analytics of Uncertainty and Information*, Cambridge (1992), muy completa, aunque también altamente formalizada. Sobre estas cuestiones, utilizando la perspectiva, muy en boga entre los economistas, de la «Teoría de juegos», RASMUSEN, *Games and Information. An Introduction to Game Theory*, 2.ª ed., Oxford (1994), y BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game Theory and the Law*, Cambridge (Mass.) (1994), pp. 79 ss., este último, sobre todo, con numerosas –y excelentes– aplicaciones de la teoría de juegos al mundo de las reglas jurídicas, en particular a las de Derecho privado.

Los economistas han identificado y explorado fundamentalmente dos clases de asimetrías de información: el llamado problema del riesgo moral («moral hazard»), que concurre cuando las acciones de un sujeto, A, afectan a los intereses de otro, B, pero éste último no puede observar o conocer dichas acciones. El ejemplo más claro de este tipo de situaciones se da en el ámbito del seguro: el asegurado, que con su conducta puede afectar la probabilidad de que acontezca el siniestro previsto en la póliza, puede verse inducido a no ser todo lo cuidadoso que pudiera y debiera, al saberse a cubierto de los daños por efecto del seguro. El otro es el llamado problema de la «selección adversa» («adverse selection»), que se da en los casos en que una de las partes de una transacción o contrato, A, conoce un dato que puede afectar a la rentabilidad del mismo para la otra parte, B, la cual, sin embargo, lo desconoce. Esto provoca que B, si se dedica profesionalmente a celebrar contratos de una cierta clase, pueda encontrarse precisamente como contratantes con aquellos sujetos, entre toda la población potencialmente interesada en esa clase de contratos, que le reportan una rentabilidad más baja. El ejemplo más a mano vuelve a ser el del seguro, en este caso, los seguros de vida o de enfermedad: los asegurados son, de ordinario, quienes mejor conocen su propio estado de salud, y éste es un factor que influye decisivamente en las consecuencias del contrato para la Compañía de Seguros. En cambio, ésta última, sólo de forma costosa e imperfecta puede averiguar el estado de salud subyacente del asegurado. Por tanto, cargará una prima que refleje la distribución estadística de los riesgos para la salud o la vida, según los grupos de edad. Esto atrae a contratar precisamente a aquéllos cuyo estado de salud es peor que el de la media y retrae a aquéllos cuya condición es mejor. La atracción de los «malos riesgos» hace subir los costes de la Compañía y, consiguientemente, las primas, lo que disuade todavía más a los «buenos riesgos».

La Teoría económica trata de ofrecer soluciones a estos problemas por medio del diseño de contratos y mecanismos óptimos que induzcan a las partes a salvar estas asimetrías y a adoptar los comportamientos más eficientes. En concreto, en el caso de azar moral se acude a los contratos de incentivos: contratos cuyas cláusulas inducen a la parte que ha de actuar a adoptar, guiada por sus propios intereses, una línea de conducta que es también la preferida por la otra parte.

Para la selección adversa el mecanismo es el de la «señalización de mercado» («market signaling»), esto es, orientar a los sujetos a que, con su conducta, señalen o manifiesten elementos de los que la otra parte pueda inferir el o los datos que le interesan ²⁰.

²⁰ Vid. sobre esto, KREPS, *A Course on Microeconomic Theory*, Nueva York (1990), pp. 577 ss. (hay traducción española, Barcelona, 1993).

iii) La especificidad de las decisiones, activos, conductas y/o inversiones. Cuando un valor o un activo están concebidos u orientados en función exclusivamente, o casi, de las características específicas del otro contratante, de modo que perderían la mayor parte o todo su valor en un uso alternativo, es decir, con una contraparte diferente en el contrato, se habla de especificidad. El titular actual o potencial de un activo específico, se ve retraído a contratar o a adoptar una determinada línea de conducta (nueva inversión, ampliación de capacidad productiva), ante la excesiva dependencia respecto de la otra parte que trae consigo la elevada especificidad, y que puede traducirse en comportamientos cuasi-extorsionantes, como renegociaciones no deseadas del contrato, imposición de una estrategia empresarial no acorde con sus preferencias, etc.

Por ejemplo, supongamos una empresa a la que se ofrecen unos equipos y programas informáticos de gran calidad pero incompatibles con todos los demás, y cuyo fabricante y proveedor es único, de modo que para el mantenimiento de equipos y programas, el perfeccionamiento y adaptación de los mismos, así como la adquisición de programas nuevos, sólo es posible acudir a esa única empresa fabricante.

La primera empresa temerá –razonablemente–, la excesiva dependencia que el contrato inicial comporta, dado que al estar «en manos» del proveedor único, éste puede elevar extraordinariamente los precios de los repuestos, del mantenimiento o de los nuevos programas necesarios para la primera.

iv) Los costes del llamado «compromiso imperfecto», esto es, la dificultad de convencer a la otra parte en las negociaciones de un acuerdo –o incluso una verdadera imposibilidad de garantizar jurídicamente su eficacia–, acerca del mantenimiento o cumplimiento de una promesa o línea de actuación que redunde en el interés conjunto de ambas partes en el contrato, cuando a una de las partes, o a ambas, les resultaría beneficioso en el futuro apartarse del compromiso. Anticipando esta tentación de vulnerar la promesa, alguna de las partes, o ambas, no contratarán o lo harán en términos menos favorables para sus intereses conjuntos.

Por ejemplo, supongamos que una sociedad contrata a un nuevo alto directivo para la máxima responsabilidad en la gestión de la empresa. Es claro que la mayor o menor diligencia, el esfuerzo más o menos intenso que acompañen a la actuación del nuevo directivo, son determinantes para el nivel de beneficios de la sociedad. Para incentivar este mayor esfuerzo, el contrato de servicios entre el directivo y la sociedad debería establecer un sistema de retribución que no consistiera en una cantidad fija anual, sino que dependiera –en todo o en parte–, de los beneficios obtenidos por la sociedad en el año. Sin embargo, un pacto de esta clase supone para el directivo asumir en parte el riesgo de la marcha, buena o mala, de la empresa. Y el éxito de ésta depende también, sin duda, de otros factores que no se hallan bajo la esfera de control del ejecutivo. En otras palabras, se le hace cargar con un riesgo que preferiría no tener que asumir.

Por eso, si media un cierto lapso de tiempo entre el período de actuación del directivo y el momento en que los beneficios de la sociedad se manifiestan, el interés de ambas partes aconsejaría novar el contrato en el sentido de disminuir el riesgo asumido por el individuo, haciendo la retribución fija ²¹.

Ambos contratantes prefieren convertir el contrato en uno menos orientado al incentivo —dado que el comportamiento que se deseaba incentivar ya ha concluido— y menos arriesgado para el ejecutivo.

Aunque esta novación sea, en ese momento, «ex post», mutuamente beneficiosa para las partes, como este escenario futuro generado por la renegociación del contrato puede ser previsto anticipadamente, bien en el contrato inicial, bien en un momento ulterior, se reduce el beneficio conjunto de ambas partes, porque escogerán inicialmente un contrato menos beneficioso *ex ante*, para las dos y, además, el rendimiento y diligencia del ejecutivo se verá afectado negativamente. Tanto la sociedad como el directivo preferirían que el contrato fuera inmodificable «a posteriori», pero no pueden comprometerse a esta actitud, dado que el sistema jurídico reconoce la validez de la novación y no admite, en cambio, la vinculación a cláusulas de inalterabilidad absoluta del contrato ²².

v) Los efectos de las denominadas «externalidades de red o de sistema» («network externalities»), expresión que tal vez se podría traducir mejor como interrelaciones de red o de sistema. Con este término se alude al hecho de que el valor para una persona de la adquisición de un cierto producto o servicio depende no sólo de su efectiva adquisición y utilización por aquélla, sino también de la decisión de adquirir por parte del resto de los usuarios. La utilidad que el producto o servicio reporta se incrementa con el número de individuos que deciden contratar el mismo, incorporándose de este modo, y expandiendo, la «red» de usuarios.

El ejemplo más claro de esta clase de efectos se da en los sistemas de comunicación. Una red de comunicación telefónica, pongamos por caso,

²¹ Que una modificación del contrato en este sentido resulte provechosa para el directivo parece obvio, porque se deshace de un riesgo indeseado que antes soportaba. Las ventajas para la empresa derivan de que el individuo, al tener aversión al riesgo, está dispuesto a pagar una prima por librarse de él, es decir, a aceptar una cantidad fija inferior al valor esperado de su retribución incierta (basada en el beneficio de la sociedad, que todavía no es conocido).

²² Un análisis de esta cuestión en JOLLS, «Contracts as Bilateral Commitments: A New Concern About Contract Modification», *Working Paper, Program in Law and Economics*, Harvard Law School (1993). Entre nosotros, un examen de los efectos de la renegociación y la reasignación de los riesgos contractuales desde el punto de vista de la eficiencia, en PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y Derecho privado», cit., pp. 2866 ss., el cual propone como regla: «para dar validez a las modificaciones contractuales realizadas a favor de una parte en situaciones de monopolio bilateral es preciso que concurra una razón objetiva que permita suponer que los términos de la modificación contractual habrían sido ventajosos para las partes *ex ante*, y que, por consiguiente, habrían sido adoptados en el contrato original si se hubiese previsto la contingencia» (p. 2870, n. 51).

se hace tanto más atractiva para aquellas personas que dudan si contratar o no el servicio, cuanto mayor sea el número de usuarios, presentes y futuros, de la red ²³.

¿En qué sentido pueden constituir estos efectos de interrelación verdaderos costes que obstaculicen los contratos?

Estos efectos inciden sobre las decisiones de las empresas en relación a la adopción o no de una nueva tecnología o producto y en su compatibilidad o no con los ya existentes: piénsese en el titular de un derecho de propiedad intelectual sobre un nuevo sistema operativo, que es el que permite controlar las funciones o conexiones de un ordenador, que se verá influido en su decisión de producirlo y ofrecerlo en el mercado, por la mayor o menor probabilidad de que se vayan a escribir en número suficiente programas de aplicación para el sistema operativo. También influirá sobre los consumidores, cuya decisión de contratar o no –de adquirir el nuevo producto o sistema– puede no resultar adecuado y ello, bien por el temor de quedar anclados al anterior sistema que podría convertirse en obsoleto, en cuyo caso puede producirse un cambio no deseable, si se tiene en cuenta el valor del sistema en uso y los costes de readaptación o aprendizaje del nuevo; bien por la amenaza de verse solos con el nuevo, que nadie emplea, y por ello, sin el valor que proporcionan los restantes usuarios, y esto aun cuando el sistema sustitutivo sea notablemente superior al existente.

La incidencia, pues, de las externalidades de sistema en las decisiones acerca de si se contrata o no, y sobre qué productos o servicios se contrata, es trascendente ²⁴.

²³ La extensión de la comunicación no es la única fuente de «externalidades de sistema», ya que éstas pueden venir dadas por la uniformidad de repuestos, servicios post-venta o mantenimiento, las economías de escala en la producción –ahorro de coste unitario al incrementarse masivamente la cantidad producida–, o la necesidad de rentabilizar los costes de aprendizaje o adaptación en relación a un producto: una vez que se ha invertido tiempo y esfuerzo en familiarizarse con un producto –piénsese, por ejemplo, en el teclado estándar de la máquina de escribir–, resulta costoso el cambiar a un nuevo sistema e incurrir en los costes de un segundo aprendizaje, de modo que, incluso en el caso de que el nuevo sistema sea técnicamente más perfecto, éste puede no ser adoptado, habida cuenta de la necesidad de reajuste en los conocimientos y habilidades de las personas que han de cambiar –que pueden ser muchas, por descontado–. De hecho, esto fue lo que ocurrió en nuestro ejemplo del teclado de la máquina de escribir, porque el nuevo sistema (llamado Dvorak), aún permitiendo una mayor velocidad, fue rechazado en favor del estándar existente –y todavía hoy en uso–: DAVID, «Clio and the Economics of Qwerty», en 75. *Am. Ec. Rev.* (1985), p. 332.

²⁴ La literatura económica acerca de esta problemática es ya muy extensa, aunque desafortunadamente bastante técnica. Sin embargo, una excelente introducción para el profano la proporcionan KATZ y SHAPIRO, «Systems Competition and Network Effects», en 8. *J. Econ. Perspectives* (1994), p. 93. La relevancia de la Teoría económica sobre las externalidades de sistema para el diseño y aplicación de normas jurídicas es muy elevada en los terrenos de la propiedad intelectual e industrial: ¿Cómo pueden los derechos exclusivos de propiedad intelectual o industrial paliar estos efectos o, por el contrario, reforzarlos? Una

vi) A esta lista habría que añadir otra categoría de costes, que es la de los llamados por los economistas «costes estratégicos», esto es, los costes generados por las dificultades o rupturas en las negociaciones de acuerdos privados, derivados del interés de las potenciales partes del acuerdo en apropiarse la mayor fracción posible del excedente global que pudiera resultar del contrato ²⁵.

Esto no quiere decir, ni mucho menos, que las negociaciones entre las partes, encaminadas a la distribución entre ellas del valor excedente que el contrato celebrado y cumplido representa sobre la situación anterior, estén abocadas al fracaso. Además de factores externos, como pueden ser normas legales, sociales o morales que sancionen el comportamiento estratégico, los interesados, actuando racionalmente, pueden encontrar una solución mutuamente satisfactoria, porque, en definitiva, prefieren el acuerdo al disenso, y lo prefieren mejor antes que después, aparte del hecho de que la negociación es en sí misma un proceso que consume recursos de las partes ²⁶.

muestra de esta aplicación, para los derechos de propiedad intelectual sobre los programas de ordenador, en MENELL, «Tailoring Legal Protection for Computer Software», en 39. *Stanford L. Rev.* (1987), pp. 1329, en especial, 1340 ss.; MENELL, «An Analysis of the Scope of Copyright Protection for Application Programs», en 41. *Stanford L. Rev.* (1989), p. 1045; FARRELL, «Arguments for Weaker Intellectual Property Protection in Network Industries», *Working Paper*, University of California at Berkeley (1994).

²⁵ En nuestra particular versión del caso *Sturges v. Bridgeman*, y con los arbitrarios valores numéricos asignados tendríamos, por un lado, los intentos de aquél a quien se atribuye el derecho y que tiene menores costes de eliminar el ruido, por situar el precio lo más cerca posible de un millón, que es el máximo que la otra parte está dispuesta a pagar y, por otro, el esfuerzo de ésta última por colocar el precio lo más próximo que sea posible a medio millón, que es el mínimo que el titular del derecho está dispuesto a aceptar por transmitirlo. No cabe duda que las presiones, renunciadas a contratar, tácticas diversas para elevar de cara a la otra parte los propios costes o disminuir la propia valoración de aquello que se pretende adquirir, introducen un riesgo no despreciable de que no se produzca la avenencia, a pesar de tener ésta efectos favorables para ambos y, por tanto, ser deseada por ellos.

Sobre la relevancia de estos costes *vid.* COOTER, «The cost of Coase», *cit.*, pp. 16 ss.; COOTER & ULEN, *Law and Economics*, Glenview (1988), p. 101 (hay 2.ª ed., Reading [1997]).

El tratamiento riguroso y axiomático de este problema del «reparto de la tarta», se debe al premio Nobel de Economía, John Nash, que demostró las características de la solución que ha pasado a ser conocida como «Nash bargaining solution»: NASH, «The Bargaining Problem», en 18. *Econometrica* (1950), p. 155. Sobre esta cuestión, *vid.*, además, RASMUSEN, *Games and Information*, *cit.*, pp. 227 ss.

²⁶ Estos factores apuntados en el texto corresponden a supuestos distintos de motivación de las partes al acuerdo cooperativo: BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game Theory and the Law*, *cit.*, pp. 219 ss.

Un ejemplo clásico de situaciones de esta clase es el «monopolio bilateral», esto es un único posible ofertante o vendedor de un producto o servicio (monopolista), frente a un único posible demandante o adquirente (monopsonista), cuya solución fue ya descrita, en 1928, por RAWLEY: «Bilateral Monopoly», en 25. *Economic Journal* (1928), p. 651. Sobre esta circunstancia, y la solución ofrecida, BLAIR/HARRISON, *Monopsony: Antitrust Law and Economics*, Princeton (1993), pp. 113 ss.

Sin duda, la idea de costes de transacción, a pesar de este elenco de fenómenos reconducibles bajo la misma, sigue resultando difícilmente aprehensible. Se podría decir que es un cajón de sastre (un «catch-all term» en la feliz expresión inglesa), donde conviven supuestos con atributos y caracteres muy dispares ²⁷.

El tratamiento riguroso, tanto teórico como empírico, de los costes de transacción está todavía por hacer. Y eso que hay tendencias dentro del análisis económico del Derecho —o de la teoría económica a secas—, la de los «institucionalistas», que hacen de la «transacción» la piedra de toque para el examen de las soluciones legales y, en general, institucionales de todo tipo ²⁸. Esta línea de investigación, con su insistencia en los factores que hacen específicas las concretas relaciones entre los sujetos, y la consideración de las dimensiones en las que estos factores distintivos inciden en los mecanismos de organizar y resolver los conflictos en el seno de estas relaciones (dimensiones tales como la incertidumbre en el resultado, la frecuencia o duración de las relaciones, la sustituibilidad de las prestaciones, los aspectos personales y de poder, etc.) ²⁹, ha supuesto una importante transformación de la noción de transacción u operación económica. Sin embargo, de todas estas aportaciones, si bien se deduce claramente que el modelo de transacción o relación sin «fricciones» es una quimera, no es posible derivar una teoría general en sentido estricto de los costes de transacción.

Y la propia elasticidad de la noción ha conducido, sin lugar a dudas, a un uso impreciso y, en ocasiones, interesado de la misma, ampliándola o restringiéndola, minimizándola o destacándola, según la concreta conveniencia de quienes tratan de argumentar en un sentido o en otro ³⁰.

Creo, de todos modos, que sí es posible hacer algunas consideraciones útiles sobre este ámbito de los costes de transacción, sobre todo en relación a su relevancia para el análisis de normas jurídicas.

En primer lugar, advertir que el uso del término costes de transacción no coincide exactamente con el ámbito de los contratos, como expresión jurídica del acuerdo o transacción económica. En la expresión de Arrow ³¹,

²⁷ Por ello algunos prefieren una noción más reducida de «costes de transacción», que dejaría fuera todos aquellos costes que proceden de la definición y la titularidad de los derechos: PAZ-ARES, *op. cit.*, p. 2854

²⁸ WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies*, Nueva York (1975); MACNEIL, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven (1980).

²⁹ MACNEIL, «Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law», en *Northwestern University Law Review* (1978), p. 854; MACNEIL, «Economic Analysis of Contractual Relations», en BURROWS & VELJANOVSKI, (eds.), *The Economic Approach to Law*, Londres (1981), p. 61; WILLIAMSON, «Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations», en *Journal of Law & Economics* (1978), p. 233; WILLIAMSON, «Contract Analysis: The Transaction Cost Approach», en BURROWS & VELJANOVSKI, *cit.*, p. 39.

³⁰ *Vid.* una crítica de estos abusos en BURROWS & VELJANOVSKI, *cit.*, pp. 20 ss.

³¹ ARROW, *Collected Papers of K.J. Arrow*, vol. V, p. 246.

costes de transacción son los «costes de funcionamiento del sistema económico», que están presentes no sólo en aquellos ámbitos que los juristas califican de contractuales, sino en todos los sectores de decisión sobre la organización económica: estructura interna de la empresa –fuera de lo estrictamente jurídico-societario–, regulación pública y planificación económica, etc.

En segundo lugar, señalar que la idea de los costes de transacción como impedimentos a los acuerdos privados eficientes no es suficiente para explicar la relación entre el contrato como entidad creadora de obligaciones jurídicamente vinculantes y el acuerdo, o el intercambio de promesas de prestación o intercambio de prestaciones, como fenómenos del mundo real. Por qué el Derecho patrocina los acuerdos a través de la obligatoriedad jurídica de los contratos, por qué acepta unos y rechaza, bajo ciertas circunstancias, otros, son problemas que no es posible apreciar y comprender de forma plena sin la referencia a cuestiones que exceden del papel de los costes de transacción y, en general, de las consideraciones de eficiencia. Hay preguntas acerca de la existencia y función del derecho de contratos que sólo la teoría y la filosofía del Derecho pueden tratar de responder: ¿qué es lo que el ordenamiento jurídico debe encargarse de proteger: el mero acto de prometer una prestación, o el intercambio de promesas, o las expectativas y esperanzas despertadas por las promesas de la otra parte, o la confianza despertada por éstas, o una combinación de todo ello?³²

Además, a pesar de la complejidad de la noción de «costes de transacción», y de las ambigüedades e, incluso, usos desviados, que la han rodeado, y aún continúan haciéndolo, interrogarse acerca de la etiología y el significado de estos costes no es una labor estéril. La identificación y análisis de las fuentes más señaladas de costes de transacción, dan lugar a una serie de consecuencias positivas, de orden explicativo y también de política jurídica y económica³³.

³² Sobre estas cuestiones, en la Teoría jurídica reciente, son destacables los intentos de explicación conceptual de ATIYAH, «Contracts, Promises and the Law of Obligations», en ATIYAH, *Essays on Contract*, Oxford (1986), p. 11, y ATIYAH, *Promises, Morals and Law*, Oxford (1981); BARNETT, «A Consent Theory of Contract», en *Columbia Law Review* (1986), p. 269; FRIED, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge (Mass.) (1981), pp. 14 ss. Curiosamente, algunas de estas «nuevas» teorías éticas (Fried, Barnett) sobre el fundamento de la obligatoriedad de los contratos guardan notable parecido con las de los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII. Cfr., por ejemplo, PUFENDORF, *De officio hominis et civis*, trad. inglesa, Cambridge (1991), pp. 68 ss., y GORDLEY, *Philosophical Foundations of Modern Contract Doctrine*, Oxford (1991).

Otros, en cambio, se muestran escépticos acerca de la capacidad de la filosofía y teoría del Derecho de dar una respuesta fructífera a cuestiones «de contenido» en el derecho de contratos: CRASWELL, «Contract Law, Default Rules and the Philosophy of Promising», en *Michigan Law Review* (1988), pp. 489 ss.

³³ MILGROM/ROBERTS, *Economía, organización y gestión de la empresa*, cit., p. 353.

a) Constituye una tarea diagnóstica, porque permite encontrar ineficiencias en el funcionamiento del sistema económico y del sistema jurídico. Muchas de estas ineficiencias se hallan enmascaradas, ocultas en la marcha, en apariencia, eficaz de la vida económica en un sistema de mercado, y el examen de éste bajo la perspectiva de los costes de transacción posibilita el sacarlas a la luz y, con ello, mejorar la eficiencia.

b) Al mismo tiempo, sirve de base a un análisis positivo –en el sentido económico de la expresión, esto es, puramente explicativo y sin pretensiones de enjuiciamiento en términos de eficiencia o ineficiencia, de deseabilidad o indeseabilidad social–, de una amplia gama de prácticas, pautas de comportamiento, instituciones y normas, más o menos formalizadas o consagradas jurídicamente. La explicación del por qué de muchas de ellas está, precisamente, en el intento de salvar y reducir costes de transacción, o de obtener el resultado deseado en situaciones de elevados costes de transacción ³⁴.

c) Además, permite formular propuestas de política legislativa para maximizar o mejorar la eficiencia del sistema jurídico. Según un buen número de analistas, los costes de transacción –o mejor dicho, la ausencia de ellos–, constituyen el hecho caracterizador, la piedra de toque del paradigma que permite enjuiciar la eficiencia de las reglas jurídicas y orientar su diseño y aplicación.

Así, el objetivo del Derecho sería la elaboración del conjunto de reglas que promovieran un resultado lo más aproximado posible al que se tendría en un mundo carente de costes de transacción. El escenario con costes de transacción cero es, pues, el modelo o escenario que deben reproducir las normas jurídicas ³⁵.

Esta tendencia a emplear el paradigma del mundo sin costes de transacción se manifiesta en el uso de dos criterios:

– el criterio del propietario único («single owner standard», que reclama de las reglas jurídicas la creación de incentivos para los diversos sujetos titulares de derechos de propiedad sobre los recursos, dirigido a inducir en ellos un comportamiento idéntico al que adoptaría un propietario único que reuniera bajo su decisión la totalidad de los derechos de propiedad involucrados ³⁶.

– el criterio de la voluntad hipotética de las partes, según el cual, la regla que el sistema jurídico debería proporcionar para resolver un litigio, a falta de una previsión contractual explícita de los interesados, sería la

³⁴ Vid., *infra*, texto correspondiente a notas 49 y 50.

³⁵ Vid. EPSTEIN, «Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase», en 36. *J. Law & Econ.* (1993), pp. 553 y 556.

³⁶ Entre otros, BEBCHUK, «The Sole Owner Standard for Takeover Policy», en 17. *J. Legal Stud.* (1988), p. 197; SCHWARTZ, «The Sole Owner Standard Reviewed», en 17. *J. Legal Stud.* (1988), p. 231; FRIEDMANN, «The Efficient Breach Fallacy», en 18. *J. Legal Stud.* (1989), p. 1; EPSTEIN, *op. cit.*, p. 556.

que las propias partes hubieran hipotéticamente acordado, en ausencia de costes de transacción, y que precisamente no pudieron pactar porque los costes de transacción impidieron considerarla o incorporarla ³⁷.

Ambos criterios, sin embargo, resultan de aplicación para caracterizar la eficiencia de las soluciones jurídicas sólo cuando las partes del acuerdo ³⁸ poseen la completa información correspondiente y, además, esta información se halla simétricamente distribuida entre las partes, en el momento de concertar el acuerdo. Cuando al tiempo de contratar, en cambio, las partes están asimétricamente informadas, de modo que las partes van a negociar de forma estratégica bajo estas condiciones de información asimétrica, ninguno de los dos criterios sirve necesariamente para indicarnos las reglas jurídicas más eficientes.

En efecto, en ocasiones, la regla más eficiente es aquélla que fuerza a las partes a revelar la información superior que poseen, y así permitir la negociación de acuerdos cuyos términos serán distintos según las características diferenciadoras de los potenciales contratantes y, por esta razón, serán condiciones más ajustadas a las verdaderas circunstancias y riesgos del acuerdo ³⁹. Así, la limitación de la cuantía indemnizatoria a los daños previstos o previsibles en el momento de contratar, que realiza el artículo 1107 del Código Civil, sería un incentivo eficiente para que aquellos potenciales contratantes cuya sensibilidad al incumplimiento fuera superior a la media —en el sentido de que son susceptibles de sufrir un daño mayor si el contrato se incumple—, revelaran este dato a la otra parte a la hora de negociar y celebrar el contrato. De este modo, los términos se ajustarán, en cuanto al nivel de cuidado en la realización de la prestación, daños a indemnizar en caso de incumplimiento y, por supuesto, precio o contraprestación a cargo del contratante «sensible», a las auténticas características y circunstancias de las partes. Lo mismo ocurriría, en sentido contrario, para los

³⁷ Defienden esta aproximación, entre otros, SCHWARTZ, «Proposals for Products Liability Reform: A Theoretical Synthesis», 97. *Yale L. J.* (1988); EASTERBROOK/FISCHEL, «The Corporate Contract», en 89. *Columbia L. Rev.* (1989), p. 1416; EASTERBROOK/FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge (Mass) (1991), p. 22; PAZ-ARES, *op. cit.*, pp. 2845 y 2860.

Una crítica a la noción misma de voluntad hipotética, en cuanto portadora de un significado propio, en COLEMAN, *Risks and Wrongs*, Cambridge (1993), pp. 164 ss.

³⁸ Desde luego, estas consideraciones son plenamente relevantes para el ámbito estrictamente contractual, donde encuentran su campo más natural de aplicación, pero lo son asimismo para todos aquellos sectores donde convivan negociaciones y acuerdos entre sujetos, públicos o privados, con un trasfondo de normas jurídicas.

³⁹ En este sentido, AYRES/GERTNER, «Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules», en 99. *Yale L. J.* (1989), p. 87; AYRES/GERTNER, «Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules», en 101. *Yale L. J.*, (1992), p. 729; TALLEY, «Property Rights, Liability Rules and Coasean Bargaining Under Incomplete Information», *Working Paper*, Stanford Law School (1994).

contratantes cuya susceptibilidad a sufrir perjuicios derivados del incumplimiento contractual fuera inferior a la media esperable ⁴⁰.

Y esta regla de limitación *no* sería la que las partes hubieran acordado hipotéticamente en ausencia de costes de transacción.

En otras situaciones, por el contrario, la señalización («signalling»), o revelación indirecta de información, puede conducir a distorsiones indeseables del contrato. Entonces, las reglas eficientes son aquellas que, o bien restringen esta posibilidad de indicar a través del comportamiento consistente en elegir los términos del contrato la «clase» o «tipo» de contratante que se es, dando lugar a contratos de condiciones uniformes para los distintos grupos de potenciales partícipes en el acuerdo; o bien aquellas reglas restringen los posibles términos de los diversos contratos que pueden ser ofrecidos, dando lugar a una variedad de contenidos, pero más eficiente que la que adoptarían las partes en ausencia de la restricción ⁴¹.

Y esta función, como se desprende fácilmente de lo que se acaba de exponer, puede justificar, bajo ciertas condiciones, la eficiencia de la utilización de normas imperativas, esto es, normas que las partes no pueden desplazar con las reglas que ellas mismas deseen establecer.

En definitiva, la utilización universal o generalizada de los criterios del «propietario único», o de la «voluntad hipotética», se enfrenta a serios obs-

⁴⁰ Para un análisis de la regla de limitación de la cuantía indemnizatoria (conocida en el ámbito anglosajón como regla «Hadley v. Baxendale») en el sentido del texto: AYRES/GERTNER, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, cit., pp. 101 ss.; BEBCHUK/SHAVELL, «Information and the Scope of Liability for Breach of Contract», en 7. *J. Law, Econ. & Org.* (1991), p. 284.

Una crítica a esta visión de una regla como el artículo 1107 del Código Civil en términos de «sanción» por la no revelación de información privada a la otra parte en el contrato, en JOHNSTON, «Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules», en 100. *Yale L.J.* (1990), p. 615, y WOLCHER, «Price Discrimination and Inefficient Risk Allocation Under the Rule of «Hadley v. Baxendale», en 12 *Res. Law & Econ.* (1989), p. 9. La crítica se basa en que si la parte no informada es un monopolista, esto es, dispone de poder de mercado, reglas como las del artículo 1107 del Código Civil no son suficientes para forzar la comunicación de la información, por el temor de los contratantes con «alta sensibilidad» al incumplimiento, de verse despojados por el monopolista de todo el excedente que esperaban obtener del contrato, pagando un precio demasiado alto por la cobertura frente al riesgo del incumplimiento. Por ello, pueden seguir prefiriendo disfrazar su elevada susceptibilidad a sufrir daños contractuales.

Una convincente respuesta ha sido ofrecida por AYRES/GERTNER, «Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules», cit., pp. 738 ss., reveladora, no obstante, de la probabilidad de diversos resultados ineficientes en este ámbito.

⁴¹ En este sentido, ORDOVER, «Products Liability in Markets with Heterogeneous Consumers», en 8. *J. Legal Stud.* (1979), p. 505; AGHION/HERMALIN, «Legal Restrictions on Private Contracts, Enhance Efficiency», en 6. *J. Law, Econ. & Org.* (1990), p. 381; JOHNSTON, «Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules», cit., p. 615, en especial, pp. 663-664; SPIER, «Incomplete Contracts and Signalling», en 23. *Rand J. Econ.* (1992), p. 432; HERMALIN/KATZ, «Judicial Modification of Contracts Between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach», en 9. *J. Law, Econ. & Org.* (1993), p. 207.

táculos. Con independencia de lo que dichos criterios nos indiquen, es posible comprobar cómo una modificación en las variables o circunstancias del caso –piénsese, en el ámbito del artículo 1107 del Código Civil, en un cambio en la existencia del poder de mercado en alguna de las partes, o la presencia o no de costes directos de negociar los términos del acuerdo–, provoca una transformación radical de los efectos de las soluciones legales y, por tanto, apunta hacia diversas reglas jurídicas eficientes ⁴².

El fracaso, en ciertas circunstancias, de ambos paradigmas responde, probablemente, al hecho de tratar la multiplicidad de fuentes de costes de transacción que se han enunciado más arriba, como si fueran funcionalmente equivalentes, siendo así que se trata de factores que generan ineficiencias de orden muy diverso y que exigen, por tanto, un análisis individualizado.

Volviendo, sin embargo, a nuestro campo inicial de interés, conviene recordar que la validez de la predicción de Coase en un cierto ámbito depende de manera crucial de que, efectivamente, todos estos costes de transacción sean cero. A pesar del carácter central que el papel de los costes de transacción desempeña en la construcción coaseana, aquél ha sido, con frecuencia, mal interpretado. Y creo que de la correcta situación de esta función en relación con los efectos del sistema jurídico, pueden extraerse algunas ideas esclarecedoras tanto para los economistas como para los juristas. Olvidar la existencia real de los costes de transacción, o meter los distintos obstáculos e ineficiencias en los acuerdos privados en el mismo cajón, constituyen dos errores de perspectiva que enturbian de forma notable la comprensión del sistema económico, de una parte, y el diseño y aplicación de normas jurídicas, de otra.

V. ¿QUÉ PODEMOS APRENDER DE COASE?

1. EL MUNDO COASEANO, EL SISTEMA JURÍDICO Y LOS ECONOMISTAS

En primer lugar, es preciso deshacer el equívoco de que el «mundo coaseano» es un mundo –al menos tendencialmente– sin costes de transacción, y por ende, de irrelevancia del Derecho ⁴³. Pues según Coase «nada podría estar más lejos de la verdad. Es el mundo de la moderna teo-

⁴² Una muestra de esto la ofrece el extraordinario trabajo de AYRES/GERTNER, «Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules», cit., en especial, pp. 746 ss.

⁴³ Es un lugar común entre los economistas referirse a un mundo en que el sistema de mercado opera idealmente como el «mundo coaseano».

ría económica, y uno que yo esperaba persuadir a los economistas que abandonaran. Lo que hice en «El problema del coste social», fue simplemente sacar a la luz alguna de sus «propiedades»⁴⁴. Y prosigue a continuación: «Una aproximación mejor parecería ser la de comenzar nuestro análisis con una situación próxima a la que realmente existe, examinar los efectos de un cambio y tratar de decidir si la nueva situación sería, en conjunto, mejor o peor que la original»⁴⁵.

En efecto, nada más lejos del interés y de la percepción de Coase que el mundo de las «pizarras» o de los «modelos estilizados y abstractos» de los economistas. Para él, los costes de transacción son un elemento sustancial al funcionamiento real de la sociedad humana, y la descripción de la realidad, así como la formulación de evaluaciones y propuestas de modificación, no pueden echarlos en el olvido.

Como corolario de esta idea, debe arrumarse también otro de los mitos coaseanos, el de la futilidad del Derecho. En el mundo real, las decisiones del sistema jurídico influyen, y mucho, en la eficiencia o ineficiencia del resultado.

Desde luego, a causa de la función genérica del Derecho consistente en definir inicialmente y con un grado razonable de certidumbre, los derechos de propiedad necesarios para que el mercado y las transacciones privadas puedan ponerse a funcionar. La trascendencia del sistema jurídico en la definición de los derechos de propiedad y en la construcción y mantenimiento de mecanismos que garantizan y protegen estos derechos es esencial para asegurar un empleo siquiera medianamente eficiente de los recursos.

La relación entre los individuos y el uso de los recursos, incluso de aquéllos que permiten una apropiación y defensa de carácter material, es de carácter jurídico, requiere la presencia y eficacia del orden legal. Y este hecho ha sido de antaño reconocido. Así Bentham asegura: «La idea de la propiedad consiste en una esperanza fundada en la persuasión de poder sacar tal o cual provecho de la cosa según la naturaleza del caso: pues ahora bien, esta esperanza, esta persuasión, tan sólo pueden ser obra de la ley, pues yo no puedo contar con el goce de lo que miro como mío, sino sobre la promesa de la ley que me lo asegura. La ley sola es la que me permite olvidar mi flaqueza natural: por ella sola puedo cercar un terreno, y entregarme a los trabajos del cultivo con la esperanza lejana de la cosecha»⁴⁶.

⁴⁴ COASE, «The Problem...», cit., p. 154.

⁴⁵ COASE, «The Problem...», cit., p. 154.

⁴⁶ BENTHAM, *Principios de Legislación y de Codificación*, extractados de las obras del filósofo inglés por Francisco Ferrer y Valls, t. II, Madrid (1834), p. 19. La idea de que la propiedad es un derecho de estricta configuración legal, y no tiene un fundamento prejurídico necesario que la Constitución haya de proteger, permea la jurisprudencia sobre el derecho de propiedad de nuestro Tribunal Constitucional, aunque evidentemente, las inten-

Pero el papel del sistema jurídico en presencia de costes de transacción es más amplio y más diversificado que un simple «pistoletazo de salida» para el funcionamiento de los mercados:

i) asigna derechos en ámbitos de elevados (insuperables o casi) costes de transacción, de modo que la solución establecida por el sistema jurídico, sea o no sea eficiente, será la que prevalezca, ya que el mayor nivel de eficiencia que una redistribución de los derechos por medio de transacciones entre los sujetos no es bastante para compensar el coste de llevar a término estas transacciones⁴⁷. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de la STS, de 19 de junio de 1980, que resuelve el conflicto entre los mejilloneros de la bahía de La Coruña y los navieros propietarios de los barcos que derraman (o pueden derramar) petróleo en la misma. La simple consideración del número de los involucrados ya hace dudar de la viabilidad de la vía del acuerdo contractual privado y, por tanto, induce a pensar en la prevalencia de la decisión autoritaria del sistema jurídico.

ii) instauro, regula, mantiene y hace funcionar instituciones y mecanismos jurídicos que hacen efectivos los intercambios de derechos y, por tanto, más seguras y previsibles las transacciones (órganos de la Administración de Justicia, órganos encargados del ejercicio de la fuerza pública, normas de procedimiento judicial y extrajudicial, instrumentos de fe pública, registros)⁴⁸, y que canalizan y ordenan la información acerca de la titularidad, contenido, fiabilidad y expectativas de ingresos asociadas a ciertas clases de derechos: registros públicos, como el de la Propiedad o el Mercantil, bolsas y otros mercados financieros organizados⁴⁹.

ciones político-jurídicas de Bentham y del Tribunal sean muy dispares. *Vid.* sobre esta jurisprudencia, REY MARTÍNEZ, «Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada», en 3. *Derecho privado y Constitución* (1994), p. 169.

⁴⁷ «Una vez que se tienen en cuenta los costes de llevar a cabo transacciones de mercado, es claro que un realineamiento de derechos se emprenderá sólo cuando el incremento en el valor de la producción que de aquél derive sea mayor que los costes que comportaría ponerlo en práctica. Cuando es menor, el éxito de una acción de cesación (o la mera conciencia previa de esta virtualidad de éxito), o la afirmación de responsabilidad por los daños causados, pueden resultar en la interrupción de una cierta actividad (o en la no iniciación de ésta), que, sin embargo, se desarrollaría o tendría lugar en ausencia de costes de transacción. En estas condiciones, la delimitación inicial de derechos tiene en verdad un efecto sobre la eficiencia del sistema económico: COASE, «The Problem...», cit., p. 115.

⁴⁸ Un análisis de los distintos sistemas alternativos de transmisión de la propiedad («traditio», inscripción en un registro público, etc.), desde el punto de vista de la reducción de incertidumbres acerca de las titularidades y las diversas pretensiones que pudiera haber sobre éstas, en BAIRD/JACKSON, «Information, Uncertainty and the Transfer of Property», en 13. *J. Leg. Stud.* (1984), p. 299.

⁴⁹ Sobre el mercado de capitales en esta última función *vid.*, entre nosotros, GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre la eficiencia del mercado de capitales. Una aproximación al «Securities Law» de los Estados Unidos», en *Rev. Der. Merc.* (1990), p. 657, y en general, EASTERBROOK & FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, (Mass.), (1991), p. 12.

iii) elimina o reduce obstáculos e incertidumbres para los acuerdos e intercambios de mercado, rebajando así los costes de transacción y promoviendo la movilización eficiente de los derechos sobre los recursos. Por ejemplo, el derecho de contratos ofrece un menú de esquemas de acuerdo preestablecidos (los contratos típicos), para que los sujetos puedan canalizar más rápida y sencillamente sus intercambios, y dispone, además, de una regulación tendencialmente completa de los efectos jurídicos de las contingencias que puedan surgir en la relación contractual, sin necesidad, por tanto, de que las partes las prevean y se pongan de acuerdo en su tratamiento ⁵⁰. Una función semejante desempeña asimismo el derecho de sociedades, como subespecie del derecho de contratos ⁵¹.

iv) se convierte en una fuente importante de costes de transacción, tanto a causa de deficiencias involuntarias como de opciones conscientes del sistema jurídico –si estas últimas decisiones se hallan advertidas de todas las posibles consecuencias de las mismas, es otra cuestión.

Dentro de los inadvertidos se pueden señalar, entre otros:

– la existencia de derechos no asignados –por ejemplo, especies animales de alto valor ecológico–, o mal definidos: cuando se produce una compraventa con pacto de reserva de dominio, ¿quién es el propietario del bien hasta el completo pago del precio, el vendedor o el comprador? ⁵²

– la inseguridad en la atribución o configuración de los derechos. En este sentido, es ilustrativo el caso del derecho a una remuneración para los titulares de derecho de autor, por las reproducciones para uso privado por medio de aparatos no tipográficos (reproducciones en vídeo, audio y fotocopias). Este derecho patrimonial de autor fue introducido en nuestro sistema jurídico por el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, de 11 de noviembre de 1987, y desarrollado por el Real Decreto, de 21 de marzo de 1989. Posteriormente, dicho artículo 25 fue alterado sustancialmente por la Ley de 7 de julio de 1992, desarrollada por el Real Decreto, de 27 de noviembre de 1992. Se vuelve a modificar

⁵⁰ Sobre esta función del derecho dispositivo de contratos, vid. SCHÄFFER & OTTS, *Análisis económico del Derecho civil* (trad. esp.), Madrid (1991), p. 140. Recientemente, la literatura norteamericana sobre análisis económico del Derecho ha conocido un relanzamiento de las propuestas de cómo un legislador perfecto debería legislar para completar la voluntad contractual privada: AYRES & GERTNER, «Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules», en *Yale Law Journal* (1989), p. 87; AYRES & GERTNER, «Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules», *ivi*, (1992), p. 729; CRASWELL, «Contract Law, Default Rules and the Philosophy of Promising», en *Michigan Law Review* (1989), p. 489; BEBCHUK & SHAVELL, «Information and the Scope of Liability for Breach of Contract», en *Journal of Law, Economics & Organization* (1991), p. 284.

⁵¹ Vid. EASTERBROOK & FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, cit., p. 8.

⁵² Sobre la consideración jurisprudencial y teórica de la reserva de dominio, *vid.*, por todos, REAL PÉREZ, «Comentario a la sentencia de 16 de julio de 1993», en 33. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil* (1993), p. 912.

por obra de la Ley de 30 de diciembre de 1994, sobre derechos de alquiler y préstamos y otros derechos afines ⁵³ y, finalmente, por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

— la inexigibilidad de los derechos legalmente reconocidos, esto es, la ineficacia del sistema jurídico para conformar las conductas reales. El ejemplo del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual vuelve a ser una buena muestra, ya que ha sido precisamente la ineptitud de los diversos regímenes legales para lograr siquiera un mínimo de efectividad en los derechos de remuneración por copia privada lo que ha motivado la sucesión de cambios normativos. Sin embargo, el efecto negativo de la falta de claridad, precisión y seguridad en la atribución de derechos no es un dato unánimemente admitido. Estas «imperfecciones» de las reglas jurídicas harían ineludible el acudir ante los Tribunales para que éstos, atendiendo a las circunstancias concretas de los sujetos y los bienes afectados, procedieran a ajustar las imprecisas previsiones legales a las verdaderas exigencias de los interesados. Esto permite obtener resultados menos impersonales, al contrario, más próximos a los que las partes, en una continuada y cooperativa relación de contacto hubieran establecido ⁵⁴.

Pero los impedimentos no son sólo involuntarios. En otros casos, el sistema jurídico, de forma buscada, se opone a ciertas transacciones privadas, negándose a asignar derechos (por ejemplo, sobre sustancias estupefacientes), asignando derechos y titularidades inalienables (vida, libertad, expectativas hereditarias, derechos de participación política o sindical, etc.) ⁵⁵; o restringiendo y controlando dichas transacciones, de

⁵³ Vid. sobre este problema del artículo 25 LPI, mi trabajo «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», en *Rev. Crit. Der. Inmobiliario* (1993), p. 165. Este vaivén de modificaciones legales en poco más de ocho años constituye, sin lugar a dudas, una fuente de incertidumbres de primer orden para los comportamientos de los agentes involucrados.

⁵⁴ En este sentido, ROSE, «Crystals and Mud in Property Law», en 40. *Stanford L. Rev.* (1988), p. 577, ensayo ahora recogido como capítulo 7 de: ROSE, *Property and Persuasion. Essays on the History, Theory and Rethoric of Ownership*, Boulder (1994), p. 199, en especial, p. 219. ELLICKSON, *Order Without Law. How Neighbours Settle Disputes*, Cambridge (Mass.) (1991), pp. 65 ss. y 104 ss., sobre todo, resalta la potencia de las normas sociales creadas en el seno de colectividades o grupos para definir y regular derechos y usos sobre las cosas, al margen de la mayor o menor claridad de las reglas jurídicas.

⁵⁵ La visión de la inalienabilidad como una modalidad de protección de los derechos y titularidades procede de CALABRESI/MELAMED, «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral», en 85. *Harvard L. Rev.* (1972), p. 1089, en especial, pp. 1111-1115.

La disparidad de supuestos en los que están presentes restricciones más o menos estrictas a la libre transmisibilidad de las titularidades dificulta la formulación de un nexo común entre todas ellas. Sin embargo, la idea de una justificación -o su ausencia-, más o menos general para la mera existencia de la regla de inalienabilidad, ha sido objeto de controversia.

modo que ciertas titularidades sólo puedan transmitirse de acuerdo con las vías y procedimientos marcados por el sistema jurídico y bajo la supervisión de un agente estatal. Piénsese, por ejemplo, en la patria potestad, que puede «transferirse», sólo con los requisitos y por los trámites previstos en los artículos 175 ss. del Código Civil, con la intervención de dos representantes del poder público: el juez que resuelve la adopción y la Entidad pública que, como regla, inicia el procedimiento; o en los órganos del propio cuerpo, que pueden ser objeto de acuerdos privados sólo para los fines, con las condiciones, y con intervención de entes públicos, en los términos de la Ley de 27 de octubre de 1979, y los Reales Decretos de 22 de febrero de 1980 y 9 de octubre de 1985⁵⁶.

v) atribuye y distribuye riqueza al asignar derechos sobre los recursos. Las titularidades jurídicas, al igual que estos recursos, son escasas y, por consiguiente, valiosas y determinantes de riqueza para sus titulares⁵⁷.

Así, para algunos, se trata abiertamente de una expresión de paternalismo y moralismo que coarta la libertad individual: NOZICK, *Anarchy State and Utopia*, Nueva York (1974), p. 331.

Otros explican algunos supuestos de derechos intransmisibles –propiedades públicas, derechos de voto– con el recurso a la exclusión o minoración de externalidades negativas pero, en la mayor parte de los casos serían el resultado de –desafortunados– fenómenos de redistribución o influencia de poderosos grupos de interés y de presión: EPSTEIN, «Why Restrain Alienation?», en 85. *Columbia L. Rev.* (1985), p. 970.

ROSE-ACKERMAN, «Inalienability and the Theory of Property Rights», en 85. *Columbia L. Rev.* (1985), p. 931, entiende que la justificación de la inalienabilidad puede responder tanto a razones de eficiencia –problemas de información, problemas de coordinación para salvar «dilemas del prisionero»–, como a legítimos objetivos de redistribución y de garantía de la igualdad democrática.

Por último, el fundamento se descubre por otros en positivas motivaciones extra-económicas. La prohibición de transacciones de mercado permite, en diversas circunstancias, una mejor realización de la libertad y la autonomía de la persona en un sentido ético, permitiendo la consideración y el uso de criterios de valoración pluralistas y no sólo los del mercado. La más completa elaboración de esta teoría en: ANDERSON, *Value in Ethics and Economics*, Cambridge (Mass.) (1993), pp. 141 ss.; en una línea muy similar, RADIN, «Market Inalienability», en 100. *Harvard L. Rev.* (1987), p. 1849, y SUNSTEIN, «Incommensurability and Valuation in Law», en 92. *Michigan L. Rev.* (1994), p. 779.

⁵⁶ Sobre la adopción y el «mercado» de niños, *vid.* LANDES & POSNER, «The Economics of Baby Shortage», en *Journal of Legal Studies* (1978), p. 323; POSNER, *Economic Analysis of Law*, 3.ª ed., Boston (1986), pp. 139 y ss.; POSNER, «The Regulation of the Market in Adoption», en 67. *Boston University L. Rev.* (1987), p. 59; POSNER, *Sex and Reason*, Cambridge (Mass.), (1992), p. 405.

⁵⁷ La relevancia distributiva del sistema jurídico es obvia en ámbitos en los que el derecho en cuestión representa una fracción muy sustancial de la riqueza total (POSNER, *Economic Analysis of Law*, 4.ª ed., Boston (1992), p. 51, propone el ejemplo del derecho sobre un barril de agua en medio del desierto.) Sin embargo, también al margen de circunstancias tan extremas, la función de asignación de riqueza a los titulares por medio de atribuciones de titularidades protegidas, es consustancial al ordenamiento jurídico. Si este efecto, a su vez, tiene trascendencia en términos de eficiencia es discutido, aunque la respuesta estimo que ha de ser afirmativa: *vid. supra*, nota 16 y POSNER, *op. et. loc. ult. cit.*

Dada la complejidad y trascendencia de la incidencia del sistema jurídico en la conformación y funcionamiento del sistema económico⁵⁸, parece claro que los teóricos de la economía no pueden volver la espalda –aunque, desafortunadamente, lo hacen con frecuencia– al entorno institucional –fundamentalmente, al jurídico–, en el que se desenvuelve el sistema de precios⁵⁹.

2. COMPORTAMIENTO ECONÓMICO Y VISIÓN DEL JURISTA

Los juristas en general, y amplios sectores de la academia jurídica en particular, incurrir en el vicio diametralmente opuesto al común entre los economistas. Y de algún modo, esto se explica tanto por los dispares quehaceres y exigencias propias de ambos sectores de pensamiento, como por las distintas tradiciones intelectuales a la luz de las cuales se han forjado las «Weltanschauungen» de las disciplinas respectivas.

Si los economistas suelen sentirse cómodos en un mundo en el que asumen costes de transacción nulos o, cuanto menos, muy reducidos y, por ende, un mundo en el que el Derecho es poco más que un decorado estático, los juristas, por el contrario, parecen dar por supuesto que los costes de transacción son prácticamente infinitos⁶⁰ y, consecuentemente, las reglas y soluciones jurídicas son el único –o casi– factor determinante de los usos sobre los recursos y los medios económicos y, más en general, de los conflictos y relaciones sociales.

Pero esta posición es, al igual que su contraria, parcial y, en definitiva, corta y distorsionante.

Las decisiones de autoridad (legislativa o judicial) del sistema jurídico no constituyen en todo caso la última palabra, la regla final a la que se

⁵⁸ Estas notas han sido desde hace tiempo bien conocidas de los juristas: *vid.* por ejemplo, RAISER, *Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten*, Kronberg (1977), p. 83.

⁵⁹ Como dice Wiggins respecto a la visión del mundo frecuente entre los economistas, en «The Economics of the Firm and Contracts: A Selective Survey», en *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (1991), p. 603: «Las empresas son consideradas como cajas negras. Los consumidores intercambian sin costes con el mercado, los trabajadores venden sus servicios laborales en mercados de trabajo sin fricciones... La transacción prototípica tiene lugar instantáneamente y las partes nunca tienen relaciones prolongadas».

Sin embargo, justo es reconocer que, dentro de la propia teoría económica, se vive una revalorización sin precedentes del papel de las instituciones, entre ellas las jurídicas. *Vid.*, por ejemplo, la obra del también premio Nobel de Economía, NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge (1990), en especial, pp. 107 ss., y el artículo panorámico de Wiggins, *op. et loc. cit.* En nuestro país, ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, Madrid (1998).

⁶⁰ Lo dan por supuesto inconscientemente, ya que incluso la noción de «costes de transacción» es ajena a su instrumental conceptual.

conforman, o que resuelve, sin posibilidad de desarrollos o cambios ulteriores, los conflictos entre los individuos y grupos sobre los recursos.

Puede servir como ilustración de esta idea, entre otras, el problema de la elección entre el cumplimiento en forma específica y la indemnización de daños y perjuicios como remedios para el acreedor por el incumplimiento de la obligación. Se trata, en mi criterio, de una cuestión importante para la protección del crédito y la regulación general de la materia obligacional. La respuesta del sistema jurídico español es, además, poco clara al respecto ⁶¹.

Tómese, por ejemplo, el caso contemplado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 194/1991, de 17 de octubre. En el mismo, el demandante y recurrente en amparo reclamaba la restitución de una finca y, además, la limpieza de ésta y la realización de obras que impidieran nuevos daños. El coste de estos trabajos ascendía a más de 50 millones de pesetas, mientras que el valor de mercado de la finca era de 116.025 pesetas.

Aunque se reconoció la procedencia de la restitución, se denegó por el Juez la ejecución en forma específica y se sustituyó por una indemnización por el valor real del inmueble. El Tribunal Constitucional denegó el amparo, por entender que el equivalente pecuniario, si es por razones atendibles, puede reemplazar a la ejecución específica, sin merma del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Las decisiones son, sin duda, correctas, tanto desde el punto de vista de la legalidad ordinaria ⁶², como desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución.

⁶¹ A pesar de ambos factores, la pregunta acerca de qué remedio y bajo qué condiciones ha de alcanzar preeminencia, ha recibido entre nosotros atención relativamente escasa o, cuanto menos, atención pormenorizada y sistemática. Una notable excepción lo constituye VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Madrid (1995). En otras latitudes, este interrogante ha suscitado un vivísimo interés teórico: KRONMAN, «Specific Performance», en 45. *University of Chicago L. Rev.* (1978), p. 351; SCHWARTZ, «The Case for Specific Performance», en 89. *Yale L. J.* (1979), p. 275; MURIS, «The Costs of Freely Granting Specific Performance», en *Duke L. J.* (1982), p. 1053; POLINSKY, «Risk Sharing through Breach of Contract Remedies», en 12. *J. Legal Stud.* (1983), p. 427; ULEN, «The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies», en 83. *Michigan L. Rev.* (1984), p. 341; BISHOP, «The Choice of Remedy for Breach of Contract», en 14. *J. Legal Stud.* (1985), p. 299; LEWIS/PERRY/SAPPINGTON, «Renegotiation and Specific Performance», en 52. *Law and Contemporary Problems* (1989), p. 33; LAYCOCK, «The Death of the Irreparable Injury Rule», en 103. *Harvard L. Rev.* (1990), p. 687; SCHWARTZ, «The Myth that Promises Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures», en 100. *Yale L. J.* (1990), p. 369; LAYCOCK, *The Irreparable Injury Rule* (1991); EDLIN, «Specific Investments, Hold-ups and Efficient Contract Remedies», *Working Paper*, Stanford University (1992); RADIN, «Compensation and Commensurability», en 43. *Duke L. J.* (1993), p. 56; SUNSTEIN, «Incommensurability and Valuation in Law», en 92. *Michigan L. Rev.* (1994), pp. 843 ss.

⁶² La pretensión del demandante encaminada a la ejecución en forma específica, cuando el impacto negativo de ésta sobre el demandado supera con mucho la utilidad que

No es esto, sin embargo, lo que me interesa recalcar aquí.

El hecho es que, aunque el ordenamiento jurídico diera una respuesta distinta a este caso concreto o a otros semejantes, esto es, aunque acogiera la pretensión del demandante de ejecutar «in natura», no se derivaría de ello de modo necesario que, en la realidad, se procediera a las tareas de limpieza y prevención por parte del demandado, resultado que, como parece obvio a tenor de las circunstancias del caso, es ineficiente e indeseable socialmente: se incurre en un coste para la sociedad de 50 millones y se obtiene un beneficio social (valor de mercado del bien) de sólo 116.000 pesetas.

Ambas partes pueden negociar un acuerdo para solventar sus diferencias —como, con carácter general, están legitimadas a hacer en el ámbito del Derecho privado—, y es muy posible e, incluso probable, que el demandante renuncie a la ejecución en forma específica a cambio de una suma de dinero. Suma que será superior a las 116.025 pesetas, que es la que represente la utilidad que obtendría el demandante de la reparación específica, y los 50 millones del coste de la ejecución para la otra parte. La opción del sistema jurídico, pues, no se plasmará en los hechos y comportamientos del mundo real, porque la negociación privada alterará —en un sentido socialmente beneficioso, además— el curso de los acontecimientos.

En este proceso de negociación, la regla de la ejecución en forma específica no transforma en cuanto tal los términos de la transacción, sino que atribuye a una de ellas —el demandante, en este caso— una opción de salida o apartamiento de las negociaciones.

Desde luego, no se pretende afirmar con esto que la negociación privada, bajo estas circunstancias, siempre va a tener lugar y llegar a buen término. El acuerdo puede fracasar por diversas causas, tanto por comportamientos estratégicos de las partes, como por diferencias de información entre los sujetos, por ejemplo, acerca de la valoración subjetiva o de afección que el demandante pueda hacer de la cosa.

Tampoco se trata de que la adopción de una regla en lugar de otra —indemnización de daños en lugar de o con preeminencia sobre la ejecución en forma específica— sea irrelevante, a la hora de conformar las conductas reales de los individuos. Al contrario, como nos dice el Teorema de Coase, cuando hay costes de transacción, la decisión del sistema jurídico *sí* afecta a la eficiencia del resultado.

La negociación o renegociación por los interesados no convierte la regla jurídica en intrascendente, pero altera su eficacia y se coloca como factor notablemente importante —aunque no único— para la comprensión

le reportaría al primero, puede considerarse un ejercicio abusivo de derecho y, por tanto, no tutelable por el sistema jurídico: PANTALEÓN, «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», en *Anuario de Derecho civil* (1991), p. 1046.

de las ventajas comparativas de una solución legal sobre otra ⁶³ y, por tanto, para la opción interpretativa o de política jurídica al respecto.

En definitiva, la realidad parece indicar que en aquellas circunstancias en las cuales los costes de transacción no sean prohibitivamente altos, los sujetos van a entrar en negociaciones, tratar de entablar relaciones contractuales y, en último término, alcanzar acuerdos sobre las titularidades asignadas por el Derecho y, en general, sobre las situaciones que para las partes se derivan de éste. Ello da lugar a «mercados», organizados o desorganizados, abiertos o clandestinos, lícitos o ilícitos, que canalizan los «derechos de propiedad» hacia aquéllos que más están dispuestos a pagar por ellos, con independencia de que sean éstos los titulares iniciales o, incluso, de si el sistema jurídico desea que lo sean o no.

Y esto no sólo para evitar el sometimiento a reglas jurídicas que se juzgan —con carácter general, o sólo en aquellas especiales circunstancias en que se encuentran los sujetos reales involucrados— ineficientes, sino también para llenar los vacíos dejados por las normas o para especificar y adaptar a las particulares condiciones que estén presentes en las situaciones concretas las soluciones diseñadas por el ordenamiento jurídico solamente de modo genérico o abstracto.

Muchas son las evidencias concretas de este tipo de fenómenos: desde los mercados clandestinos de niños u órganos para trasplantes, hasta los «despidos acordados» entre empresario y trabajador para beneficiarse éste del subsidio de desempleo; desde los tratos entre la Administración tributaria y un gran contribuyente para ponerse de acuerdo sobre la cuota tributaria o la sanción fiscal, hasta las negociaciones entre los miembros de una comunidad de propietarios acerca de qué obras son «... requeridas por la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble»... (art. 10 Ley de Propiedad horizontal) y cómo se reparte su coste; desde la renegociación de un contrato tras la condena por incumplimiento de una de las partes, hasta el contrabando o el tráfico de drogas.

Todo esto no son más que muestras de cómo, por obra de transacciones de mercado pueden modificarse las decisiones jurídicas, y ello tanto en sentidos que sean más o menos deseados como en otros abiertamente indeseados por el Derecho. Como advierte Coase, «debe ser recordado que la tarea inmediata de los Tribunales no es decidir qué ha de hacerse, sino quién tiene el derecho legal a hacer qué. Siempre es posible modificar con transacciones en el mercado la delimitación inicial de derechos» ⁶⁴.

Creo que no es posible rechazar la relevancia de este fenómeno alegando que es un mero problema de eficacia, de «administración», en el sentido

⁶³ Un análisis en términos de teoría de juegos de la elección entre ambos remedios frente al incumplimiento de obligaciones, en BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game Theory and the Law*, cit., p. 224 ss.

⁶⁴ COASE, «The Problem...», cit., p. 114.

más material de la expresión, de las normas jurídicas. Y ya sabemos que muchos juristas gustan de menospreciar este tipo de cuestiones por escasamente «dogmáticas». Sin embargo, el fondo de la cuestión va más allá del puro tomar medidas de incremento del control y vigilancia del cumplimiento de las normas (lo que, dicho sea de paso, sin duda alguna eleva los costes de transacción y, con ello, hace menos atractivos y viables los «incumplimientos» de las reglas jurídicas pero, al tiempo, tiene notables inconvenientes y costes de variado tipo y entidad –económico directo, de reducción de ámbitos de libertad e intimidad de los ciudadanos, entre otros–).

Se trata de algo que afecta de modo más profundo al funcionamiento y operatividad del Derecho, a la dualidad y, al tiempo, conmixción entre el mundo jurídico como mundo normativo e institucional de un lado, y el mundo real, con individuos que persiguen sus intereses, sus preferencias y sus valores, de otro; puesto que lo jurídico es al tiempo una componente de esta realidad, un factor de ese mundo real, que los sujetos tienen en cuenta a la hora de configurar sus fines, decidir sus opciones de conducta y actuar. Y la realidad social constituye el sustrato del que parte y al que en definitiva se reduce el mundo normativo –salvo que se quiera hacer de éste un conjunto de proposiciones fuera del mundo real, como las de la matemática–. Por ello es ineludible poner al sistema jurídico frente a dos elementos presentes en su misión de sujetar a reglas y pautas las interacciones entre los individuos y los bienes y males –de todo orden, no sólo material– de que nuestro mundo está dotado.

Estas dos realidades son:

– de un lado, el carácter incompleto del Derecho, su imposibilidad para prever, regular y controlar todas las situaciones e incidencias que seres humanos y recursos pueden suscitar; además, los medios de reacción de los que el sistema jurídico puede valerse para hacer eficaces sus normas y reparar sus violaciones son limitados, en cuanto a su alcance y a su ajuste a la complejidad y peculiaridad de las titularidades y situaciones reales involucradas. Si alguien es lesionado en su integridad física, o pierde a un familiar cercano por la acción antijurídica de otro, el ordenamiento se limita a prever la concesión de una indemnización en dinero y la imposición de una pena al culpable (y esto último, no en todo caso).

– de otro, que los ciudadanos que el ordenamiento tiene como destinatarios de sus normas, en su actitud y en su comportamiento en relación con las reglas jurídicas, los derechos que éstas atribuyen y las conductas que imponen, son también –aunque no exclusivamente– ejemplares de «homo oeconomicus», esto es, maximizadores de sus intereses y de su bienestar. El comportamiento económico, en este amplio sentido, no es simplemente algo objeto de regulación jurídica, y mucho menos algo ajeno al Derecho o extrajurídico. Es un componente fundamental, aunque no único, del modo de actuar de los agentes y operadores jurídicos de todas clases: ciudadanos, de un lado, creadores y aplicadores de las normas, de otro.

Esto no implica que el empeño normativo del sistema jurídico sea fútil o, todavía menos, irrelevante. Ni que deba limitarse a bendecir todo aquello que el sistema de mercado y el comportamiento maximizador dictan, o parecen dictar.

Pero sí debe conducir, en mi criterio, a la siguiente reflexión, que puede desdoblarse en dos niveles.

Uno de ellos, teórico, es el de que la relación entre sistema de precios, costes de transacción y derechos de propiedad, conduce a un replanteamiento y diversificación –distintos de los dogmáticos tradicionales– de las reglas jurídicas sobre definición, contenido, delimitación y transmisión de aquéllos, apoyándose en la idea de que la definición, la delimitación y el valor de las titularidades jurídicas no es independiente de los costes y el funcionamiento de las transacciones de mercado.

Como señala Barzel, los derechos que los individuos ostentan sobre los recursos –incluyendo aquí entre los recursos a uno mismo y las acciones ventajosas de los otros–, no tienen una definición constante. Su concepto y delimitación están en función de y varían de acuerdo con las acciones individuales de los propios titulares de los derechos y de los demás individuos, así como las del poder público a través del sistema jurídico⁶⁵.

El segundo, de política jurídica: lo económico (no lo estrictamente monetario) está imbricado en la totalidad del ordenamiento jurídico, en todas sus reglas y en todas sus consecuencias y es, por tanto, un factor que no puede ser postergado en la evaluación de decisiones jurídicas de todo orden (legislativas, judiciales, administrativas, de autonomía privada) y en la adopción de las mismas. Por tanto, la teoría económica, en su doble vertiente de explicación positiva de la elección de los sujetos económicos –esto es, racionales– entre las alternativas y estados de la realidad disponibles, por un lado, y de propuesta normativa de qué opciones son más eficientes para los sujetos o la sociedad en general, por otro, se convierte (o se ha de convertir) en valioso instrumento auxiliar en el diseño normativo, así como en la aplicación de las normas, al menos siempre que ésta no viniera absolutamente predeterminada por la regla jurídica y se cerrara así cualquier espacio de discrecionalidad en el aplicador⁶⁶.

Pero esta eventualidad, como bien saben los juristas, no suele ser frecuente o, cuando menos, no en los supuestos de mayor trascendencia.

Lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que el enfoque económico sea capaz, por sí solo, de ofrecer una visión o explicación completa de un fenómeno tan complejo y, casi podríamos decir, tan inaprehensible, como es el sistema jurídico. En las certeras palabras de Veljanovski «es parcial y complementario a otras perspectivas y necesariamente hace hincapié en

⁶⁵ BARZEL, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁶ Unas propuestas semejantes patrocina, entre nosotros, CALSAMIGLIA «Eficiencia y Derecho», en *Cuadernos de Filosofía del Derecho* (1987), p. 284 ss.

aquellos aspectos del Derecho respecto a los cuales tiene alguna ventaja comparativa en su tratamiento»⁶⁷ y estos aspectos serían, añadiría yo, aquellos que más sensiblemente pueden medirse con los dos raseros propios de la economía: la eficiencia y la distribución de la riqueza⁶⁸.

Tal vez la predicción ya casi centenaria del juez Holmes, de que para el estudio racional del Derecho el hombre del futuro es el hombre de la estadística y la economía, resulte un tanto exagerada⁶⁹.

Lo que sí me parece claro es que no hay justificación para el establecimiento de reglas por el sistema jurídico, o para la explicación de las mismas por la «Ciencia del Derecho», sobre la base de la tradición, las puras opiniones de nuestros predecesores, por muy ilustres que sean, imprecisos sentimientos o percepciones de lo justo y lo injusto o, incluso, la inercia; y mucho menos aún para convertirlas en dogmas jurídicos o verdades reveladas.

La «legislación y la ciencia del Derecho», no pueden seguir viviendo de espaldas a las ciencias sociales. El diseño del sistema jurídico y su comprensión son demasiado importantes y complejos como para que se dejen en manos de una autónoma y autárquica dogmática jurídica. La economía, y las demás ciencias del comportamiento humano —y no sólo ellas, hay que contar también con la filosofía—, han de tener cabida y carta de naturaleza en la concepción y estudio del fenómeno jurídico⁷⁰.

En qué medida esto —que entiendo a la vez un deseo y un deber— va a suceder en realidad, y qué consecuencias provocará en la profesión jurídica, son interrogantes que no me encuentro capaz de contestar.

V. CONCLUSIÓN. OTRA VEZ COASE

Con su aportación en el «Problema del coste social», Coase trató de subrayar la mutua dependencia entre el comportamiento económico —el

⁶⁷ BURROWS y VELJANOVSKI, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁸ En este sentido también, SCHÄFFER y OTT, *Manual de análisis económico del Derecho civil*, *cit.*, p. 14, con especial insistencia en los aspectos de aplicación de las normas abiertas.

⁶⁹ POSNER (ed.) *The Essential Holmes. Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions and Other Writings of Oliver Wendell Holmes Jr.*, Chicago (1992), p. 170 (la profecía apareció en el artículo de Holmes «The Path of the Law», 10 *Harvard L. Rev.* (1897), p. 457).

⁷⁰ Cfr. sobre todo esto, POSNER, «The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987», en 100. *Harvard L. Rev.* (1987), p. 761; POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Mass.) (1990), pp. 387 ss. y 428 ss.; POSNER, «Legal Scholarship Today», en 45. *Stanford L. Rev.* (1993), p. 1647, con KRONMAN, *The Lost Lawyer. Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge (Mass.) (1993), defensor de una ética, una visión y un método propiamente jurídicos. Sin embargo, el propio Kronman admite la necesidad de dar entrada, tanto en la educación como en la actividad jurídica, a metodologías y disciplinas diversas, como la economía y la filosofía: pp. 354 ss.

comportamiento humano en cuanto buscador de bienestar, en cuanto que elige sobre los bienes— y ese poderoso instrumento social que es el Derecho, más allá de la simple observación de que el sistema jurídico influye sobre los mercados y de que éstos son, en muchos casos, la realidad sobre la que aquél proyecta sus normas, idea ésta que una atenta observación de los hechos basta para poner de manifiesto.

Y con ello, el premio Nobel de Economía logró sentar las bases para la colaboración entre dos tradiciones intelectuales, las que alientan detrás de la labor del pensamiento jurídico y de la teoría económica, dando origen al movimiento que se conoce como análisis económico del Derecho, o «Law and Economics» en el ámbito anglosajón.

Sin duda, trazar la historia intelectual de esta corriente es algo que excede con mucho las pretensiones y las posibilidades de este trabajo. No obstante, estimo conveniente resaltar cómo aquello que agrupa a todos los que, con mayor o menor conciencia de ello, se adscriben a la misma, es precisamente la centralidad de la aportación coaseana acerca de cómo pensar «económicamente» las cuestiones del diseño de las normas jurídicas y las consecuencias sociales de éstas. Discreparán luego sobre si los sistemas jurídicos sirven en realidad o no los criterios de eficacia, o sobre si, en el plano de la política jurídica, habría de anteponerse este objetivo de eficiencia a cualquier otro; no se pondrán de acuerdo en el grado de formalización económica del discurso jurídico o sobre el tipo de comprobaciones a las que someter las propuestas teóricas de su análisis; se dividirán frente a opciones políticas y jurídicas concretas, pero todos aceptan que su labor y su esfuerzo se orientan a lo largo del camino abierto por Coase ⁷¹.

⁷¹ La tendencia reduccionista, que ignora o minimiza estas diferencias en el seno del análisis económico del derecho, identificando éste con las tesis, tanto descriptivas como de política jurídica defendidas por alguno o algunos de sus cultivadores resulta, por desgracia, demasiado habitual, tanto entre los defensores como entre los detractores de esta corriente; *vid.*, por ejemplo, dentro del primer grupo, la identificación entre las tesis propias —por muy interesantes y sugestivas que sean, pero discutibles—, que hace Posner, posiblemente la figura más conocida dentro del «Law and Economics»: POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., pp. 354 ss. (aunque el propio Posner matiza más adelante esta «apropiación» en la misma obra, p. 435) Cfr., para una perspectiva bien distinta, COOTER, «The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law», *Mimeo*, University of California (Berkeley) (1989), pp. 2 ss., y PASTOR, *Sistema jurídico y economía*, Madrid (1989), pp. 34 ss. O compárense las afirmaciones que para un determinado sector del análisis económico del Derecho —el de la legislación sobre competencia—, hacen, de un lado, KITCH, «The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970», en *Journal of Law & Economics* (1983), p. 163, y, de otro, WILLIAMSON, «Intellectual Foundations of Law & Economics: The Need for a Broader View», en WILLIAMSON, *Antitrust Economics*, Londres (1987), p. 311.

Entre los oponentes, *vid.* cómo se toma la parte (las tesis fundamentales de Posner, en este caso) por el todo (el análisis económico del derecho), en FISS, «¿La muerte del Derecho?», en *Cuadernos de Filosofía del Derecho* (1991), pp. 125 ss., y, entre nosotros, aunque con ánimo abierto, PASQUAU, *Código Civil y Ordenamiento Jurídico*, Granada (1994), pp. 142-143.

Sugerencias para reflexionar sobre el fenómeno de la especialización normativa *

JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PUECHE

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Alcalá

SUMARIO: I.: *Planteamiento y delimitaciones previas.*—II. *El concepto de ley especial.*—III. *Consecuencias prácticas.*—IV. *Causas de la disgregación legislativa.*—V. *Enjuiciamiento de algunos casos de especialización normativa.*—VI. *Conclusión.*—VII. *Post Scriptum: la nueva ley de condiciones generales de la contratación.*

I. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIONES PREVIAS

a) En todos los órdenes, científicos, técnicos o profesionales, la especialización es un hecho impuesto por la propia naturaleza de las cosas y, por ende, irreversible e indiscutible, en su existencia. Puede discutirse, en cambio, sobre su alcance o las dimensiones deseables para aquel fenómeno. Nada, pues, tiene de extraño que también en el ordenamiento jurídico se haya presentado el mismo fenómeno. No se pone en tela de juicio la unidad esencial del Derecho, por la suprema razón de que su destinatario es el hombre, en quien no hay compartimentos estancos. Si su única razón de existir es el servicio a la persona —*causa hominum omne ius constitutum est*— necesariamente ha de haber una íntima conexión entre todos sus elementos so pena de desquiciar a la persona con mandatos contradictorios o incompatibles. Pero no menos cierta es la afirmación de que, por diversas razones a las que luego aludiré, el Derecho ha ido desdoblándose en sucesivas parcelas jurídicas constitutivas de subconjuntos normativos. Han ido naciendo, así, ramas especiales o subdivisiones del Derecho, que reciben esa calificación de especialidad, no por una razón ontológica, sino por relación a la situación normativa inicial. En la medida en que de un

* Este trabajo se ha realizado al amparo del proyecto de investigación PS 93-0054, para el que se recibió generosa ayuda de la DGICYT.

bloque normativo preexistente se desgajó otro subconjunto regulador, para ordenar una parcela de la realidad social que antes se organizaba por aquel bloque primitivo, aparece la rama especial, especial respecto de aquél, que por ello retiene la consideración de Derecho común. Pero es claro que si, con posterioridad, de esa rama especial se alza otra unidad normativa encaminada a ordenar otra subparcela social, que anteriormente era objeto de regulación por la rama especial, asistiremos al nacimiento de otro subconjunto normativo que será especial respecto de la rama jurídica de la que se ha separado, la cual, a su vez, se convertirá en Derecho común en relación con este postrero subconjunto. Así, el Derecho Laboral merece la denominación de especial respecto del Derecho Civil, pero el particular conjunto de normas que regulan, por ejemplo, la prestación del servicio doméstico, dentro de las relaciones jurídico-laborales, habrá de ostentar el tratamiento de ley especial respecto del resto del Derecho Laboral que, en consecuencia, será Derecho común en relación con aquellas normas atinentes al servicio doméstico ¹.

b) Pero antes de continuar, me parece del todo necesario establecer unas precisiones previas para ordenar la reflexión sobre el fenómeno de la especialización normativa. En efecto, el fenómeno se proyecta nada menos que sobre cuatro ámbitos distintos que hay que deslindar convenientemente.

Un primer ámbito alude al entero ordenamiento jurídico y se manifiesta en el progresivo desdoblamiento normativo que se produjo a partir de la recepción del Derecho Romano. Durante la Edad Media, Derecho Civil equivalía a Derecho Romano y tan sólo se contraponía a Derecho Canónico, producido éste a consecuencia de la potestad legislativa de la Iglesia. Pero desde comienzos de la Edad Moderna, se va haciendo evidente que las normas relativas a la organización del Estado, a delitos y penas o a procedimiento judicial, integradas en el Derecho Romano, carecían de aplicación en los nuevos Estados nacionales, cuyas condiciones sociales e instituciones políticas diferían sustancialmente de las de Roma. Por ello, los cultivadores del Derecho Civil abandonan ese bloque normativo que carece de interés, y va generándose el proceso de privatización del Derecho Civil, que puede darse por consumado en el siglo XVIII. Cuando, en este siglo, Domat publica su obra *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, sólo se ocupa de Derecho Privado, contrapuesta a otra obra del mismo autor que, significativamente, titula *Droit public*.

Tenemos, pues, la primera gran manifestación del fenómeno de especialización normativa que se traduce en la distinción Derecho Privado y

¹ Me satisfizo comprobar recientemente que también apunta esta idea Ángel Carrasco Perera, al indicar que «los términos Derecho común o general y Derecho especial son conceptos relacionales» (*Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 30).

Derecho Público, en el seno del ordenamiento jurídico. No hay para que insistir en los conocidos criterios de distinción y en su relativismo. Con las limitaciones que se quiera, la distinción existe y no es discutible. El Derecho Civil, entonces –o, y si se prefiere, el Derecho Privado– asume respecto al Derecho Público el viejo papel del *Ius Commune*, un día vigente en toda Europa. Las consecuencias de esta relación entre Derecho Privado y Público pueden tener escasa trascendencia en el orden práctico, en el sentido de que no es frecuente que haya de acudir al primero para colmar lagunas del segundo –lo que es perfectamente posible: artículo 4.3 Título Preliminar– pero son de indiscutible peso en el orden dogmático, lo que, a la postre, también quiere decir orden práctico, porque son numerosos los instrumentos o técnicas jurídico-privados trasplantados o utilizados también por el Derecho Público: capacidad, derecho subjetivo, fraude de ley, analogía, buena fe, abuso de derecho... y tantos más.

Existe un segundo ámbito en que se advierte el fenómeno que estudiamos. Es el representado por la distinción entre Derecho Civil Común y Derechos Civiles Especiales o Forales. No se trata de entrar ahora en la polémica, ya antigua aunque se haya revitalizado después de la Constitución de 1978, entre foralistas y juristas de territorios sujetos al Código enteramente. A mi juicio, la naturaleza esencialmente relativa y no esencialista de la distinción entre Derecho Común y Derecho Especial, sobre la que volveré más adelante, debería aclarar las cosas, al margen de apasionamientos extrajurídicos. En todo caso, y a los efectos que aquí interesan, no puede negarse que el nacimiento y posterior desarrollo de los Derechos Forales significa la sustracción de materias al ámbito objetivo del Código y su sometimiento a otra normativa, que es lo que, en esencia, constituye el fenómeno de la especialización.

El tercer terreno en que observamos aquél es el del Derecho Privado. Ya no es en el seno del ordenamiento jurídico, sino en el del Derecho Privado, y con independencia de causas histórico-políticas. La equivalencia Derecho Privado-Derecho Civil, se rompe cuando adquieren autonomía científica y legislativa, a veces jurisdiccional, ciertas ramas jurídicas desgajadas del tronco común: Derecho Mercantil y Derecho del Trabajo. Dentro de este tercer ámbito, en efecto, decimos que el Derecho Civil funciona como Derecho Común respecto de aquellas ramas que adquieren la consideración de Derechos Especiales respecto del primero.

Finalmente, hay un cuarto campo, el más reducido en extensión objetiva, en que encontramos también el fenómeno de la especialización normativa: en el campo del Derecho Civil. Tras la promulgación del Código, han ido apareciendo leyes especiales respecto de aquél, por ocuparse de regular materias, inicialmente sometidas al imperio del Código, pero que han sido juzgadas por el legislador necesitadas de una regulación inspirada en principios diferentes de los inspiradores de nuestro primer Cuerpo Legislativo.

c) Deslindados los cuatro ámbitos señalados, ceñiré mi estudio a los dos últimos: la especialización dentro del Derecho Privado y dentro del Derecho Civil. Y tal vez no fuera inconveniente reservar términos distintos para el fenómeno de la especialización según el ámbito en que se produzca, entre otras cosas porque, como enseguida diré, existe una relación de progresión entre uno y otro. Cuando nos encontramos en el campo del Derecho Civil, parece claro que procede hablar de leyes civiles especiales frente al Derecho Civil Común o Código Civil, aunque éste no contenga todo aquél. Con carácter general, esta denominación de leyes especiales es la indicada, en el seno de la misma rama jurídica, siempre que haya que referirse al fenómeno en cuestión: así, hablaremos de leyes mercantiles especiales, respecto del Código de Comercio, de leyes laborales especiales respecto del Estatuto de los Trabajadores, e, incluso, de leyes penales especiales respecto del Código Penal. En cambio, cuando relacionamos ramas jurídicas diversas, como Derecho Civil y Derecho Mercantil, será preferible evitar el término ley. Hablar de Rama separada o autónoma o de Derecho Especial resultará preferible, aun cuando esta última expresión sea excesivamente genérica y menos expresiva porque también puede utilizarse en los otros ámbitos antes indicados: para aludir a la relación Derecho Privado-Derecho Público o para referirse a la relación Código Civil-Derecho Foral.

Y vengamos, ahora, a la anunciada interconexión entre ley especial y Rama jurídica autónoma. Me parece que, en efecto, puede afirmarse la existencia de un proceso que empieza con la promulgación de una ley especial y que puede terminar dando vida a una nueva disciplina jurídica. El desgajamiento definitivo del tronco común no se produce de golpe. Es un proceso más o menos prolongado en el tiempo pero que, necesariamente, empezó con una ley especial que regulaba un sector de la realidad social —hasta entonces comprendido en el ámbito objetivo de la ley común— con fundamento en principios jurídicos diferentes. El proceso puede interrumpirse aquí, de suerte que no pase el fenómeno de especialización normativa de este primer estadio que bien podemos llamar «estadio de ley especial». Pero puede seguir adelante. Cabe que vayan viniendo otras leyes que, como veremos más adelante, no son especiales sino, sencillamente, reguladoras de materias, realidades sociales, problemas, enteramente novedosos; por ende, no abarcados por aquella primitiva normativa común. Precisamente, como se verá, este hecho de recaer sobre un objeto no contemplado por la ley anterior, impide conceptuar como ley especial a la posterior, porque carece de relación alguna: es sencillamente nueva. Ahora bien, en la medida en que estos problemas novedosos están relacionados con los que, originariamente, constituyeron el objeto de la ley especial, se va ampliando la materia, el sustrato fáctico, así como el bloque normativo —en parte, especial respecto de la primitiva normativa, y en parte, parte más extensa, perfectamente nuevo— regulador de aquel sector creciente de realidad social, y, así, este crecimiento fáctico y normativo acaba por generar una nueva Rama jurídica autónoma e

independiente. La consolidación de esta Rama supondría, así, el segundo estadio del proceso, el «estadio de la Rama autónoma».

Ley especial y Derecho especial, remiten, pues, a etapas cronológicamente diversas del proceso de especialización normativa y en el que, además, no sigue necesariamente la segunda a la primera, sino que puede interrumpirse en ésta. Por otra parte, ya se advierte que la relación ley común-ley especial no es la misma que la relación entre Derecho Común y Rama separada de aquél o, si se prefiere, Derecho Especial, sencillamente porque en el segundo caso, aunque se hable de Derecho Especial, hay mucho más que Derecho Especial. En una rama autónoma –Derecho Mercantil o Derecho Laboral– ciertamente encontraremos normas en relación de especialidad respecto del Derecho Civil, por ejemplo, contratos mercantiles o contrato de trabajo respecto del contrato civil, pero la mayor parte de su bloque normativo ya es propio o autónomo y no está en relación de especialidad con respecto al Derecho Civil: así, títulos-valores o Derecho marítimo o Seguridad Social. En cambio, entre ley común-ley especial, siempre existirá esa relación de especialidad. Siempre cabrá la posibilidad de reabsorción o asunción de la materia especial por la ley común: por ejemplo, por haber desaparecido las causas que justificaron el tratamiento especializado de aquella materia, o por haberse extendido los principios que inspiraron la normativa especial a toda la normativa común.

d) Todo este fenómeno amplio de la especialización normativa se presenta tanto en el campo del Derecho Privado cuanto en el del Derecho Público. Estas reflexiones se limitarán al primero en el que, por otra parte, tal vez, aquel fenómeno muestre algunas peculiaridades distintas de las que se observan en el terreno jurídico-público. En términos generales, en el ámbito jurídico-privado, la especialización no ha significado ruptura entre ramas especiales y tronco común. Se ha mantenido la intercomunicación o el trasvase de instituciones y mecanismos. Se reconoce la relación de filiación o descendencia. Hasta cierto punto, el fenómeno del desgajamiento del Derecho Privado podría expresarse metafóricamente a través de un juego de muñecas rusas que, por razón de su idéntica estructura y menor tamaño, la menor se acopla en el interior de la siguiente en tamaño, y así sucesivamente hasta quedar todas encerradas en la mayor. En el terreno jurídico-público, también encontramos diversas muñecas, pero ya no son rusas: su diversidad estructural u ontológica impide aquel acoplamiento sucesivo. No es que se haya roto toda relación o comunicación entre las diversas ramas, pero gozan de mayor grado de independencia entre sí. Entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo hay relaciones pero, desde luego, no de la intensidad de las existentes entre el Derecho Civil y el Mercantil o Laboral. En todo caso, no es sencillo asignar los papeles de ascendiente y descendiente. Aunque, por descontado, dentro ya del Derecho Penal, se presente el mismo fenómeno de las leyes penales especiales, o dentro del Administrativo, sea agobiante el número de leyes administrativas especiales.

II. EL CONCEPTO DE LEY ESPECIAL

a) Me parece que es posible profundizar en el concepto de ley especial, quizás, no suficientemente establecido por la doctrina. Y es preciso hacerlo sin perder de vista esa peculiar relación, antes advertida, entre ley especial y Derecho especial o Rama autónoma que se traduce, o mejor, puede traducirse en dos estadios sucesivos de evolución jurídica, de suerte que el primero puede llegar a desembocar en el segundo.

En el ámbito del Derecho Privado, como es bien sabido, se produjeron dos escisiones fundamentales, la del Derecho Mercantil y la del Derecho Laboral. Son las dos ramas especiales tradicionales respecto del Derecho Civil, convertido así en Derecho común con relación a ellas.

Pero la cosa no ha parado ahí. Ya en nuestro siglo, se han venido detectando nuevos intentos segregacionistas. Así, se ha defendido o sugerido, al menos, la autonomía de otros bloques normativos que habrían de desgajarse del Derecho Civil: Derecho Agrario, Derecho Arrendaticio, Derecho Inmobiliario, Derecho del Consumo...

Pero antes de seguir, hay que hacer algunas precisiones. Quiero hablar de Derecho especial, del fenómeno disgregador padecido por el Derecho Civil, pero, ¿en qué consiste justamente este fenómeno? ¿De qué estamos hablando cuando nos referimos a leyes especiales? Porque me parece que existe cierta confusión. Reparemos en algunas cuestiones:

- ¿Son especiales las leyes por estar fuera del Código?
- Si no es así, ¿cuál es el criterio para calificar de especial una ley? ¿Son igualmente especiales la Ley Hipotecaria y la Ley de Propiedad Horizontal?
- ¿Es cierto que la especialidad dice relación con la materia regulada? ¿Sólo? ¿No son diferentes e incluso contradictorios los principios informadores de una normativa especial respecto de los inspiradores de la común? Entonces, ¿son excepcionales el Derecho de Consumo o el Arrendaticio? ¿Qué diferencia, pues, al Derecho especial del Derecho excepcional?

Veamos. La doctrina dominante ha sentado las siguientes afirmaciones:

- No pueden identificarse Derecho común y Código Civil. Se dice que «antes y después de su promulgación un gran número de materias civiles se regulaban y regulan aparte (propiedad intelectual, registro civil, hipotecas, registro de la propiedad, etc.)»². Otros quieren ver en la supresión del calificativo «especiales» en el moderno artículo 4.3 del Título Preliminar, la razón para negar aquella identificación³.

² Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, p. 31.

³ Carlos LASARTE ÁLVAREZ, *Principios del Derecho Civil*, I, Madrid, 4.ª ed., 1995, p. 40.

– Hay acuerdo generalizado en denominar especiales a las leyes que quedaron fuera de la codificación y que son anteriores al Código, precisamente las leyes reguladoras de esas materias civiles antes indicadas en la cita del profesor Gullón Ballesteros ⁴.

– Derecho Especial y Derecho excepcional son cosas distintas. El primero lo es por razón de la materia: «el Derecho común será el conjunto de disposiciones destinadas a reglamentar la vida social considerada en su totalidad, y se llama Derecho especial al que contiene normas sólo sobre una institución o una serie de relaciones determinadas, o sea cuyo fin es una regulación parcial (se autolimitan)». En cambio, Derecho normal es el que reglamenta una materia, no importa de qué amplitud, en base a principios o ideas que tienen y conservan valor organizador general; Derecho excepcional es aquél cuyo principio organizador no tuvo o ha perdido el carácter general, son reglas que van *contra tenorem rationis* de la organización general y que no tienen por ello fuerza expansiva» ⁵.

Confieso que no acabo de entender bien las afirmaciones resumidas, sobre todo en trance de cohonestar unas con otras. Me parece que el concepto de norma especial no se ha perfilado suficientemente. El origen del confusionismo hay que encontrarlo, a mi parecer, en el primitivo artículo 16 con que se cerraba el Título Preliminar, antes de su reforma en 1974. Decía así: «*En las materias que se rijan por Leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código*». Es obvio que el legislador aludía a esas leyes que, con anterioridad a la promulgación del Código, habían regulado esas importantes materias civiles ya recordadas: registro civil (1870); hipoteca y tráfico inmobiliario (1861); propiedades especiales, como aguas (1879) o propiedad intelectual (1879), etc. ⁶. Aunque también quisiera comprender leyes posteriores, como entiende De Castro ⁷. Lo que quiero decir es que por influencia del precepto transcrito, se llegó a equiparar leyes especiales con leyes civiles extravagantes del Código. Pronto advirtió la doctrina que el mero criterio espacial o de ubicación de la norma, dentro o fuera del Código, carecía de significado científico, y que tenía que ser otro el criterio identificador del Derecho especial. Sin duda, ése había de ser el de la materia regulada, lo que, por lo demás, tampoco estaba en contradicción con el texto del viejo artículo 16. Sin embargo, ese criterio de la materia no ha llegado a perfilarse convenientemente, a mi modo de ver. Dos han sido los obstáculos.

⁴ Por todos, Luis DÍAZ PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 7.ª ed., 1990, p. 69.

⁵ Federico DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, I. Madrid, 3.ª ed., 1955, pp. 111 y 113.

⁶ Amplía la enumeración DE CASTRO, *ibidem*, p. 312.

⁷ *Ibid.*, p. 308.

b) En primer lugar, el de utilizar el dato cuantitativo como criterio único de diferenciación entre Derecho común y Derecho especial. El primero regularía «la vida social en su totalidad». El segundo, una «sola institución o una serie de relaciones determinadas». Pero ya se ve que decir que el Derecho Civil regula la vida social en su totalidad resulta muy poco preciso. ¿Acaso no son vida social las relaciones entre Administración y administrados? ¿Acaso no forma parte el delito de la vida social? ¿Y el trabajo por cuenta ajena? y podíamos seguir. No es menos inexacto el criterio para reconocer la ley especial. La Ley Hipotecaria –considerada especial, según dije antes– regula una parcela social riquísima, nada menos que todo el tráfico inmobiliario y, además, una garantía real de la magnitud de la hipoteca. Y si se quiere una ley especial de nuestros días, vengamos a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. En ella se pone mano en una pluralidad de instituciones: derechos de la personalidad, otros derechos fundamentales, instituciones protectoras del menor, adopción internacional... Es verdad que la idea de parcialidad o fragmentación está en la base de la distinción, pero hay que completarla. Por sí sola no basta para calificar de común o especial una regulación.

En mi opinión, el criterio sustancial no es el cuantitativo sino otro, que podíamos llamar «relacional». El error de la doctrina consiste en pensar en un criterio absoluto o esencialista, de modo que una ley, *per se*, siempre sería común, y otra, *per se*, siempre especial. Y esto no es cierto: una ley es común porque existe otra que es especial, pero si ésta no existiera aquélla no sería común. Y una ley es especial respecto de otra que es común, pero, a su vez, puede ser común en relación con una tercera. No hay ley común ni ley especial *per se*, en absoluto, como categorías ontológicas. Existen la una en relación con la otra. No pueden pensarse sino en esa situación de relación. Y esa relación se produce en el tiempo y respecto de una determinada materia. El nacimiento de una ley especial quiere decir que antes de aquél, el sector de la realidad social –amplio o menos amplio o mínimo– que va a ser objeto de regulación por la ley especial, era objeto de regulación por una normativa precedente, de suerte que la ley especial siempre sigue en el tiempo a la común, precisamente porque es su aparición posterior la que convierte en común a la anterior, que hasta ese momento no era común, ni especial, ni nada: era la ley reguladora de la materia. Y nace con posterioridad para regular una materia que no estaba hasta entonces falta de regulación. Lo que pasa es que se considera –ya veremos por qué– que aquella normativa inicial no es la más conveniente y por ello se provee a ese sector de la realidad social de nueva regulación. De manera que, por el momento, descubrimos dos requisitos para poder hablar de ley especial:

– Uno, objetivo: la parcela ordenada por la ley especial ya lo estaba antes por la ley que ahora pasa a convertirse en común. No quiero decir, naturalmente, que la materia necesariamente tuviera regulación explícita

o expresa en el bloque normativo preexistente. Basta con que fuera susceptible de ordenación a través de los mecanismos de autointegración del ordenamiento: analogía y principios generales del Derecho inspiradores de aquel conjunto normativo.

– Otro, temporal: la especial es, por ende, posterior a la común.

Ambos requisitos permiten hablar de ese criterio relacional como clave para entender la distinción entre Derecho común y Derecho especial.

De lo expuesto, se extraen, en mi criterio, estas conclusiones:

1.^a Como la doctrina había señalado con acierto, la distinción mencionada no puede fundarse en el dato de la ubicación de la norma: que se halle alojada o no en el Código Civil. Y hablo del Código Civil porque dadas las características del fenómeno que estudiamos, esto es, relativismo y temporalidad, según lo expuesto, hay que convenir necesariamente en un *dies a quo*, como hito inicial de aquél, y a partir de ese momento empezar a distinguir entre ley común y ley especial. Porque si elegimos un momento anterior –como no estamos ante categorías esencialistas– las calificaciones de las leyes probablemente cambiarían. Convengamos, pues, en la publicación del Código Civil como punto temporal de partida para el estudio que nos ocupa, y ello, por razones obvias que no es menester explicitar. Pues bien, si el Código Civil cumple esta función orientadora, leyes anteriores a su publicación no pueden considerarse especiales.

2.^a La segunda conclusión acabo de indicarla: hay que rechazar criterios esencialistas en la distinción que intentamos. No hay leyes que por sí, por razón de su objeto o materia, merezcan la consideración de comunes, mientras que otras hayan de estimarse especiales. Todo dependerá, según lo explicado, del punto de referencia que se adopte, de suerte que siempre será menester señalar los términos de comparación: una ley será especial respecto a otra que funcionará como común y viceversa.

3.^a Tampoco el mero dato cronológico basta para reputar de especial una ley por haberse promulgado con posterioridad al Código Civil. Lo será cuando la materia que regule ya pudiera considerarse disciplinada por el Código Civil, bien por expresa previsión de alguno de sus preceptos, bien por aplicación analógica de alguna de sus normas o de alguno de los principios generales que lo informan. Es claro que la amplia virtualidad expansiva del Código, a través de los citados mecanismos, aparte de que también es amplísimo el ámbito objetivo expreso de sus preceptos, determinará la naturaleza especial de la gran mayoría de normas que, en el campo de Derecho Privado, pudieran promulgarse, por cuanto se referirán a materias que bien podrían ordenarse –con mayor o menor comodidad– con el Código en la mano, y en acatamiento al deber inexcusable de juzgar contenido en el artículo 1.7 de su Título Preliminar. Pero si la nueva ley afectara a una materia rigurosamente novedosa que no pudiera entenderse comprendida en el ámbito objetivo, expreso o implícito, del Código, entonces aquella ley no sería especial. Piénsese,

por ejemplo, en los bienes de la personalidad. Por mucho que ascendiéramos en el grado de abstracción para alcanzar algún principio general que pudiera abarcar la materia y ofrecer pautas de regulación, me parece que el resultado sería insatisfactorio. No sería fácil ordenar esta materia con el Código Civil. La intimidad, por ejemplo, es asunto perfectamente desconocido por el Código, al menos, en el sentido jurídico que hoy damos a ese concepto. El conflicto entre aquel derecho de la personalidad y la libertad de expresión, y más concretamente, en su manifestación de la libertad de prensa, no encuentra pautas de solución en el Código Civil. De manera que el conjunto normativo encaminado a regular el goce de los bienes de la personalidad no puede considerarse ley especial respecto del Código Civil. No lo serían, así, las leyes orgánicas 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del honor, la intimidad y la imagen, ni la 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Lo que tampoco debe entenderse —no estamos en el mundo más exacto y preciso de las ciencias de la naturaleza— que algún precepto de aquellas leyes, y de otras, como la ley de 27 de octubre de 1979, sobre extracción y trasplante de órganos, y de las que puedan venir sobre las materias indicadas, merezca la consideración de especial respecto al Código u otras leyes anteriores, por abordar algún punto que deba estimarse ya regulado en aquél o aquéllas. Pero, globalmente entendidas, me parece que no pueden calificarse las leyes recordadas, y alguna otra atinente a la misma materia, como especiales respecto a algún conjunto normativo anterior. El uso ha impuesto la denominación de ley especial también para las leyes aludidas. Sería preferible llamarlas de otro modo: leyes extravagantes, leyes específicas, leyes propias...

Resumo y recuerdo el hilo argumental de éste que he llamado primer obstáculo para comprender bien el concepto de ley especial. Decía que podía tomarse como opinión general la de que el criterio diferenciador entre ley común y ley especial residía en la materia u objeto de regulación por la ley, criterio que, en fin de cuentas, era de carácter cuantitativo, por cuanto ley común sería la reguladora de la vida social en su totalidad, y ley especial la que se aplicaría a una sola o grupo escaso de instituciones sociales. Frente a esta opinión dominante, advertía yo que si bien es cierto que la materia u objeto de la norma tiene que ver con la distinción que nos ocupa, como criterio, por sí solo, es insuficiente y explica poco. Dos eran los obstáculos que, en mi opinión, venían impidiendo la comprensión cabal de la verdadera naturaleza de la ley especial. El primero, la utilización de ese criterio cuantitativo o por razón de la amplitud del objeto. Esto significa, a la postre, la creencia de que hay razones absolutas o esencialistas para la distinción, de modo que la ley común lo es *per se*, por notas o caracteres internos o de naturaleza, como la ley especial constituye igualmente una categoría ontológica que se explica a sí misma, por razón de su propia naturaleza o características internas. En los párrafos precedentes he tratado de mostrar el relativismo de la distinción,

de suerte que una ley sólo puede ser común respecto de otra que, entonces, será especial, y viceversa. Mas, esta ley especial respecto a la primera, puede, perfectamente, ser común en relación con otra tercera. Por ello, frente al criterio meramente objetivo o por razón de la materia, he sugerido un criterio «relacional», para superar el primer obstáculo en la comprensión del asunto. Pero nos queda el segundo.

c) En efecto, también creo que otra opinión mantenida por la doctrina dominante ha venido enturbiando la cuestión de qué sea ley especial. Me refiero a la distinción que se hace entre ésta y ley excepcional, anteriormente recordada con palabras del profesor De Castro. Veamos, seguidamente, esta segunda cuestión, con que cerraremos este epígrafe y, quizás, hayamos conseguido centrar el concepto de ley especial y lo que este fenómeno significa, pasos inexcusables para, después, formular el enjuiciamiento que se pretende.

Al ceñirse la doctrina dominante al criterio de la materia para caracterizar la ley especial, ha olvidado el por qué del fenómeno. ¿Por qué se promulga esa ley que llaman especial? ¿Qué razones llevan a la práctica, primero, en algunos casos, y al legislador, después, a regular separadamente determinada institución o grupo de instituciones? ¿Por qué esa segregación? No digo que no se haya hablado de razones de la disgregación —incluso se han clasificado, como es sabido, en internas y externas—, pero lo cierto es que, en trance de conceptuar la ley especial no se tienen en cuenta esas razones. Se produce una especie de ruptura en el curso histórico del fenómeno, de suerte que solamente se considera el dato de la materia o materias, objeto de la nueva ley, para comprender la naturaleza de ésta y nada se vuelve a decir de las motivaciones de su aparición. En cambio, yo creo que esta cuestión es trascendental si se quiere ejercer la función crítica sobre el fenómeno: claro que puede pensarse innecesaria, si el fenómeno de la progresiva especialización normativa se juzga bueno en sí mismo. Pero si no se renuncia a reflexionar sobre la bondad o nocividad de aludido hecho, es llano que conocer sus causas, las causas que propiciaron la separación, así como constatar la subsistencia de esas causas para mantener la separación, resulta de todo punto imprescindible. De manera que la correcta conceptualización de la ley especial exige decir que regula una o unas materias, antes ya comprendidas en el ámbito objetivo de un bloque normativo anterior, sencillamente porque las reglas de éste no se estiman ya acertadas o convenientes para organizar esas materias. Pero hay que profundizar en esta última afirmación y aquí aparece el temor de la doctrina, porque si profundiza, a lo peor se encuentra con que no sabe distinguir ley especial de ley excepcional. Pero no nos engañemos, *si se introduce una normativa nueva es para excepcionar la anterior*. Si, respecto a determinada parcela de la realidad social, la anterior se ha hecho obsoleta, insuficiente o inconveniente es, cabalmente, porque los principios a que respondía no sirven ya para inspirar la nueva regulación, esto es, porque se hace menester establecer principios nuevos informado-

res de la nueva ley, lo que, rigurosamente, significa derogación de los antiguos y sustitución por otros que funcionarán como excepciones a las reglas generales contenidas en la normativa anterior, que, por el nacimiento de la nueva, se convertirá en normativa común respecto a ésta. ¿Y no significa ello que los nuevos principios van *contra tenorem rationis* de los que informan la normativa común, en la expresión acuñada por la doctrina dominante? De manera que nada impide «que pueda caracterizarse justamente como Derecho excepcional aquél cuya razón de formación y existencia diferenciadas responde cabalmente a la exigencia de constituir un sistema de derogaciones del ordenamiento general que se manifiesta, en algún punto, inadecuado»⁸. Pero, entonces, ¿qué diferencia existe entre Derecho especial y Derecho excepcional? Ninguna. Me parece que éste era el pensamiento subyacente del profesor Rubio, quien, una vez más, al separarse de la doctrina dominante tenía razones fundadas para hacerlo. Porque, a veces, en la exposición de la doctrina parece que casi se da a entender que esas normas que integran el llamado *ius singulare* responden a principios de dudosa justicia, de discutible justificación, que son, casi se diría, con terminología actual, inconstitucionales o, al menos, *extra constitutionem*. Y esto no es así, porque toda norma o sirve al bien común, o es justa, como requisito interno de la ley, o no es ley *sed legis corruptio*. De manera que no deben admitirse reticencias a la hora de justificar el llamado Derecho excepcional, si realmente se da esa necesidad social de separarse de la regulación común. Pero, repito, no se ve qué diferencia pueda existir entre ley excepcional y ley especial, como si la ley especial se tratara de un *tertium genus*, a caballo entre la ley común y la excepcional. Así se comprende, cabalmente, la naturaleza de la ley especial, sin temor a indicar su razón de ser, y aun cuando ello signifique prescindir de la categoría tradicional del *ius singulare*. Lo que, dicho sea de paso, deja sin sentido la prohibición de aplicación analógica de la ley excepcional (art. 4,2 del Código Civil). Si se acepta, como es totalmente lógico y justo, la aplicación analógica de la ley especial, y hemos negado que ésta sea nada diferente de la ley excepcional, es llano que aquella prohibición carece de justificación. Por ello, aunque no argumente del modo expuesto, tiene razón Puig Brutau, quien, además, invoca en su apoyo a Batlle Vázquez, cuando afirma que «no cabe negar la posibilidad de extender por analogía la norma excepcional dentro del ámbito de la propia excepción»⁹. Por lo demás, tampoco parece que el Tribunal Supremo se cohíba cuando entiende que es justa la aplicación analógica de una ley excepcional:

En efecto, nadie dudará de que el retracto legal es norma excepcional respecto al instituto de la propiedad. Sin embargo, el Tribunal Supremo

⁸ Jesús RUBIO Y GARCÍA-MINA, «Sobre el concepto de Derecho Mercantil», *Rev. Der. Mercantil*, noviembre-diciembre, 1947, p. 370.

⁹ JOSÉ PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, I, Bosch, Barcelona, 1987, p. 108.

aplica analógicamente el artículo 1522, equiparando, a los efectos excepcionales de ese artículo, enajenaciones contractuales y enajenaciones en pública subasta. Recientemente, en Sentencia Tribunal Supremo, de 8 de junio de 1995. Pero también en Sentencia, de 11 de julio de 1992, y en las que en ella se invocan como precedentes.

d) En conclusión, a mi juicio, éstas serían las notas características de la ley especial:

– Que regula una materia hasta entonces ya disciplinada, explícita o implícitamente, por el bloque normativo existente, y en cuya órbita volvería a introducirse si la nueva ley desapareciera. (Elemento objetivo).

– Que aparece en el tiempo con posterioridad al aludido bloque normativo preexistente. (Elemento cronológico).

– Que se inspira o responde a principios organizadores distintos de los que informaban la normatividad preexistente y que constituyen excepción a esa regulación, porque el resto de las materias afines o colindantes siguen sujetas a la normatividad previa, lo que significa que ésta funciona como regla y la nueva como excepción. (Elemento ideológico).

Aceptada esta caracterización de la ley especial, pueden contestarse con facilidad las preguntas con que se abría este segundo epígrafe.

III. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

Después del camino recorrido, estamos en condiciones de concretar aún más el objeto de la presente reflexión. ¿A qué se reduce, entonces –negada la sustantividad de la categoría ley especial– el fenómeno que nos preocupa? Piénsese que ante esa nueva necesidad social que no se estima convenientemente disciplinada por el bloque normativo vigente, el legislador concluye, no en la conveniencia de introducir una normativa nueva, basada en principios derogatorios de los que informaban la vigente, sino pura y simplemente, en sustituir los que se juzgan inadecuados por los tenidos como acertados, pero en la propia ley vigente, por estimar que, en verdad, los antiguos ya no resultan aplicables ni ante esa nueva realidad social, ni ante ninguna, o, dicho de otro modo, que la entera realidad social que se disciplinaba por la ley antigua ha cambiado, que no son ciertos aspectos o puntos los que exigen nueva preceptiva, sino, como digo, la entera realidad. Entonces, no nacerá una ley especial, sino que se habrá modificado la que existía: se habrá evitado el fenómeno de la especialización normativa. Quiero decir que, entonces, este fenómeno se reduce a un problema de política legislativa o de técnica jurídica. Detrás del problema –y siempre que se acepte que no estamos ante categorías sustantivas absolutas– lo que hay es una decisión del legislador, que puede seguir la vía de derogar completamente principios y reglas anticuados y sustituirlos, en la misma ley –en el Código Civil– por los que se estiman más adecuados, o la de mantener aquéllos para la generalidad de

los casos, dotando entonces a un grupo de casos segregados de los anteriores, de una normativa especial, basada en principios diferentes, excepciones a la regla general. Ahora bien, antes de tomar una decisión, el legislador habrá de realizar el juicio de valor que queda indicado: ¿es toda la realidad contemplada por la ley vigente la que exige nuevo disciplinamiento inspirado en principios diferentes de los hasta entonces dignos de observación, o sólo una porción de aquélla? ¿Realmente está justificado dotar de nueva preceptiva excepcional a esa zona de la realidad social o no hay razones mínimamente sólidas que lo aconsejen?

Es claro que así planteadas las cosas, el jurista puede someter a crítica la opción legislativa, la presente y la pasada. Ante las perspectivas de mudanza legislativa, en trance de suscitar una normativa especial o, incluso cuando acaba de acometerse, el jurista podrá enjuiciar el comportamiento del legislador. Podrá opinar sobre la grave cuestión de si es o era justificado introducir una normativa especial porque realmente la aparición de nuevas necesidades sociales demandaban una regulación basada en principios diferentes de los que siguen vigentes para disciplinar el resto de la realidad social. O si, por el contrario, es o era más oportuno entrar a saco en la ley vigente, por ejemplo, en el Código Civil, para sustituir los viejos principios por otros diferentes que ya son reclamados no para inspirar la regulación de una parcela de la realidad social, sino para informar la entera realidad que hasta el momento venía siendo el objeto o la materia de aquella ley. Pero, además, también podrá someterse a revisión la razón de mantener bloques normativos segregados del tronco normativo común, porque, quizás, los motivos que, en el pasado, aconsejaron el tratamiento especial de determinados sectores de la realidad social, hoy ya no subsisten, porque ya no hay diferencias sustanciales entre las respectivas materias de la ley común y de la ley especial, de suerte que no se justifica la disparidad normativa, que lo sensato sería la refundición normativa, la unidad legislativa.

IV. CAUSAS DE LA DISGREGACIÓN LEGISLATIVA

El fenómeno de la especialización normativa, de la aparición de leyes que se desgajan del tronco común porque regulan materias que, hasta ese momento, se regulaban por el conjunto normativo que constituía aquél, obedece a la misma causa última, en todos los casos en que aparece: inadecuación de la norma a la realidad regulada. Habrá que hacer precisiones, pero en el comienzo de este proceso, que puede terminar, según dije antes, en la consolidación de una nueva rama autónoma del Derecho, dentro del Ordenamiento jurídico, siempre late la inquietud o el disgusto porque determinada parcela de la realidad social no se estima convenientemente regulada por la norma vigente. Ahora bien, junto a esta razón

sustancial, el fenómeno de la ley especial exige una concausa, como ya señalé: la opción legislativa por promulgar una norma nueva que discipline la materia, en lugar de derogar en lo pertinente y sustituir la norma hasta entonces vigente.

Ahora bien, esta motivación general puede concretarse más, según los casos. ¿Por qué se estima inadecuada la normativa vigente? Entiendo que por una de estas razones: o por razón de las personas destinatarias de aquélla, o por razón de la materia objeto de regulación. Cuando señalo esta alternativa, es claro que hablo en términos de preferencia, de razón predominante, que no excluye a la otra.

a) Así, en el origen del movimiento que culminará con la independencia del Derecho Mercantil o del Derecho Laboral hay que ver el deseo de ajustar el Derecho hasta el momento vigente a una determinada clase o categoría de personas que presentaban peculiaridades respecto al resto.

La cosa es clara para el Derecho Mercantil. Son los comerciantes, agrupados en gremios y corporaciones, los que reclaman normas especiales, distintas a las comunes, para dirimir entre sí sus diferencias, sus litigios o reclamaciones. Tan clara, que surge, incluso, una jurisdicción especial para entender de aquellos asuntos ¹⁰. Lo que no es óbice para que, a la hora de identificar al comerciante se recurra obviamente al dato objetivo de la profesión que ejerce ¹¹. Es más, por mucho esfuerzo que el legislador del XIX, obsesionado por acabar con lo que entendía privilegios de clase, haya desplegado por cuajar un concepto objetivista del Derecho Mercantil, no lo ha conseguido, de manera que el Derecho positivo recurre continuamente a la figura del comerciante –hoy, del empresario– para determinar el ámbito de aplicación del Derecho Mercantil.

Otro tanto acontece con el Derecho del Trabajo que, en el decir del profesor De Castro «reúne caracteres semejantes a aquéllos con los que naciera el Derecho Mercantil, ser privilegio personal, tener fuero propio y reglas de Derecho Privado que difieren de las del Derecho Civil» ¹². El carácter tuitivo del Derecho Laboral para con los trabajadores informa hasta tal punto su existencia legal –y no digamos jurisprudencial– que torna irrelevante cualquier esfuerzo doctrinal por darle otra caracterización que no sea de cuño subjetivista. Tan es así, que la norma básica en la disciplina, se denomina Estatuto de los Trabajadores, que no del Trabajo (Texto Refundido 1/1995, de 24 de marzo).

De igual manera, la pretensión de auxiliar a una clase de personas, los inquilinos, determinó, al término de las guerras mundiales, la legislación especial en materia de arrendamientos urbanos. Como es bien sabido, sin embargo, estamos asistiendo, en la materia, a un retorno al Derecho

¹⁰ Rodrigo URÍA, *Derecho Mercantil*, 9.ª ed., Madrid, 1974, p. 5.

¹¹ Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, 5.ª ed., Madrid, 1968, pp. 9 y 10.

¹² Federico DE CASTRO, *op. cit.*, p. 140.

Común, del que es buena prueba la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, que acaba con importantes privilegios o excepciones a la normativa común, sin duda porque la normativa especial vigente hasta entonces se caracterizaba «por una excesiva protección del inquilino y un absoluto olvido de la disponibilidad del propietario, haciendo gala de una visión maniquea según la cual los roles de rico/pobre –groseramente utilizados– deben ser atribuidos, respectivamente pero sin fisuras, al propietario y al arrendatario»¹³. El fenómeno de retorno señalado es de la mayor importancia y manifiesta la conveniencia de enfocar críticamente toda esta cuestión de la especialización normativa, principio inspirador de este trabajo.

En cambio, no parece que pueda considerarse paralelo al surgimiento de la legislación arrendaticia urbana, el fenómeno del denominado Derecho Agrario, uno de cuyos ejes, sin duda, es el arrendamiento de finca rústica. Aparte de que, de manera general, no se habla de Derecho Agrario hasta los años sesenta de nuestro siglo, es que no parece que la preocupación por el agricultor pueda equipararse a la sentida por el trabajador o el inquilino, en punto al nacimiento de esta normativa especial. Más parece que son la agricultura, la explotación agrícola, la reforma agraria, los temas que se consideran necesitados de tratamiento legislativo especializado, por lo que estaríamos ante una especialización por razón de la materia, más que por razón de la persona. Pero es que, además, a mi juicio y como ya señalé más arriba, elemento caracterizador de la ley especial es el de recaer sobre materia hasta entonces perteneciente al ámbito objetivo de la ley común, por lo que si se trata de una realidad social novedosa o, al menos, no contemplada, ni siquiera por *analogia legis* o *analogia iuris*, por la ley común, en tal caso estaremos ante un Derecho nuevo, pero no en relación de especialidad con el anterior –común–. Tal parece que ocurre con el Derecho Agrario, de contenido multidisciplinar. En opinión de De Los Mozos, en aquél cabe distinguir hasta «tres esferas normativas...». Son éstas, el Derecho Civil agrario, el Derecho de reforma de la agricultura y el Derecho de la empresa y del empresario agrícola, quedando siempre aparte las normas concernientes a la organización pública y a la actuación administrativa en relación con la agricultura¹⁴. Tal amplitud objetiva, nos aleja de la relación ley común-ley especial, para llevarnos al nacimiento de nuevas ramas jurídicas en el Ordenamiento jurídico.

Ya en nuestros días, ha vuelto a manifestarse el deseo de proteger o amparar a determinada categoría de personas como causa de la aparición

¹³ Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Estudio Introdutorio a la edición de Tecnos, Madrid, 1994, de la LAU, p. 15.

¹⁴ José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *Derecho Civil Español*, I, vol. 1. Salamanca, 1977, p. 143.

de una normativa especial. Me refiero, como es notorio, al llamado Derecho de Consumo, que en perfecto paralelismo con el Derecho Laboral, también ha cuajado en una Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio) y no del consumo. Claro que el artículo 51 de la Constitución encomendaba expresamente al Poder Público la misión de garantizar la defensa de consumidores y usuarios. Otra cosa es el problema que se plantea en trance de señalar quiénes son las otras categorías de personas no amparadas por la Ley especial. Cosa fácil en relación con el Derecho Mercantil o Laboral, pero bastante menos fácil con relación al llamado Derecho de Consumo. Pero de esto diremos algo más adelante.

Para concluir esta breve indicación sobre la razón personal como causa desencadenante de normativas especiales, pudiera ser útil la siguiente consideración. En los casos en que ha sido la indicada la causa de la aparición de leyes especiales, el proceso segregacionista ha llegado a su culminación, esto es, a la consolidación de una nueva rama jurídica. Así como las leyes especiales por razón de la materia, a algunas de las cuales aludiré en seguida, no han consumado el proceso, de suerte que no han perdido su carácter de ley civil extravagante del Código, sin llegar a la plena independencia científica o dogmática, las leyes especiales por razón de la persona terminaron por originar disciplinas plenamente autónomas. Así ocurrió con el Derecho Mercantil y con el Derecho Laboral. Y así se pretende con el Derecho de Consumo.

b) Como recordaba, la materia puede ser la otra razón predominante que lleve a considerar inadecuada la ley vigente. Se estima que determinada parcela de la realidad social presenta unas peculiaridades o exigencias de justa ordenación, que ya no se satisfacen con la normativa que hasta ese momento se viene aplicando. Así, por ejemplo, son leyes especiales fuera del Código Civil, por razón de la materia, la Ley de Usura, de 28 de julio de 1908; la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, de 16 de diciembre de 1954; La Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960; la Ley de Venta de Bienes Muebles a plazos, de 17 de julio de 1965; y la Ley sobre régimen jurídico del Arbitraje, de 5 de diciembre de 1988.

c) Después de lo expuesto, parece claro que en trance de revisar los fenómenos disgregadores aludidos, habrá que acudir a las causas que los motivaron, para estudiarlas y comprobar su subsistencia o desaparición. Si permanecen las razones de índole personal o material —o en la medida en que permanezcan— que justificaron, en su día, la aparición de la legislación especial, habrá que aceptar ésta. Pero si han desaparecido —o en la medida que hayan desaparecido— no habrá razones para mantener la disgregación normativa y será el momento de derogar total o parcialmente la ley especial para devolver la regulación de esa parcela de la realidad social al bloque normativo originario. Y todavía cabe una tercera conclusión, que también clarifica y simplifica el conjunto normativo.

Puede suceder que lo que se elaboró y quiso como excepción a las reglas generales se haya revelado de aplicación usual, de manera que se hayan cambiado los respectivos papeles, que la excepción se haya convertido en regla y viceversa. O que, definitivamente, parezca más justa o acertada la regulación especial que la común. En tales supuestos, lo sensato será incorporar la normativa especial al tronco común, acabando con la duplicidad normativa.

Y este juicio de oportunidad puede –y creo que debe hacerse– tanto en el ámbito del Derecho Privado para estudiar el estado actual de la cuestión en las relaciones del Derecho Civil respecto al Derecho Mercantil y al Derecho Laboral, cuanto en el ámbito estricto del Derecho Civil, para analizar esa misma cuestión respecto a leyes civiles especiales extravagantes al Código. En el primer capítulo, ya se comprende que el juicio crítico no acabará en la pretensión de que desaparezca, pura y simplemente, un sector del Ordenamiento definitivamente consolidado. Pero sí, probablemente, en que se unifiquen instituciones, lo que significará que se reduzca el contenido o extensión de la normativa especial. En el segundo apartado, sí cabe esperar que, como resultado del estudio, aparezca conveniente la derogación de leyes especiales, bien sin dejar rastro, bien previa transferencia al Código de instituciones o prevenciones que se han revelado más convenientes o acertadas que las codificadas.

No se pretende, en esta modesta aportación, empresa de la magnitud de la señalada. Sólo quiero, a modo de ejemplo, ensayar esta función enjuiciadora respecto de algún caso, en cada uno de los dos capítulos distinguidos, como paso inicial para una tarea que podría continuarse. A ello dedicaré el epígrafe siguiente.

V. ENJUICIAMIENTO DE ALGUNOS CASOS DE ESPECIALIZACIÓN NORMATIVA

a) Acotados los dos ámbitos objeto de atención en este trabajo, en que se manifiesta la relación Derecho común-Derecho especial, veamos, en primer lugar, un fenómeno de especialización en el ámbito del Derecho Privado, en el que se produjo la segregación de ramas independientes desde el tronco común del Derecho Civil. Me voy a referir, en concreto, al Derecho de Trabajo o Derecho Laboral, en su institución fundamental y que originó la disciplina, el contrato de trabajo. En segundo lugar, veremos otra manifestación de este fenómeno, pero en el ámbito del Derecho Civil.

1) No se trata, obviamente, de hacer cuestión de la autonomía del Derecho Laboral. Es evidente que en este sector el ordenamiento jurídico se ha producido aquella evolución a que antes me referí, de suerte que a la primitiva regulación especial de un contrato, se han ido adicionando

otras diferentes cuyo objeto ya no eran materias también reguladas por el Derecho Civil, sino completamente novedosas. De modo que, lo que nació como ley especial se ha convertido en Derecho especial con autonomía e independencia propias, sin perjuicio, como indiqué, de que quepa aquella caracterización de ley especial respecto de la parcela de la realidad social que recibe regulación jurídica tanto por el Derecho Civil como por el Laboral y que, fundamentalmente, viene representada por el contrato de trabajo. Pero son nuevas, desconocidas, en Derecho Civil, materias como la sindical, la negociación colectiva, los conflictos laborales, y, no digamos, la Seguridad Social, aun cuando sea discutible la ubicación dogmática de la ordenación jurídica de esta última institución.

Por tanto, como advertía, no hay temor de que, hoy por hoy, el Derecho Laboral pueda perder su independencia. Sin embargo, sí me parecen oportunas algunas reflexiones sobre el contrato de trabajo; sobre si subsisten las razones que llevaron a configurarlo como contrato especial o excepcional dentro del género arrendamiento de servicios.

2) Para hacerse cargo de este asunto resultan indispensables, a mi juicio, las siguientes consideraciones:

1.^a La regulación civil del contrato de arrendamiento de servicios (arts. 1583-1587) carece hoy de virtualidad jurídica y social.

2.^a El Derecho Civil ha avanzado notoriamente en lo que era su fin institucional: la protección de la persona. Hoy ya no contempla a la persona casi exclusivamente como un elemento más de la relación jurídica, el sujeto de ésta, sino que la considera en sí misma, para ampararla en cuanto tal. El desarrollo impetuoso de la teoría de los bienes de la personalidad es buena prueba de la evolución indicada. Carece, pues, de sentido contraponer hoy los contratos civiles, en los que prevalecerían intereses patrimoniales, con olvido de los de naturaleza personal, al contrato de trabajo, que prestaría atención preferente a la persona del trabajador. Intereses patrimoniales existen, por hipótesis, en unos y otro. Pero no es menos cierto que la persona contratante, en uno u otro ámbito ha pasado a primer plano. O, dicho con otras palabras, el ordenamiento jurídico civil se preocupa hoy por la justicia material del contrato y la justa composición de los intereses en juego, como lo pueda hacer el ordenamiento laboral respecto al contrato de trabajo.

3.^a A mayor abundamiento, ocurre que la Constitución Española ha elevado expresamente a «fundamento del orden político y de la paz social, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás» (art. 10.1). La protección de la persona, en sí misma considerada, se convierte así, inequívocamente, en uno de los valores fundamentales de la comunidad y, por ende, en principio general del Derecho, contra el que no cabe actuación pública o privada. De manera que, entonces, esa justa preocupación por la persona, caracterizadora del Derecho de Trabajo, es compartida, por definición, por todas las ramas del ordenamiento y, señaladamente, como decía, por el Derecho Civil.

4.^a La regulación jurídica de las llamadas condiciones generales de la contratación. Como es sabido, y a la espera de la anunciada ley sobre el particular, las condiciones generales se han contemplado por el legislador a propósito de la tutela de consumidores y usuarios y, así, se han definido por el art. 10.2 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, 26/1984, de 19 de julio, como «el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate». Pues bien, el artículo citado, en su apartado 4, declara «nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas» las condiciones generales de la contratación que incumplan los requisitos establecidos en el apartado 1, c) de este descomunal artículo. Estos requisitos pueden resumirse diciendo que son nulas las condiciones contrarias a la buena fe. En palabras de Alfaro Águila-Real, «correctamente encuadrada —quiere decir, como principio general en el desarrollo del Derecho dispositivo— la buena fe debe entenderse, en el ámbito de las condiciones generales, como una prohibición de aquellas condiciones generales que no sean *conformes* con los principios y reglas del Derecho dispositivo y no solamente de las que sean incompatibles con éstos»¹⁵.

5.^a La modificación sustancial de la realidad social regulada por el Derecho del Trabajo. Es afirmación indiscutida la de que esta rama jurídica nació para compensar el enorme desequilibrio entre la parte que ofrecía el trabajo y la que lo demandaba, que colocaba a la empresa o empleador en situación de neta superioridad de fuerzas sobre el trabajador, parte débil en el contrato a quien, frecuentemente, sólo se le ofrecía la posibilidad de aceptar el contrato en las condiciones abusivas en que se le presentaba o rechazarlo, y con él, el único medio de vida con que podía contar. Así, el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo en beneficio del trabajador se convirtió en nota consustancial de aquél. ¿Siguen hoy las cosas igual? Pienso que no, aun cuando reconozco que para fundamentar con solidez esta opinión habría que detenerse en un estudio extenso más sociológico que jurídico. Sin pretender profundizar en la materia, como es natural, parece claro que hoy no es posible levantar el edificio del Derecho del Trabajo sobre un concepto fijo e invariable de trabajador: no hay un tipo único de trabajador. Hay diversos tipos, con sustanciales diferencias entre ellos. Además, en general, puede afirmarse que el trabajador ha ganado en libertad, lo que no quiere decir que tenga tanto dinero como el patrono. Porque, a veces, las cosas se plantean con notorio error. Para que las partes puedan contratar en libertad no se requiere que se hallen en parecida situación económica, sino sencillamente que estén en

¹⁵ Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 471.

condiciones de poder renunciar al contrato sin consecuencias intolerables o gravosas ¹⁶. Para el trabajador, ello significa que si no quiere aceptar el contrato en la empresa A, pueda encontrar trabajo con razonable facilidad en la empresa B. El profesor Del Valle, al reflexionar sobre el juego de la autonomía de la voluntad en la contratación laboral, advierte que «la mayor preparación de los trabajadores, la extensión del ámbito subjetivo del contrato de trabajo (que hoy llega a los altos cargos de las empresas), así como las nuevas características del mercado (en el que la gran empresa industrial ya no es la única que concurre) van a contribuir a la petición de mayores cuotas de libertad individual, y a forzar a un replanteamiento de la función de la voluntad de trabajadores y empresarios en el tema apuntado» ¹⁷.

3) En resumidas cuentas, que si la realidad social contemplada por el Derecho Laboral ha variado sustancialmente y si, por otra parte, la evolución experimentada por el Derecho Civil permite responder satisfactoriamente ante exigencias personalistas, habrá que concluir que lo conveniente pudiera ser devolver al Código Civil la regulación del contrato de trabajo, como especie, y especie sobresaliente, del género arrendamiento de servicios, regulación que recogerá ya aquella preocupación por la persona que, si alguna vez pudo estimarse característica del Derecho del Trabajo, hoy se ha extendido, de hecho, a todo el ordenamiento jurídico y, en todo caso, al Derecho Civil. Lo que no será óbice para que, ahora sí por vía de legislación especial, se atiendan necesidades meramente coyunturales, cambiantes, y, por ello, de previsible pronta modificación en su ordenación jurídica, para cuya satisfacción no es oportuna la ley común. Piénsese, por ejemplo, en las llamadas modalidades del contrato de trabajo –artículos 10 al 13 del Estatuto– que han sido objeto de frecuente cambio en su ordenación normativa, y que lo han de ser porque su admisión, contenido y extinción, se hallan muy vinculados a circunstancias macroeconómicas, y el cambio en la situación económica de la nación aconseja adecuar aquel régimen especial a la nueva situación.

4) En la línea indicada, me parece que la incorporación al Derecho Civil de la teoría de las condiciones generales de la contratación –teoría que no debe quedar extramuros del Código, pero luego hablaré de eso–, puede permitir sin dificultad un tratamiento plenamente satisfactorio del contrato de trabajo. Es claro que lo característico de la teoría no es la cualidad personal de una de las partes contratantes, aun cuando hoy legalmente sea así por su ubicación en la ley de protección de los consumidores y usuarios. Lo que caracteriza a las condiciones generales es el procedi-

¹⁶ Vid. Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.*, pp. 66 y siguientes.

¹⁷ José Manuel DEL VALLE VILLAR, «Los límites a la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo», en la obra colectiva *El libre desarrollo de la personalidad*, Universidad de Alcalá, 1995, p. 185.

miento seguido para generar el acuerdo de voluntades: una de las partes presenta a la otra el texto del acuerdo ya redactado previamente, y sobre el que, además, no admite negociación, de suerte que el contratante se adhiere o no a la oferta predispuesta. Quiero decir que resulta perfectamente aplicable la teoría en cuestión a las relaciones laborales, en las que la empresa, por razones de organización del trabajo y economía de recursos, dispondrá previamente de los textos de los contratos, que ofrecerá a los futuros trabajadores, a los que, en general, sólo cabrá adherirse o rechazar. Alternativa que, en modo alguno, significa necesariamente falta de libertad contractual para el trabajador adherente como ha demostrado, en general, Alfaro Águila-Real: «lo que garantiza la libre decisión de los clientes no es la negociación, sino la selección entre opciones alternativas y transparentes»¹⁸. El tratamiento jurídico, por ende, que se dé a las condiciones generales de la contratación, en general, cualquiera que sea el ámbito en que se manifiesten, civil, mercantil, laboral, permitirá la regulación razonable y justa de las relaciones contractuales entre empresario y trabajador. Advierto que cuando señalo el cauce de las condiciones generales como instrumento que puede aplicarse satisfactoriamente a las relaciones jurídico-laborales, y que, en consecuencia, permitiría la reintegración del contrato de trabajo al Código Civil, no quiero decir que el régimen jurídico vigente de aquéllas sea aceptable, ni que sería dicho régimen, que es el diseñado por la citada ley de consumidores 26/1984, de 19 de julio, el que se aplicaría en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales. Pero de esto hablaré luego. De todos modos, hoy por hoy, el procedimiento de la negociación colectiva, previo a la celebración del contrato individual, deja poco margen al juego de las condiciones generales. Pero si el contrato de trabajo volviera al régimen común, aquel procedimiento resultaría inaplicable, aun cuando pudiera tener aplicación para los contratos de trabajo especiales, antes aludidos.

El tratamiento jurídico sugerido del contrato de trabajo acabaría con especialidades actuales cuyo mantenimiento resulta más discutible. ¿Está hoy justificada la preferencia jerárquica, como fuente del contrato laboral, de los convenios colectivos sobre los contratos individuales, que se consagra en los apartados 1, b) y 5 del artículo 3.º del vigente Estatuto de los Trabajadores? Y no se diga que no es así por el hecho de que se autorice el establecimiento de condiciones más favorables en contratos individuales. Esto es hoy una pura ficción, que puede resultar altamente rentable a los sindicatos y bastante cómoda al Estado¹⁹ pero que no resiste la crítica. En efecto, desde cuando el aparato burocrático de un sindicato, cuyo índice de afiliación y grado de representación, por consiguiente, son manifiestamente mejorables, sabe mejor que el individuo qué sea para ese indi-

¹⁸ Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.*, p. 67.

¹⁹ José Manuel DEL VALLE VILLAR, *op. cit.*, pp. 191 y ss.

viduo lo más favorable. En las circunstancias sociológicas actuales, quizás la admisión de la negociación colectiva, aunque me temo que no tanto por proteger a los obreros cuanto por proteger a los sindicatos, puede ser útil y facilitar las cosas –por las mismas razones, por tanto, de racionalización de la actividad empresarial que justifican las condiciones generales de la contratación–, pero lo que ya no resulta fácil de admitir es que si un trabajador quiere convenir en términos diferentes de los establecidos por el convenio, no pueda hacerlo. Repito que no vale decir que puede hacerlo, si es para mejorar las condiciones pactadas en el convenio, porque ello significa trasladar a la cabeza del burócrata sindical la decisión de lo que mejor conviene al trabajador, quien tiene todo el derecho del mundo a discrepar sobre la valoración sindical de «lo más favorable». De manera que, en trance de pactar determinada modificación respecto a lo que se establece en el convenio, en materia, por ejemplo de jornada laboral, horas extraordinarias o vacaciones –por poner ejemplos de rigidez y más que discutible merma de la autonomía privada: arts. 34, 35 y 38 del Estatuto–, frente al acuerdo a que hayan podido llegar empresario y trabajador, se alzará el sindicato, que es el que sabe lo que mejor conviene al obrero, y alegrará que las condiciones establecidas en el convenio son más favorables que las alcanzadas en la negociación privada, por lo que no es posible derogarlas por la vía del contrato individual, dada la preferencia normativa del convenio colectivo. Puede darse, incluso, el caso de que la inmensa mayoría de los trabajadores estén conformes con la variación respecto al convenio y quieran modificar, por ejemplo, el horario de su jornada laboral mediante acuerdos singulares con la empresa. Pues no. El sindicato sabe mejor que nadie lo que conviene, incluso, a la inmensa mayoría de los trabajadores afectados, y puede imponer su voluntad y, por ende, el horario de trabajo que sus burócratas convinieron sobre el que habían convenido los interesados directos. Y, para colmo de sorpresa y embeleso, semejante actuación sindical le parece muy bien al Tribunal Constitucional, en su sentencia 105/1992, de 1 de julio.

En conclusión, estoy convencido –aun cuando aquí sólo se haya apuntado el camino– de que no resultaría ni complicado técnicamente, ni insatisfactorio para los trabajadores, la reintegración del contrato de trabajo al Código Civil, dotándole de una regulación que se inspiraría, obviamente, en muchas cosas que, en su día, constituyeron motivos de especialidad respecto del contrato común, pero que hoy, han sido perfectamente aceptadas en la contratación civil, por lo que han dejado de resultar privativas de la contratación laboral, y suprimiendo otras especificidades que carecen de suficiente justificación²⁰.

²⁰ Sugerencias prudentes, pero en la línea básica defendida en el texto pueden verse en: Federico DURÁN LÓPEZ, «El futuro del Derecho del Trabajo», *Civitas, Rev. Española de Derecho del Trabajo*, julio-agosto de 1996, p. 601.

b) Si en el subepígrafe precedente he sugerido sumariamente una línea de análisis respecto de una de las ramas desgajadas, ya hace tiempo, del tronco común del Derecho Civil, en éste, trataré de aplicar la misma línea argumental pero respecto de otro fenómeno de especialización normativa, mucho más moderno y que, todavía, no puede entenderse que haya consumado su evolución, cuajando en rama normativa autónoma. Vamos a decir algo sobre el llamado Derecho de Consumo.

1) No puede negarse que hoy existe ya un bloque normativo abundante que puede englobarse bajo la denominación de normas dirigidas a la protección del consumidor. Sin ánimo exhaustivo, recordemos la Ley básica, 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, a la que luego han seguido, entre otras normas: R. D., de 21 de abril de 1989, sobre protección de los consumidores en la compra-venta y arrendamiento de viviendas; Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre regulación de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; RD, de 3 de mayo de 1993, sobre regulación del sistema arbitral de consumo; Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; Ley 7/1995, de 23 de marzo, sobre crédito al consumo. Y sabemos que antes de la Ley General de 1984, había ya una floreciente legislación administrativa sobre el particular. Todo este conjunto normativo es interdisciplinar, de modo que ya la Ley General de 1984 está integrada por normas pertenecientes a casi todas las ramas del Derecho, tanto Público como Privado. Como es natural, interesa más a este estudio, el subconjunto de Derecho Privado, en la medida que signifique legislación especial respecto del Derecho Civil. En principio, puede ayudar a distinguir normas de Derecho Público de normas de Derecho Privado la distinción previa de los diversos momentos o etapas que pueden descubrirse en el fenómeno del consumo. Pero, sobre todo, esta distinción de momentos, también puede servir como criterio de política legislativa, a la hora de acudir a uno u otro grupo de normas para disciplinar el fenómeno. En efecto, me parece que pueden descubrirse tres momentos distintos en el fenómeno del consumo: el primero, vendría constituido por todas aquellas actuaciones encaminadas a disponer de un producto terminado, en condiciones de ofrecerse al potencial consumidor: fabricación, almacenamiento, transporte, distribución, promoción publicitaria. El segundo, vendría dado por el acto fundamental de la adquisición del producto o servicio. El tercero, alude a la responsabilidad que puede generarse por el uso de la cosa adquirida, y que puede afectar a todos o algunos de los intervinientes en el proceso que culminó con el acto adquisitivo.

Pues bien, la separación de estas etapas, permite una segunda observación: En la primera de ellas, durante los que podríamos llamar actos preparatorios del consumo, el consumidor no interviene para nada. En las segunda y tercera, el consumidor está presente. O, dicho de otra manera, de las posibles actuaciones perjudiciales que pudieran producirse en la

primera fase, el consumidor no puede defenderse, especialmente –como sería lo normal– si los vicios, defectos o anomalías no aparecen a la vista. Pero, en cambio, en las otras dos fases, el consumidor, sujeto capaz, titular de derechos y acciones, puede perfectamente defender sus intereses particulares, como lo hace en otros ámbitos de la realidad socio-jurídica. Y, aceptadas las dos premisas indicadas, se impone la conclusión: el nivel de intervencionismo estatal ni tiene ni debe ser el mismo en las tres etapas. Así, mientras parece justificado que el legislador acuda a normas de Derecho necesario –en general propias del Derecho Público– para garantizar que los fabricantes de productos de consumo generalizado se atengan a ciertas prevenciones que eviten, en lo posible, el menoscabo o deterioro, no aparentes, de los productos que van a ofrecerse en venta a los adquirentes, parece mucho menos justificada la utilización del mismo recurso durante las otras fases del fenómeno en que, por concurrir un sujeto capaz, el respeto a la autonomía individual debe traducirse en la utilización de normas de Derecho dispositivo –más propias del Derecho Privado– que es lo que se ha venido haciendo desde siempre cuando estaban en juego intereses privados, de orden patrimonial, y el interesado no tenía disminuida su capacidad de obrar.

Sin embargo, el legislador, en materia de consumo, no hace distinciones y, con fervor intervencionista –que, incluso, para los mismos actos preparatorios o primera fase puede resultar excesivo y provocar efectos opuestos a los pretendidos–, entra en asuntos como celebración y eficacia del contrato o responsabilidad contractual, en el ámbito del consumo, armado de normas imperativas que desplazan la autonomía del contratante, a quien no se estima capaz de saber lo que le conviene.

2) Ante el nuevo fenómeno del consumo en masa, la necesidad de racionalización de las empresas fabricantes, distribuidoras, anunciantes o vendedoras, que les lleva a la utilización de condiciones generales de contratación, y los riesgos que pudieran derivar para el consumidor por defectos de los productos adquiridos, se ha saludado por importantes sectores doctrinales la aparición de lo que se ha dado en llamar el Derecho de Consumo, como una nueva rama desgajada del Derecho Civil, caracterizada, entre otras cosas, y fundamentalmente, por la utilización de normas imperativas para regular la contratación sobre bienes y servicios por sus adquirentes finales y con sujeción a condiciones generales de la contratación. Salvo excepciones, en general, me parece que no se ha reflexionado suficientemente sobre si existen o no razones que justifiquen este nuevo intento de especialización normativa, que da al traste con los principios tradicionales que informaban la regulación del contrato. Una cosa es aceptar que en lo que he llamado primera fase del fenómeno consumista sea menester echar mano a normas de *ius cogens*, ante la dificultad del individuo para velar por sus intereses, que, además, pueden estimarse de orden general y no meramente personales –y aun aquí, como he señalado, habría que ponerse en guardia contra excesos burocráticos e

intervencionistas del Estado, por mucho que vengan jaleados desde la Unión Europea— y otra bien distinta que haya que aceptar lo mismo para disciplinar la celebración del contrato sobre aquellos productos, y la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

Pueden señalarse en la legislación consumista, por lo menos, las siguientes anomalías respecto a la legislación común sobre contratos y que constituyen, cabalmente, auténticas quiebras o excepciones del Derecho Civil de contratos:

– Introducción del paternalismo estatal frente al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C. E.) y manifestado en la institución civil de la mayoría de edad, conforme a la cual el ciudadano que la ha alcanzado puede regir su persona y bienes. Sin embargo, la legislación de consumo entiende que el consumidor precisa de una protección de mayor intensidad que el resto de los contratantes que, de hecho, significa tratarle como sujeto con capacidad incompleta o disminuida.

Como no se le considera plenamente apto para saber lo que le conviene, unas veces se impondrá la censura administrativa previa sobre el texto contractual que se le va a proponer; otras, se facultará al juez para que sustituya o conjeture sobre su declaración de voluntad, de suerte que dé nuevo contenido al contrato; y cabe, incluso, que se conceda al consumidor la posibilidad de volverse atrás respecto de lo que libremente pactó ²¹.

– Corolario necesario del presupuesto anterior, es la derogación de los artículos 1255, 1256, 1257 y 1258 del Código Civil. Ya no importa el contenido pactado por las partes. Lo que importa es que éstas hayan pactado aquello que otra cabeza —la del Juez, generalmente— estime como justo equilibrio de intereses, porque si no hay coincidencia, sencillamente, lo primero será sustituido por lo segundo. ¡Ah! Y seguiremos hablando de contrato en el sentido del art. 1254.

– Cuanto antecede conduce, inexorablemente, a la quiebra de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la C. E.) porque como los jueces quedan autorizados por esta novedosa legislación para alterar *ad libitum* el contenido de un contrato, no puede conocerse, *a priori*, la reglamentación contractual que vaya a regir entre las partes.

– Finalmente, una materia tradicional del Derecho Privado y, en concreto, del Derecho Civil, extraída del solar tradicional, es entregada al Derecho Administrativo, sin reparar en las graves cuestiones metajurídicas que se ponen en juego cuando se da por sentado que no existen en Derecho Privado instrumentos idóneos para amparar a la persona —a la persona que consume, si se prefiere— por lo que se hace preciso recurrir al Derecho Público para conseguir aquel objeto.

²¹ Discutible la naturaleza de esta facultad de arrepentimiento. *Vid. Luis Díez-PICAZO, «¿Una nueva doctrina general del contrato?», A. D. C., 1993/IV, p. 1710.*

3) Algunos venimos denunciando este estado de cosas²². Un resumen de los trabajos aludidos permite señalar como principales argumentos en contra de la consolidación de esta sedicente rama jurídica, en el ámbito del Derecho Privado, los siguientes:

– El consumidor no es una categoría jurídica. Será una categoría económica o sociológica, pero no jurídica. ¿Qué diferencia se aprecia entre el contratante de toda la vida y el actual consumidor? El modo de contratar, pero contratantes son ambos. Luego la diferencia no estriba en el sujeto, sino en el instrumento contractual: la utilización o no de condiciones generales de la contratación. Carece de sentido montar un nuevo Derecho Estatutario respecto del consumidor, sobre la base de aceptar que se trata de una persona siempre necesitada de hiperprotección. Sencillamente, porque no es verdad: habrá consumidores avisados y perspicaces; otros, menos sensatos o nada prudentes. Lo que no parece razonable es que el mismo sujeto, inteligente y preparado, hábil para comprar una finca de recreo, por la mañana, a la tarde, se le dote de una protección especial, basada en la presunción inatacable de que es la parte débil y necesitada de la contratación, por el hecho de adquirir, como destinatario final, cualquier bien destinado al consumo doméstico. La persona es la misma: lo que puede ser diferente es el procedimiento de contratar, el modo en que se ha producido el acuerdo de voluntades. Sobre este punto, por tanto, habrá que pensar y será el que haya de recibir, tal vez, nueva disciplina jurídica, pero olvidando la persona en cuanto tal o la naturaleza de los bienes adquiridos porque tratar de jerarquizarlos por razón de necesidad o importancia, nos introduce en un terreno de pleno subjetivismo.

– El reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona y de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, por un lado, y el modelo de economía de mercado, también reconocido en la Constitución (art. 38), por otro, impiden la supresión de la libertad contractual. Impiden que el Juez, o cualquier otro, pueda sustituir al contratante en la fijación del contenido del contrato. Sólo la autonomía privada de las partes puede llenar aquél, sin perjuicio de las oportunas correcciones judiciales, pero precisamente por no haber jugado en plenitud aquella autonomía, irregularidades que se encauzan y valoran a través de la teoría tradicional de los vicios de la voluntad.

– Por tanto, los ciudadanos tienen derecho a hacer un mal negocio, a equivocarse, y aun cuando ello sea evidente, el Juez no puede alterar el

²² Yo me ocupé del asunto en 1990: «Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho del Consumo», *La Ley*, 1990-3, p. 857. En 1991, apareció la monografía de Jesús Alfaro, antes citada, «Las condiciones generales de la contratación». En 1992, este autor volvió a ocuparse del tema: «Nota Crítica a R. Bercovitz/J. Salas (edits.). Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios», Madrid, 1992, *A. D. C.*, 1993-I, p. 299. En 1993, publiqué en *La Ley*, 1993-4, p. 966, «Juicio crítico al pretendido Derecho de Consumo». Finalmente, Alfaro vuelve sobre el tema en otra «Nota crítica. Protección de los consumidores y Derecho de los contratos», en *A. D. C.*, 1994-II, p. 306.

contenido contractual, porque lo que el Ordenamiento jurídico trata de garantizar no es que los contratantes consigan un acuerdo equilibrado, no es que exista entre ellos la mayor reciprocidad de intereses, sino, pura y llanamente, que hayan podido deliberar y resolver en libertad, esto es, que pudiendo haberse abstenido de contratar o contratar con otro, lo hayan hecho finalmente con quien lo han hecho. Si han ejercido su libertad equivocadamente, nada puede hacer el Derecho, porque libertad entraña responsabilidad. O, como dice Alfaro, la justicia del contrato no depende de su contenido sino del procedimiento.

– Libertad contractual significa que los contratantes actúen en un régimen de libre competencia, en virtud del cual son libres para elegir contratar con éste y no con aquél, pero ni significa que efectivamente hayan participado los dos en la determinación del contenido del contrato –también el que compra la finca de recreo puede encontrarse con un contrato predispuesto y frente al que sólo pueda adherirse o no–, ni significa semejante potencia económica en ambas partes o igualdad entre contratantes.

– Finalmente, la mayor parte de las consideradas injusticias contractuales, esto es, el problema de la responsabilidad por incumplimiento del contrato encuentra su solución –debería encontrarla– por la vía del Derecho Procesal, no por la vía de la perversión del Derecho Sustantivo. Pónganse al alcance del justiciable adecuados y enérgicos remedios procesales y él mismo se bastará para remediar aquellos incumplimientos y satisfacer sus intereses. No sucede esto, claro es, cuando ha de enfrentarse con procesos interminables o cuando para conseguir la ejecución de una sentencia aún ha de invertir más tiempo que para obtener aquélla en la fase declarativa del juicio. Pero tan lamentable estado de cosas ha de corregirse por la reforma sensata de los instrumentos procesales y no por la desnaturalización del Derecho Privado.

4) No es que el fenómeno del consumo, desde su perspectiva jurídica, sea una cuestión menor o no merezca la atención de los juristas. Sin duda, ha significado una novedad importante en el Derecho de la contratación. Pero conviene no errar en la identificación de la novedad. Según antes afirmé, lo novedoso no consiste en la persona de uno de los contratantes, a la que se quiere revestir de una cualidad especial: la de ser consumidor. Porque, como consumidores somos todos, semejante cualidad nada específico añade y coincide con la de contratante. Tampoco consiste en la cualidad de los bienes adquiridos, bienes destinados al consumo, si con ello se quiere decir que se trata de bienes de primera necesidad, porque ello nos conduciría a un relativismo inconveniente, toda vez que nos introduciría en la apreciación subjetiva de cada cual, que no tiene por qué coincidir en la jerarquía de necesidad. A mi juicio, la verdadera novedad del fenómeno que estudiamos radica, pura y simplemente, en el procedimiento de contratación, en el modo o manera empleado para llegar al acuerdo de voluntades. Como consecuencia de otro fenómeno que no es

jurídico sino socio-económico, el número de personas interesadas en adquirir los mismos bienes o servicios, unido al desarrollo y caracterización de las empresas encargadas de suministrarlos, que, por razones de economía de escala, racionalización en su funcionamiento y exigencias de competitividad, rechazan el procedimiento de contratación tradicional, esto es, el de negociación individual, caso por caso, con elaboración para cada contratante de un contrato personalizado, se produce un segundo fenómeno que sí es jurídico: el de la contratación en masa mediante condiciones generales de la contratación. Antes recordamos la definición legal, según la letra del artículo 10.2 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, integrada por los tres elementos que la doctrina estima constitutivos de su concepto: ser cláusulas contractuales, esto es, integradoras del contenido del contrato; predispuestas, esto es, redactadas antes de su utilización, por la empresa suministradora de los bienes o servicios; e impuestas, de suerte que la contraparte ha de aceptarlas necesariamente si quiere contratar con esa empresa ²³.

Ahora bien, si las cosas son así, lo que nos importa para regular el fenómeno jurídico del consumo –por lo menos en su vertiente jurídico-privada– no es una ley de consumidores sino una ley de condiciones generales de la contratación, cuya elaboración y promulgación haría inútil la Ley 26/1984, de 19 de julio, en sus aspectos jurídico-privados. Pero hay más. Considerada la dimensión del fenómeno y resultando que el número de contratos celebrados por el procedimiento indicado es muy superior al de convenidos por el modo tradicional, la única política legislativa sensata, en mi opinión, sería la de rechazar la tentación de la ley extravagante al Código y llevar al seno de éste la regulación de las condiciones generales de la contratación, precisamente al título II de su libro IV. No es el lugar para entrar en tema de semejante trascendencia. Como es sabido, existe un anteproyecto de ley de condiciones generales de la contratación, de fácil acceso y consulta ²⁴ que, desde luego, mejora notablemente la regulación realizada por la Ley 26/1984 citada. En este momento, lo único que, quizás, convenga advertir es que la autonomía privada es el cimiento de la contratación, de manera que si el procedimiento en cuestión, a través de condiciones generales precisa de un tratamiento jurídico específico es, cabalmente, porque respecto de aquéllas no se ejerce la autonomía privada. Su eficacia vinculante –siguiendo a Alfaro– no deriva, por tanto, ni de la autonomía privada, ni de una supuesta naturaleza normativa autónoma, sino de «incorporar el contenido de regulación de una norma que pueda reclamar validez por sí misma, de acuerdo con las fuentes ordinarias del Derecho: ley, costumbre y principios generales

²³ *Vid.*, por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Condiciones generales*, cit., p. 114.

²⁴ Puede verse, en CARLOS LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 3. 4.ª ed., Madrid, 1996, p. 85.

del Derecho»²⁵. En esta línea, la exposición de motivos del anteproyecto aludido afirma que «el sentido del control que se articula no es otro que el de limitar los poderes de configuración negocial del predisponente, de modo que sólo pueda establecer un derecho negocial que sería homologado por el legislador, es decir, un derecho que resulte coherente (para decirlo con las palabras del art. 1258 del Código Civil) con el derecho dispositivo, los usos y la buena fe».

5) El fenómeno nuevo, como se ve, no es privativo de los llamados consumidores, sino que se hace presente siempre que un contratante se adhiera a un clausulado predispuesto. Si la regulación jurídica de este modo de contratación se lleva al Código Civil o, en definitiva se incorpora al Derecho común –para lo que no es imprescindible ubicarla en el Código, aunque sí muy conveniente– es claro que desaparece la normatividad especial. El examen de un pretendido supuesto de especialidad normativa respecto del Derecho Civil común ha manifestado, primero, que el supuesto de hecho, en verdad, no era tan diferente, específico o peculiar, sino que, más bien, podía ser de lo más general y común, y, segundo, que, ante fenómeno tan general, lo acertado será regularlo a través de legislación común. Encajado en su auténtico contorno, esto es, como modalidad de contratación, el pretendido Derecho de consumo pierde su razón de sustantividad, y los fenómenos aludidos pueden ordenarse perfectamente mediante la regulación, común y general, de aquella modalidad de contratar. Lo que no es óbice para que si, realmente, se tropieza con algún hecho vinculado al consumo que exija tratamiento jurídico específico y peculiar, pueda acudir a la técnica de la norma especial. Pienso, por ejemplo, en las llamadas ventas fuera del establecimiento mercantil. Pero una norma especial de este alcance es algo excepcional que no permite, claro es, hablar de un Derecho especial con sustantividad propia.

Me he ceñido, claro es, al subconjunto de Derecho Privado que hoy se ubica en el bloque normativo que se denomina Derecho de Consumo. Y he llegado a la conclusión de que no hay razones sociales ni dogmáticas para mantener esa sedicente normatividad civil privada. Otra cosa puede ser si nos fijamos en el subconjunto de Derecho Público. Ahí encontramos normas administrativas, fiscales, penales. Respecto de este conglomerado cabría hacer un análisis paralelo al que hemos efectuado. En primer lugar, examinar si hay fundamento bastante para regular por vía de ley especial cuestiones que tal vez ya estuvieran contempladas, respectivamente, en leyes administrativas o penales, o que debieran estarlo en éstas y no en leyes extravagantes. Si se conviniera en que hay razones para la legislación especial, estudiar, entonces, si se ha llegado ya, o se está a punto de llegar, al estadio subsiguiente de Rama autónoma, por-

²⁵ ALFARO, *Condiciones generales...*, cit., pp. 101-102.

que, en verdad, se han acumulado ya, a las iniciales, materias, problemas y normas, sin antecedentes en las leyes preexistentes y que deban estimarse rigurosamente novedosos. Entonces, cabría hablar de Derecho de Consumo como Rama autónoma, pero dentro del Derecho Público, no del Privado.

VI. CONCLUSIÓN

Bien a las claras resulta que este trabajo no vale sino como botón de muestra de lo que puede hacerse, con mayor acierto y autoridad. Al igual que he tratado de reflexionar sobre el contrato de trabajo en relación con la teoría general del contrato, puede hacerse con la obligación y contrato mercantiles. El análisis ofrecido para valorar en su justo peso la pretensión de construir una normativa civil especial, atinente a las adquisiciones de bienes y servicios, con sujeción a cláusulas generales de la contratación, puede igualmente realizarse respecto de otras pretensiones semejantes, en materia, por ejemplo, de arrendamientos urbanos o rústicos, o de uso de inmuebles en zonas veraniegas y por períodos temporales breves. A mi juicio, lo que importa es no ceder en el ejercicio del sentido crítico. No es aceptable que se dé por realizado y ya definitivamente implantado un fenómeno jurídico, sea legislativo, sea doctrinal, sin haberlo sometido antes a censura razonable y serena. Me atrevo a opinar que el fenómeno de la especialización normativa es el opuesto, en muchos sentidos, al de la codificación²⁶. Voces muy autorizadas han señalado que los códigos continúan siendo útiles, que no han perdido su razón de ser. Si esto es así —y yo me adhiero plenamente a ese juicio— no puede aceptarse alegremente el fenómeno opuesto. No digo que no pueda ser necesario y oportuno en ocasiones. Lo que afirmo es que, conscientes de que la especialización normativa significa destejer el manto de la codificación, hemos de recibirla críticamente, por intensa que sea esta tendencia en el legislador contemporáneo, y otorgarle carta de naturaleza sólo cuando, en verdad, se descubran razones poderosas para semejante proceder legislativo. Y no sólo esto; no sólo esta sana profilaxis respecto del presente y futuro legislativos. Ese sentido crítico también debe mirar al pasado para ver si es posible facilitar las cosas. Porque en eso consiste, esencialmente, la ley común sobre la ley especial, como en eso consistió la memorable obra de la codificación sobre la jungla normativa precedente. Mirar al pasado, entonces, para comprobar si subsisten o no las causas que determinaron duplicidades normativas en temas de la entidad,

²⁶ En esta línea de pensamiento, Pío CARONI, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Pons, Madrid, 1996, pp.103 ss.

por ejemplo, de obligaciones y contratos. Si no subsisten, hay que caminar hacia la reunificación.

Así, creo, que se servirá a la comunidad, incrementando el ámbito de eficacia del principio cardinal de la seguridad jurídica que, no se dude, padece con la multiplicación desmesurada de leyes especiales. Y es una tarea de la mayor importancia para la doctrina jurídica.

VII. *POST SCRIPTUM*: LA NUEVA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION

A punto de entregarse a la imprenta este trabajo, aparece en el *BOE*, del 14 de abril, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Parece, pues, oportuno volver a concluir con un breve epílogo, siquiera sea para dejar constancia de la indicada mudanza legislativa.

Ante todo, salta a la vista que el legislador ha seguido la técnica de la ley especial, en contra de la opinión que he defendido en el texto. No se trata de volver sobre el asunto, pero no deja de ser anómalo que la mayor parte de la contratación privada sobre bienes o servicios discorra al margen del Código Civil. Es más fácil hacer una ley especial que reformar el Código, pero menos coherente, más imperfecto desde el punto de vista técnico, y menos respetuoso con el principio de seguridad jurídica.

Como sabemos, el concepto jurídico-positivo de condiciones generales de la contratación nació, entre nosotros, dentro del fenómeno conocido como Derecho de Consumo. Fue la Ley 26/1984, de 19 de julio, la que ofreció un concepto de aquéllas. Pues bien, al promulgar la nueva ley que nos ocupa, el legislador no ha sabido o no ha querido desligarse de aquel origen. Así, la Ley 7/1998 acoge una distinción fundamental: condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales abusivas, que pueden darse en el seno de condiciones generales o en el de un contrato particular, siempre que aquéllas o éste tengan como contratante a un consumidor. Veamos.

Las condiciones generales de la contratación se conceptúan por la nueva ley (arts. 1.º y 2.º) de acuerdo con los criterios doctrinales conocidos y con la ley de defensa de los consumidores, salvo en que se sacan del ámbito subjetivo de los consumidores, como parecía absolutamente necesario y correcto por las razones apuntadas más arriba. Se prescinde, pues, del concepto de consumidor para definir la condición general. Basta con que concurren los tres requisitos de incorporación al contrato, predisposición unilateral y necesidad, y sea profesional el predisponente, esto es, se den dentro del marco de la contratación en masa, que caracteriza a la empresa o al empresario.

Pero como advertía, ha pesado mucho su origen, de suerte que el legislador no ha podido renunciar a sus veleidades paternalistas en pro de

los pobres consumidores. Apartándose del último anteproyecto que conocíamos y, a mi juicio, con quebranto de la continencia de la causa, que dirían los procesalistas, ha aprovechado la ley para modificar la general para la defensa de los consumidores y usuarios, a través de una descomunal disposición adicional primera que, aparte otros cambios: da nueva redacción al artículo 10 de la Ley 26/1984; introduce un nuevo artículo 10 bis; añade una disposición adicional primera para enumerar hasta veintinueve modalidades de cláusula abusiva, hecho insólito y que no puede por menos de escandalizar, por mucho que se suponga impuesto por el Derecho Comunitario. ¡Y pensaba Savigny que el legislador de su tiempo carecía de vocación legisladora!

La incongruencia de la llamada cláusula contractual abusiva, en una ley sobre condiciones generales de la contratación, salta a la vista al observar que:

a) Se desengancha del fenómeno de la contratación en masa que es el que explica las cláusulas de condiciones generales. En efecto, la cláusula abusiva puede darse en el marco de aquéllas o en el seno de un contrato particular «no negociado individualmente» (*vid.* art. 10, Ley 1984, en su nueva redacción). Persiste el error de sobrestimar la llamada negociación individual, por creer que en ella consiste la libertad contractual.

b) Se vincula la cláusula abusiva al contratante «consumidor», cuando las condiciones generales se habían configurado prescindiendo de aquella figura.

De cuanto antecede cabe concluir, sin mayores detalles que parecen impertinentes en este apresurado epílogo, que las críticas vertidas en el texto a propósito de las condiciones generales de la contratación, deben entenderse dirigidas, ahora, a las llamadas cláusulas contractuales abusivas en la contratación entre profesionales y consumidores. Una vez que la nueva ley ha liberado las condiciones generales de su vinculación con el sedicente Derecho de Consumo, aparece con más nitidez el objeto de nuestra crítica que era aquél: aquéllas, sólo en la medida en que se habían utilizado como instrumento de defensa de los consumidores. Por lo menos, esta clarificación doctrinal la hemos ganado ya con la Ley de 13 de abril de 1998.

El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes *

JORDI RIBOT IGUALADA

Profesor titular de Derecho civil.
Universidad de Girona

SUMARIO: 1. *Introducción*. 1.1. Objeto de este trabajo: 1.2. Finalidad y fundamento en la obligación legal de alimentos. 1.3. Ámbito de aplicación de la doctrina sobre el fundamento de la obligación legal de alimentos. 1.4. Datos sociodemográficos sobre las redes familiares extensas en España. 2. *La solidaridad familiar como fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes*: 2.1. La transformación de las obligaciones familiares de alimentos en el marco de los cambios en la sociedad y la economía romanas. 2.2. La fundamentación de la obligación legal de alimentos entre argumentación moral y requerimientos técnicos. 3. *¿Es inconstitucional la norma que obliga a los parientes a prestar alimentos?*: 3.1. Constitución y obligaciones familiares básicas. 3.2. La solidaridad familiar como manifestación del valor constitucional de la solidaridad. 3.3. Razonabilidad de las obligaciones legalmente adscritas a los parientes por el hecho de serlo. 4. *La cuestión de la viabilidad del principio de solidaridad familiar como justificación de la obligación legal de alimentos entre parientes*: 4.1. Efecto práctico de la obligación legal de alimentos entre parientes. 4.2. Alimentos entre parientes, actitudes sociales y caracteres de la solidaridad en la red familiar extensa. 4.3. Subsidiariedad de la protección social y crisis de la fundamentación tradicional de los alimentos entre parientes. 5. *Notas para una reflexión crítica acerca de la obligación legal de alimentos entre parientes*: 5.1. Fundamento y límites de la obligación legal de alimentos entre parientes en el Derecho de familia europeo y comparado. 5.2. Reflexiones para un debate en torno al alcance de las obligaciones familiares de alimentos: 5.2.1. Presupuestos ideológicos del concepto de solidaridad familiar. 5.2.2. Efectos de los cambios sociodemográficos sobre las condiciones de aplicación de la obligación de alimentos entre parientes. 5.2.3. Las obligaciones familiares de alimentos como obstáculo a la garantía de un mínimo de autonomía y de calidad de vida para la persona necesitada. 5.2.4. Cargas familiares, riesgos sociales y Estado social. 5.2.5. La obligación legal de alimentos entre parientes en el marco de la política de protección y de apoyo a la familia. 5.2.6. Alimentos entre parientes y seguridad jurídica. 5.2.7. Efectos socialmente regresivos de la obligación legal de alimentos entre parientes.

* Este estudio forma parte del proyecto de investigación sobre *Nuevas estructuras de familia y Derecho de Familia* financiado por el Programa Nacional de Estudios Sociales y Económicos de la CICYT durante el período 1996-1998 [Ref. SEC96-1128. Investigador principal: Prof. Dr. Miquel Martín Casals]. En la fase inicial de su elabora-

1. INTRODUCCIÓN

La evolución demográfica de las sociedades avanzadas confiere cada vez más importancia a las relaciones adultas entre generaciones. El envejecimiento de la población obliga a tomar medidas en favor de un numeroso sector de la misma, cuya media de edad predispone en bastantes casos a alguna forma de dependencia. A esto hay que añadir que un número muy elevado de jóvenes –y menos jóvenes– tiene todavía grandes dificultades para incorporarse al mercado laboral, empezar con alguna seguridad una vida autónoma y formar su propio hogar.

Urge, por tanto, dedicar una atención especial a las relaciones intergeneracionales, singularmente a las relaciones entre padres e hijos adultos, pues éstas constituyen todavía el principal vínculo de parentesco extenso ¹. Para el Derecho de familia esto supone volver la vista a instituciones a las que hasta el momento se ha prestado más bien poca atención. La doctrina y los operadores jurídicos parecen haber asumido, de una manera natural, el proceso de *nuclearización* de la familia, de modo que se ha desatendido el estudio de los institutos que se ocupan específicamente de las relaciones entre parientes en sentido estricto. Y ello a pesar de que los textos legales han preservado las bases jurídicas de unas relaciones familiares que, desde luego, superan los límites de la llamada *familia nuclear*.

Esto se aprecia perfectamente en la obligación legal de alimentos entre parientes. La atención dedicada a este instituto –al margen de las obligaciones que incumben recíprocamente a los cónyuges, y al progenitor frente a sus hijos menores de edad– ha sido muy escasa. Al respecto nótese que, aunque parece claro que los deberes conyugales, o los del padre o la madre de un menor, tienen características específicas y son más exigentes, los artículos 142 a 152 CC no parten de la distinción entre *obligación de mantenimiento* (del cónyuge o de los hijos menores) y *obligación de dar alimentos* a los parientes ². Es muy posible que esta siste-

ción, conté también con una ayuda del *Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada* de la Generalidad de Cataluña [Resolución de 22 de mayo de 1995 (DOGC núm. 2071, de 5 de julio)].

¹ Cfr. Inés ALBERDI (Dir.), *Informe sobre la situación de la familia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1995 (Estudios, 24), p. 278.

² Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario de los artículos 142 a 153», en Cándido PAZ-ARES/Luis Díez-PICAZO/Rodrigo BERCOVITZ/Pablo SALVADOR (coords.), *Comentario del Código Civil*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 522. La opinión doctrinal más difundida considera implícita la contraposición entre obligación de mantenimiento y prestación de alimentos a los parientes, sin perjuicio de la aplicación supletoria de los arts. 142 a 152 CC, cuando proceda. Por todos, v. José Antonio COBACHO

mática haya contribuido a ocultar la singularidad de los alimentos entre parientes como instituto jurídico específicamente referido a las relaciones de parentesco extenso y que, por lo tanto, debe tener características y requisitos diferentes a los aplicables a otras obligaciones familiares de alimentos³.

1.1 OBJETO DE ESTE TRABAJO

Aunque en algún punto será conveniente hacer referencia a las obligaciones recíprocas de los cónyuges o de los padres frente a sus hijos menores, el objeto de este trabajo es el análisis del fundamento de la obligación de alimentos que la ley establece a cargo de los parientes, en sentido estricto. Existen muchas razones para efectuar un estudio por separado de la justificación de este instituto. Los problemas que se plantean, las circunstancias en que se encuentran los afectados al constituirse la relación obligatoria y las razones que explican su imposición, se separan radicalmente de las obligaciones que existen en el seno de la estructura familiar de carácter nuclear.

Como veremos enseguida, es un hecho que los parientes se socorren recíprocamente en caso de necesidad. Los hijos ayudan a sus padres cuando lo necesitan y los padres hacen lo propio con respecto a sus hijos adultos. Sin embargo, ¿debe deducirse como consecuencia que está suficientemente justificado que la ley les obligue a que lo hagan?⁴ No necesariamente lo generalizado de un comportamiento justifica que éste sea obligatorio para todos. Puede suceder, además, que imponer esa norma ocasione más problemas o inconvenientes que los que pretende resolver. Por eso el propósito de este trabajo es, tomando como punto de partida el problema del fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes, reflexionar sobre el sentido y los límites de la idea de la solidaridad familiar, a fin de responder con objetividad la pregunta que se acaba de formular.

Tras apuntar los problemas terminológicos de la cuestión, su trascendencia práctica y los datos sociodemográficos más relevantes [§§ 1.2, 1.3 y 1.4], a continuación se examinan la noción de solidaridad familiar [§ 2],

GÓMEZ, «Deber de mantenimiento y deuda alimenticia en el artículo 93 del Código Civil», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 11/12 (1991), pp. 107-128.

³ Por este motivo, la sistemática del Código Civil —elogiada por la mayoría— ha sido objeto de críticas aisladas, aunque en mi opinión acertadas. Cfr. Miguel ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*, Sevilla, Imprenta Suárez, 1949, p. 318, y Ricardo RUIZ SERRA-MALERA, *Derecho de Familia. El matrimonio, la filiación y la tutela*, Madrid [s. e.], 1988, p. 12, nota 1.

⁴ Este es el planteamiento propuesto por Leslie J. HARRIS/Lee E. TEITELBAUM/Carol A. WEISBROD, *Family Law*, Boston, New York, Toronto, London, Little, Brown & Co., 1996, p. 489.

la constitucionalidad de la norma legal a la que la solidaridad familiar sirve de fundamento [§ 3] y su oportunidad, que se enjuicia señalando los problemas que presenta desde varios puntos de vista la fundamentación del instituto de la obligación legal de alimentos entre parientes [§§ 4 y 5]. Este análisis parece necesario para poder evaluar críticamente los desarrollos normativos que se basan cabalmente en la idea de la solidaridad familiar ⁵.

1.2 FINALIDAD Y FUNDAMENTO EN LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS

Como sucede en tantos casos, también la frase el *fundamento de la obligación legal de alimentos* adolece de ambigüedad, ya que puede entenderse referida a dos cuestiones distintas, aunque estrechamente relacionadas entre sí. En primer término, puede significar la *finalidad* que se pretende alcanzar imponiendo una obligación a los sujetos pasivos de la misma. En ese caso, si se toma como punto de vista el del titular del derecho a alimentos, esta finalidad consiste en recibir los medios suficientes para financiar la satisfacción de sus necesidades vitales y poder así llevar una vida digna. Por otra parte, el fundamento de la obligación legal de alimentos puede señalar también a las razones que justifican que ésta se ponga legalmente a cargo de ciertos particulares, a saber: de los parientes que enumera el artículo 143 CC.

A mi juicio, este segundo punto de vista es el más apropiado, porque la cuestión relativa al fundamento de la obligación legal de alimentos debe aclarar qué justifica la imposición legal de la misma a los parientes, en lugar de asignarse, en su caso, a otros particulares o al propio Estado. Lógicamente, esto presupone que el hecho de que los ciudadanos tengan los medios necesarios para subsistir es un *objetivo* o *finalidad* que el Estado, por medio del Derecho, aspira a conseguir ⁶. Pero esto no explica

⁵ Este aspecto lo he desarrollado en *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social* (en prensa).

⁶ Cfr. Encarna ROCA I TRÍAS, en Encarna ROCA I TRÍAS (coord.), *Derecho de Familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 29-31. Como es obvio, la subsistencia de las personas podría dejarse teóricamente en manos de la caridad, pública o privada, estimulada o impuesta por la ética social o por normas consuetudinarias. De hecho, este es el punto de partida de la tradición del Derecho romano. También del Derecho inglés, hasta 1597. Modernamente, esta situación fue la que se produjo en Australia hasta la implantación, en 1895, de un sistema de pensiones para la vejez, de carácter universal y financiado con fondos públicos. Durante todo el siglo XIX, los pobres no dispusieron en Australia ni del derecho de auxilio a cargo de la parroquia (reconocido por el *Poor Law* inglés), ni de pretensiones jurídico-privadas contra alguno de sus parientes. Al respecto, v. Peter A. GUNN, «The Development of Laws Relating to Filial Support in Australia», en John EEKELAAR/Peter LASLETT, *An Aging World. Dilemmas and Challenges for Law and Social Policy*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 238-250.

por qué el legislador escoge este instituto jurídico y desestima otros instrumentos legales con que se podría servir el mismo fin.

Como es obvio que existen ciudadanos que, por su edad, salud física o psíquica, o por las circunstancias socioeconómicas que padecen, no poseen los medios necesarios para poder vivir dignamente, la reacción del Derecho consiste en imponer a otros sujetos obligaciones cuyo contenido se encamina, directa o indirectamente, a la atención de esa necesidad⁷. Obligaciones que se corresponden con derechos subjetivos que la ley reconoce a quienes se encuentran en situación de necesidad. Hay que subrayar, no obstante, que existen ordenamientos jurídicos en los que esta reacción tiene lugar al margen del Derecho privado. Al menos en la medida en que no se utiliza el expediente de atribuir al necesitado una pretensión jurídicamente protegida contra otro particular con el fin de obtener la satisfacción del interés que se protege en este caso⁸. Los instrumentos previstos por la ley son exclusivamente pretensiones contra el Estado o sus órganos, que consisten bien en tener acceso a los servicios que atienden a las personas con ese tipo de problemas, bien en obtener los recursos económicos necesarios para vivir⁹.

⁷ En lo que se refiere al Derecho civil, tanto como una relación jurídica obligatoria en sentido propio, cuanto en calidad de carga que pesa sobre cierto patrimonio común (familiar) o sobre los patrimonios de las personas obligadas por el deber de contribuir al levantamiento de los gastos familiares. Sobre esta distinción, v. Ferran BADOSA COLL, «Comentari a l'article 31 de la Compilació», en *Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya*, vol. I, Barcelona, Bosch, 1987, pp. 401-404.

⁸ En términos generales, v. Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho civil. (Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad)*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 21 ss. Con respecto al Derecho de familia, v. Mary Ann GLENDON, *The New Family and The New Property*, Toronto, Butterworths, 1981, pp. 2-3. Para un replanteamiento de la dicotomía público/privado en esta sede, v. John EEKELAAR, «What is "Critical" Family Law», *Law Quarterly Review*, 105 (1989), pp. 244-261 y 254-258.

⁹ Este es el punto de partida del modelo tradicional del *Poor Law* inglés, Derecho especial constituido por normas de Derecho público en que las pretensiones individuales sólo afectan indirectamente a otros particulares (v. gr., parientes) a través de la vía de regreso establecida expresamente por la ley a favor de la Administración que prestó la asistencia necesaria. Como es sabido, este modelo ha ido evolucionando al mismo tiempo que lo hacía el propio *Common Law* en lo relativo al reconocimiento de deberes civiles a cargo de los padres y de los esposos. Cfr. John EEKELAAR/Mavis MACLEAN, «The Evolution of Private Law Maintenance Obligations: the Common Law», en Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN/John EEKELAAR (coords.), *Famille, État et Sécurité économique d'existence*, Bruxelles, Kluwer-Story Scientia, 1988, pp. 139-142. Pese a todo, se ha subrayado que el Derecho de familia angloamericano ha permanecido fiel a una ética profundamente individualista, hostil a la intromisión del Derecho o de la Administración en los asuntos familiares: «Paradójicamente, la familia en el *Common Law* durante cerca de diez siglos, y exceptuando la legislación de protección de los niños maltratados, de finales del siglo XIX, parece haberse mantenido como una entidad situada a medio camino entre los individuos que la componen y el Estado, en la que la religión, la virtud y el espíritu de sacrificio constituían los únicos garantes, para lo mejor y para lo peor» (Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, «Individualisme et communautarisme: l'individu, la famille et l'État en Europe occidentale», *Droit et Société*, 23/24 (1993), p. 168).

Tanto en un caso (*obligaciones civiles o familiares*, de Derecho privado) como en el otro (prestaciones públicas, de Derecho público o social), la finalidad es esencialmente la misma: proveer a quienes los necesitan de los medios para poder llevar una vida digna. Lo que cambia es, precisamente, el fundamento que autoriza la imposición del deber positivo de prestación a cargo del sujeto pasivo de cada una de esas relaciones obligatorias.

Por lo tanto, hay que presuponer la decisión estatal previa, encaminada a la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad física de los ciudadanos. Ahora no se va a desarrollar este punto ¹⁰. No obstante, sí quiero resaltar que me parece inexacto identificar el fundamento de la obligación legal de alimentos con el *derecho a la vida* del titular del derecho a alimentos. Esta opinión es todavía bastante frecuente ¹¹, pero es inservible para explicar por qué tienen que ser los parientes quienes financien los gastos requeridos para que una persona supere la situación de necesidad que padece. Asimismo, si se aceptase esta tesis, desaparecería toda función como límite del llamado *principio de autofinanciación de las propias necesidades* (art. 152.3.º CC), y la relación alimenticia debería regularse de tal modo que el derecho a alimentos no estuviese condicionado por circunstancias externas, que, por hipótesis, nunca se pueden comparar con el derecho a la vida de su titular. Esto equivaldría a concluir que sólo cuando peligrara *la vida* del obligado o la de los demás familiares más próximos, y por ende acreedores preferentes de alimentos, podría aquél oponerse al cumplimiento de su obligación de prestar alimentos. Parece claro que este resultado no se corresponde con la opinión más generalizada en la doctrina, a cuyo tenor las necesidades del alimentista (y de su familia) y las del alimentante no se pueden equi-

¹⁰ Esta finalidad afecta de un modo esencial a la delimitación legal de los deberes alimenticios (criterio teleológico de interpretación; art. 3.1 *in fine* del Código Civil). En particular, al contenido y caracteres de la deuda alimenticia, y a las vicisitudes en el tiempo de la relación obligatoria de alimentos.

¹¹ En general, por todos, Guido TEDESCHI, «Alimenti (diritto civile)», en Antonio AZARA/Ernesto EULA (Dir.), *Novissimo Digesto Italiano*, I-1, Padova, CEDAM, 1957, p. 485. En España, v. Calixto VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, *Parte especial. Derecho de familia*, 4.ª ed., Valladolid, Cuesta, 1938, p. 522, y Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo IV, vol. 2.º, *Derecho de familia*, Madrid, Sucesores de Rivadeneira, 1898, p. 1202. En particular, v. Pablo BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1958, pp. 33-34, y más recientemente –aunque con notable ambigüedad expresiva– Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, «El derecho a la vida y a la integridad física», *Actualidad Civil* (1987), pp. 1297-1311 y 1307. También es impreciso el apunte de Luis María VILLARINO, «El fundamento del derecho de alimentos y la competencia objetiva y funcional», en *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, Pamplona, EUNSA, 1969, pp. 655-662, pues a más de asimilar fundamento y fuente (ley o convenio), confunde solidaridad familiar y derecho a la vida (660).

parar a efectos de la constitución o de la permanencia de la relación obligatoria de alimentos. En este sentido, se coincide en señalar que no se puede exigir al obligado a dar alimentos que rebaje de un modo sustancial su propio nivel de vida con el fin de atender al titular del derecho a alimentos (arg. ex art. 152.2.º CC) ¹².

1.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS

La delimitación del fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes es, en primer lugar, el paso previo y necesario a la hora de enjuiciar la validez de este instituto en el *juicio de razonabilidad*, por medio del cual se aprecia la constitucionalidad de una norma con base en el principio de igualdad (art. 14 CE) ¹³. El juicio de razonabilidad viene al caso en la medida en que se puede cuestionar si la condición de ascendiente, descendiente o hermano del necesitado es, o no, un *tertium comparationis* relevante a la hora de asignar a una persona obligaciones que la ley no impone a otros particulares, precisamente porque carecen de alguna de esas condiciones. Si esa determinación legal carece de una justificación razonable para esa «condición o circunstancia personal o social» discriminadora (art. 14 CE), la norma que la establezca deberá estimarse inconstitucional. En caso contrario, si la justificación propuesta se considera suficiente, deberá admitirse como principio la validez constitucional de esa norma ¹⁴.

Se podría aducir que tal reflexión es improcedente, pues técnicamente no hay discriminación: la norma no infringe el principio de igualdad ya que las obligaciones familiares de alimentos se imponen por igual a cual-

¹² Por todos, v. Federico PUIG PEÑA, «Alimentos», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. II, Barcelona, Seix, 1950, p. 581, y LACRUZ/SANCHO, en José Luis LACRUZ BERDEJO/Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA/Agustín LUNA SERRANO/Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo IV, *Derecho de familia*, vol. 1.º, Barcelona, José María Bosch, 1990, § 6, núms. 31-34.

¹³ Sobre este punto, v. Javier SUAY RINCÓN, «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (COORD.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, *De los derechos y deberes fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 837-892; Ángel CARRASCO PERERA, «El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional», *REDC*, 11 (1984), pp. 39-106 y 51-52, y Manuel ATIENZA, «Sobre lo razonable en Derecho», *REDC*, 27 (1989), pp. 93-110 y 96-98.

¹⁴ En cuanto a este sentido procesal del principio de igualdad, basado en su función de distribuir la carga de la argumentación de las decisiones jurídicas (de modo que la desigualdad es lo que debe ser fundamentado), v. Jesús Ignacio MARTÍNEZ, «El principio de igualdad y la producción de diferencias en el Derecho», en *Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, XI Jornadas de estudio. El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 540-561 y 548.

quier persona que, teniendo el *status* de pariente, cumpla los requisitos previstos por la ley (especialmente los de capacidad económica). Es decir, no hay discriminación porque *todos los parientes* tienen idéntica obligación, impuesta por la ley: ayudar al familiar menesteroso, si pueden hacerlo. Sin embargo, me parece claro que cabe preguntarse por qué la condición de *familiar* o *pariente* justifica la presencia de unas obligaciones –formuladas legalmente en términos generales, ya que no puede ser de otro modo– de las que están exonerados quienes carecen de parientes o éstos no tienen legalmente derecho a reclamarles alimentos. Para el enjuiciamiento constitucional de esta norma, el *tertium comparationis* se establece partiendo de la identidad basada en la condición de ciudadano. La cuestión de constitucional se justifica suficientemente si se toma como punto de partida la igualdad ante las cargas públicas (art. 14 con relación al 31.1 CE).

En efecto: suponiendo que la atención de los necesitados sea un deber que corresponde a la Administración y que comporta unos gastos, el hecho de que la existencia del vínculo familiar obligue a los parientes a financiar las necesidades del beneficiario potencial de la asistencia social supone teóricamente un ahorro para el erario público. Importa destacar que el contrapunto de este ahorro es una desigualdad de los obligados a dar alimentos con respecto a los demás ciudadanos, puesto que además de pagar sus impuestos liberan a la Administración de una carga que de otro modo debería atenderse con lo recaudado por medio del sistema tributario. Esta conclusión no implica necesariamente la inconstitucionalidad de la medida legal, pero sí exige que ésta sea evaluada a la luz de su razonabilidad según la finalidad perseguida. Desde este punto de vista, lo que hay que verificar, ante todo, es si la opinión tradicional, que vincula el fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes con la idea de la *solidaridad familiar*¹⁵, supera ese juicio de razonabilidad que exige el principio constitucional de igualdad.

Por otra parte, aun en el caso de que el juicio de constitucionalidad se resuelva positivamente, la doctrina acerca de su fundamento tiene una importancia crucial a la hora de enjuiciar la oportunidad de la institución. Es decir: si está suficientemente justificada a la vista de la realidad jurídica, económica y social. En tal caso, el análisis del fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes sirve de marco a la discu-

¹⁵ Por todos, v. Luigi SECCO/Carlo REBUTTATI, *Degli alimenti. Commento del titolo XIII del libro I del codice civile*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 7-8. En España, v. CASTÁN TOBEÑAS/GARCÍA CANTERO, en José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, *Derecho de Familia*, vol. 2.º, *Relaciones paterno-filiales y tutelares*, 9.ª ed. rev. y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO y José M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, 1985, p. 359, y Mariano ALONSO PÉREZ, «Los alimentos debidos a la viuda encinta. (Análisis y revisión del art. 964 CC)», *RGLJ*, 227 (1969), pp. 373-419 y 393 ss.

sión sobre la justificación de la normativa vigente, en cuanto a sus presupuestos económicos y sociales, y en lo que se refiere a las condiciones en que se aplica o debe aplicarse.

1.4 DATOS SOCIODEMOGRÁFICOS SOBRE LAS REDES FAMILIARES EXTENSAS EN ESPAÑA

Aunque no constituyen el objeto preferente de estudio ni para sociólogos ni para juristas, las redes familiares extensas todavía funcionan y se cuenta con ellas cuando sus miembros están en dificultades. Frente a las tesis dominantes hace unos años, centradas en la nuclearización de las estructuras familiares, hoy predomina, en la sociología de la familia, la opinión que sostiene que la disminución del número y de la proporción de familias múltiples y extensas no presupone la desaparición del parentesco como institución social, ni de su expresión más importante: las relaciones entre padres e hijos adultos ¹⁶.

Nuestro país se distingue precisamente porque todavía cuenta con un número significativo de familias multigeneracionales. Además, cuando los padres y sus hijos e hijas adultos viven en hogares independientes, los contactos de todo tipo son muy frecuentes.

La estructura sociodemográfica de España se caracteriza por la importancia de los hogares extensos (matrimonios con o sin hijos pero con otras personas), con un 11,85 por 100, y múltiples (hogares en los que conviven dos o más núcleos familiares), con un 3,42 por 100. Lo que significa que aproximadamente un 17 por 100 de la población vive en este tipo de hogares. En el conjunto europeo, estos tipos de hogares sólo alcanzan el 6,51 por 100 y el 1,01 por 100, respectivamente ¹⁷.

Ciertamente también existe entre nosotros una tendencia a la disminución porcentual de este tipo de hogares extensos y múltiples, que se refleja en que en 1970 representaban el 21 por 100. La reducción media se ha calculado en un 45 por 100 durante los años 80. Con respecto a esta regresión de las formas familiares complejas, sin embargo, hay que

¹⁶ Véase el estudio sobre las «Redes familiares» en España, elaborado por Lluís FLAQUER RIUTORT, en Miguel JUÁREZ (Dir.), *V Informe sociológico sobre la situación social en España. Sociedad para todos en el año 2000*, Madrid, Fundación Fomento de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada (FOESSA), 1994, pp. 481-487. En general, sobre este punto, v. Martine SEGALÉN, *Antropología histórica de la familia*, Madrid, Taurus, 1992, pp. 79-97. En otros países industriales, como Suecia o Canadá, se ha vivido una fase de dispersión entre las generaciones, derivada de una fuerte movilidad geográfica. Sin embargo, en los últimos años se constata una cierta reestructuración de las redes de parentesco [v. Agnès PITROU, «Dépérissement des solidarités familiales?», *L'année sociologique*, 37 (1987), p. 213, nota 5].

¹⁷ Al respecto, v. Plafond Communautaire Ménages 1994, en *Estatistiques en bref. Population et conditions sociales*, 1996/5, pp. 3-4.

subrayar que las formas familiares tradicionales parecen haber arraigado en un contexto urbano de crisis laboral, aunque desde luego no responden a las tradicionales exigencias de la troncalidad campesina. La cohabitación de dos núcleos familiares ligados por la filiación ya no obedece a la articulación de una unidad de producción sobre la base de una explotación familiar de la tierra o de alguna otra fuente de renta, que asegura la supervivencia del grupo y promueve la solidaridad doméstica entre dos generaciones de adultos. La coresidencia es hoy, corrientemente, producto de las dificultades del núcleo familiar de la generación más joven para poder establecerse por su cuenta ¹⁸.

Por otra parte, si bien los españoles han substituido en los últimos años la convivencia con sus mayores en un mismo hogar por una residencia independiente, los indicadores de proximidad residencial permiten deducir una tasa muy alta de contactos, así como de ayuda mutua y de servicios recíprocamente intercambiados ¹⁹.

No se dispone de datos que permitan detectar la dirección de las tendencias y medir la influencia de los recientes cambios económicos y sociales sobre las redes familiares de parentesco. Sin embargo, varias fuentes proporcionan información valiosa sobre el funcionamiento de las redes familiares de solidaridad.

¹⁸ Cfr. Miguel REQUENA Y Díez DE REVENGA, «Formas de familia en la España de hoy», en Enrique GIL CALVO/Luis GARRIDO (eds.), *Estrategias familiares*, Madrid, Alianza, 1993, pp. 249-270 y 262.

¹⁹ Aunque no existen estudios profundos sobre proximidad residencial, de los que obtener información sobre la llamada *estructura de oportunidad* de la interacción entre parientes —es decir, sobre el conjunto de costes asociados a la relación de parentesco— sí se dispone de datos muy concretos de la *Encuesta Metropolitana de Barcelona*, realizada por última vez en 1995. De esta encuesta se desprende que un 51,1 por 100 de los entrevistados se relaciona preferentemente con familiares y un 30,5 por 100 con amigos. Como media, las personas con las que se relacionan más frecuentemente viven: el 33,3 por 100 en otros barrios del municipio, el 31,2 por 100 en el mismo barrio, el 4,1 por 100 en la misma escalera, el 8,8 por 100 en municipios cercanos y solamente un 16,5 por 100 fuera de Cataluña. INSTITUT D'ESTUDIS METROPOLITANS DE BARCELONA, *Dades estadístiques bàsiques de la ciutat, l'àrea i la regió metropolitana de Barcelona (Enquesta de la Regió Metropolitana de Barcelona 1995. Condicions de vida i hàbits de la població)*, Barcelona, Mancomunitat de Municipis de l'Àrea Metropolitana/Diputació de Barcelona, 1996 (Dades Bàsiques, 1), pp. 80-81. Estos datos se pueden completar con los datos para Cataluña sobre el lugar de residencia de los padres en la actualidad: un 45,2 por 100 de los padres (un 51,7 por 100 de las madres) no reside con ningún hijo, pero casi la mitad de los padres vive en el mismo municipio (24,3 por 100) (las madres en un 26,1 por 100); un tercio vive en distinto municipio pero en la misma provincia (para las madres la cifra es el 10,2 por 100) y una pequeña parte vive en distinta provincia en la misma Comunidad Autónoma (2,6 por 100). Sólo una minoría (el 6,9 por 100) vive en distinta Comunidad Autónoma (aunque nótese que se trata de una región habitada por un gran número de inmigrantes) y únicamente el 0,4 por 100 está en el extranjero. Sólo del 0,8 por 100 de los padres (0,6 por 100 de las madres) se desconoce el lugar de residencia. Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta sociodemográfica 1991*, tomo III, *Resultados por Comunidades Autónomas. Cataluña*, Madrid, INE, 1994, p. 197.

A este efecto, los datos de la Encuesta de la Región Metropolitana de Barcelona 1995 (*Condiciones de vida y hábitos de la población*) son bastante ilustrativos. Se preguntó a los entrevistados a quién se dirigían con preferencia ante problemas de diferente tipo. Del 66,1 por 100 que reconoció haber tenido dificultades económicas, un 24,2 por 100 habría acudido a los padres y un 11,2 por 100 a otros familiares. Un 10,7 por 100 no pidió ayuda a nadie y solamente un 2,4 por 100 se dirigió a profesionales (v. gr., servicios sociales y similares). Para el caso de enfermedad, el recurso más utilizado fue la propia pareja (38,4 por 100) seguido de los padres (23,5 por 100) y de otros familiares (14,1 por 100). Los amigos y los servicios profesionales (hecha excepción del médico) sólo alcanzan un máximo del 2,5 por 100. Un 4,2 por 100 no acudió a nadie. Para los problemas afectivos y familiares, en cambio, aumentó el porcentaje de quienes no se dirigieron a nadie para que les ayudase (8 por 100) y, en su caso, se habría solicitado primero la ayuda de los amigos o de los compañeros de trabajo, antes que la de padres o familiares.

Otro dato interesante proviene de las encuestas realizadas en el sector de población anciana. Se constata la tendencia a la separación residencial de las generaciones, pero esta opción, motivada por la mayor esperanza y calidad de vida y una cierta mejora en la autonomía económica y social de las personas mayores, no significa necesariamente una disminución de las relaciones con hijos o descendientes. Esto se demuestra por el hecho de que, a medida que envejecen y es más precaria su situación general, y crece su dependencia de otras personas, la mayoría pasa a vivir con alguno de los hijos o a alternar su residencia entre las casas de sus hijos o las de otros familiares, conviviendo unas temporadas con alguno de sus hijos y otras con otro. La residencia permanente del padre o madre de avanzada edad en un establecimiento colectivo es relativamente poco frecuente ²⁰.

A partir de los cuarenta y cinco años, momento en que los padres empiezan a tener edades avanzadas, el porcentaje de personas que tienen a su padre, madre o a ambos conviviendo con ellos crece alcanzando niveles bastante elevados. Especialmente en el caso de las mujeres mayores de cincuenta y cinco años con padres ya ancianos, que incluso estando casadas conviven con sus padres en un 28,3 por 100 de los casos. Esta situación se encuentra directamente relacionada con la edad de los padres, produciéndose sobre todo en casos de padres o madres que han enviudado, por lo que

²⁰ En 1981, sólo el 1,85 por 100 de la población de setenta a setenta y cuatro años vivía en hogares colectivos, porcentaje que aumenta hasta el 5,55 por 100 para los de ochenta y cinco años o más. El resto, un 12,87 por 100, vivían solos y un 81,6 por 100 compartían el hogar con otros familiares. Aunque la situación podría haber variado en los años 80, los datos de la *Encuesta Sociodemográfica* de 1991 no indican cambio de tendencia alguno, sino que muestran que, cuando las condiciones físicas fallan, el recurso principal de los ancianos es acudir a la red de solidaridad familiar.

su incidencia es estadísticamente más alta entre las madres, dado el mayor porcentaje de viudedad en las mujeres que en los varones ²¹.

Por lo demás, un 70 por 100 de las personas mayores afirmaba en 1989 padecer dificultades para vivir normalmente con lo que ingresaba por la pensión. Una media del 22 por 100 reconocía depender económicamente de sus hijos o familiares y un 12,6 por 100 aseguraba que tenía que pedir dinero a familiares y amigos debido a la grave reducción de sus ingresos tras la jubilación ²².

Por último, otro supuesto clave para evaluar el funcionamiento real de las redes familiares es el de los jóvenes mayores de edad. Es de sobra conocida su falta de autonomía económica. Concretamente, sólo uno de cada cinco jóvenes menores de treinta años puede considerarse económicamente emancipado o independiente. En ese caso, por lo común, se habrá casado y habrá formado su propio hogar ²³. Casi dos de cada tres jóvenes, en cambio, se encuentran en situación de dependencia total de su familia y un 4 por 100 continúa en ese estado a pesar de tener su residencia habitual fuera de la vivienda de sus padres ²⁴. Los datos del 2.º trimestre de la EPA de 1991 señalaban que un 85 por 100 de la población de veinte a veinticuatro años estaba en situación de hijo en relación con la persona principal del hogar en que vive y, en el grupo de edad siguiente, de los veinticinco a los veintinueve años, un poco más de la mitad de los jóvenes permanecía en el hogar paterno (un 62 por 100 de los hombres y un 45 por 100 de las mujeres son hijos o hijas de la persona

²¹ Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Panorámica Social de España*, Madrid, INE, 1994, pp. 111-112.

²² CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS, *Estudio núm. 1972* (1989). Citado en: *Informe sobre la situación de la familia en España*, pp. 316-317. Un factor que facilita la independencia residencial de las personas mayores es la propiedad de su vivienda. Aunque la situación puede haber cambiado de resultados de la política desarrollada a partir de 1989 en materia de pensiones para la vejez (pensiones no contributivas), una parte importante del alto nivel de independencia de los ancianos españoles se debe al apoyo (económico, pero sobre todo de cuidado informal) de sus familias. Fundamentalmente del cónyuge o del familiar con quien convive (70,3 por 100). Bastante menos del familiar con quien no convive (17 por 100). Cuidan de sí mismos tan sólo el 1,6 por 100.

²³ Solamente un 17 por 100 de los jóvenes que son independientes económicamente viven en casa de sus padres. Los datos disponibles no parecen indicar que la propensión de los jóvenes a crear hogares independientes, sin pasar por el matrimonio, se haya incrementado en España a lo largo de los años ochenta. La proporción de casados ha descendido fuertemente en las edades más jóvenes, pero en su lugar no parece haberse optado por una independencia basada en hogares sin núcleo familiar de dos o más personas o en hogares de solitarios. Esto se concluye en el análisis comparado de los datos de 12 países de la CEE. Existen en este punto dos modelos familiares contrapuestos, uno para el norte y otro para el sur de Europa (más Irlanda). En el primero, la transición entre el hogar familiar y el nuevo hogar es menos directa, con episodios más o menos puntuales de autonomía y de cohabitación. En los segundos, en cambio, los hijos viven en el hogar familiar hasta que se encuentran en condiciones de fundar su propio hogar, en general casándose [EUROSTAT, *Estatistiques en bref. Population et conditions sociales 1996/5*, p. 4].

²⁴ V Informe FOESSA, pp. 476 ss.

principal del hogar)²⁵. Según los resultados de la *Encuesta Sociodemográfica*, un 92,7 por 100 de los jóvenes de quince a veinticuatro años con padre, madre o ambos, conviven con sus padres, y casi la mitad —47,9 por 100— de los que tienen entre veinticinco y treinta años.

Examinando los ceses de convivencia con los padres en diversas épocas²⁶, se observa que la edad media para los registrados con posterioridad a 1980 se cifra en veintiocho coma cinco años para los varones y veintisiete coma siete años para las mujeres, edades sensiblemente superiores a las registradas en décadas anteriores.

Con arreglo a los datos que se acaban de reproducir, se impone una conclusión: las relaciones de parentesco siguen teniendo un peso muy notable a la hora de enfrentar las dificultades económicas y las situaciones de dependencia. En este contexto, hay que señalar, en primer lugar, que el reagrupamiento familiar es el modo de adaptación a las situaciones económicas desfavorables o a otras situaciones de necesidad o dependencia. Las entregas de dinero, por el contrario, son mucho menos importantes en cuantía total que las redistribuciones de presupuestos o de tareas en el seno de las unidades familiares, por la absorción de algún miembro de la familia en situación económica precaria o por tareas relacionadas con su cuidado²⁷. En cualquier caso, los datos revelan el papel fundamental de la familia en el apoyo económico y en el cuidado a las personas mayores, situación que es común a todos los países del sur de Europa y que contrasta notablemente con la de los países del norte²⁸. La red de solidaridad familiar funciona cuando las pensiones no son suficientes para garantizar la autonomía de los individuos y cuando, a causa del deterioro de su estado de salud, los ascendientes ancianos devienen

²⁵ *Informe sobre la situación de la familia en España*, p. 171.

²⁶ *Panorámica Social de España*, pp. 109-110.

²⁷ Únicamente tres de cada cien familias dicen recibir ayuda monetaria habitual de otros familiares, generalmente hijos, padres o esposos. *Informe sobre la situación de la familia en España*, pp. 324-5. Esto se corresponde con los bajísimos porcentajes de gastos familiares correspondientes al capítulo de transferencias regulares u ocasionales a otros hogares de familiares en el marco de la *Encuesta continua de presupuestos familiares (Año 1990/1991)*, tomo 1, *El Gasto y el ingreso de los hogares. Conjunto nacional* y en la *Encuesta continua de presupuestos familiares. Datos provisionales (1996 Primer a tercer trimestre)*, ambas responsabilidad del INE.

²⁸ Lluís FLAQUER, «El modelo de familia española en el contexto europeo», en Sebastià SARASA/Luis MORENO (comps.), *El Estado del bienestar en la Europa del sur*, Madrid, CSIC, Instituto de estudios sociales avanzados, 1995, pp. 289-311, 304-305. Curiosamente, sin embargo, en sondeos recientes los ancianos opinan mayoritariamente (67,4 por 100) que las familias están menos dispuestas que antes a cuidar de las personas mayores cuando éstas lo necesitan, y esta opinión es muy aceptada en Luxemburgo, Italia, Francia y España (80 por 100), mientras que en Irlanda, Dinamarca y el Reino Unido domina la idea contraria. Con todo, hay que tener presente que en esta encuesta se preguntó la sensación general y no la relativa a su propia familia. Cfr. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Les attitudes face au vieillissement. Principaux résultats d'une enquête de l'Eurobaromètre* [s.e.], 1993, p. 29.

personas dependientes. Por lo que se refiere a los adultos jóvenes, parece claro que las tasas de desarraigo y conflictividad social hubieran sido probablemente mucho más elevadas de no haberse contado con el soporte de la familia ²⁹.

2. LA SOLIDARIDAD FAMILIAR COMO FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

La larga tradición histórica del instituto jurídico que se conoce con la expresión alimentos entre parientes requiere que el examen de su fundamento se efectúe en dos terrenos distintos, bien que complementarios. Primero, estudiando el origen y la evolución de esta institución en la sociedad y en el Derecho romanos, ya que de este último la recibieron los ordenamientos que aun reconocen este tipo de obligaciones civiles ³⁰. Allí debe situarse también su fundamentación básica. La segunda línea de análisis consiste en cotejar el fundamento histórico de esta institución y su posible justificación actual.

La solidaridad familiar es un trasunto de la idea de *pietas*, forjada en el seno de la familia romana y que luego fue adaptada, conforme a los principios de la tradición cristiana, por la doctrina de la Iglesia ³¹. La evo-

²⁹ Cfr. PITROU, «Dépérissement», p. 213. De ahí que quienes no han podido contar con el apoyo familiar hayan caído generalmente en la pobreza y la marginación: hogares unipersonales sin cualificación profesional, familias monoparentales encabezadas por mujeres, jóvenes expulsados o huidos de sus hogares, constituyen —como concluyen Carlos Alonso ZALDÍVAR y Manuel CASTELLS, *España fin de siglo*, Madrid, Alianza, 1992, p. 126— «el punto ciego del sistema, al que no llega ni el mercado de trabajo, ni el sistema público de protección, ni la trama social de apoyo familiar».

³⁰ Hans-Georg LANDFERMANN, «Der Kreis der unterhaltspflichtigen Personen im europäischen Familien- und Sozialhilferecht», *RabelsZ*, 35 (1971), p. 508.

³¹ Como veremos enseguida, la juridificación, a partir de mediados del siglo II d. J. C., de normas de conducta hasta entonces únicamente sancionadas (aunque al parecer no suficientemente) por la ética social, se produce previa invocación de la virtud de la *pietas*, cuyo acatamiento se considera forzoso en el seno de la familia, definida ya —única y definitivamente— por el vínculo de consanguinidad (*familia cognaticia*). Desde ese momento, que la adscripción al grupo familiar determina la existencia de este tipo de obligaciones y constituye su fundamento jurídico es un principio incuestionado, por más que, a mayor abundamiento, en ciertas épocas se haya puesto énfasis en su calificación como deuda *natural*, o exigida por la *ley natural* (cfr. Título 19, Partida 4.ª: «piedad e debdo natural», «tenudos son naturalmente»). Al respecto, además de influir sobre muchos aspectos prácticos del instituto, la importancia del Derecho canónico en la cuestión de la fundamentación de los alimentos entre parientes es notable por más de un concepto. En primer lugar porque «le restituyó su fisonomía propia, esto es, la de ser un instituto inspirado en motivos de humanidad y, hasta cierto punto, en la piedad» (Antonio MARONGIU, «Alimenti (dir. intermedio)», en *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 21-

lución producida en Roma permite constatar, sin embargo, que existe una relación esencial entre los cambios en la estructura socioeconómica (propicios a la libertad y a la autonomía de los individuos) y el proceso que condujo a dar cobertura jurídica a obligaciones cuyo único soporte había sido durante mucho tiempo la moralidad social [§ 2.1]. En la actualidad este fundamento histórico se tiene que vincular con el valor ético de la solidaridad, que sirve para dar razón de las obligaciones de los parientes en general, ya que, como veremos, sólo así se superan los confines que tiene la argumentación basada en los principios de consentimiento, responsabilidad y gratitud [§ 2.2].

2.1 LA TRANSFORMACIÓN DE LAS OBLIGACIONES FAMILIARES DE ALIMENTOS EN EL MARCO DE LOS CAMBIOS EN LA SOCIEDAD Y LA ECONOMÍA ROMANAS

Como es sabido, el Derecho de familia romano del período preclásico se basa en el poder unitario del *paterfamilias* sobre personas y cosas, que comprende diversas manifestaciones: sobre la mujer (*manus maritalis*), sobre los hijos (*patria potestas*), sobre los esclavos (*dominium*) y sobre los hijos de otros entregados en venta al *paterfamilias* (*mancipium*). Partiendo de esta organización de la vida familiar, hay que concluir que no existía en esa época garantía jurídica alguna con respecto al sostenimiento de los miembros de la familia. Es más, en la medida en que

24, 21). Pero lo principal es que el carácter sagrado atribuido a las obligaciones familiares de alimentos permitió superar con éxito el prejuicio de los compiladores justinianos, en lo tocante a las fuentes de obligaciones civiles. Como ha subrayado Antonio MARTÍN PÉREZ, frente a la concepción romana, reacia a admitir que un vínculo grave y anormal –tal como es concebida la *obligatio*– pudiera producirse *ope legis*, con desconocimiento y sin voluntad de la persona que resulta vinculada, habría sido necesario «acudir a la alta instancia de la ley natural... para que realizara la fundamentación de la norma creadora de obligaciones, permitiendo que por sí misma las legitimase, en pie de igualdad con aquel acto de parte que exclusivamente hasta entonces las fundamentara» («Comentario al art. 1090», en Manuel ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XV-1, Madrid, EDESA, 1989, pp. 167-168). Tradición que POTHIER utiliza específicamente para justificar las obligaciones de alimentos entre parientes: «hay obligaciones que tienen por sola y única causa inmediata la ley, como la de los hijos, cuando tienen los medios, de alimentar a sus padres que están en la indigencia: es la ley natural sola la que produce en ellos tal obligación» (Robert Joseph POTHIER, *Oeuvres de Pothier*, tome I, *Traité des obligations*, Paris, Dabo Jeune, 1825 [Barcelona, Banchs, 1974], p. 161). Por tanto, nuestra tradición jurídica no es ajena a la imposición de obligaciones, cuya motivación puede ser muy diversa (y más o menos suficiente), pero que son exigibles aun cuando no pueda decirse que hayan sido consentidas (expresa o implícitamente) por los sujetos pasivos. Cfr. Pablo SALVADOR CODERCH, «El artículo 1090 del Código Civil», *RJC*, 77 (1978), pp. 551-597, y allí más referencias. Por esta razón, en nuestro ordenamiento, sería incorrecto invocar la falta de consentimiento de los llamados a prestar alimentos para denunciar como insuficiente la fundamentación de las obligaciones familiares de alimentos (v. *infra*, nota 81).

la vida de la familia venía regulada por el *pater* de modo soberano ³², en su seno habían de ser de todo punto inconcebibles las reclamaciones entre el *paterfamilias* y los *filiifamilias*. De donde se deduce, igualmente, que no podían existir ni un derecho a alimentos ni un derecho a la constitución de dote.

A pesar de esta superestructura jurídica, el *paterfamilias* tenía sólidos incentivos para proveer al sostenimiento tanto de su esposa como de los hijos y descendientes sometidos a su potestad. En primer lugar, en el marco de una economía agraria de carácter autárquico, tenía que mantenerles por cuanto que su colaboración era de hecho indispensable para preservar y aumentar su propio patrimonio, así como para asegurar la continuidad de la casa. Pero sobre todo importa destacar la eficacia vinculante de los deberes de carácter social, que la tradición y la moralidad imponían al jefe de la familia. De ahí que, frente a la ausencia de deber jurídico de mantener a la propia esposa –incluso en el matrimonio *cum manu*– siempre existió una obligación moral ³³, cuya infracción se sancionaba con el divorcio del consorte ³⁴. Por lo que se refiere a los hijos, la función normativa de la *pietas* en el seno de la familia parece haber sido también esencial. En este sentido, se ha señalado que la tradición romana asociaba la virtud de la *pietas* –en el contexto de la familia– no tanto a la sumisión a una autoridad superior (como fundamento de la sujeción a la potestad *pater*), sino al afecto recíproco y a las obligaciones compartidas por todos los miembros de la familia ³⁵. La familia romana se

³² Giuseppe LAVAGGI, «Alimenti (Dir. rom.)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 18-21 y 19.

³³ Como destaca Fritz SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1951 [Aalen, Scientia, 1992], p. 115, muy pocas reglas se ocupan de los efectos inmediatos del matrimonio sobre las relaciones personales: «the classical law concerning personal relations between husband and wife is rather scanty, but it is just this legal reserve which is required by *humanitas*».

³⁴ Maria Gabriella ZOZ, «In tema di obbligazioni alimentari», *BIDR*, 73 (1970), pp. 323-355, 344 ss.

³⁵ De donde se deduce que sería incorrecto equiparar a hijos y esclavos en tanto que miembros de la casa sometidos al poder absoluto del *pater*, ya que frente a los esclavos la *pietas* no le obligaba a nada. Por lo mismo, se rebate la idea tan común de que la familia romana sólo devino unidad de obligaciones morales por la influencia de la filosofía estoica y del cristianismo. Cfr. Richard SALLER, «Corporal Punishment, Authority, and Obedience in the Roman Household», en Beryl RAWSON (ed.), *Marriage, Divorce, and Children in Ancient Rome*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 144-165 y 151. Esto concuerda con la tesis de la decadencia del llamado *ius vitae necisque* mucho antes del período clásico; decadencia que –como sucede con otros institutos del antiguo *ius civile*– tiene lugar como efecto de los límites impuestos desde muy pronto por los *mores* y por la autoridad de los censores. Cfr. Bernardo ALBANESE, «Nota sull'evoluzione storica del *ius vitae ac necis*», en *Scritti giuridici*, vol. I, Palermo, Palumbo, 1991 (Il circolo giuridico «L. Sampolo», XLVII), pp. 3-26, 25. Si se comparte esta opinión, esta facultad dejó de tener lugar en un momento en que la *patria potestas* ya habría evolucionado en la línea de un poder de dirección y sanción basado en la *pietas* y del que, como consecuencia, no cabría abusar.

constituyó como unidad moral precisamente con base en elementos de raíz religiosa, de los que surgían esos deberes para con los familiares. Me refiero al *officium* y la *pietas*, que son la verdadera esencia de los deberes alimenticios y que sólo en un momento muy posterior hubo que revestir jurídicamente³⁶. Esta última circunstancia llegó como resultado de los cambios económicos, sociales y demográficos que se produjeron en la sociedad romana tras la extraordinaria expansión militar y comercial de la ciudad de Roma, cuyo comienzo se puede situar aproximadamente tras las guerras púnicas (265 a. J. C.).

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, es habitual destacar que el proceso que terminó con el establecimiento por la ley de obligaciones recíprocas de alimentos entre parientes comenzó con el debilitamiento de la potestad paterna. Desde este punto de vista, la familia habría perdido progresivamente la significación que tuvo como ente jurídico encabezado por el *pater*, y esto habría sido el presupuesto básico para reconocer a los hijos e hijas derechos frente a su padre³⁷. A partir de ese instante, las relaciones entre padres e hijos tuvieron que interpretarse exclusivamente en términos de *humanitas* y *pietas*³⁸. Si bien el padre se encontraba jurídicamente obligado frente al hijo, como nunca lo había estado en el antiguo *ius civile*³⁹, los hijos le debían recíprocamente *honor*, *obsequium* y *reverentia*⁴⁰. Además —por basarse en la *pietas* familiar— estos derechos y deberes existían pese a haber sido el hijo emancipado⁴¹.

³⁶ Alfred PERNICE, «Parerga (II). Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte», ZSS, 5 (1884), pp. 1-135 y 23. En las fuentes, el fundamento es siempre la *pietas* (*paterna pietas*, *officium pietatis*), en este sentido romano del término. Cfr. Ulp. D. 25, 3, 5, 15 («exhibendos parentes pietatis exigit ratio»), D. 25, 3, 5, 17 («ad ea praestanda, quae vivus filius ex officio pietatis suae dabit»). La referencia de D. 25, 3, 5, 2 a la *aequitas* y a la *charitas sanguinis*: («[et] quum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere oportet») se ha dado por seguro que era una interpolación (v. Pietro BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. I, *Diritto di famiglia* (Ristampa corretta della I.ª edizione a cura di Giuliano BONFANTE e di Giuliano CRIFÒ), Milano, Giuffrè, 1963, p. 380, nota 3). Sin embargo, en la actualidad hay que reconocer que bien podría ser que el uso de tales términos, por la época en que escriben Ulpiano o Modestino, hubiese sido ya corriente, y que no se trate, por tanto, de expresiones interpoladas. Debo agradecer esta última observación, así como otras muchas sugerencias sobre esta parte del trabajo, al profesor José Luis Linares Pineda.

³⁷ Hay que destacar, además, que no se trataba de deberes conexos al *status* de persona sometida a la potestad paterna, sino de pretensiones independientes de ésta que tenían como destinatario, más que al titular de la patria potestad, al progenitor.

³⁸ Joan MIQUEL, *Derecho privado romano*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 375.

³⁹ Y aun al comienzo del período clásico (cfr. SCHULZ, *Classical Roman Law*, p. 157).

⁴⁰ Max KASER, *Das römische Privatrecht*, II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, 2. Aufl., München, Beck, 1975, pp. 203-206.

⁴¹ En las fuentes se dirá expresamente que la obligación de alimentos es recíproca entre padres e hijos e independiente de la patria potestad: Ulp. D. 25, 3, 5, 1. Nótese, además, que, como señalara BONFANTE, *Corso*, pp. 83 y ss., la emancipación en el *ius civile*

No obstante, hay que reconocer que la evolución de la patria potestad hacia una mayor autonomía de los hijos fue una necesidad de esta fase del proceso histórico, en la cual un gran número de *filiifamiliae* tuvo la ocasión de dejar la casa paterna con el fin de adquirir su propio patrimonio como soldados, funcionarios, mercaderes o artesanos. Esto habría tenido graves consecuencias para el equilibrio social de Roma, especialmente ante las situaciones de crisis económica. En efecto: como consecuencia de los cambios en las estructuras familiares y socioeconómicas, un número creciente de hijos de familia dejó de contribuir con su trabajo a la casa del *paterfamilias*, y, en el caso de los emancipados, los bienes que éstos adquirirían ya no aumentaban la fortuna del *paterfamilias*. La contrapartida negativa de esta situación fue que, al haberse disuelto el grupo familiar previamente existente, muchos más individuos adultos estaban expuestos a caer en la indigencia al carecer del soporte de la casa familiar. Desde luego también debieron de aumentar las dificultades para el *pater*, al obtener menos recursos tanto para su propio sostenimiento como para el de quienes permanecían en la casa bajo su autoridad ⁴².

El concurso de estos dos aspectos –jurídico y socioeconómico– explica por qué finalmente la legislación imperial hubo de reforzar, con la coacción jurídica, el cumplimiento de las obligaciones morales para con los familiares. Rota la estructura económica en que se basaban los deberes inherentes a la *pietas* familiar, llegó un momento en el que los *mores* carecían de la fuerza o de la autoridad suficiente para contrarrestar la inseguridad económica que afectaba, por una u otra razón, a los miembros de la familia. Lo cual coincide con la superación de la familia agnaticia y la consolidación definitiva, en el plano jurídico, de las relaciones familiares basadas en la consanguinidad. El punto clave se debe situar entonces en el momento en que se traspasan los límites de la casa y se llega a reconocer una pretensión recíproca de alimentos entre padre e hijo que viven separados ⁴³.

En esta hipótesis, la obligación legal de alimentos con carácter recíproco entre parientes en línea descendiente y ascendiente es el resultado de la generalización de los rescriptos imperiales, que se efectúa por los juristas tras haber alcanzado ya un carácter estable y regular ⁴⁴. El origen

se concebía como una sanción, ya que excluía al hijo de la *gens* en que nació dejándole sin nada. Posteriormente, en cambio, el *ius honorarium* convierte a la emancipación en una situación muy ventajosa, al calificar al hijo como *sui iuris*, sin perjudicar sus expectativas sucesorias (lo que a la postre se intenta compensar mediante la *collatio emancipati*).

⁴² LAVAGGI, «Alimenti», p. 19.

⁴³ En este sentido, v. Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14.ª ed., Napoli, Jovene, 1978 [rist. anast. 1987], p. 430.

⁴⁴ Por todos, v. Max KASER, *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vor-klassische und das klassische Recht*, 2. Aufl., München, Beck, 1971, p. 351.

del sistema se encuentra en la práctica de los cónsules, que, al parecer, fueron la primera autoridad llamada a decidir sobre este tipo de litigios. Al principio de un modo excepcional, esto es, sólo ante hechos que se consideraban particularmente escandalosos⁴⁵. Pero, al proliferar este tipo de problemas, mediar en las reclamaciones entre familiares se convirtió en una de sus funciones habituales⁴⁶, lo cual es perfectamente coherente con el paternalismo característico de los gobernantes de esa época⁴⁷.

Al afianzamiento de esta práctica administrativa en los siglos II y III siguió la paulatina ampliación del círculo de los legitimados activa y pasivamente. De tal modo, que al final de este proceso, en el período de la codificación de Justiniano, alcanzaba ya a todos los ascendientes y descendientes⁴⁸.

Así pues, el origen de las obligaciones familiares de alimentos se encuentra en los valores consuetudinarios propios de la familia romana vinculados a su particular componente religioso (*pietas, officium*), y que las transformaciones económicas de la sociedad romana forzaron a convertir en preceptos con sanción jurídica. Como es obvio, esto supuso al

⁴⁵ Al respecto, v. Paul FRÉDÉRIC GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2ème. partie, Paris, Duchemin, 1929 [Rep. anast. Vadoz, Topos, 1978], p. 676.

⁴⁶ Esto explica el procedimiento previsto para la reclamación: *cognitio extra ordinem* ante el emperador o sus delegados (caracterizado el uso de la *pignoris capio*, instrumento por excelencia del procedimiento público). Cfr. Paul JÖRS/Wolfgang KUNKEL/Leopold WENGER, *Römisches Recht*, 4. Aufl. neu bearbeitet von Heinrich HONSELL, Theo MAYER-MALY und Walter SELB, Berlin [etc.], Springer, 1987, p. 413, y KASER, *Römisches Privatrecht*, I, p. 209.

⁴⁷ Aunque es frecuente señalar a Antonino Pío (138-161 d. J. C.) como el introductor de esta práctica legal (cfr. Ulp. D. 25, 3, 5, 5), el reconocimiento de la pretensión del padre empobrecido frente a su hijo puede situarse al menos durante el reinado de Adriano (117-138 d. J. C.). Es probable que las decisiones informales de éste llegaran a ser con sus sucesores una práctica regular de la Administración imperial. Al respecto, v. A. Arthur SCHILLER, «“Alimenta” in the “Sententiae Hadriani”», en *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol. IV, Torino, Giappichelli, 1971, pp. 401-415). En cualquier caso, en este momento no parece posible vincular el reconocimiento jurídico de los deberes familiares a la expansión del cristianismo, pues si bien en esta época ya había familias cristianas en Roma su influencia sociopolítica no era significativa. Sobre este aspecto, puede verse Beryl RAWSON, «The Roman Family», en Beryl RAWSON (ed.), *The Family in Ancient Rome*, London, Sydney, Croom Helm, 1986, pp. 1-57 y 6.

⁴⁸ Se ha destacado autorizadamente la influencia de la doctrina de los padres de la Iglesia en esta generalización de las obligaciones alimenticias (v. Jean GAUDEMET, «Les transformations de la vie familiale au Bas-empire et l'influence du Christianisme», en *Études de droit romain*, vol. III, *Vie familiale et vie sociale*, Camerino, Jovene, 1979, pp. 281-310 y 304). Sin embargo, Jack GOODY, *L'évolution de la famille et du mariage en Europe*, Paris, Armand Colin, 1985, sostiene convincentemente que el desmantelamiento de los vínculos entre los parientes comenzó en la época en que la Iglesia auspiciaba la enajenación a su favor de bienes y servicios, estimulando la independencia de los fieles con respecto a sus familias. A este efecto, ha escrito que «la nueva secta cristiana no dejó de poner en sordina el papel de la parentela, ya gravemente minado por los progresos económicos y la proliferación administrativa» (212).

menos dos cambios de relieve para la mentalidad romana tradicional. De un lado, el Derecho se inmiscuía en los asuntos de la familia, antaño reservados a la autoridad del *paterfamilias*. En segundo lugar, esta intromisión se producía por medio de un instrumento de la gravedad de la *obligatio*, cuya utilización con respecto a los parientes es ya un reflejo de los profundos cambios acontecidos en las relaciones familiares.

2.2 LA FUNDAMENTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS ENTRE ARGUMENTACIÓN MORAL Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS

La tradición que tiene su origen en las fuentes del Derecho romano nos ha legado unas obligaciones que la ley conecta a la pertenencia –en modo y grado distintos según las latitudes– al grupo familiar. En su momento, los preceptos morales devinieron jurídicos en la medida en que lo hizo necesario el cambio de sus presupuestos socioeconómicos. Pese al tiempo transcurrido, la idea de que la adscripción al grupo familiar genera este tipo de obligaciones ha permanecido, en lo sustancial, inalterada⁴⁹.

Hoy en día, sin embargo, no es sencillo ofrecer una justificación que abarque las diferentes obligaciones recíprocas de los parientes⁵⁰. Además, éstas no pueden vincularse a las relaciones sociales y económicas existentes entre las partes en el momento en que la ayuda se requiere, puesto que la familia ya no existe como unidad económica (de producción o de consumo) cuando los titulares del derecho a alimentos padecen la situación de necesidad.

De ahí que una primera explicación consista en afirmar que las obligaciones alimenticias que la ley impone a los familiares responden en cada supuesto a razones diferentes⁵¹. Inmediatamente veremos que esta alternativa también presenta graves limitaciones.

⁴⁹ Véase, como ejemplo, Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo I, Madrid, Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852 [Barcelona, Base, 1973], pp. 82-84, quien se limita a repetir que los alimentos entre parientes «se deben *ex æquitate, caritateque sanguinis*». Sobre la importancia del Derecho canónico, v. nota 31.

⁵⁰ Günther BEITZKE/Alexander LÜDERITZ, *Familienrecht: ein Studienbuch*, 26. Aufl., München, Beck, 1992, § 24 I 1.

⁵¹ La *Scottish Law Commission* –en el *Memorandum on Aliment and Financial Provision*– intentó formular la cuestión del fundamento de la obligación familiar de alimentos superando la referencia tradicional a la familia como unidad social básica. Desde esta perspectiva, sin embargo, sólo pudo distinguir la responsabilidad derivada del acto libremente querido (matrimonio), de la procreación o de la adopción y, en fin, de las obligaciones frente a quien mantuvo a una persona en una época anterior de su vida (deber de gratitud). La referencia se toma de Eric CLIVE, «L'obligation alimentaire dans le Royaume-Uni de Grande Bretagne», en INSTITUT DE RECHERCHES JURIDIQUES COMPARATIVES (ed.), *L'obligation alimentaire. Étude de droit interne comparé*, vol. I (*Canada, États-Unis, Royaume-Uni de Grande Bretagne*), Paris, CNRS, 1983, p. 455.

En primer término, las obligaciones conyugales pueden justificarse sin más como consecuencias atribuidas por la ley a un acto voluntario, en tanto en cuanto constituyen el contenido propio del consentimiento matrimonial (art. 58 CC). Con todo, cabe preguntarse si esto sirve para justificar la existencia de la obligación tras la cesación de la convivencia conyugal, así como la imposición legal de otras prestaciones con cargo al excónyuge, una vez disuelto el matrimonio. Al respecto, se ha señalado que vincular las obligaciones exigibles, constante matrimonio, con las medidas que se toman una vez disuelto, explica, pero no justifica, las medidas legales existentes en los diferentes ordenamientos. El argumento más extendido se basa entonces en el principio de confianza, en virtud del cual, para dar razón de las consecuencias del divorcio, se utilizan argumentos parecidos a los aplicados con relación al incumplimiento de un contrato. No obstante, si se sigue tomando como presupuesto la necesidad que padece el cónyuge, este fundamento cae por su propia base, ya que la disolubilidad actual del matrimonio hace que cada vez más gente se case teniendo muy claro que no tiene garantizado un compañero para toda la vida. Por eso es muy discutible suponer que, al casarse, el consorte confiaba en que, a través del matrimonio, se aseguraba su propio sostenimiento de por vida ⁵².

En lo que toca a los deberes de los padres para con sus hijos, puede señalarse que el fundamento se halla en el hecho de la procreación ⁵³. De

⁵² Uwe DIEDERICHSEN, «Geschiedenenunterhalt: Überforderung nahehehlicher Solidarität?», NJW 46 (1993), pp. 2265-2275 y 2275. Por eso, las consecuencias económicas del divorcio que impliquen deberes positivos a cargo de uno de los consortes y a favor del otro, sólo se pueden justificar limitando su campo a la compensación de la pérdida ocasionada al consorte por las decisiones que éste tomó en aras del bienestar común de la pareja o de los hijos, pero que a la postre –al haberse frustrado el matrimonio debido al divorcio– han menoscabado su capacidad económica. No porque se trate de una expectativa protegida (al modo de los derechos contractuales), sino porque se considera una buena directriz de política jurídica fomentar que al casarse los cónyuges obren sobre la base del interés común y no del propio beneficio. Para conseguirlo se requiere que la posibilidad de un divorcio no influya negativamente en sus decisiones haciendo recaer la mayor parte de los perjuicios en uno de los esposos (generalmente la mujer). Cfr. Ira Mark ELLMAN, «The Theory of Alimony», *California Law Review*, 77 (1989), pp. 1-81, 53 ss.

⁵³ John EEKELAAR, «Are Parents Morally Obligated to Care for their Children», en John EEKELAAR/Petar ŠARCEVIC (eds.), *Parenthood in Modern Society. Legal and Social Issues for the Twenty-first Century*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 51-64, ha ensayado otra justificación. Presupone que las obligaciones para con los hijos no son otra cosa que una variedad del deber general de atender a quien lo necesita. De donde deduce que los deberes morales frente a los niños recaen sobre quienes están en disposición de afectar a su bienestar por acción u omisión (por eso el deber recaerá generalmente en los padres, por la sencilla razón de su proximidad física al niño). Desde esta perspectiva, las normas sociales no constituyen las obligaciones frente a los menores, sino que simplemente concretan –por medio de roles sociales específicos– la responsabilidad de determinadas personas en cuanto a ciertos niños. Sin atribuir una significación especial al hecho

tal modo, que el deber de mantenerlos y cuidar de ellos es una consecuencia vinculada a la responsabilidad moral por haberlos traído al mundo. Lo que no excluye plantearse cuál debe ser el alcance de este presupuesto: ¿persiste ese deber durante toda la vida del hijo? ¿sirve para dar razón de la imposición de la obligación cuando el hijo carece de capacidad psicofísica para llegar a ser algún día independiente?

Por último, las obligaciones que existen a favor de los padres pueden justificarse apelando a la gratitud que merece quien proporcionó al sujeto pasivo de la obligación los cuidados y atenciones que precisaba en momentos en que era incapaz de mantenerse por sí mismo (señaladamente durante los primeros años de su vida)⁵⁴. Ahora bien, en este grupo de casos, lo que hay que señalar en primer término es que el supuesto deber de gratitud se corresponde con una conducta (de los padres) que se acaba de calificar como moralmente debida⁵⁵. Por otro lado, ese mismo deber de gratitud debería tener como consecuencia el nacimiento de obligaciones alimenticias jurídicamente exigibles a favor de cualquier persona que hubiese proporcionado al obligado lo necesario para subsistir, aunque no existiesen entre ambos relaciones de parentesco. Desde un punto de vista moral, parece que las razones para dar nacimiento a esta obligación son incluso más fuertes en ese caso, dado que *a priori* no existía ningún deber de prestar esa ayuda. Sin embargo, esta solución carecería de base legal.

de haber contribuido decisivamente al nacimiento de aquella persona, sino señalando otras razones que justifican por qué se establecen obligaciones a cargo (específicamente) de los progenitores. A saber: que «coincide con los deseos e instintos de la mayoría de los padres y normalmente se lleva a cabo de manera adecuada; que se puede poner en relación con un proceso de vinculación que puede ser de gran importancia para el sentido de identidad del hijo; y que es económicamente eficiente, por cuanto que hace posible que los costes de criar un hijo se añadan incrementalmente, y marginalmente, a los costes de un hogar adulto». Como ha aclarado en otro lugar, en el fondo se trata de llamar la atención sobre el hecho de que la cuestión relativa a quién debe asumir la responsabilidad de cuidar a los niños (*v. gr.*, el Estado, los padres) no es propiamente una cuestión moral, sino que depende de las prácticas sociales de cada época. *Cfr.* John EEKELAAR, «Parenthood, Social Engineering and Rights», en Derek MORGAN/Gillian DOUGLAS (eds.), *Constituting Families: A Study in Governance (United Kingdom Association for Legal and Social Philosophy. 19th Annual Conference at Cardiff, April, 1993)*, Stuttgart, Steiner, 1994 [=Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, 57 (1994)], pp. 80-108 y 89-90.

⁵⁴ Gerd BRUDERMÜLLER, «Solidarität und Subsidiarität im Verwandtenunterhalt: Überlegungen aus rechtsethischer Sicht», *FamRZ*, 43 (1996), pp. 129-135 y 132. Por eso, la obligación puede ser inexigible (art. 152.4.º CC) cuando el padre o la madre que requiere los alimentos al hijo hubiese sido privado en su día de la patria potestad, o le hubiese abandonado, prostituido o corrompido (art. 756.1.º CC), o hubiese atentado contra su vida o la de su cónyuge, descendientes o ascendientes (756.2.º CC) o, en fin, le hubiere negado los alimentos sin motivo legítimo (art. 854.2.ª CC).

⁵⁵ *Cfr.* Peter LASLETT, «Is There a Generational Contract?», en Peter LASLETT/James S. FISHKIN (eds.), *Justice Between Age Groups and Generations*, New Haven, Yale University Press, 1992, pp. 24-47, 28-29.

Quizás la principal limitación del enfoque basado en la reciprocidad de los deberes familiares radique, no obstante, en que no concuerda con la percepción que tienen los afectados. O, lo que es lo mismo, en que hoy en día los padres tienen hijos y cuidan de ellos sin pensar en las atenciones que esperan recibir cuando envejecan. No existe el sentimiento de que las obligaciones de los padres se corresponden con otras a cargo de los hijos, cuya exigibilidad se producirá en algún momento futuro. En su caso, si tal sentimiento llega a nacer probablemente su efecto será limitado por otro requerimiento que todos consideran superior: el que impone que los hijos dediquen sus recursos a establecerse y a atender a su propia familia ⁵⁶.

Por lo demás, la justificación de los otros deberes que la ley concreta en forma de deuda alimenticia (en el caso español, los hermanos; en otros ordenamientos, otros parientes colaterales y los llamados *parientes por afinidad*) es bastante compleja ya que no parece que se pueda fundar de un modo general en los principios de consentimiento, responsabilidad o reciprocidad. Entre ascendientes y descendientes, por ejemplo, no puede utilizarse la idea de *responsabilidad* ya que la libertad de la generación intermedia constituye un obstáculo insuperable a la imputación de esa responsabilidad a los ascendientes. En cuanto a la relación inversa, si bien es posible que los ascendientes hayan proporcionado alimentos a los descendientes mientras éstos carecían de capacidad de autosatisfacer sus necesidades, la ley no parte de esta hipótesis pues la posible existencia de un deber de gratitud de los descendientes carece de trascendencia jurídica si la generación intermedia es capaz de proporcionar al ascendiente los medios necesarios para subsistir (*cf.* art. 144.I.2.º CC).

⁵⁶ En este sentido, es bastante frecuente encontrar la reseña del persuasivo testimonio de Jenny Baxter, una pensionista californiana de setenta y cinco años cuya opinión sobre las obligaciones de los hijos apareció en *Carleson v. Superior Court*, 23 Cal. App. 3d 1068 (1972), y que más tarde recogió el juez Tobriner en su voto particular a la importante sentencia de la *Supreme Court* de California *Swoap v. Superior Court of Sacramento County*, 516 P.2d 840, 864 (Cal. 1973). Literalmente, su opinión era la siguiente: «No one is born into this world with a debt to their parents for their birth and contributions until their maturity. That is the parents contribution to life and society. When the child reaches maturity, he starts a new separate unit and in turn makes his contribution to life and society as did his parents, carrying on the generation cycle on through eternity. The children should not be saddled with unjust demands that keep them at or near poverty level with no hope to escape it, just because a parent still breathes. And aged should not have to live their remaining lives facing the heartbreaking experience of being such a burden to their children. Many would prefer death but are afraid of retribution for taking their own lives. Their grief—a living death». Lo esencial de este punto de vista parece bastante extendido, incluso entre nosotros: domina en los padres de hoy el carácter absolutamente desinteresado de la decisión de tener hijos y cuidarlos. No se espera recibir nada a cambio, ni mucho menos se tienen hijos para asegurar la propia vejez. Una inmensa mayoría considera tener derecho a que, en su caso, sean los poderes públicos quienes garanticen sus necesidades durante la vejez si, por las circunstancias de la vida, no pueden hacerlo por sus propios medios.

En estos supuestos, lo máximo que puede decirse es que el legislador, al conceder una relevancia autónoma al grupo familiar así delimitado, atribuye ciertas consecuencias jurídicas a la presunción de que –en ese tipo de relaciones– existen vínculos interpersonales que justifican la imposición de deberes positivos especiales. Estos vínculos no son el afecto personal o el cariño que con frecuencia median entre los familiares, y que estadísticamente se intensifican con la proximidad del parentesco ⁵⁷. Se trata más bien de presuponer que entre ese tipo de personas se dan por lo común relaciones que inciden de un modo recíproco en las decisiones que cada uno toma en la vida. Dicho de otro modo: con mayor probabilidad que los extraños a la familia, esas personas habrán participado en las vicisitudes personales de quien, en un momento dado, se encuentra en el estado de necesidad que faculta jurídicamente para pedir los alimentos. A estos efectos, se toma en cuenta que la familia –*recte*: la parentela– constituye el grupo social más próximo al individuo ⁵⁸. De ahí que la ley no considere a estas personas al mismo nivel que cualesquiera otros ciudadanos con quienes el necesitado comparte su espacio vital.

La dificultad de una explicación de este tipo es que su corrección depende de la importancia que la ley concede a la prueba de las razones a las que se atribuye la decisión legal. En la medida en que legalmente no se exige demostrar la existencia de relaciones como las descritas para reclamar y obtener los alimentos, esta justificación deviene también insuficiente. Esto conduce a que –específicamente para estos casos, pero la expresión se generaliza para hacer referencia a los deberes de los esposos, de los padres y de los hijos ⁵⁹– esa justificación se vincule con el imperativo moral de la *solidaridad*. De modo que el fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes se refiere a la *solidaridad familiar* para significar que ese valor moral de la solidaridad posee con relación al grupo familiar una mayor intensidad, que se reflejaría en el tipo de prestaciones exigidas (v. gr., proporcionar los medios para subsistir) y en su duración (esto es, por tiempo, en principio, indefinido).

⁵⁷ Como piensa Pablo BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, «Comentario a los artículos 142 a 153», en Manuel ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, III-2, 2.ª ed., Madrid, EDESA, 1982, p. 24, cuando afirma que el parentesco es presupuesto de la obligación legal de alimentos «por la fundada presunción de existencia de lazos y sentimientos afectivos y amorosos». Razones técnicas aparte, más parece que, cuando tienen que imponerse coactivamente, es la ausencia y no la presunción de que existen lo que motiva la intervención del Derecho.

⁵⁸ Giovanni Battista FERRI, «Degli alimenti», en Giorgio CIAN/Giorgio OPPO/Alberto TRABUCCHI (Dir.), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, IV, Padova, CEDAM, 1992, p. 580.

⁵⁹ Catherine LABRUSSE-RIOU, «Sécurité d'existence et solidarité familiale en droit privé: étude comparative du droit des pays continentaux», *Revue internationale de droit comparé*, 3 (1986), pp. 829-865 y 831.

En efecto: la solidaridad se puede definir como la conciencia compartida de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes y de similitudes basadas en el reconocimiento de la identidad entre todas las personas ⁶⁰. De ella se deriva la posibilidad de justificar la imposición de deberes morales positivos. Su aplicación concreta requiere, sin embargo, la determinación del grupo constitutivo de esa identidad, pues el ideal se refiere como principio a toda la humanidad ⁶¹. Es decir: de quiénes se puede esperar que sean recíprocamente solidarios. Jurídicamente esto sólo parece posible —como máximo— con referencia al grupo formado por todos los sometidos a un determinado ordenamiento. En la obligación legal de alimentos —debido al medio técnico escogido—, el círculo todavía tiene que restringirse más, limitándose a la familia entendida como parentela (por consanguinidad o adopción, o por afinidad) ⁶². Como ha señalado atinadamente Beltrán de Heredia, «la determinación de los sujetos en la obligación es un presupuesto de absoluta precisión para la existencia de la misma. Y la obligación alimenticia, concretamente, perdería eficacia si no se determinara concretamente el sujeto pasivo de la obligación. Vincular esta concreción a la Humanidad o al Estado es prácticamente caer en una inmensa abstracción y condenar a la obligación alimenticia a una realización imposible. Se precisa la concreción, la determinación del sujeto pasivo de la obligación y nada más

⁶⁰ «La esencia de la solidaridad es el sentimiento de responsabilidad que tenemos con respecto a aquellos cuya vida nos es próxima de alguna manera, así como nuestra mayor o menor voluntad de compartir su suerte. La solidaridad es la cara social del amor, es preocuparse por el otro en tanto que persona y no simplemente respetarle como poseedor de derechos y deberes formalmente iguales o admirarle por sus dones o sus éxitos» (Roberto MANGABEIRA UNGER, *Law in Modern Society. Towards a Criticism of Social Theory*, New York, The Free Press, 1977, p. 206).

⁶¹ Norbert BILBENY, «Igualdad y principio de solidaridad», en DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO, *XI Jornadas de estudio. El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 51-57.

⁶² Esto supone, como es obvio, limitar de forma notable el ámbito de las relaciones familiares relevantes. En particular con respecto a situaciones como la del hijastro, los convivientes de hecho y otras en que personas ajenas a formas de vida marital, se encontraban en un determinado momento en situaciones de dependencia (o interdependencia). Hasta qué punto en alguno de estos casos se podría imponer a alguna de las personas involucradas en ellos un deber legal *inter vivos* de alimentos es muy dudoso. Sobre este problema, v. Silvia DÍAZ ALABART, «El pseudo «*estatus familiae*» en el Código civil. Una nueva relación familiar», *RDP* (1992), pp. 839-856. En lo tocante al Derecho familiar catalán, véase recientemente la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (DOGC núm. 2687, de 23 de julio), que en sus artículos 8.º y 26 establece que los miembros de la pareja estable (heterosexual u homosexual) tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado. Además, se prevé también un derecho a alimentos tras el cese de la convivencia, si ésta ha menoscabado la capacidad de cualquiera de los miembros de la pareja de obtener ingresos (arts. 14 I y 31.2) o si tiene a su cargo hijos o hijas comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede igualmente menoscabada (art. 14 II).

lógico y natural que vincular aquella concreción o determinabilidad a un determinado estado de familia»⁶³.

La función del concepto de parentesco en el ámbito de la obligación familiar de alimentos resulta, en consecuencia, de la ausencia de ambigüedad característica de este concepto legal⁶⁴. El legislador, aunque no se sirve del mismo para delimitar un concepto jurídico de familia, lo utiliza porque es el que mejor se adapta al instrumento técnico dispuesto por la ley (v. gr., adjudicación de derechos de crédito *inter vivos*), ya que permite una predeterminación objetiva de todos los sujetos que pueden ser parte en una relación obligatoria que por definición se constituye *ope legis*. Para establecer este tipo de deberes positivos, el Derecho civil tiene que partir de una relación jurídica predeterminada con un mínimo de certidumbre, y el único modo de hacerlo es delimitando *a priori* el círculo jurídicamente relevante mediante el recurso a los diferentes estados existentes (v. gr., cónyuge, hijo, pariente)⁶⁵. De ahí que la obligación de alimentos entre parientes se sitúe a medio camino entre los llamados deberes positivos especiales, cuyo titular está totalmente determinado *a priori*—como cuando la obligación se deriva de algún tipo de relación contractual previa— y los deberes positivos generales, que son aquellos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo, que es éticamente exigible porque requiere un sacrificio trivial y su existencia no depende ni de la voluntad del obligado ni del reconocimiento previo de cierto estado o condición personal⁶⁶.

3. ¿ES INCONSTITUCIONAL LA NORMA QUE OBLIGA A LOS PARIENTES A PRESTAR ALIMENTOS?

El primer ámbito de aplicación de la doctrina sobre el fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes es el del examen de la razonabilidad de este instituto a la luz del principio de igualdad.

⁶³ BELTRÁN DE HEREDIA, *La obligación*, p. 36.

⁶⁴ Joachim GERNHUBER/Dagmar COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4. Aufl., München, Beck, 1994, § 4 I.

⁶⁵ En esto radica, según Maximilian FUCHS, *Zivilrecht und Sozialrecht. Recht und Dogmatik materieller Existenzsicherung in der modernen Gesellschaft*, München, Beck, 1992, pp. 300-301, la diferencia con el Derecho social. No es difícil extraer la conclusión de que esta diferencia esencial tiene su base en la diferencia en quién es el sujeto pasivo de las obligaciones de asistencia: un particular o la Administración pública.

⁶⁶ Sobre este tema, en general, v. Ernesto GARZÓN VALDÉS, «Los deberes positivos generales y su fundamentación», *DOXA*, 3 (1986), pp. 17-33.

Antes de dar cuenta de la suficiencia del fundamento invocado, no obstante, parece oportuno comprobar si compete al legislador establecer obligaciones alimenticias a cargo y a costa de quienes poseen la condición de familiares o de parientes de la persona menesterosa, señaladamente cuando esas obligaciones recaen sobre los integrantes de la familia extensa. Cabría la posibilidad de que la regulación legal de los alimentos entre parientes viniese predeterminada por el reconocimiento constitucional de esas obligaciones, en todos o en alguno de sus puntos, por lo que resulta forzoso estudiar qué preceptos o principios constitucionales delimitan la acción del legislador en esta materia [§ 3.1]. Por otra parte, puesto que las obligaciones impuestas a los familiares se incluyen en el grupo de deberes que –con mayor o menor intensidad– el Derecho puede poner a cargo de los ciudadanos tomando como base la solidaridad, su legitimidad constitucional depende de la eficacia jurídica que la CE conceda a este principio [§ 3.2]. Tras este encuadramiento constitucional, procede analizar la delimitación del grupo de personas en que se concreta jurídicamente el valor solidaridad, por si –a la luz del principio de igualdad sancionado por la Constitución Española– pudiera calificarse como arbitraria o no razonable [§ 3.3].

3.1 CONSTITUCIÓN Y OBLIGACIONES FAMILIARES BÁSICAS

Ante la necesidad de quien no puede subsistir con sus propios medios, la CE no impone específicamente obligaciones a cargo de sus familiares, salvo que se trate de los hijos menores de edad o del cónyuge.

Como se deduce de la interpretación de los artículos 32, 39 y 50 CE, la posición de los familiares, en principio, es equivalente a la de cualquier otra persona frente a la necesidad que eventualmente padecen sus conciudadanos. El establecimiento de obligaciones a cargo de quienes reúnan la condición de familiares o de parientes es algo que no viene predeterminado en un sentido u otro por la CE y que, por tanto, incumbe exclusivamente al legislador ordinario.

El primero de los preceptos citados alude a «los derechos y deberes de los cónyuges», remitiendo su regulación a la ley (art. 32.2 CE). Esto supone, de un lado, imponer una reserva de ley en la materia. Pero también implica limitar la libertad del legislador a la hora de decidir en qué términos regula el matrimonio o, lo que es lo mismo, qué consecuencias se derivan legalmente de la prestación del consentimiento matrimonial. En este sentido creo que la CE parte de una garantía del instituto jurídico *matrimonio* en la que, tomando como base la plena igualdad jurídica de los cónyuges, las obligaciones recíprocas de ambos deben integrarse como contenido esencial. Por eso, la obligación conyugal de alimentos –al menos formulada como deber de socorro mutuo– ha de constituir uno

de los elementos imprescindibles de la configuración legal del instituto, sin el cual dejaría de ser reconocible a los efectos de la garantía institucional constitucionalmente establecida ⁶⁷.

Por lo que se refiere al artículo 39 CE, su párrafo tercero constitucionaliza la obligación de los padres de «prestar asistencia de todo orden a los hijos (...) durante su minoría de edad», precepto cuya finalidad principal era acabar con la discriminación existente entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio. En lo tocante a las obligaciones de los padres para con sus hijos mayores de edad, en cambio, la CE se limita a remitir a lo que disponga la legislación ordinaria («en los demás casos en que legalmente proceda»). En este punto, parece claro que el constituyente no quiso prejuzgar la libertad del legislador a la hora de regular las obligaciones de los padres, aunque los hijos sean disminuidos psíquicos, físicos o sensoriales. Como es sabido, el dictamen de la Comisión Constitucional del Senado sobre el proyecto de Constitución introdujo en lo que más tarde sería el actual artículo 39.3 una referencia a la asistencia de los padres a los hijos subnormales, que debía poder ser exigida «en todo caso». Este texto, aprobado por el pleno del Senado, no pasó al Dictamen de la Comisión Mixta, que escogió el actual «en los demás casos en que legalmente proceda». De donde razonablemente cabe concluir que se rechazó implícitamente el compromiso constitucional en este punto ⁶⁸.

Por último, el artículo 50 CE alude a «las obligaciones familiares» con respecto al bienestar de los ciudadanos «durante la tercera edad». Obligaciones que existen o pueden existir «con independencia» del deber de los poderes públicos de promover ese bienestar mediante un sistema de servicios sociales especialmente diseñado para atender los problemas de las personas mayores. En mi opinión, este precepto no atribuye rango constitucional a las obligaciones familiares, aunque presuponga que existen en la legalidad ordinaria. En realidad tan sólo se refiere a ellas con el propósito de llamar la atención sobre las obligaciones que incumben a los poderes públicos en orden a promover el bienestar de los ancianos, aunque existan obligaciones legales a cargo de los familiares que tengan el mismo objeto ⁶⁹. En este sentido, tanto los antecedentes del precepto en

⁶⁷ Enrique FOSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de Familia*, tomo I, *La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 340-342.

⁶⁸ Los textos correspondientes a las diversas fases legislativas del proceso constituyente pueden consultarse en CORTES GENERALES, *Constitución Española. Trabajos parlamentarios* [ed. prep. por Fernando SAINZ MORENO], Madrid, Servicio de Estudios y Publicaciones, 1980.

⁶⁹ En otro sentido, Yolanda GÓMEZ, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1990 (Monografías, 18), p. 390, para quien [el art. 50 CE] quiere «parecerse a algunos preceptos que, en el Derecho constitucional comparado, establece (*sic*) sin tapujos la obligación de los hijos de asistir a sus padres» [se refiere a los arts. 48 y 190 de las constituciones albanesa y yugoslava, respectivamente]. Hay que reconocer, con todo, que, en los antecedentes del artículo 50 CE, no

su tramitación parlamentaria (art. 43 del Anteproyecto y enmienda núm. 35 incorporada al texto de la Ponencia), como el artículo 72 de la Constitución portuguesa de 1976, que parece ser la inspiración inmediata del artículo 50 CE, sugieren que el interés del constituyente radicaba exclusivamente en constitucionalizar el sistema de protección frente a la vejez y en atribuir el rango de objetivo constitucional a la creación de un sistema de servicios sociales dirigido a resolver los problemas específicos del ciudadano durante la tercera edad ⁷⁰.

Se puede concluir, por tanto, que sólo tienen la condición de *constitucionales* la obligación de los padres de sostener a sus hijos menores, matrimoniales o extramatrimoniales, y el deber recíproco de socorro mutuo de los cónyuges. Y este último no tanto en la medida en que lo impone expresamente la CE, sino como límite a las posibilidades del legislador en la configuración del instituto jurídico matrimonio. La CE sólo presupone que el matrimonio implica obligaciones recíprocas entre los cónyuges, de manera que una regulación en que éstas no existieran infringiría los límites del artículo 32.2 CE en el ejercicio de la reserva de ley (art. 53.1 CE) ⁷¹. A excepción de estos supuestos, la CE nada ha decidido acerca de las posibles obligaciones recíprocas de los miembros de una misma familia en caso de necesidad. Ni siquiera se pronuncia sobre lo que hay que entender por familia ⁷². Lo único que presupone es que la familia cumple funciones constitucionalmente relevantes y, por ello, merece la protección jurídica y económica de los poderes públicos (art. 39.1 CE). Porque, de hecho, la familia funciona como centro de satisfacción de las necesidades vitales de quienes la integran y de asistencia, educación y socialización de los menores a cargo de la misma ⁷³, tal como reconoce explícitamente el artículo 35.1 CE cuando establece el derecho de los trabajadores «a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia».

consta abiertamente una explicación o justificación de la referencia que en él se hace a las «obligaciones familiares», la cual aparece ya en el artículo 46 del Informe de la Ponencia.

⁷⁰ Al respecto, v. Gabriel GARCÍA CANTERO, «Notas sobre la “senectud” como estado civil de la persona», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 294-308 y 297-298.

⁷¹ Un problema distinto es qué contenido hay que atribuir a esas obligaciones y qué efectos cabe reconocerles ante el cese de la convivencia conyugal. Sobre esta cuestión, con atención especial a la constitucionalización de los derechos económicos vinculados a la separación y al divorcio en Francia y en la RFA, v. Marc FRANGI, *Constitution et droit privé. Les droits individuels et les droits économiques*, Paris, Economica, 1992, pp. 83-84.

⁷² Encarna ROCA TRÍAS, «Familia, familias y derecho de la familia», *ADC*, 43 (1990), pp. 1055-1091 y 1072.

⁷³ Javier GÁLVEZ, «Comentario al art. 39», en Fernando GARRIDO FALLA (coord.), *Comentarios a la Constitución*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1985, p. 762.

3.2 LA SOLIDARIDAD FAMILIAR COMO MANIFESTACIÓN DEL VALOR CONSTITUCIONAL DE LA SOLIDARIDAD

A diferencia de otros textos constitucionales ⁷⁴, el principio de solidaridad no está expresamente enunciado en la CE. No obstante, aparece a lo largo del texto. Implícitamente en los artículos 30, 31 y 33.2 CE (en la medida compatible con la función social de los derechos a la propiedad privada y a la herencia) y expresamente, como principio organizativo del Estado (arts. 2.º y 138 CE) y como exigencia relacionada con el medio ambiente (art. 45.2 CE) ⁷⁵. De estos datos se extrae la conclusión de que el principio de solidaridad cumple el papel de valor superior del ordenamiento, con la función de dar cobertura a los instrumentos jurídicos que favorecen la ejecución real y efectiva de los principios de libertad e igualdad (arts. 9.2, 40.1 CE) ⁷⁶.

Pues bien, de ahí también se deduce que la actualización del valor solidaridad puede dar lugar a la imposición coactiva de conductas y prestaciones a cargo de los particulares (*cf.* art. 30.3 CE) ⁷⁷. Si esta aproximación es correcta —aunque sea obviamente sólo una de las diversas posibilidades que tiene ante sí el legislador ordinario—, cabe clasificar a las obligaciones familiares de alimentos como deberes de solidaridad ⁷⁸, en el sentido ya indicado, esto es, en el justificado en el deber moral de compartir y procurar paliar el sufrimiento ajeno.

Esta tesis no está desprovista de consecuencias prácticas. Tratándose de una manifestación del deber moral de solidaridad que puede predicarse de toda persona con respecto a otra, con la que se identifica en cuanto que ser humano, tal premisa constituye el límite de los sacrificios que la ley puede imponer a la libertad y a la propiedad de los ciudadanos (considerados en tanto que *familiares* o *parientes*). Por tanto, no es posible atribuir a esa justificación un efecto distinto del que le es propio, que es lo que sucede si se conecta al *status* familiar el reconocimiento de una suerte de derecho a compartir el nivel económico y social del resto de miembros de la familia (o al menos de aquel contra

⁷⁴ Por ejemplo, v. artículo 2.º de la Constitución italiana.

⁷⁵ En general, v. Adolfo SERRANO DE TRIANA, «Los aspectos jurídicos de la solidaridad como principio», *Actualidad Administrativa* (1987), pp. 1961-1972 y 2025-2044.

⁷⁶ En este sentido, Javier DE LUCAS, «La polémica sobre los deberes de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 19 (1994), pp. 9-88 y 44-48.

⁷⁷ Además, puede implicar sacrificios en derechos adquiridos, como puso de relieve —con respecto a la congelación de las pensiones más elevadas— la STC 134/1987, de 21 de julio («BOE» núm. 191, de 11 de agosto. Ponente: Exc. Sr. Ángel Latorre Segura) (aludiendo a los arts. 1.1 y 40.1 CE como expresiones del principio de solidaridad).

⁷⁸ Massimo DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, en Antonio CICU/Francesco MESSINEO/Luigi MENGONI (Dir.), *Tratato di Diritto civile e commerciale*, vol. VI-4, Milano, Giuffrè, 1994, p. 22.

quien se dirigen las pretensiones reconocidas por el sistema). Planteamientos de este tipo distorsionan en mi opinión el uso del valor solidaridad como fundamento válido para dar cuenta –en términos de política jurídica– de la obligación legal de alimentos entre parientes. Por eso debe igualmente rechazarse un concepto de solidaridad familiar que, partiendo del dato de la reciprocidad, extraiga las mismas consecuencias cuando se refiere a quienes conviven en el mismo hogar y a la solidaridad basada en la pertenencia al mismo grupo familiar o parentela. Mientras el primer modelo reafirma el concepto de familia como centro colectivo de imputación de ingresos y gastos, el segundo destaca su definición como grupo primario a los efectos de la imposición coactiva de deberes de solidaridad, por lo que, en su caso, deben recibir un tratamiento jurídico distinto ⁷⁹.

3.3 RAZONABILIDAD DE LAS OBLIGACIONES LEGALMENTE ADSCRITAS A LOS PARIENTES POR EL HECHO DE SERLO

En el juicio de razonabilidad de lo que se trata es de saber si la norma examinada crea o emplea una categoría de personas con el fin de designar los afectados por la misma, y si existe una relación que pueda calificarse como razonable entre esa clasificación y la finalidad que la norma enjuiciada pretende conseguir. En el caso de los alimentos entre parientes es esta última condición, particularizada en la línea recta ascendiente y descendiente y en los hermanos, la que se conecta al objetivo o finalidad de paliar las necesidades del titular y contrarrestar determinadas situaciones de menesterosidad.

La principal objeción que cabe dirigir contra esta conexión es que la finalidad de esa norma es, al mismo tiempo, un objetivo de interés general. Es decir, si el fin de paliar o erradicar la pobreza es un fin colectivo (como también lo son, por lo demás, sus causas), parece obvio que los costes del mismo deben ser asumidos, por principio, de una manera colectiva, no seleccionando un tipo de sujetos y situando su contribución al margen de los principios de igualdad tributaria y progresividad garantizados por la propia CE (art. 31.1). Desde este punto de vista, podría decirse que los parientes no están en ninguna posición especial respecto

⁷⁹ De ahí que no se pueda compartir la concepción tradicional de este fundamento, tal como viene formulada –por ejemplo– en Gabriel MARTY/Pierre RAYNAUD, *Droit civil. Les personnes*, 3^{ème} ed., Paris, Sirey, 1976, p. 41: «Los miembros de una misma familia no pueden ignorarse, su solidaridad se afirma mientras conviven, pero no debe cesar cuando la vida les separa, puesto que forman siempre una comunidad en la que no cabe admitir que unos estén desprovistos de lo esencial cuando otros son afortunados. La obligación alimenticia mantiene un mínimo de unidad y de solidaridad en el seno de la familia, a pesar de la dispersión de sus miembros».

a esa finalidad, por lo que imputarles una responsabilidad específica es arbitrario y por tanto inconstitucional ⁸⁰.

Este problema de justificación desaparece en la medida en que esas consecuencias negativas puedan configurarse como voluntariamente asumidas por el sujeto pasivo. Ahora bien, el hecho de que tal consentimiento no puede afirmarse respecto a las obligaciones legales no implica, sin más, que la norma legal que impone obligaciones a los parientes sea constitucionalmente inválida ⁸¹. La especial sujeción que implica la cualidad de pariente se puede justificar en el hecho de que se trata de una consecuencia razonable, atendida la relevancia del grupo familiar en la historia y en la estructura de la sociedad, incluso en el tipo de la llamada *familia extensa*. Además, la propia CE presupone la validez de las obligaciones *familiares* (art. 50 CE) y la elección de los familiares o de ciertos parientes se efectúa en el marco de un ordenamiento jurídico que reconoce una función a la familia (*cf.* arts. 39.1 y 35.1 CE), y que parte de la especial significación que esta formación social tiene desde todos los puntos de vista.

Efectivamente: aunque la elección de los familiares o de ciertos parientes parezca arbitraria, ésta no se hace en el vacío. La legitimidad constitucional de las desventajas que comporta formar parte de una familia, tal como en cada supuesto la delimita la ley, se basa en el hecho de que son el contrapunto de la protección que nuestro sistema jurídico otorga por principio a la familia. No me refiero a las prestaciones sociales o al trato que recibe o debería recibir la familia en el marco de determinadas políticas públicas (tales como la promoción de la natalidad o el cuidado de las personas mayores). La razón que explica por qué la carga que la ley hace pesar sobre los parientes no se puede calificar como arbitraria

⁸⁰ Éste fue el razonamiento central de la sentencia de la *Supreme Court* de California en *Department of Mental Hygiene v. Kirchner*, 388 P.2d 720 (1964), que sostuvo que la carga de financiar un hospital mental y proporcionar un cuidado adecuado a los pacientes no se puede transferir a los parientes, ya que esto supone imponerles un impuesto con infracción de las garantías derivadas del principio de igualdad. Al respecto, desarrollando con profundidad este argumento, v. Jacobus TEN BROEK, «California's Dual System of Family Law: Its Origin, Development, and Present Status. Part III», *Stanford Law Review*, 17 (1965), pp. 614-682 y 638-644.

⁸¹ Ya se ha señalado [*v. supra*, nota 49] que aunque el principio de legalidad determina que los particulares o los jueces carecen de competencia para crear obligaciones al margen de los supuestos de hecho fijados por la ley (*arg. ex* arts. 1.1 y 1090 CC), esto no significa que el legislador esté constitucionalmente condicionado a establecer relaciones obligatorias privadas sólo cuando el supuesto de hecho de la norma legal esté directa o indirectamente relacionado con la voluntad del sujeto pasivo de la obligación. Aunque pueda sorprendernos (a la vista del valor que hoy damos a la ley como fuente del Derecho) este argumento se ha esgrimido con fuerza en el debate que sobre este problema se ha producido en la doctrina estadounidense. Al respecto, puede verse, sobre todo, Martin R. LEVY/Sara W. GROSS, «Constitutional Implications of Parental Support Laws», *University of Richmond Law Review*, 13 (1979), pp. 517-543 y 524.

radica en que nuestro ordenamiento jurídico admite y acentúa la significación de una formación social cuya simple existencia produce a todas luces resultados contradictorios con la igualdad de oportunidades, que es un principio que está en la base de cualquier ideal de justicia social. El hecho de que —en términos generales, pero poco discutibles— la existencia de vínculos familiares se traduzca en la transmisión espontánea de bienes y de ventajas entre los miembros de la misma, a todos los niveles y en todos los ámbitos, no sólo es tolerado sino que es estimulado, protegido y a veces impuesto por el propio sistema jurídico. Supondría una incongruencia tachar al legislador de inconstitucional por tener en cuenta el hecho familiar, siendo así que, como tal, es un presupuesto básico de la ordenación de la vida privada de los ciudadanos (en cuestiones, como por ejemplo, la educación, la sanidad o la sucesión por causa de muerte) ⁸².

Tomando este punto de vista, cabe concluir que la razonabilidad de la norma que establece e impone las obligaciones familiares de alimentos se basa en la contraposición entre el actual modelo de organización social, en el que la familia tiene un papel primordial (que el Derecho no tiene más remedio que reconocer), y la hipótesis teórica basada en la supresión de toda consideración jurídica y económica de la familia ⁸³. Pero nótese que de ahí se deduce igualmente que esa norma no se puede justificar por el mero hecho de que el Estado debe poder reducir el gasto público. Esta razón, que acaso podría autorizar una reducción de servicios públicos, la repercusión de su coste a los beneficiarios o un aumento de impuestos, no sirve para fundamentar una desigualdad de trato de unos ciudadanos respecto a otros ⁸⁴.

⁸² Como ha subrayado Dieter SCHWAB, el Derecho no produce la solidaridad familiar, sino que la toma en consideración en todo el sistema, de diferentes maneras. Entre ciertos parientes, según el grado de parentesco, estableciendo obligaciones inmediatamente exigibles. En otros muchos casos fijando cargas o deberes tan sólo indirectamente coercibles, o justificando una serie de situaciones en que el *status familiae* otorga facultades, expectativas y posiciones de privilegio (v. gr., impuesto de sucesiones y donaciones, derecho de legítima, indemnizaciones por causa de muerte). Cfr. Dieter SCHWAB, «Familiäre Solidarität», *FamRZ*, 44 (1997), pp. 521-528 y 521.

⁸³ El desarrollo de este análisis se puede ver, en Lee E. TEITELBAUM, «Intergenerational Responsibility and Family Obligations: On Sharing», *Utah Law Review*, 3 (1992), pp. 765-802 y 773-775.

⁸⁴ Aunque la norma en vigor pueda describirse o explicarse como un modo de limitar las cargas públicas, este dato no puede constituir su fundamento, ni mucho menos su justificación a la luz del artículo 14 CE. Véase, en cambio, José Antonio COBACHO GÓMEZ, *La deuda alimenticia*, Madrid, Montecorvo, 1990, p. 22, para quien «parece claro que el deber legal de alimentos debe subsistir, aunque no por perjuicios [*sic*] familiares de orden pecuniario, sino por la necesidad de aliviar de esta carga a la colectividad». Hay que reconocer, con todo, que el Tribunal Constitucional ha razonado de esta manera para justificar el desplazamiento de la carga económica de cierto tipo de prestación social, de los fondos propios de la Seguridad Social a los empresarios. Esta medida, cuya constitucionalidad se evaluaba a la luz del artículo 41 CE (en cuanto a la obligación que incumbe al Estado de

4. LA CUESTIÓN DE LA VIABILIDAD DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR COMO JUSTIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

Superado el estrecho marco de análisis del juicio de razonabilidad constitucional, el ámbito conceptual del fundamento es también donde debe examinarse la oportunidad de la obligación legal de alimentos entre parientes.

Se trata de verificar cuál es la eficacia que puede y debe atribuirse al principio de solidaridad familiar. Porque –hoy como ayer– lo que justifica la existencia de las obligaciones familiares de alimentos es el presupuesto de que las normas jurídicas se limitan a traducir unos deberes éticos preexistentes. Ahora bien: hay que tener presente que la solidaridad familiar no puede invocarse legítimamente sin considerar en qué circunstancias (políticas, sociales, económicas y culturales) viven hoy las familias. Y muy especialmente cómo se desenvuelven las relaciones familiares en el marco de las redes de parentesco extenso.

En mi opinión, al enjuiciar la conveniencia u oportunidad de otorgar reconocimiento jurídico a las obligaciones que socialmente se adscriben a los familiares, en primer lugar hay que tomar nota de dos hechos muy relevantes: la excepcionalidad de la puesta en práctica ante los tribunales de las acciones concedidas por la ley, y la instrumentalización de la obligación civil en el contexto de la gestión de servicios y prestaciones socio-asistenciales. Por eso, a continuación, se repasan algunos aspectos que parecen esenciales para comprender el significado actual de la solidaridad familiar. En primer lugar, cuál es la utilización que verdaderamente se hace del instituto objeto de estudio, y qué actitudes predominan a la hora de ponderar los derechos y obligaciones que, por un lado, la ley y, por otro, la ética social, adscriben a los miembros de la familia extensa [§§ 4.1 y 4.2]. Junto a estas cuestiones es imprescindible examinar cómo afecta a la fundamentación tradicional de la obligación legal de alimentos entre parientes el hecho de que la asistencia pública venga a configurarse como subsidiaria de las obligaciones familiares de alimentos [§ 4.3].

4.1 EFECTO PRÁCTICO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

Comenzando por los pleitos en vía civil, hay que constatar que la inmensa mayoría de los litigios en materia de alimentos tiene por obje-

«mantener» un régimen público de Seguridad Social), se justificó por el propósito del legislador de «reducir el crecimiento del déficit público, actuando sobre los gastos públicos» (STC 37/1994, de 16 de febrero; «BOE» núm. 87, de 17 de marzo. Ponente: Exc. Sr. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer; FJ 5).

to reclamaciones de los debidos a los hijos menores de edad, al cónyuge, o a ambos, tramitadas en procedimientos matrimoniales de separación, nulidad o divorcio⁸⁵. Prácticamente no se dan causas correspondientes a los supuestos de hecho susceptibles de incluirse en el campo de aplicación de la deuda alimenticia entre parientes en sentido estricto. Es decir: procesos entablados por hijos mayores de edad contra sus padres, cuando el demandante no convive con ninguno de sus progenitores, reclamaciones instadas por padres u otros ascendientes frente a sus hijos o descendientes adultos, y, en fin, pleitos entre hermanos.

En cambio, en el orden contencioso-administrativo y, sobre todo, en el social las causas en que debe decidirse, aunque sea indirectamente, acerca de la existencia del derecho a alimentos de alguno de los familiares nombrados por el artículo 143 I CC son comparativamente mucho más numerosas. Éstas se refieren, por lo común, a procesos entablados a raíz de la denegación (que se estima improcedente por quien interpone el recurso) de prestaciones condicionadas negativamente por la ausencia de parientes obligados a prestar alimentos o por la incapacidad económica de éstos, constatada por los servicios sociales correspondientes⁸⁶. Sucintamente, esto tiene lugar con ocasión del reconocimiento de las siguientes prestaciones sociales: *a*) subsidios y ayudas de «muerte y supervivencia» reconocidas por el sistema de la Seguridad Social a favor de determinados familiares del afiliado difunto, si dependían económicamente de él (art. 176 LGSS)⁸⁷; *b*) pensiones del extinguido Fondo Nacional de Asistencia Social [*cf.* art. 1.2 *b*) Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio] y *c*) los llamados ingresos o rentas mínimas de inserción social, financiados por las Comunidades Autónomas y establecidos mediante normas de diferente rango⁸⁸.

⁸⁵ Esta es la conclusión que se extrae del análisis de la jurisprudencia existente. En el mismo sentido, v. José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de Familia*, vol. II, *Patria potestad, tutela, alimentos*, Madrid, Civitas, 1988, p. 268.

⁸⁶ Sobre este problema, con mayor detalle, puede verse Jordi RIBOT IGUALADA, *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social* (en prensa).

⁸⁷ Véanse, además, los arts. 40 a 42 del Real Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general de prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y la Orden de 13 de febrero de 1967, redactada en esta materia, de conformidad con las disposiciones adicionales 9.ª y 10.ª del Real Decreto 4/1998, de 9 de enero. En cuanto a los hijos que el cónyuge superviviente hubiese llevado al matrimonio, v. art. 9.3 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre.

⁸⁸ Para un examen de conjunto de esta normativa, así como de su grado de aplicación, v. Manuel AGUILAR/Miguel LAPARRA/Mario GAVIRIA, «Programas de renta mínima de inserción en España, 1989-1995», en *Pobreza, necesidad y discriminación*, Madrid, Fundación Argentería, Visor Distribuciones, 1996 (Colección Igualdad, V), pp. 161-199.

Es cierto que, en la vía civil, existe una elevada litigiosidad en lo relativo a los alimentos debidos a los hijos mayores de edad. Pero nótese que la elevada dependencia de los adultos jóvenes con respecto a sus padres [v. *supra* § 1.4] no explica del todo por qué este tipo de reclamaciones de alimentos para hijos mayores de edad aparece con tanta frecuencia en los repertorios de jurisprudencia. La razón principal de que estas reclamaciones lleguen a interponerse estriba en que están totalmente vinculadas al conflicto conyugal de los progenitores, de suerte que el cumplimiento de las obligaciones del progenitor que no vive con sus hijos viene estimulado (cuando no directamente solicitado) por el otro progenitor, con quien el hijo –adulto, pero económicamente dependiente– todavía convive⁸⁹. Casos en que personas adultas requieren judicialmente el auxilio de sus padres o ascendientes, al margen de la problemática suscitada por la separación o el divorcio de sus progenitores, no se dan en absoluto.

¿Cuáles son las razones de esta situación, que convierte a la obligación legal de alimentos entre parientes en una institución sin apenas trascendencia en el proceso civil, y que sólo se invoca en campos ajenos al Derecho privado para obstaculizar el acceso a prestaciones de la Seguridad Social o a determinados recursos socioasistenciales? ¿Por qué no se emplea en los supuestos (relativamente escasos, según los datos que antes hemos apuntado) en que no existe convivencia familiar o en aquéllos donde las redes familiares no han funcionado o se ha bloqueado la ayuda prestada voluntariamente durante algún tiempo?

⁸⁹ Como es sabido, con este fin la Ley 11/1990, de 15 de octubre, añadió su segundo párrafo al artículo 93 CC. El legislador pretendió evitar que el hijo mayor de edad tuviese que pleitear contra sus padres, concediendo, al menos, legitimación a uno de ellos para dirigirse contra el otro para obtener los alimentos del hijo (por todos, v. Ramón BELO GONZÁLEZ, «Los alimentos de los hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial de sus progenitores», *Actualidad Civil*, 1991-1, pp. 21-33, 21-22). Sin embargo, el supuesto de hecho de la norma se delimitó de tal modo, que su eficacia ha quedado vinculada al ejercicio de un derecho cuya titularidad exclusiva y excluyente corresponde al hijo (*cf.* art. 151 I CC) [en este sentido, v. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario del art. 93», en José Luis LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del libro primero del Código civil*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1994, p. 1076]. De ahí que se planteen problemas de casi imposible solución, de lo cual es prueba patente y constante la diversidad de los fallos de los Tribunales llamados a conocer de estas causas. Con diferentes planteamientos, v., p. ej., SSAP Bilbao, de 22 de enero de 1993 (*Actualidad Civil*, 1993-2, p. 371; Ponente: Ilmo. Sr. Rodríguez Galarza), Teruel, de 18 de julio de 1996 (*Aranzadi Civil*, 1996, p. 1310; Ponente: Ilmo. Sr. Juan Carlos Hernández Alegre) y Ourense, de 18 de junio de 1996 (*Actualidad Civil*, 1996-4, p. 2154; Ponente: Ilma. Sra. Domínguez-Viguera Fernández). Véase, además, SAP Oviedo, de 25 de julio de 1992 (*Actualidad Civil*, 1992-4, p. 1445; Ponente: Ilmo. Sr. Seijas Quintana) y el voto particular a esta sentencia de la Ilma. Sra. Pueyo Mateo.

4.2 ALIMENTOS ENTRE PARIENTES, ACTITUDES SOCIALES Y CARACTERES DE LA SOLIDARIDAD EN LA RED FAMILIAR EXTENSA

Una primera razón que podría explicar la ausencia de litigios es que el instituto objeto de estudio probablemente es desconocido por los posibles beneficiarios de su existencia.

No dispongo de datos referidos a España o a alguna de sus Comunidades Autónomas, pero no parece aventurado extrapolar la tendencia que describían una serie de encuestas realizadas hace unos años en otros países de nuestro entorno, y que tenían por objeto precisamente esta cuestión. Así, en 1969 se publicó una encuesta sobre las actitudes de los franceses con respecto a la obligación legal de alimentos. Esta encuesta revelaba que la obligación legal de alimentos entre parientes era una institución cuanto menos poco conocida: un 58 por 100 sabía que los hijos tenían que prestar alimentos a sus padres, pero sólo un 15 por 100 declaró tener conocimiento de la obligación recíproca que los padres tenían para con sus hijos adultos.

En cualquier caso, de ese sondeo se desprendía asimismo, muy claramente, que una gran mayoría de los encuestados no deseaba tener que recurrir a la reclamación de alimentos a sus familiares en caso de necesidad. Solamente un 12 por 100 de los progenitores admitió que se dirigiría a sus hijos en caso de necesidad, pero siempre que éstos estuvieran en condiciones de poder ayudarles. Menos del 1 por 100 se manifestó dispuesto a llevar el asunto a los Tribunales⁹⁰. La consecuencia práctica de tales actitudes es bien clara: mientras los recursos para vivir puedan obtenerse de otro modo, o sea posible renunciar (en todo o en parte) a la asistencia (pública) que venga condicionada al ejercicio del derecho a alimentos, con toda seguridad la persona afectada no ejercerá la acción que la ley le concede. Es más, incluso cuando carezca de otros medios parece improbable que reclame judicialmente su derecho pese a la situación de necesidad que está sufriendo. Este problema ha sido bastante estudiado en las personas mayores y es frecuente destacar el coste emocional que tiene reclamar judicialmente a los hijos o descendientes el pago de una pensión alimenticia. Muchos ancianos padecen auténtica angustia sólo de pensar que por su culpa los hijos pudiesen ser requeridos por la Administración o incluso perseguidos por la Justicia. Además, existe un deseo generalizado de independencia, que se cree obtener cuando la ayuda necesaria se obtiene de fuentes formales (como pueden ser los servicios sociales, el hospital o la atención domiciliaria). Es verdad que las expectativas varían según las necesida-

⁹⁰ I. F. O. P., *Attitudes des Français a l'égard de l'obligation alimentaire*, Paris, Ministère de la Justice, 1969. Citada en Jacques COMMAILLE, *Familles sans justice? Le droit et la justice face aux transformations de la famille*, Paris, Centurion, 1982, pp. 98-99, notas 31-32.

des, pero se ha podido concluir que la tendencia es que los ancianos no cuenten con los hijos cuando los cuidados que precisan se van a prolongar bastante tiempo ⁹¹.

Por otra parte, lo paradójico de la situación actual en España es que las condiciones sociodemográficas podrían hacer pensar en un aumento del número de reclamaciones de alimentos entre parientes. Sin embargo, esto no se produce debido al concurso de varios factores. Por una parte, está el sistema de pensiones y de servicios sociales, que proporciona —señaladamente a los ancianos y a los minusválidos pobres— lo mínimo para subsistir. A ese sector de la población se han dirigido concretamente las pensiones no contributivas (*cf.* art. 167.1 LGSS), que carecen del carácter subsidiario de las obligaciones familiares de alimentos atribuido a otras prestaciones asistenciales. Estas personas son asimismo las principales beneficiarias de la universalización de la asistencia sanitaria. Con todo, lo que verdaderamente explica la ausencia casi absoluta de litigios es el dato palmario de que en España se produce en un grado muy elevado una solidaridad espontánea, no coactivamente impuesta, entre generaciones. Además de la información que resulta de los datos apuntados en la introducción [*v. supra* § 1.4], este hecho podría constatarse comparando los casos de denegación de prestaciones asistenciales con el número de reclamaciones de alimentos: denegada la prestación social no consta que existan resistencias por parte de los familiares a prestar la asistencia necesaria, básicamente a través del acogimiento en el propio hogar.

En los casos en que esto no se produce, no obstante, los interesados que tienen conocimiento de cuáles son sus derechos no parecen estar dispuestos a reclamarlos judicialmente. Como ha dicho Egea Fernández, quienes la necesitan reciben de buen grado la ayuda prestada espontáneamente por los familiares «pero raramente ejercerían una acción judicial contra ellos» ⁹².

⁹¹ Esta actitud de no querer ser una carga, ni siquiera para los propios hijos, refleja el temor de las personas mayores a que esta situación pueda generar problemas y ha recibido una explicación antropológica: «los ancianos están muy interesados en la continuación de su linaje y de sus valores familiares. De ahí que tiendan a sobrevalorar lo que de común tienen con sus hijos y a pasar por alto o minimizar los desacuerdos y las diferencias. Consiguientemente, evitarán las demandas que puedan complicar las relaciones entre ambas generaciones» (Josef HOERL, «Family, Society, and the Elderly: The Vienna Case», en John EEKELAAAR/Peter LASLETT, *An Aging World. Dilemmas and Challenges for Law and Social Policy*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 169-83 y 175-7). Los datos de la encuesta realizada en Viena, que sirve de base al trabajo citado, concluyen que sólo un 19 por 100 de los ancianos esperaba recibir ayuda de sus hijos, ante situaciones de dependencia crónica y permanente, un 37 por 100 confiaba en tenerla de sus hijas y un 89 por 100 de sus esposos y esposas.

⁹² Joan EGEEA FERNÁNDEZ, «L'acció de repetició contra el deutor d'aliments. Solidaritat familiar i prestacions assistencials públiques», *RJC*, 96 (1997), pp. 617-653 y 626.

Esto último pone de relieve un elemento trascendental en cuanto al modo en que se entiende (por los interesados) la solidaridad familiar. La solidaridad que se actualiza espontáneamente, que se vive en las familias y que cubre las necesidades de los afectados, se identifica con el amparo en el domicilio familiar o en la casa de alguno de los parientes. Lo prueba que el gasto medio anual en transferencias económicas entre hogares y de remesas a familiares no convivientes en el hogar es relativamente bajo si se compara con las necesidades que se pretenden cubrir y con los demás conceptos de gastos que tiene el propio hogar⁹³. De ahí que, cuando por una u otra causa la convivencia en el mismo hogar no sea posible, a nadie se le ocurra demandar a los parientes. Fácilmente surgen problemas si esta abstención del titular del derecho a alimentos coincide con la reclamación de lo que esa misma persona considera como un derecho, esto es: recibir la asistencia y las prestaciones que la Administración proporciona a quienes, careciendo como ella de medios, no tienen familiares.

Esta última constatación conduce derechamente a afirmar que la solidaridad familiar, tal como se practica, no se corresponde exactamente con las consecuencias que la ley deriva de la condición de descendiente, ascendiente o hermano. Quiero decir que legalmente de tal principio se deduce la imposición de una obligación, cuyo cumplimiento puede efectuarse *in natura* o abonando cierta cantidad de dinero periódicamente. Aunque es evidentemente correcto calificar el acogimiento en la propia casa como un modo de dar cumplimiento a la deuda alimenticia (art. 149 I CC), la segunda posibilidad (el pago periódico de una suma de dinero) se representa como algo insólito en la percepción que se tiene sobre cómo han de funcionar las relaciones familiares y qué se puede exigir a los parientes.

4.3 SUBSIDIARIEDAD DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y CRISIS DE LA FUNDAMENTACIÓN TRADICIONAL DE LOS ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

El cuadro esbozado en el apartado anterior sugiere que la solidaridad familiar, como principio jurídicamente relevante, puede estar siendo formulada en el Derecho vigente, al margen del modo en que se viven en nuestros días las relaciones familiares.

Es verdad que en la opinión pública la norma que obliga a ciertos parientes a darse recíprocamente alimentos en caso de necesidad es generalmente aceptada. Expresa un valor comúnmente compartido sobre cómo deben funcionar las relaciones familiares y cumple una función esencialmente simbólica, a pesar de su escasa aplicación prác-

⁹³ Véase *supra*, nota 27.

tica ⁹⁴. Mas cuando la norma jurídica tiene que aplicarse al caso concreto, las diferencias que existen entre el modo normal de dar cumplimiento a las obligaciones que socialmente se adscriben a los parientes de la red extensa y lo que puede ser exigido por la ley determinan que la norma legal no siempre pueda ser observada, y que el resultado se considere en ocasiones francamente inaceptable ⁹⁵.

Tomando este punto de vista, lo que quiero destacar es que la solidaridad familiar que deben honrar los parientes sirve para explicar la existencia de la institución jurídica en la medida en que la imposición coactiva de tal solidaridad carece de trascendencia práctica; en tanto que predomina la vía del cumplimiento espontáneo, inconsciente y generoso de lo que los llamados a prestar alimentos consideran como una responsabilidad que les incumbe, al margen de que la ley faculte al interesado para requerírsele judicialmente. La controversia sobre la legitimidad de la fundamentación tradicional aparece cuando el interés de la persona necesitada se troca en el de la Administración pública, preocupada por reducir cierto tipo de gastos (*v. gr.*, asistencia sanitaria o gastos farmacéuticos) o los costes relacionados con las atenciones dispensadas a ciertos tipos de personas (*v. gr.*, ancianos, personas que sufren alguna disminución).

Esta reacción de los poderes públicos obliga a aclarar los límites que el fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes impone a esta política legislativa, de lo cual nos vamos a ocupar a continuación. Al propio tiempo, sin embargo, esta situación da pie a poner de manifiesto las carencias estructurales que afectan a este instituto jurídico, y que comprometen su encaje en el modelo actual de organización socio-económica [*v. infra* § 5.2].

El debate jurídico sobre el alcance teórico y práctico de la solidaridad familiar en España está todavía por desarrollar. Todo y así, es probable que surja cuando los poderes públicos pretendan actualizarla adu-

⁹⁴ Expuesta en términos generales, suscita un grado de adhesión muy elevado en las encuestas realizadas sobre este asunto. A nadie le debe extrañar este dato si se tiene en cuenta el peso de la moral católica en nuestra sociedad y en los países de nuestro entorno cultural (Francia, Italia, Portugal). De hecho, no obstante, este elemento aparece en todas las sociedades desarrolladas donde se plantea el problema objeto de este trabajo. Por supuesto en los países predominantemente protestantes (por todos, *v.* TEITELBAUM, «Intergenerational Responsibility», pp. 773-780). Pero desde luego también en sociedades tan distintas a la nuestra como, por ejemplo, Japón y Singapur. Respectivamente, *v.* Usha NARAYANAN, «The Government's Role in Fostering the Relationship Between Adult Children and Their Elder Parents: From Filial Responsibility Laws to... What?, A Cross-Cultural Perspective», *The Elder Law Journal*, 4 (1996), pp. 369-406 y 389-391, y Art LEE, «Singapore's Maintenance of Parents Act: A Lesson to be Learned from the United States», *Loyola Los Angeles International & Comparative Law Journal*, 17 (1995), pp. 671-699 y 687, notas 98 a 102.

⁹⁵ Lo destacan especialmente Jean VAN HOUTTE y Jef BREDA, «Maintenance of the Aged by their Adult Children. The Family as a Residual Agency in the Solution of Poverty in Belgium», *Law and Society Review*, 12 (1978), pp. 645-664 y 655.

ciendo la subsidiariedad de la protección social cuando concurre con las obligaciones familiares de alimentos ⁹⁶. Como he apuntado, los crecientes costes de los servicios socioasistenciales pueden ser un acicate para reavivar en la práctica la obligación legal de alimentos entre parientes, aunque configurándola ahora como una *garantía secundaria* ⁹⁷, cuya principal virtualidad consiste en servir de fundamento legal del cobro de los gastos por atenciones prestadas por entidades sanitarias o socioasistenciales al titular del derecho a alimentos ⁹⁸.

Esta garantía se hace efectiva de dos maneras. La primera consiste en que la existencia de la obligación civil facilita la gestión del pago *voluntario* del coste de determinadas prestaciones o servicios recibidos por el titular del derecho a alimentos. La amenaza de la acción judicial coadyuva a motivar a los llamados a prestar alimentos a colaborar en la medida

⁹⁶ Bien por medio de acciones de reembolso de lo prestado al interesado y no cobrado, bien a través de la denegación de la prestación a quienes no ejerzan paralelamente las acciones reconocidas por la ley contra sus parientes. En este sentido, por todos, v. Thierry GARÉ, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Paris, CNRS, 1989, p. 228, y Patrick SENAËVE, «Solidarité familiale et solidarité communautaire dans la société en crise», en Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN/John EEKELAAR (coords.), *Famille, État et Sécurité économique d'existence*, Bruxelles, Kluwer-Story Scientia, 1988, p. 452.

⁹⁷ Esta expresión es utilizada, para el Derecho francés, por Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*, 4ème éd., Paris, Montchrestien, 1994, p. 188. Repárese en que este planteamiento trastoca absolutamente la posición jurídica del deudor de alimentos. En este sentido, también para el Derecho francés, Evelyne SERVERIN, *La mise en oeuvre de l'obligation alimentaire familiale. Définitions de la solidarité familiale par le juge et l'administrateur*, Lyon, Université Lyon III, Institut d'études judiciaires, 1983, p. 28, ha señalado con acierto que «el deudor de alimentos no es para el acreedor un *garante* de cualquier gasto alimenticio, sino un prestador directo, sea abonando una pensión, sea liberándose *in natura*, en la medida en que los textos legales se lo permiten» (subrayado suyo).

⁹⁸ Como ejemplo, véase el Decreto 394/1996, de 12 de diciembre, del Departamento de Bienestar Social de la Generalidad de Cataluña, por el que se establece el régimen de contraprestaciones de los usuarios en la prestación de servicios sociales y se aprueban los precios públicos de determinados servicios sociales (DOGC núm. 2294, de 18 de diciembre de 1996; corrección de errores publicada en el DOGC núm. 2379, de 14 de abril de 1997), donde por primera vez se establecen criterios para poder computar el derecho a los alimentos en el marco de la solicitud y la prestación de determinados servicios sociales. Concretamente, se trata de las residencias, los centros de día y los pisos tutelados para ancianos, así como los servicios de comedor, los tratamientos de atención precoz y los centros residenciales, hogares y centros de día para personas con disminución (v. Anexo 3, Decreto 394/1996). Sobre esta normativa, v. EGEA FERNÁNDEZ, «L'acció de repetició», pp. 647-651, y Jordi RIBOT IGUALADA, *Alimentos y subsidiariedad de la protección social* (en prensa). En cuanto a su posible ilegalidad, por carecer del rango normativo suficiente para imponer este tipo de exacciones fiscales, v. Anna M.^a BABOT I GUTIÉRREZ, «Comentario sobre el régimen de precios públicos impuesto a los usuarios de ciertos servicios sociales de la Generalidad de Cataluña», *La Llei*, 1997, núm. 186, pp. 1-2, y el Dictamen núm. 205 del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña (BOPC núm. 261, de 9 de marzo de 1998. Ponente: Sr. Francesc de Carreras i Serra).

establecida por la Administración ⁹⁹. La segunda vía es la acción de reembolso. Como ha recalcado Carbonnier, en ambos casos, se actúa en función de los intereses del departamento competente, según las limitaciones económicas que padezca o las circunstancias políticas porque pase ¹⁰⁰.

Por lo demás, si se conviene en que a menudo el desarrollo de las prestaciones asistenciales ha venido acompañado de fraude y de gestión ineficiente, la prioridad de las obligaciones de los parientes puede parecer el medio idóneo para evitarlos. Quién mejor que la familia para presionar al desempleado para que busque trabajo con ahínco o para evitar que simule una invalidez inexistente. Por otra parte, si los hijos tienen que pagarlos, sus padres se lo pensarán dos veces antes de utilizar determinados servicios o bienes que no les resulten indispensables (v. gr., atención domiciliaria, costes farmacéuticos, tratamientos complementarios) ¹⁰¹.

La responsabilidad primaria de la familia sirve, por tanto, como freno al incremento desmesurado o fraudulento de las reclamaciones dirigidas contra el Estado. En mi opinión, esto constituye una instrumentalización de la obligación legal de alimentos entre parientes. Afecta gravemente, además, al fundamento de esta institución. En apariencia sigue siendo el mismo –la solidaridad que deben honrar los familiares– pero el titular de la pretensión ya no es un familiar sino un tercero. Alguien ajeno al vínculo de parentesco que es presupuesto esencial de esta obligación. Se soslaya así todo el razonamiento implícito en el carácter personalísimo tradicionalmente adscrito a la acción de alimentos y que todavía se refleja en la regulación del Código Civil ¹⁰².

La experiencia de otros países, en los que este tipo de contribuciones así como el derecho de reembolso del importe de determinadas prestaciones económicas están expresamente previstos en la normativa correspondiente, muestra una creciente oposición de los parientes al pago de esas deudas. Por muy variadas razones, hoy está muy arraigada la creencia de que es el Estado quien debe hacerse cargo de esos costes. La gente no comprende por qué tienen que ser los parientes quienes corran con los gastos de la residencia pública en que debe ingresarse al padre o a la

⁹⁹ Parecida finalidad persigue el uso por las entidades públicas sanitarias o asistenciales del recurso a la vía penal del delito de abandono de familia. Cfr. Pietro RESCIGNO, «Anziani cronici non autosufficienti, doveri della famiglia ed obblighi delle istituzioni. (Premesse civilistiche)», *Dir. fam. per.*, (1993), pp. 1173-1178 y 1175.

¹⁰⁰ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 2, *La famille*, 16ème éd., Paris, PUF, 1993, p. 590.

¹⁰¹ Es lo que se ha denominado la justificación *pragmática* de las obligaciones familiares (TEITELBAUM, «Intergenerational Responsibility», pp. 781-783).

¹⁰² En lo tocante a la naturaleza personal de la relación obligatoria y al carácter personalísimo de la legitimación activa en la acción de alimentos tomando como base el art. 151 I CC, v. Ferran BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, Baranova, Universitat de Barcelona, 1990, p. 47.

abuela que padece demencia senil y que requiere cuidados constantemente o del hospital, donde se ha ingresado a la hermana o al hijo mayor de edad que carecen de recursos económicos y que –por diferentes motivos– están excluidos del régimen general de la Seguridad Social¹⁰³.

Algunos han visto en esta actitud reticente o claramente incumplidora un reflejo del egoísmo de los familiares. Postura que, al generalizarse, se toma como manifestación de un desconcertante abandono de la función de la familia, que sin mucho miramiento se achaca al individualismo preponderante en las sociedades occidentales de hoy¹⁰⁴. El remedio de este problema consistiría justamente en otorgar una mayor relevancia práctica a la obligación legal de alimentos entre parientes, facilitando el uso de sus preceptos por parte de la Administración pública, que es en última instancia la garante de la protección de las personas necesitadas.

En este sentido, hay que subrayar que el argumento de mayor peso de quienes defienden la oportunidad de la obligación legal de alimentos entre parientes reside en la necesidad de garantizar jurídicamente el cumplimiento de las responsabilidades que éticamente incumben a los parientes¹⁰⁵. Como señaló Max Rheinstein, muy pocas de las personas que mantienen a sus padres ancianos lo hacen exclusivamente motivados por el temor a las consecuencias legales que tendría el no hacerlo «pero posiblemente existen hijos para quienes ese temor a una acción gubernamental en su contra... es un motivo. Acaso no es el único, pero para algunos otras motivaciones podrían no ser suficientemente poderosas sin el refuerzo que supone el temor a la compulsión jurídica»¹⁰⁶. La eventual derogación de esta obligación legal, por eso, constituiría una muestra de

¹⁰³ Jean PELISSIER, *Les obligations alimentaires. Unité ou diversité*, Paris, LGDJ, 1961, p. 241 (censurando esta situación, que califica como un efecto psicológico pernicioso de la extensión del sistema de Seguridad Social).

¹⁰⁴ Henri MAZEAUD/Léon MAZEAUD/Jean MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, tome I, vol. 3, *La famille*, 7ème éd., par Laurent LEVENEUR, Paris, Montchrestien, 1995, p. 623 («marque de la disparition de la famille»; «manifestation d'un individualisme qui n'est qu'égoïsme»). Este juicio se puede calificar cuanto menos como una simplificación, tanto desde el punto de vista histórico como atendiendo a la complejidad en que hoy se desarrollan las relaciones familiares [v. *infra*, § 5.2]. Y la consecuencia que se saca de él –como apuntan Jean HAUSER/Danièle HUET-WEILLER, *La famille. Fondation et vie de la famille*, 2ème éd., Paris, LGDJ, 1993, pp. 881-882– digna, por eso, de reconsideración.

¹⁰⁵ Eva Marie von MUNCH, «Reform des Verwandtenunterhalts: eine rechtspolitische Notwendigkeit oder übereilte Aufgabe der Familiensolidarität?», en *Zehnter Deutscher Familiengerichtstag (vom 14. bis 17. Oktober 1993 in Brühl). Ansprachen und Referate. Berichte und Ergebnisse der Arbeitskreise*, Bielefeld, Gieseking, 1994, pp. 55-58 y 56,

¹⁰⁶ Max RHEINSTEIN, «Motivation of Intergenerational Behavior by Norms of Law», en Hans G. LESER (ed.), *Collected Works/Gesammelte Schriften*, vol. 1, *Jurisprudence and Sociology, Comparative Law and Common Law (USA)/Rechtstheorie und Soziologie, Rechtsvergleichung und Common Law (USA)*, Tübingen Mohr (Paul Siebeck), 1979, pp. 111-137 y 112.

disolución moral, que afectaría no tan sólo a los potenciales beneficiarios sino a toda la sociedad.

En defensa de la obligación legal de alimentos de los parientes coinciden por lo tanto dos líneas de pensamiento a menudo contrapuestas, pero que en este caso son perfectamente complementarias¹⁰⁷. De un lado, una ideología de carácter liberal en lo económico, que pretende exonerar en la medida de lo posible al Estado de cargas económicas (el tatcheriano *rolling back the frontiers of the State*), que en este caso se adjudican a otra formación social: la red familiar extensa. Por otra parte, una ética de raíz *comunitarista*.

Desde este último punto de vista, el *status familiae* constituiría el presupuesto de unos papeles o roles sociales a los que la comunidad asigna ciertas responsabilidades. Los individuos son enjuiciados conforme al mejor o peor cumplimiento del papel que se les adjudica en la sociedad (v. gr., padre, hijo, hermano) y no en cuanto que (buenas o malas) personas. Pero lo más importante es que este juicio no lo hace el acreedor de las obligaciones familiares, sino la propia comunidad. De modo que la responsabilidad del sujeto pasivo no se concibe como el contrapunto de ciertos derechos del pariente, que posee por ello la plena disposición sobre su actualización o puesta en acto¹⁰⁸. Hasta cierto punto, se puede decir que desaparece la libertad de decidir si se entablan o no las acciones derivadas de la responsabilidad socialmente impuesta a los familiares, ya que lo que interesa (a la comunidad) es la actualización de esa responsabilidad y no simplemente la satisfacción del derecho del titular¹⁰⁹. El ejemplo más claro de este planteamiento en términos de política jurídica es, además de la subrogación *ope legis* de la Administración o de un tercero en los derechos del interesado¹¹⁰, la norma en virtud de la cual

¹⁰⁷ Sobre este punto, con respecto a las funciones de la familia en general, v. Lluís FLAQUER RIUTORT, «La familia como arena de contienda», *Claves de razón práctica*, 46 (1994), pp. 64-67 y 67.

¹⁰⁸ Éste es el resultado al que se llega cuando se excluye la aplicación de la regla *in praeteritum non vivitur* en el caso de la reclamación ejercida en vía de regreso por un tercero o, sobre todo, por la Administración pública. Véase cómo lo expresa Léopold PEYREFITTE («Considérations sur la règle "Aliments n'arréragent pas"», *RTD civ*, 67 (1968), pp. 286-308 y 306): «En particular, no existe ninguna razón para impedir que la Administración acumule los alimentos vencidos para liberar de este modo al deudor de una deuda que es la expresión de un deber sagrado de solidaridad familiar. Si este último debe poder contar con la diligencia de su acreedor de alimentos al vencer su derecho, no puede sin embargo aprovecharse de su sensatez, comedimiento o estado de ánimo con el fin de descargar su deuda sobre la colectividad pública. La moral es así corroborada por la pura técnica jurídica».

¹⁰⁹ La explicación de este análisis puede verse, en John EEKELAAR, «Family Justice: Ideal or Illusion? Family Law and Communitarian Values», *Current Legal Problems*, 48 (1995), pp. 191-216 y 203-205.

¹¹⁰ Por ejemplo, v. art. 19.5 de la Ley catalana 10/1997, de 3 de julio, de la renta mínima de inserción (DOGC núm. 2435, de 17 de julio de 1997): «La Generalidad de Cataluña

sólo procede el reconocimiento de ciertas prestaciones sociales cuando paralelamente se reclamen los alimentos a que se tiene derecho ¹¹¹.

Así pues, cabe concluir que la utilización de la obligación civil de alimentos entre parientes como instrumento para allegar recursos destinados a la financiación de los entes asistenciales hace que no resulte nada extraño que esta obligación acabe siendo confundida con la contribución que se exige a los familiares por los costes de ciertos servicios prestados o gestionados por la Administración. Para mal, por cuanto que desde esta perspectiva no parece existir otro remedio que vaciar la bañera con el crío dentro, esto es: proponer la derogación del instituto civil o la revisión legal de su alcance con el fin de obviar los inconvenientes que provoca la subsidiariedad de la protección social pública. Es verdad que existe la alternativa de resaltar el carácter privado del derecho a los alimentos, destacando su naturaleza personalísima y el hecho de estar vinculado a aspectos cuya valoración sólo compete realizar a su titular ¹¹². Admitiendo esta disociación entre lo público y lo privado, sin embargo, aumentan sobre manera las dificultades para la subrogación de los entes asistenciales en las acciones del beneficiario de la protección social que, al mismo tiempo, es titular del derecho a alimentos, y acaba teniéndose que reconocer la inutilidad práctica del instituto como instrumento para reducir el gasto público destinado a las situaciones de necesidad que alivia la Administración ¹¹³.

podrá ejercer, en nombre del beneficiario de la prestación económica de la Renta mínima de inserción, o de cualquiera de los miembros de la unidad familiar, las acciones contra los demás familiares que tengan la obligación legal de facilitarles alimentos».

¹¹¹ Por ejemplo, v. arts. 29 de la Ley gallega 9/1991, de 2 de octubre, sobre medidas básicas para la inserción social (DOG núm. 191, de 3 de octubre de 1991), 18.1 de la Ley asturiana 6/1991, de 5 de abril, reguladora del *ingreso mínimo de inserción* (BOPA núm. 87, de 17 de abril de 1991) y 15 de la Ley aragonesa 1/1993, de 19 de febrero, que estableció la regulación del ingreso aragonés de inserción (BOA núm. 24, de 1 de marzo de 1993). Para el análisis de estas normas y de otras similares, v. Jordi RIBOT IGUALADA, *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social* (en prensa).

¹¹² Los autores italianos son quienes han sostenido con más empeño que la sustitución del alimentista por la Administración en el derecho a alimentos, así como los instrumentos que restringen la libertad de elección entre las prestaciones familiares y las sociales, lesionan la libertad y la dignidad del necesitado. Por todos, v. DOGLIOTTI, *Doveri familiari*, pp. 210-211. Como ha escrito, con mucho tino, Diana VINCENZI AMATO, no se puede atribuir legitimación *iure proprio* a favor de la Administración asistencial (o de otros entes o personas que pudieren suministrar alimentos al necesitado) en el derecho a alimentos del beneficiario, porque involucra la dignidad personal de éste, al afectar «su sentido de la familia, la acogida o el rechazo de ciertos valores tanto humanos como familiares y sociales, la apreciación de su situación concreta (suya y de aquél a quien se dirige la pretensión)»; porque, en fin, no cabe que «una intervención externa venga a romper el delicado equilibrio que uno mismo ha venido construyendo» (*Gli alimenti. Struttura giuridica e funzione sociale*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 63).

¹¹³ Cfr. Joan EGEA FERNÁNDEZ/Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «La problemàtica de la vellesa i el dret civil. Consideracions a l'entorn de la rellevància de la condició de persona

Con respecto a este último punto, no me resisto a señalar, de pasada y para terminar, que, en cualquier caso, está por demostrar que el reconocimiento del derecho de reembolso a favor de los entes públicos favorezca efectivamente la disminución de los gastos asistenciales ¹¹⁴. Para muestra, un botón: en el *estudio de costes y beneficios* de la ley catalana de alimentos entre parientes (Ley 10/1996, de 29 de julio), elaborado —como es preceptivo en virtud de las directrices de elaboración de las normas legales catalanas— por la *Subdirecció General de Coordinació Administrativa*, sobre la facultad de la Administración de recuperar los gastos producidos por la asistencia prestada al alimentista, se constata expresamente «la imposibilidad de calcular el beneficio aproximado que la medida tiene, así como si producirá más o menos costes que en el sistema seguido hasta el momento» ¹¹⁵. Si bien parece casi de sentido común creer que la posesión de esta facultad puede ahorrar dinero a los entes públicos, no está de más recordar que estos beneficios no son fácilmente calculables, y que con el mismo grado de indeterminación pueden señalarse los riesgos y los costes de una proliferación de litigios cuyo resultado sea finalmente desfavorable para la Administración ¹¹⁶.

En realidad, la raíz del problema está en la contraposición entre las circunstancias que hacen posible un consenso más o menos generalizado sobre la eficacia jurídica de la solidaridad familiar y los condicionantes de diferente tipo que hacen muy difícil su puesta en práctica. Esto es patente cuando son los propios interesados quienes tienen el poder para decidir si consideran oportuno o no dirigirse a sus parientes requiriéndoles una ayuda que, en su caso, les reclamarán judicialmente. En cambio, los límites e inconvenientes que el titular del derecho a los alimentos per-

anciana en el futur codi de família de Catalunya», en ÀREA DE DRET CIVIL-UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Materials de les vuitenes jornades de Dret Català a Tossa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 126-193, 157-159 y 168. Al respecto, véase el cambio radical que se ha introducido hace poco en el Derecho familiar catalán en lo relativo a la legitimación activa para reclamar los alimentos de los llamados por la ley a prestarlos. Conforme al artículo 261 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia (DOGC núm. 2687, de 23 de julio de 1998), tiene derecho a reclamar a alimentos no sólo la persona que los necesita (o, en su caso, su representante legal), sino también la entidad pública o privada que la acoga. Esto aparte del derecho de cualquier persona que preste alimentos al titular, cuando el obligado no lo hace, de repetir contra éste por un máximo correspondiente al importe de las pensiones alimenticias del año en curso y del anterior, salvo que conste que los dio desinteresadamente y sin ánimo de reclamarlos (art. 269.1).

¹¹⁴ En este sentido, incluso para los ordenamientos en que la repetición deba ejercerse obligatoriamente, v. SENAËVE, «Solidarité», p. 455. El tópic del ahorro de fondos públicos lo usa, por ejemplo, Tomasso Auletta, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 18 ss.

¹¹⁵ *Parlament de Catalunya. Servei de Documentació, Biblioteca i Arxiu*; Legajo V, núm. 6.

¹¹⁶ Este punto se desarrolla con mayor detalle, en RIBOT IGUALADA, *Alimentos* (en prensa).

cibe y que explican que la reclamación judicial de sus derechos sea tan infrecuente, dejan de considerarse cuando es un tercero quien presta la ayuda que se necesita. En ese caso, la solidaridad familiar aparece como un imperativo abstracto, ajeno a cualquier otra consideración que no sea la simple capacidad económica del obligado, con frecuencia calculada, dicho sea de paso, según baremos cuya adaptación a las circunstancias de cada caso puede ser complicada.

5. NOTAS PARA UNA REFLEXIÓN CRÍTICA ACERCA DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

El debate sobre la obligación legal de alimentos entre parientes ha venido motivado principalmente por las dificultades que plantea la interferencia administrativa en las relaciones familiares. Con todo, pienso que los interrogantes pueden y deben ir más lejos, destacando todos sus problemas y no tan sólo los relacionados con su instrumentalización por parte de la Administración.

En el fondo, lo que sucede es que la intervención administrativa ha propiciado la constatación de que este instituto jurídico tiene límites estructurales que hacen que su encaje en el actual modelo de organización política, social y económica sea muy difícil. Por eso hay que examinar de un modo global el contexto en que se desenvuelve, admitiendo francamente la complejidad de los procesos sociales que –en el campo de la familia– conducen a escoger una línea u otra de política jurídica ¹¹⁷. Pero esto no debe conducir a renunciar a evaluar críticamente unas razones que, por lo común, se dan por descontadas.

Este contexto amplio hace posible percibir más claramente que existen argumentos de peso para una reconsideración de la obligación legal de alimentos entre parientes, principalmente debido a la insuficiencia de su fundamentación en orden a contrarrestar las carencias que esta institución presenta desde varios puntos de vista [§ 5.2]. Antes de repasar esos argumentos, no obstante, considero conveniente examinar en qué medida este debate se ha planteado en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural [§ 5.1]. Como veremos, existen enormes diferencias entre ellos sobre esta cuestión.

Por lo que se refiere al camino que debería tomar una política legislativa consecuente con la crítica de la fundamentación tradicional de la obligación legal de alimentos entre parientes, basta con señalar que, en

¹¹⁷ Al respecto, v. Jacques COMMAILLE, «La regulation politique de la famille», en François DE SINGLY (Dir.), *La famille. L'état des savoirs*, Paris, La découverte, 1992, pp. 265-277 y 269-270. En este sentido, véase, también, GLENDON, *The New Family*, p. 191.

mi opinión, consistiría en suprimirla como tal, reduciendo las obligaciones familiares jurídicamente exigibles a las que se imponen los padres para con sus hijos, tanto si conviven como si no, y sin establecer un límite de edad ¹¹⁸. En este caso, la duración de la obligación debería estar vinculada a la consecución de aquellas condiciones que, con atención a la capacidad del hijo y a las posibilidades de los padres, le permitieran disponer de los medios necesarios para llevar una vida autónoma. El amparo de cualquier otra persona adulta, cuando por las circunstancias del mercado de trabajo u otros riesgos propios de la vida social (*v. gr.*, vejez, enfermedad, deficiencia física o psíquica) no sea autosuficiente, es una responsabilidad que debe corresponder a toda la sociedad. Por último, los problemas derivados de la ruptura de la pareja conyugal han de resolverse atendiendo a las características específicas de esta situación ¹¹⁹.

5.1 FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES EN EL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO Y COMPARADO

Un somero examen comparado de los ordenamientos de nuestro ámbito cultural requiere establecer modelos o tipologías generales en las que se puedan integrar los distintos Derechos, que se agruparán en razón de sus caracteres comunes. Cuando procede, la atención se centra en algunos supuestos concretos, por resultar de mayor interés para nuestro tema.

Se podrían apuntar tres tipologías fundamentales: los modelos que llamaré *nórdico, romano y gloamericano*.

El primer grupo se refiere a los ordenamientos de los países escandinavos y se caracteriza porque en ninguno de ellos existen obligaciones a cargo de los parientes de la red familiar extensa. Ni como obligaciones civiles, ni en concepto de deudas frente a la Administración o frente a

¹¹⁸ No es de recibo la propuesta dirigida a fijar un límite de edad para la pretensión alimenticia de los hijos (así, BRÜDERMÜLLER, «Solidarität», p. 134). Hay que tener presente que los principales afectados por esta medida serían los hijos de matrimonios fracasados, por la sencilla razón de que las demás familias acostumbran a cumplir de hecho sus deberes sin que los padres deban ser requeridos judicialmente. En este sentido, *v.* Ingeborg SCHWENZER, «Verwandtenunterhalt und soziodemographische Entwicklung», *FamRZ*, 36 (1989), pp. 685-91 y 690. No es aventurado suponer que la crisis matrimonial acontece durante la etapa en que el niño forma su propia personalidad o en momentos críticos de su vida (*v. gr.*, adolescencia) y puede afectar muy negativamente a su rendimiento escolar, lo que obliga a prolongar el tiempo dedicado a la propia formación. Asimismo, existe la posibilidad de que la crisis matrimonial se haya traducido en consecuencias muy perjudiciales de orden material (*v. gr.*, cambios de domicilio, violencia doméstica, abandonos temporales). En todo caso, parece claro que la crisis matrimonial es imputable a los padres y que, por tanto, deben ser ellos quienes asuman las consecuencias negativas que tenga para los hijos.

¹¹⁹ *Cfr.* nota 52 y texto que la acompaña.

quien prestó al pariente alimentos o la asistencia que necesitaba. Este dato permite contraponer el Derecho vigente en los países nórdicos con el de los demás ordenamientos que, a continuación, examinaré. En esos países, por lo común, únicamente existe la obligación legal de los padres de dar alimentos a los hijos, aunque sean mayores de edad. Pero esta obligación se extingue automáticamente al llegar el hijo a cierta edad. En Suecia, concretamente, la obligación legal de alimentos entre parientes no ha existido nunca, al menos en este siglo, y en 1979 desaparecieron definitivamente las obligaciones recíprocas entre padres e hijos adultos. La única obligación legal de alimentos no conyugal que subsiste es, por tanto, la de los padres a favor de sus hijos menores de edad, con arreglo a su capacidad económica y a las necesidades de los hijos. Esta obligación termina al cumplir el hijo los 18 años, salvo que en ese momento esté siguiendo una educación básica, en cuyo caso se extingue definitivamente cuando alcanza los 21 ¹²⁰. Parece evidente que la explicación de esta situación se encuentra en el desarrollo histórico que permitió levantar un completo modelo de protección social en los países escandinavos. A lo que hay que añadir que, pese a las dificultades que existen en la actualidad para mantener el nivel de protección alcanzado, se considera muy improbable que las futuras reformas del Estado del Bienestar se encaminen a reinstaurar las obligaciones familiares de alimentos que fueron derogadas en los años setenta ¹²¹.

El segundo tipo se califica como modelo *romano* por su origen, ya que los países que integran este grupo han recibido la institución de los alimentos entre parientes de las fuentes romanas, a través del Derecho canónico y del Derecho común. En este grupo se incluyen todos los ordenamientos del área jurídica latina, así como Alemania y los países del área de influencia germánica. Lo característico de este modelo es que el punto de partida del sistema consiste en reconocer una pretensión jurídico-privada a favor de la persona necesitada, que tiene como destinatarios a sus parientes más próximos y cuyo objeto es obtener de ellos lo necesario para poder vivir dignamente. Al margen de estas normas o directamente vinculadas a su existencia, algunos ordenamientos que forman parte de este grupo reconocen también –a favor de la Administración pública o de terceros– un derecho de reembolso con

¹²⁰ Hans LILJESON, «Legislation comparée: Suède», en *Juris-Classeur. Droit comparé*, Paris, Editions Techniques, 1995, núm. 86. En Dinamarca, el límite se sitúa a los 24 años (SCHWENZER, «Verwandtenunterhalt», p. 686 nota 13). En Noruega, la ley establece que la obligación de alimentos tiene un límite temporal, pero no se fija concretamente una edad para su extinción (BRUDERMÜLLER, «Solidarität», p. 129, nota 8).

¹²¹ Cfr. Anders AGELL, «Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltungspflicht unter erwachsenen Verwandten in Schweden», en Dieter SCHWAB/Dieter HENRICH (Hrsg.), *Familiäre Solidarität–Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltungspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich*, Bielefeld, Giesecking, 1997, pp. 163-173 y 173.

el fin de recuperar, a costa de los parientes del beneficiario, todo o parte del gasto ocasionado por ciertos servicios o prestaciones asistenciales.

En términos generales puede señalarse que en los países del área jurídica latina el debate sobre la fundamentación de la obligación legal de alimentos entre parientes y la conveniencia de mantener vigente este instituto no se ha producido abiertamente. Sin embargo, hay que subrayar que en Francia la crítica que se dirige —desde diversas perspectivas¹²²— contra la política de promover la recuperación por la Administración, con cargo a los parientes del usuario de servicios sociales, de determinados costes asistenciales es pertinaz¹²³. Y se pueden constatar, además, graves dificultades para aplicar las normas jurídicas que sirven de cobertura a estas prácticas¹²⁴. Por lo que se refiere a Italia, la doctrina especializada más moderna se mantiene firme en cuanto a la recíproca autonomía de las obligaciones familiares de alimentos y los deberes asistenciales a cargo del Estado. Con base en los principios constitucionales, así como en las diferencias esenciales entre ambos tipos de deberes, se parte de la premisa de negar la principalidad de las obligaciones familiares y, como consecuencia, la supuesta subsidiariedad de la protección social¹²⁵. En este aspecto, hay que señalar que aunque no se cuestiona la vigencia de las obligaciones civiles, los casos en que la Administración pública puede dirigirse en vía de regreso contra los llamados a prestar alimentos son muy escasos, su vigencia efectiva es discutida y desde luego no parece que se puedan generalizar¹²⁶.

¹²² Por todos, v. Agnès PITROU, «Solidarité publique, solidarité privée», en François DE SINGLY (Dir.), *La famille. L'état des savoirs*, Paris, La découverte, 1992, pp. 294-300. Para el estado de la cuestión en Derecho francés véase, últimamente, las reflexiones recogidas en Philippe STECK, *Droit et famille. Tous les droits*, Paris, Economica, 1997, pp. 261-273.

¹²³ Específicamente, v. Nicole DELPERÉE, *La protection des droits et des libérés des citoyens âgés* [Tesis leída en Toulouse y publicada en *Pla integral de la gent gran*, Barcelona: Departament de Benestar Social, 1993], p. 358, y Evelyne SERVERIN, «Le processus juridiques de répartition du coût de la prise en charge des personnes âgées entre la solidarité familiale et la solidarité sociale», *RD sanit. soc.*, 1992, pp. 526-541.

¹²⁴ Al respecto puede consultarse Jacques MASSIP, «Les recours exercés contre les débiteurs d'aliments par les services de l'aide sociale ou les hôpitaux et hospices», *Rép. Defrenois*, 110 (1990), pp. 475-480 y 480, y, especialmente, SERVERIN, *La mise en oeuvre*, pp. 22-26 y 32.

¹²⁵ Últimamente, v. Massimo DOGLIOTTI/Luca GIORGIANNI, «Alimenti e assistenza: problemi e prospettive», *Giurisprudenza di merito* (1996), pp. 363-371.

¹²⁶ Carlo ARGIROFFI, *Gli alimenti. I profili oggettivi del rapporto*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 119-120. Parece importante señalar, además, que tanto la ley que estableció la pensión mínima asistencial (art. 26 de la ley núm. 153, de 30 de abril de 1969), como la que reconoció el carácter universal de la asistencia sanitaria (ley núm. 833, de 22 de diciembre de 1978), desconocen cualquier tipo de derecho de repetición contra los parientes llamados a prestar alimentos (cfr. DOGLIOTTI, *Doveri familiari*, pp. 209-210).

El debate sobre el fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes sí se produjo, en cambio, en otro país originariamente vinculado a este tipo o modelo. Me refiero a los Países Bajos. En el nuevo Código Civil holandés se mantiene la obligación de alimentos entre cónyuges y entre padres e hijos ¹²⁷, pero la obligación recíproca de alimentos entre otros parientes fue derogada a partir del momento de su entrada en vigor (1 de enero de 1970). Como consecuencia, en Holanda ya no están jurídicamente obligados a prestarse alimentos en caso de necesidad ni los abuelos, ni los nietos, ni cualesquiera otros parientes o afines en línea recta. Tampoco los hermanos u otros parientes o afines en línea colateral ¹²⁸. Se puede afirmar, sin duda, que este resultado es consecuencia directa de la polémica que se suscitó sobre esta materia con ocasión de la elaboración del NBW. El proyecto presentado en 1954 por Meijers mantenía el mismo círculo de obligados que ya preveía el Código de 1838, esto es, parientes en línea recta así como suegros, yernos y nueras. Por lo tanto, a imagen y semejanza del Derecho francés, y en línea con los ordenamientos pertenecientes al modelo que hemos denominado *romano*. El primer proyecto gubernamental, en cambio, ya restringía la obligación a los parientes en línea recta. Pero la publicación de un artículo de Langemeijer, muy crítico con la fundamentación tradicional, parece haber sido decisiva para el cambio de orientación del NBW ¹²⁹. En este artículo se aludía primeramente a las transformaciones demográficas, porque afectan gravemente a las estructuras familiares y a la viabilidad de las obligaciones que se imponen a los parientes. Se añadía, a continuación, que la obligación legal de alimentos entre parientes carece de justificación porque fomenta las desigualdades sociales ya que, al gravar a los hijos y descendientes de personas pobres, perjudica la mejora de la condición socio-económica del llamado a prestar alimentos. Por último, Langemeijer consideraba que este instituto jurídico resulta hoy por hoy contradictorio con la idea de que la enfermedad o el paro forzoso se conciben socialmente como riesgos que debe asumir la sociedad en su conjunto y no soportar la familia de los enfermos o de los desempleados.

El ejemplo de los países nórdicos y el debate producido con ocasión de la elaboración del NBW, han impulsado la polémica y las reformas

¹²⁷ NBW 1:392. Cfr. A. PITLO/G. VAN DER BURGH/M. ROOD-DE BOER, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, 1 Het Personen- en Familierecht*, Arnhem, S. Gouda Quint, 1993, p. 578.

¹²⁸ Cfr. Willem BREEMBAR, «Familiäre Solidarität in den Niederlanden. Einige Bemerkungen zum Unterhaltsrecht und seinem Verhältnis zum Sozialhilferecht», en Dieter SCHWAB/Dieter HENRICH (Hrsg.), *Familiäre Solidarität—Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich*, Bielefeld, Giesecking, 1997, pp. 127-148 y 128.

¹²⁹ «De alimentatie in het ontwerp van een Burgerlijk Wetboek», *Ned. Jbl.* (1955), pp. 349 ss. Citado y resumido en LANDFERMANN, «Der Kreis», pp. 517 ss.

legales en los países del área germánica¹³⁰. Concretamente en Alemania, donde se mantiene plenamente en vigor la obligación legal de alimentos entre parientes en línea recta, hay que llamar la atención sobre dos datos, que apuntan hacia una tendencia a revisar el alcance de las obligaciones familiares de alimentos.

En primer lugar, hay que señalar que el legislador alemán restringió hace unos años la posibilidad de que la Asistencia Social se dirigiese en vía de regreso contra los parientes del beneficiario a partir del segundo grado (§ 91 I 1 *Bundessozialhilfegesetz*)¹³¹. Como regla general, puede decirse, por tanto, que la subsidiariedad de las prestaciones sociales únicamente afecta a padres e hijos¹³². Por otra parte, en las conclusiones del 59 *Deutsches Juristentag*, celebrado en Hannover durante los días 15 a 18 de septiembre de 1992, se aprobó –aunque por un estrecho margen (47 votos a favor, 37 en contra, 4 abstenciones)– una moción que establecía que los alimentos entre parientes deberían ser limitados a las obligaciones alimenticias de los padres para con sus hijos menores¹³³. Así y todo, se aceptó que entre padres e hijos debería existir, «para casos excepcionalmente graves, una pretensión a recibir alimentos en una medida equi-

¹³⁰ En Suiza, el debate se ha concretado en la obligación legal de alimentos entre hermanos (art. 328 I ZGB). La primera propuesta que pretendía la supresión de esta clase de obligaciones no prosperó. Al respecto, v. Jacques-Michel GROSSEN, «La dette alimentaire, spécialement entre frères et soeurs, en droit privé suisse», en Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN/John EEKELAAR (coords.), *Famille, État et Sécurité économique d'existence*, Bruxelles, Kluwer-Story Scientia, 1988, pp. 289-296. En la próxima reforma del Derecho de familia, que está pendiente de aprobación, se propone su derogación definitiva. Así lo señala CYRIL HEGNAUER, «Familiäre Solidarität – Begründung und Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im schweizerischen Recht», en Dieter SCHWAB/Dieter HENRICH (Hrsg.), *Familiäre Solidarität–Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich*, Bielefeld, Gieseking, 1997, pp. 185-198 y 187 (destacando que esta decisión responde, ante todo, a la modificación de los derechos legítimos de los hermanos, que tuvo lugar en 1984).

¹³¹ Por todos, v. FUCHS, *Zivilrecht*, p. 306.

¹³² Acerca de este límite se ha señalado que la titularidad de las prestaciones asistenciales afecta a la situación de necesidad y, por tanto, a la exigibilidad de los alimentos entre parientes (por todos, v. Hans VAN ELS, en Günther BRÜHL (Begr.)/Horst GÖPPINGER/Peter WAX (Bearb.), *Unterhaltsrecht*, 6. Aufl., Bielefeld, Gieseking, 1994, Rz 1647). La mayoría de la doctrina opina, sin embargo, que existe un derecho de escoger entre la prestación social y el derecho a alimentos (cfr. Ulrich DEISENHOFER, en Beate HEIB (Gesamtredaktion), *Unterhaltsrecht. Ein Handbuch für die Praxis*, München, Beck (Stand: 1996), § 13, p. 7, y allí más referencias). Como consecuencia, el llamado a prestar alimentos no puede oponerse a la demanda exigiendo que el demandante reclame las prestaciones sociales a que tiene derecho, pues por definición estas son subsidiarias (§ 2 BSHG). Al propio tiempo, la concesión de estas prestaciones sociales tampoco se puede hacer depender de la previa reclamación infructuosa contra nietos o abuelos, ni se puede repetir contra éstos el importe de las prestaciones abonadas al titular del derecho a alimentos.

¹³³ «Der Verwandtenunterhalt sollte grundsätzlich auf die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber minderjährigen Kindern beschränkt werden» (C.II.1). Con anterioridad, v. LANDFERMANN, «Der Kreis», p. 520.

tativa»¹³⁴. En cambio, por amplia mayoría se rechazó la posible extensión de las obligaciones familiares de alimentos a los hermanos (C.II.3a). Por lo demás, está todavía pendiente de resolución una cuestión de inconstitucionalidad contra los §§ 1601 y siguientes del BGB, que son los que regulan la obligación legal de alimentos entre parientes¹³⁵.

A diferencia de los Derechos de raíz romana, las normas que se han aplicado o que todavía vigen en los ordenamientos del área jurídica angloamericana parten del presupuesto histórico de que en el *Common Law* nunca existió una obligación a cargo de los parientes como la que nosotros hemos recibido del Derecho romano. Este hecho no impidió que, en el marco de la legislación isabelina sobre vagos y maleantes, se instaurara la obligación de las parroquias de acoger y atender a los necesitados, estableciéndose a favor de aquéllas un derecho de reembolso contra los parientes específicamente mencionados, con objeto de cubrir los gastos ocasionados por los indigentes socorridos¹³⁶. Esta estructura básica configura el tercer modelo comparado que examinaremos, y es la única que tradicionalmente ha existido en el Derecho inglés y en los países de su área de influencia, incluidos los Estados Unidos de América.

Por lo que se refiere al Reino Unido, en Inglaterra y Gales nunca ha existido la obligación legal de alimentos entre parientes¹³⁷. El desarrollo de las responsabilidades legales de los parientes fue una consecuencia

¹³⁴ *FamRZ*, 39 (1992), pp. 1275-1276.

¹³⁵ El número de orden de esta cuestión de inconstitucionalidad es 1 BvR 458/92. Al respecto, v. Gerhard RICHTER, «Rechtspolitische Erwägungen zur Reform des Unterhaltsrechts nach §§ 1601 ff. BGB», *FamRZ*, 43 (1996), pp. 1245-1250, nota 49.

¹³⁶ El itinerario histórico del *Poor Law* en Inglaterra puede repasarse en David THOMAS, «The Elderly in an Urban-Industrial Society: England, 1750 to the Present», en John EEKELAAR/Peter LASLETT, *An Aging World. Dilemmas and Challenges for Law and Social Policy*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 59-87. El llamado *Poor Law* se estableció tras la expropiación de los monasterios por Enrique VIII, a causa de la drástica reducción que esto supuso en los fondos privados destinados a ayudar a los pobres. Las prestaciones públicas, a cargo de las parroquias y con derecho de repetición contra ciertos parientes, formaban parte de un amplio sistema que incluía el trabajo forzoso de los niños, hospitales y asilos financiados por medio de impuestos sobre la propiedad, persecución penal de los vagabundos, correccionales para quienes rechazaban trabajar y promoción de los establecimientos privados de beneficencia. Cfr. Jacobus TEN BROEK, «California's Dual System of Family Law: Its Origin, Development, and Present Status. Part I», *Stanford Law Review*, 16 (1964), pp. 257-258.

¹³⁷ En Escocia sí, pero la *Scottish Law Commission* se planteó seriamente suprimir esta figura ante la falta de aplicación práctica y la compleja justificación que requiere su imposición. Este cambio llegó con la *Family Law (Scotland) Act*, de 1985, que suprimió las obligaciones familiares de alimentos en lo relativo a padres e hijos adultos, así como a cualesquiera parientes en línea recta. Cfr. Michael MESTON, «Unterhaltspflicht unter Verwandten in Schottland», en Dieter SCHWAB/Dieter HENRICH (Hrsg.), *Familiäre Solidarität—Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich*, Bielefeld, Gieseking, 1997, pp. 175-183 y 176-177.

indirecta del Derecho público de asistencia a los necesitados ¹³⁸. La primera norma es de 1597 (*England's Poor Relief Act*) y en ella se estableció la obligación de los padres, abuelos e hijos de los necesitados incapaces de trabajar, de reembolsar los gastos originados por éstos a las parroquias. Posteriores reformas ampliaron el círculo de los obligados al cónyuge y al padrastro de los menores de dieciséis años. A finales del siglo XIX y hasta principios del XX, se produjo un fuerte incremento en la ejecución forzosa de estas obligaciones. Sin embargo, a partir de 1948 comenzó la marcha atrás: desde la aprobación de la *National Assistance Act* tan sólo restan obligados el cónyuge y los padres de menores de 16 años. Durante la etapa de gobierno del partido conservador, sin embargo, se ha constatado la inclinación del legislador por devolver a la familia las funciones que –tras el *informe* Beveridge– habían sido asumidos por el Estado. De ahí que, además de acentuarse las obligaciones de los padres para con sus hijos menores (especialmente del progenitor extramatrimonial), se haya establecido por primera vez una obligación subsidiaria de los abuelos respecto al sostenimiento de sus nietos menores de edad ¹³⁹.

En todo el área del *Common Law* se partió del mismo criterio que en Inglaterra ¹⁴⁰, pero con la diferencia de que a mediados de este siglo se consideró oportuno –especialmente en Norteamérica– complementar la legislación del *Poor Law* con medidas administrativas dirigidas a la recuperación de los costes generados por las personas necesitadas en los servicios sociales (lo que se conoce como *Relatives' Responsibility Laws*). Concretamente en los Estados Unidos, donde las leyes isabelinas habían adquirido carta de naturaleza por medio de las leyes coloniales de Nueva York, a mediados de los años 50 más de la mitad de los Estados había

¹³⁸ Véase también lo expuesto en la nota 9.

¹³⁹ *Children Act*, 1989, Section 15 (1), Schedule 1 § 16 (2).

¹⁴⁰ Salvo en Australia, donde de la beneficencia privada se pasó directamente a un modelo de asistencia pública universal, especialmente con respecto a los ancianos dependientes (v. nota 6). Durante un tiempo, sin embargo, South Australia mantuvo en vigor una ley (*Maintenance Act*, 1926, 1936, §§ 40, 24, 5), en virtud de la cual se podía exigir a los hijos que prestaran alimentos a sus padres o bien que devolvieran los costes de haberles asistido, pero fue expresamente derogada en 1968. Leyes de este tenor no han existido nunca en los otros territorios, ni tampoco han sido promulgadas últimamente (v. Anthony DICKEY, *Family Law*, 3d. ed., Sydney, The Law Book Co., 1997, pp. 474-479). Por lo que se refiere a Nueva Zelanda, la ley que traspuso los criterios del *Poor Law* fue la llamada *Destitute Persons Act*, que permitía a determinados órganos de la Administración reclamar en vía de regreso por la asistencia prestada al necesitado, pero además establecía una obligación civil de alimentos entre parientes. Con respecto al Canadá, además de la tradición continental europea, que se conserva en el Código Civil de la provincia de Quebec, el resto de las provincias promulgaron durante los años 50 leyes parecidas a las de los Estados Unidos, para recuperar parte de los costes de la asistencia pública a los ancianos y disminuidos físicos y psíquicos, pero la mayoría fueron pronto derogadas o han caído en desuso. Sobre estas normas, v. RHEINSTEIN, «Motivation», p. 121, n. 22.

promulgado normas de estas características, aunque con notables diferencias en lo relativo al alcance de las responsabilidades familiares y a los medios de tutela de los interesados y de la Administración (v. gr., obligaciones civiles en sentido estricto, responsabilidad criminal, derechos de reembolso a favor de ciertos establecimientos o para determinado tipo de asistencia). Lo cierto es, sin embargo, que estas leyes fueron muy criticadas, y a finales de los 60 y principios de los 70 muchas de ellas fueron expresamente abrogadas ¹⁴¹. Esto ha conducido a una situación bastante complicada. A veces las derogaciones no han sido completas y es difícil saber si un texto está en vigor o no. Y muchos estados conservan estas leyes como vigentes, aunque hasta hoy raramente han sido aplicadas.

Tras un examen minucioso de los casos recopilados, en 1990 se señalaron las siguientes conclusiones. Por un lado, que la mayoría de los casos consiste en reclamaciones de terceros, fundamentalmente hospitales, por los gastos realizados a favor de alguno de los padres del demandado. En segundo lugar, que desde hacía más de veinte años no se daba uno solo que, condenando a los demandados, no hubiera comportado la inmediata derogación de las normas que permitían responsabilizar a los hijos o a los parientes ¹⁴². Y, por último, que en veinte estados no se encontró ninguna sentencia a pesar de tener leyes que autorizaban a demandar a los parientes ¹⁴³.

Ésta era la situación en Estados Unidos hasta hace bien poco. Hoy por hoy, sin embargo, se anuncia lo que parece ser un cambio de tenden-

¹⁴¹ En ello tuvo bastante que ver que se condicionó la percepción de los fondos del programa federal *Medicaid* a la prohibición de tener en cuenta los recursos de los parientes del solicitante de la ayuda, así como de pretender recuperar todo o parte de su importe de ellos. Así y todo, el Departamento de Salud y Servicios Humanos del Gobierno Federal emitió en 1983 un comunicado (igualmente muy criticado) en el cual autorizaba a los estados a requerir a los familiares que financiasen los servicios, siempre que existiese una obligación estatal en este sentido y la exigencia no se limitara a los parientes de los beneficiarios del programa *Medicaid*. El texto de este «transmittal» puede consultarse, en Harry D. KRAUSE, *Family Law. Cases, Comments and Questions* (2d. Ed.), St. Paul, Minn., West, 1983, pp. 965-966.

¹⁴² Esto es así con respecto al penúltimo y más importante de los casos publicados, *Swoap v. Superior Court of Sacramento County* (v. nota 56), en el que, de resultas de una *class action* emprendida por un grupo de jubilados y pensionistas, el Tribunal Supremo de California afirmó la constitucionalidad de las normas administrativas que permitían el reembolso de los costes asistenciales de los ancianos acogidos en residencias públicas. Tras la Resolución, se derogaron las tablas en que se establecían las contribuciones exigibles a los parientes (*California Welfare & Institutions Code* § 12100). Nótese, sin embargo, que permanecieron en vigor tanto la obligación civil preexistente (*California Civil Code* § 206, actualmente v. *Family Code* §§ 4400-4405), como la específica tutela penal en sede de abandono de familia.

¹⁴³ Ann BRITTON, «America's Best Kept Secret: An Adult Child's Duty to Support Aged Parents», *California Western Law Review*, 26 (1990), pp. 351-72 y 365-7.

cia en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Dakota del Sur *Americana Healthcare Center v. Randall* ¹⁴⁴. Este caso es muy significativo por cuanto que en ese Estado la única sentencia favorable al demandante era de 1895 y el último caso planteado (resuelto en contra del demandante) databa de 1947. La ley que obliga a prestar alimentos y que permite el ejercicio de la acción de reembolso, no obstante, no ha sido nunca derogada. En esta sentencia se reitera la vigencia de la obligación del hijo de prestar alimentos a su progenitor cuando éste se encuentra en situación de necesidad, se rechaza la cuestión de inconstitucionalidad por infracción del principio de igualdad y se admite la reclamación dirigida contra el hijo por los gastos ocasionados por su madre durante el año y medio en que ésta permaneció en una institución socio-sanitaria justo antes de morir. Esta misma tendencia parece hacerse patente en las reformas propuestas en 1996 para el programa *Medicaid*, cuyo objetivo es cabalmente reducir los gastos del sistema mediante el reembolso de los causados en servicios de atención domiciliaria a ancianos dependientes ¹⁴⁵.

En términos generales y como conclusión, el panorama que ofrece el Derecho comparado respecto a lo que entre nosotros se conoce como alimentos entre parientes puede calificarse de ambivalente, en el sentido de que se presta a dos interpretaciones opuestas. Junto a proyectos de reforma o reformas ya consumadas, que van en la línea de restringir el círculo de personas sujetas a obligaciones familiares de alimentos, concurren novedades legales que introducen nuevas obligaciones allí donde hasta el momento no existían o habían caído en desuso. No se puede decir, por consiguiente, que la cuestión esté decidida en un sentido u otro. Tomando como perspectiva la etapa que va desde los años 70 hasta hoy, no obstante, parece que la tendencia dominante es la de revisar la vigencia del instituto allí donde existe, ora como obligación civil, ora como el sucedáneo consistente en el derecho de repetición de ciertos gastos asistenciales a favor de la Administración pública o de otras personas ¹⁴⁶.

¹⁴⁴ 513 N.W.2d 566 (S.D. 1994). Al respecto, puede verse Robin M. JACOBSON, «*Americana Healthcare Center v. Randall: the Renaissance of Filial Responsibility*», *South Dakota Law Review*, 40 (1995), pp. 518-545.

¹⁴⁵ Harry D. KRAUSE, *Family Law*, 2d. ed., St. Paul, Minn., West, 1996, p. 192.

¹⁴⁶ En síntesis, v. Ismene ANDROULIDAKIS-DIMITRIADIS, «*Verwandtenunterhalt im vereinten Europa*», en Christian TOMUSCHAT/Hein KÖTZ/Bernd VON MAYDELL (Hrsg.), *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen*, Köln, Heymann, 1995, pp. 113-121. Esta materia ocupó gran parte del *Symposium für europäisches Familienrecht*, que tuvo lugar en Regensburg los días 24 a 26 de octubre de 1996, bajo el lema *Familiäre Solidarität—Die Begründung, und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich*. Para una breve reseña de lo allí tratado v. Martin LÖHNIG, «*Unterhaltungen über Unterhalt: 3. Regensburger Symposium für europäisches Familienrecht*», *ZEuP*, 3 (1997), pp. 920-4. Las actas de este congreso se han recogido en Dieter SCHWAB/Dieter HENRICH (Hrsg.), *Familiäre Solidarität—Die Begründung und die*

5.2 REFLEXIONES PARA UN DEBATE ENTORNO AL ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES FAMILIARES DE ALIMENTOS

Prestar atención a las críticas que se han formulado no significa necesariamente impugnar los requerimientos éticos que todavía constituyen el fundamento de este instituto jurídico ¹⁴⁷. La repugnancia moral que producen ciertos sucesos (especialmente sobre abandono de ancianos) no debe impedir que se tome distancia, y que se ponderen de un modo racional los inconvenientes esenciales de las normas que imponen a los parientes la obligación recíproca de prestarse alimentos. Aunque no pocas veces la denuncia de esos hechos acompañe oportunamente la introducción de nuevas medidas, destinadas a favorecer la ejecutividad de esta obligación legal en interés de la Administración.

A este efecto, tampoco añade mucho insistir en que nuestra sociedad basa gran parte de su cohesión social en el funcionamiento de las redes familiares extensas. Este dato no prejuzga el resultado de la crítica contra la idea de la solidaridad familiar en tanto que fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes. Hay que reconocer, además, que no parece que (el aumento o) la reducción del grado de coacción jurídica con respecto a las obligaciones familiares afecte realmente, de un modo significativo, a la propensión de los interesados (a exigir sus derechos o) a cumplir sus obligaciones. Esto depende en mayor medida de otros factores, que influyen más en la conducta de las personas que las normas que todavía recogen nuestros textos legales.

5.2.1 Presupuestos ideológicos del concepto de solidaridad familiar

El primer motivo de crítica es de tipo ideológico: la idea de la solidaridad familiar da por descontada una visión casi mítica de lo que es y sobre todo de lo que ha sido en algún momento la familia ¹⁴⁸.

Como ha señalado Teitelbaum, es frecuente justificar las leyes que imponen obligaciones a los parientes apelando a su carácter tradicional y presentándolas como «reproducciones de un mundo más feliz, perdido hace bien poco, y en el que varias generaciones convivían intercambiando de una manera natural sus papeles en el amparo y la asistencia de los miembros de la familia». Restaurar esas normas si fueron derogadas u obstinarse en exigir, cuando están vigentes, su efectivo cumplimiento, a despecho de la transformación de las circunstancias sociales, refleja el deseo de impulsar modelos de conducta «previamente existentes y que se

Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich, Bielefeld, Giesecking, 1997.

¹⁴⁷ James L. LOPES, «Filial Support and Filial Solidarity», *Pacific Law Journal*, 6 (1975), pp. 508-535 y 534.

¹⁴⁸ Cfr. COMAILLE, *Familles*, p. 96.

juzga fueron erróneamente abandonados»¹⁴⁹. Se parte así de una especie de ideal platónico de la familia, de una edad de oro o representación imaginaria de lo que aquélla fue. La familia aparece entonces como la encarnación originaria de la fraternidad, del apoyo mutuo; como refugio imprescindible ante las vicisitudes que el destino depara a sus miembros en el curso de la vida.

Sin embargo, ni este patrón se corresponde con la realidad de la familia en la Historia, ni puede utilizarse para expresar el papel que puede y debe tener en la sociedad actual, máxime cuando se está haciendo referencia a una formación social más amplia que la llamada familia *nuclear*.

El arquetipo de situación familiar que tradicionalmente ha servido para dar razón de la existencia de la obligación legal de alimentos es el de la familia de tipo troncal, en cuyo seno el patrimonio acumulado por cada generación se transmite de padres a hijos, tomando a su cargo el mayor de éstos la casa familiar donde conviven al mismo tiempo varias generaciones. En este contexto histórico-social, el ejercicio judicial de la acción de alimentos es fundamentalmente una cuestión de ricos. Con respecto a los pequeños propietarios, artesanos o aparceros, en su caso, se concretaba —por decirlo así— de un modo *natural*, es decir: a través de intercambios en especie (bienes, servicios) en el seno de una misma unidad de habitación. En lo tocante a otros núcleos familiares (v. gr., jornaleros, proletariado urbano), en cambio, la solidaridad familiar puede calificarse perfectamente como una entelequia, siendo así que entre las familias de los obreros o los campesinos pobres, mantener a los hijos más allá de los 10 u 11 años era hasta bien entrado este siglo una tarea poco menos que imposible¹⁵⁰.

Este contraste entre propietarios de tierras o bienes productivos y el resto de la población se hace particularmente evidente con referencia a la situación de los ancianos. En el pasado la disparidad del trato que recibían según su situación económica debía de ser mucho mayor. Mientras que la situación de los propietarios no cambiaba especialmente con la edad, si conservaban la propiedad de sus bienes, los pobres que llegaban a viejos —que estadísticamente no debían de ser muchos— o continuaban trabajando mientras podían hacerlo o vivían de la caridad hasta su muerte¹⁵¹. De donde se deduce que los problemas que en la actualidad plan-

¹⁴⁹ TEITELBAUM, «Intergenerational Responsibility», p. 777

¹⁵⁰ La cuestión de la pobreza entre las clases populares raramente se ha afrontado a través de la eficacia jurídica de obligaciones familiares, por bien que el papel de la familia siempre se ha considerado muy importante, y esto explica que la política de protección social auspiciada por la socialdemocracia se llevara a cabo al principio a través de la protección de la familia. Al respecto, v. Susan PEDERSEN, *Family, Dependence and the Origins of the Welfare State. Britain and France 1914-1945*, Cambridge, University Press, 1993, *passim*.

¹⁵¹ Suzanne K. STEINMETZ, «Parental and Filial Relationships: Obligation, Support and Abuse», en Suzanne K. STEINMETZ (ed.), *Family and Support Systems Across the Life*

tean el envejecimiento de la población y el aumento del número de personas mayores económicamente dependientes son, desde el punto de vista histórico, rigurosamente nuevos ¹⁵².

Por otra parte, es un hecho que, en la mayoría de los supuestos en que el problema de la exigibilidad de los alimentos civiles se plantea hoy en los países de nuestro entorno (v. gr., supuestos de ejercicio de la acción, en vía de regreso, por los entes asistenciales), los destinatarios de la acción son miembros de familias de clase media. Especialmente se trata de personas que no han recibido de sus mayores patrimonio alguno, que acaban de acceder a las clases medias y cuya principal fuente de ingresos es un salario ¹⁵³. Las reticencias de los afectados provienen del hecho de que estas personas consideran que las obligaciones cuyo cumplimiento se les exige van a cubrir costes que debe asumir el Estado. No las identifican con los deberes tradicionales de la familia. La demanda de socializar esas prestaciones coincide con la percepción de estar ante una exacción burocrática, en cumplimiento de una sanción o de una imposición estatal, no de un deber tradicional basado en el afecto, en la gratitud o en ambas cosas.

A menudo, esta situación se caracteriza como un síntoma de la crisis del Derecho de familia, cuya importancia disminuye en favor del Derecho social, más adecuado a la nueva situación socioeconómica ¹⁵⁴. En mi opinión, sin embargo, este problema se puede llegar a plantear precisamente porque el Derecho civil por fin es verdaderamente *general*. Como ha recordado Mary Ann Glendon, el Derecho [privado] sólo ha comenzado a preocuparse de grupos sociales que históricamente había preterido completamente, a partir de este siglo XX. De ahí que, al enfrentarse a los problemas de un segmento mucho más amplio de la población, hasta abarcar en teoría a los más miserables, el Derecho de familia «tiene que adaptarse a la cada vez mayor significación que en la sociedad actual tienen las diversas formas de la “nueva propiedad”, basada en el empleo o en las relaciones de dependencia con grandes organizaciones privadas o públicas». De tal manera, que «en la medida en que se invierte la impor-

Span, New York, London, Plenum Press, 1988, pp. 165-82 y 169-71 (asegurando que la situación actual de los ancianos y de los niños en la familia no admite comparación con el trato que recibían en el pasado). Como señaló Norbert ELIAS, el problema estriba en que en las sociedades industrializadas las personas mayores, a medida que envejecen, se ven más y más aisladas de la sociedad y del círculo de sus familiares y amigos, a pesar de estar mejor atendidas en lo relativo a su salud física y a su seguridad personal (*La soledad de los moribundos*, México, Madrid, Buenos Aires, FCE, 1987, p. 91).

¹⁵² Beatrice GOTTLIEB, *The Family in the Western World from the Black Death to the Industrial Age*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1993, pp. 18 ss.

¹⁵³ Véase las referencias concretas del caso belga, en HOUTTE/BREDA, «Maintenance», 661.

¹⁵⁴ Sobre todo, v. René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1e série, *Panorama des mutations*, 3ème éd., Paris, Dalloz, 1964, pp. 259-272 y 410-411.

tancia relativa de la familia, el trabajo y las pretensiones frente a la Administración con respecto a la garantía de la seguridad económica de las personas, se suceden también cambios en la manera de pensar las relaciones familiares»¹⁵⁵.

5.2.2 Efectos de los cambios sociodemográficos sobre las condiciones de aplicación de la obligación de alimentos entre parientes

En segundo lugar, a la hora de enjuiciar la actitud de los familiares hay que tomar nota del cambio demográfico producido en los últimos cincuenta años. En la actualidad no es en absoluto extraño que vivan simultáneamente 3 ó 4 generaciones de una misma parentela. Es evidente que no se puede obviar que esa mayor longevidad provoca un retraso más que notable en la transmisión de la riqueza, modificando de un modo radical el equilibrio entre las ventajas y los inconvenientes de la solidaridad entre generaciones. Es sabido, además, que existe un riesgo cierto de que los gastos que una persona soporta en la última etapa de su vida puedan llegar a consumir la mayor parte de su patrimonio, de modo que al final poco o nada pueda ser transmitido a sus sucesores¹⁵⁶.

Estos cambios demográficos y el envejecimiento de la población ponen en cuestión la viabilidad práctica de los alimentos entre parientes. Con cierta reiteración, se llama la atención sobre la denominada *Sandwich-Generation*, término con el que se alude a la generación intermedia, a cuyo cargo el legislador civil pone el mantenimiento tanto de los ancianos (ascendientes), cuya longevidad es cada vez mayor, como de los jóvenes (descendientes), que se incorporan al mundo laboral también con más retraso.

El problema se plantea por cuanto que el momento de criar a los propios hijos coincide con aquel en que los padres se jubilan. En situaciones de este tipo, los deudores de alimentos podrían ver comprometida su propia situación en el momento de alcanzar la vejez¹⁵⁷. Con lo que quienes no puedan soportar ambas cargas al mismo tiempo se encontrarán ante el dilema de contribuir al mantenimiento de sus padres o seguir pagando los gastos de sus hijos. Es cierto que nadie está obligado a soportar una

¹⁵⁵ Mary Ann GLENDON, *The Transformation of Family Law. State, Law and Family in the United States and Western Europe*, Chicago, University of Chicago Press, 1989, pp. 293-294

¹⁵⁶ Sobre este tema, en general, puede verse John H. LANGBEIN, «The Twentieth-Century Revolution in Family Wealth Transmission», 86 *Michigan Law Review* (1988), pp. 722-51 (con especial atención a la contraposición entre la sucesión *mortis causa* y el funcionamiento de los planes de pensiones para la vejez).

¹⁵⁷ SCHWENZER, «Verwandtenunterhalt», p. 687.

reducción sustancial de su propio nivel de vida y este límite esencial supone un eficaz contraargumento para desactivar las críticas que se basan en los perjuicios que se ocasionan a los obligados y a sus familias ¹⁵⁸. Ahora bien: hay que reconocer que la efectividad de la deuda alimenticia puede ciertamente condicionar decisiones ulteriores del obligado de gran trascendencia para éste o para su familia. Por ejemplo, realizar nuevas inversiones en la propia actividad empresarial o profesional, aplicar recursos a la formación de sus hijos o de su cónyuge o incorporarse a planes de pensiones.

5.2.3 Las obligaciones familiares de alimentos como obstáculo a la garantía de un mínimo de autonomía y de calidad de vida para la persona necesitada

Una de las principales situaciones en que puede tener aplicación la obligación legal de alimentos entre parientes es aquella en que padres y ascendientes ancianos, incapaces de mantenerse por sí mismos, requieren a sus hijos y descendientes adultos que lo hagan. Al respecto, ya Pothier se quejaba amargamente de que «la corrupción moral, en constante aumento, y que actualmente ha alcanzado su máximo nivel, ha convertido estas pretensiones, inauditas en el pasado, en muy frecuentes en los tribunales, para vergüenza de la humanidad» ¹⁵⁹. Es muy dudoso, no obstante, que en la actualidad el modo en que la ley entiende y concreta la solidaridad familiar sea verdaderamente el que las personas mayores prefieren.

Hoy en día, las cosas han cambiado significativamente. Tal vez porque las condiciones sociales y económicas hacían inviable que todo se supeditase a la voluntad y a la capacidad de las familias, los poderes públicos —a través de distintos expedientes— han asumido progresivamente la responsabilidad de asegurar a las personas mayores un mínimo de seguridad económica. Y lo que parece más importante, en nuestro país, como en la mayoría de los de nuestro entorno, se ha consolidado el modelo social que parte de la idea de que la persona debe ser autosuficiente a través del trabajo y del desarrollo legítimo de sus capacidades, de modo que cuando algún ciudadano, por su edad o por su incapacidad física o psíquica, no puede ganarse la vida trabajando y padece, por ello, una situación de necesidad, la ley le reconoce *como un derecho* el recibir lo mínimo para una vida digna. Así las cosas, no parece aventurado indicar que hoy nuestros mayores conciben el acceso a las prestaciones y servicios sociales como un derecho, y seguramente consideran una arbitrarie-

¹⁵⁸ Cfr. Frauke GÜNTHER, «Unterhaltsansprüche der Eltern und ihre Berechnung: zugleich ein Beitrag zum Familienunterhalt», *FuR* (1995), pp. 1-9.

¹⁵⁹ Robert Joseph POTHIER, *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, vol. 7, *Traité de contrat de mariage*, Paris, Bechet Ainé, 1820, p. 83.

dad que este acceso se les restrinja en virtud de los derechos que la ley les atribuye contra sus hijos y descendientes ¹⁶⁰.

A esto hay que añadir el desasosiego motivado por considerarse una carga y la frustración que para la mayoría de los afectados supone ver radicalmente cambiado su papel en el seno de la familia ¹⁶¹. Parece claro que una de las razones por las que las relaciones intergeneracionales funcionan razonablemente bien en nuestro país estriba en el mínimo de independencia que la universalización de la asistencia sanitaria, la extensión del sistema de pensiones y la ampliación de los servicios sociales para la tercera edad han proporcionado a los ancianos. El concepto de solidaridad familiar, tal como se articula en la relación obligatoria de alimentos, no responde en absoluto a este planteamiento y por ello puede calificarse como contraproducente y contrario a los intereses de las personas mayores.

Ya he señalado que la existencia de la obligación legal de alimentos entre parientes puede servir a los propósitos de la Administración de desarrollar instrumentos que permitan ahorrar una parte de los costes que ocasionan los programas de atención a la tercera edad, especialmente a los ancianos dependientes. En particular, mediante el cobro de ciertas sumas de dinero a los hijos y descendientes, en concepto de alimentos y como contribución a los gastos asistenciales realizados para atender al alimentista ¹⁶². Lo que ahora me interesa destacar es que este tipo de medidas tiene como efecto reflejo que la persona que necesita asistencia la reciba de su familia, en su propia casa o conviviendo con sus familiares, ya que esto les resultará más económico. Para ahorrarse los gastos que supone la mencionada contribución, muchas familias prescindirán de los servicios sociales. Aparentemente esto es positivo. Concuereña con el desarrollo de programas centrados en la atención domiciliaria y en la asistencia comunitaria, parece que refuerza la soli-

¹⁶⁰ Carece especialmente de justificación que se invoque la solidaridad familiar para excluir a quienes tengan parientes capaces de mantenerles de ciertos servicios sociales o de determinadas prestaciones. Esta postura presupone la distinción entre beneficios a los que se tiene derecho, por haber cotizado lo suficiente, y prestaciones que se conceden benéfica y discrecionalmente (y que, por lo tanto, podrían venir condicionadas por el requisito mencionado). Como es sabido, la tendencia irreversible a la financiación de las pensiones y de la asistencia sanitaria con cargo a los presupuestos del Estado ha reducido a cenizas este prejuicio.

¹⁶¹ Para un análisis de las responsabilidades familiares, tomando como base un modelo de reciprocidad a largo plazo y de equilibrio entre la dependencia y la independencia de los miembros de la familia, v. Janet FINCH, «The proper thing to do», en John EEKELAAAR/Mavis MACLEAN (eds.), *A Reader on Family Law*, Oxford, University Press, 1994 (Oxford Readings in Socio-legal Studies), pp. 63-98 [= Janet FINCH, *Family Obligations and Social Change*, Cambridge, Polity Press, 1989, ch. 5], especialmente pp. 92-95.

¹⁶² Véase *supra*, notas 96 a 100 y texto al que se refieren.

daridad familiar, y permite a las personas mayores evitar el ingreso en centros residenciales. Todo y así, parece que también hay que evaluar los inconvenientes: promover indirectamente que los ancianos dependan de sus familias acaso sirve para tener por cumplida la obligación legal de alimentos, y creer que así se pone en acto la solidaridad familiar, pero no hay que olvidar que, de este modo, se tiende a dejar de lado un problema que hoy concebimos como esencial, a saber: qué trato recibe la persona anciana y si le dispensan en efecto los cuidados que precisa. Desde este punto de vista, no se descubre nada nuevo al señalar que la mayor longevidad se está produciendo a costa de una menor autonomía de muchas de las personas que consiguen llegar a edades avanzadas, y que las familias carecen por lo general de la capacidad técnica, financiera e incluso personal de atenderlas adecuadamente. Desde luego, esto tiende a producirse cuando el hogar carece de las condiciones requeridas para el cuidado de ancianos o de adultos discapacitados.

Por otra parte, cuando indirectamente se impone a los familiares la convivencia con la persona mayor existe el riesgo de provocar una situación de conflicto que empeorará su calidad de vida. Tener que cuidar a una persona mayor influye gravemente en la vida de la familia, ante todo porque esta situación acostumbra a afectar a individuos que se encuentran en una etapa de la vida en la que se sufren diversas situaciones de estrés ¹⁶³. Aumentan los problemas con la pareja al coincidir la adolescencia de los hijos con mayores requerimientos profesionales o laborales. Por otra parte, los costes derivados de las necesidades de la persona mayor, acumulados a los que generan los estudios y los gastos de los hijos pueden perjudicar la situación financiera del hogar, y los esposos o esposas de las hijas e hijos quizás no estén conformes con destinar esos recursos familiares a atender al suegro o a la suegra. En definitiva, las relaciones familiares se resienten de una serie de complejos problemas humanos derivados de una convivencia no querida con la persona mayor ¹⁶⁴. Parece claro

¹⁶³ De momento, la longevidad de los ancianos pesa de forma particular sobre adultos de cincuenta a sesenta y cinco años, a quienes se requiere el cuidado de quienes tienen más de ochenta, es decir de quienes ya han perdido a su cónyuge y notan de forma más acusada el deterioro de sus condiciones físicas. *Informe sobre la situación de la familia*, pp. 170-171. Seguramente en un futuro no muy lejano, el envejecimiento generalizado de la población colocará esta carga en primer lugar sobre hijos e hijas de más de sesenta y cinco años. En ese tipo de casos, lo más probable es que concurren las situaciones de dependencia de los padres con las del esposo o esposa, por lo avanzado de la edad de éste (BRITTON, «America's», p. 369).

¹⁶⁴ En la coresidencia con ancianos se observa que la violencia se centra en los estratos medio-bajos, donde se agudizan los conflictos ante la falta de medios económicos y la imposible autonomía de la persona mayor. A la familia se le impone la presencia del anciano en un espacio reducido y en situaciones vitales precarias, lo que genera diversos tipos de violencia (psíquica, sexual, física) o situaciones de abandono en hospitales o residencias sin garantías (*Informe sobre la situación de la familia*, p. 256).

como mínimo que así es difícil que se fortalezcan los sentimientos de solidaridad familiar ¹⁶⁵.

Por todas estas circunstancias, cuando se hace referencia a la atención en la comunidad y a la devolución a la red familiar de ciertas funciones que la Administración había asumido con respecto a los ancianos y a otras personas dependientes, nunca se parte de una responsabilidad del tipo que es objeto de la deuda alimenticia, sino de una *solidaridad compartida* en la que jamás se deja sola a la familia, con sus propias capacidades personales y financieras ¹⁶⁶. Constituiría sin duda un retroceso que no se reconociese a los familiares su papel principal como cuidadores, razonando exclusivamente a partir de las responsabilidades legalmente adscritas al dato del parentesco ¹⁶⁷. Por eso la correcta política jurídica es que los poderes públicos apoyen financiera y materialmente a los familiares en el cumplimiento de sus obligaciones morales. Y se insiste, además, en que se estimule la asunción espontánea de compromisos de cuidado, la colaboración de voluntarios y la dotación efectiva de servicios de apoyo que disminuyan la carga psicológica y económica del cuidado domiciliario. En este sentido, interesa subrayar que la obstinación en exigir el cumplimiento de las obligaciones que legalmente incumben a los parientes de hecho entorpece la relación de los profesionales que atienden a los ancianos con sus familias ¹⁶⁸. Así lo explicaba muy claramente un detallado informe de los servicios sociales de Nueva York:

«En tanto que servicio social, el programa de asistencia pública está sometido a consideraciones que no se pueden medir en dólares y centavos,... más bien todo lo contrario cuando se refiere al pariente legalmente responsable... En este sentido, el regalo que hace el hijo adulto a sus padres ancianos, expresado en visitas regulares, en un contacto constante y afectuoso, la atención a necesidades no incluidas en los presupuestos del Departamento de Bienestar, tiene un significado mucho mayor para el mantenimiento de fuertes lazos familiares y para el sentido de responsabilidad de los miembros de la familia que la insistencia del Depar-

¹⁶⁵ Al respecto, v. BRITTON, «America's», p. 369-370, y allí más referencias. Véase, también, Leo J. TULLY, «Family Responsibility Laws: An Unwise and Unconstitutional Imposition», *Fam. L. Q.*, 5 (1971), pp. 32-45 y 43.

¹⁶⁶ En este sentido, véanse los aspectos políticos y las recomendaciones que se exponen en FUNDACIÓN EUROPEA PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y DE TRABAJO, *Cuidado familiar de las personas de edad avanzada en la Comunidad Europea* (Hannelore JANI-LE BRIS; Centre de Liaison, d'Étude, d'Information et de Recherche sur les problèmes des Personnes Agées, CLEIRPPA), Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1993, pp. 93-115. En general, sobre la interdependencia entre las redes familiares y los servicios sociales, v. Crescy CANNAN, *Changing Families, Changing Welfare*, New York, London, Toronto, Sydney, Tokyo, Singapore, Harvester Wheatsheaf, 1993, pp. 142-162.

¹⁶⁷ Cfr. Julia TWIGG, «Carers, Families, Relatives: Socio-legal Conceptions of Care-giving Relationships», *Journal of Social Welfare and Family Law*, 1994, pp. 279-298 y 294.

¹⁶⁸ HOUTTE/BREDA, «Maintenance», p. 661.

tamento, con la ley en la mano, de recibir una cierta suma de dinero. La ejecución de la deuda puede suponer fácilmente un retroceso y no un fortalecimiento de esas relaciones familiares»¹⁶⁹.

La alternativa, en fin, es que a la familia se le pida lo que en cada caso pueda y esté dispuesta a dar, que normalmente será mucho y apreciado por la persona mayor, pero que raramente serán sumas de dinero sino comunicación, apoyo afectivo y servicios *in natura*. A la misma conclusión ha llegado un reciente estudio donde se comparan las tendencias dominantes en la materia objeto de este estudio en dos importantes sociedades desarrolladas: Japón y Estados Unidos. En opinión de su autor, si bien es muy importante que el cumplimiento de las responsabilidades sociales y morales de los familiares sea implícitamente apoyado por las medidas de todo tipo que adopten los poderes públicos, no debe ser, en cambio, explícitamente exigido por ellas¹⁷⁰. Ésta es la línea seguida en Japón, pese a ser una de las sociedades más envejecidas del mundo occidental. Su gobierno ha desestimado las medidas de carácter coercitivo dirigidas a exigir el cumplimiento de las obligaciones familiares de alimentos. Y ello aun cuando Japón es el país, junto con Corea del Sur, en el que existe una mayor proporción de familias troncales y donde un mayor número de ancianos vive en la misma casa con sus hijos y descendientes. Para que esta realidad sociológica no termine por desaparecer, en lugar de acentuar la presión jurídica se ha optado por poner los medios de apoyo que precisan los familiares. Entre otras medidas, el autor destaca las líneas de crédito ofrecidas por la Administración para adecuar las viviendas familiares a la presencia de ancianos dependientes, las subvenciones y desgravaciones fiscales para la adquisición de productos farmacéuticos o sanitarios destinados a ancianos, y la reforma del sistema de jubilación y de pensiones en orden a garantizar a las personas mayores la posibilidad de seguir trabajando en la medida de sus posibilidades o una autonomía financiera que salvaguarde su autoestima y dignidad¹⁷¹.

5.2.4 Cargas familiares, riesgos sociales y Estado social

Como ha escrito el sociólogo francés Jacques Commaille, hoy «ya no es posible concebir la política sobre la familia sin referirse a un problema de valores morales estrechamente ligado a un problema economí-

¹⁶⁹ COMMUNITY SERVICE SOCIETY OF NEW YORK, *Familial Responsibility and Public Welfare: Issues and Recommendations*, 1964, p. 26 (citado y reproducido en: Robert J. LEVY, «Supporting the Aged: The Problem of Family Responsibility», en: John EEKELAAR/Peter LASLETT, *An Aging World. Dilemmas and Challenges for Law and Social Policy*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 255-280 y 266).

¹⁷⁰ NARAYANAN, «The Government's Role», p. 370.

¹⁷¹ NARAYANAN, «The Government's Role», pp. 392-395.

co»¹⁷². Desde este punto de vista, seguramente hay que concluir que la solidaridad familiar parece irremediablemente la antítesis de la solidaridad colectiva.

Nuestra sociedad se basa en un pluralismo en el marco del que ya no parece posible imponer un modelo único, válido para todos, de vida privada y familiar. La preferencia por la libertad individual en el ámbito ético tiene, además, como consecuencia, que deba atribuirse relevancia únicamente a las afinidades electivas, lo que contrasta con la formulación tradicional de las obligaciones familiares como algo que supone el sacrificio de las propias aspiraciones, y a lo que hay que supeditar la propia realización personal.

Desde otra perspectiva, que parece opuesta a la anterior pero que en realidad es su contrapunto, se puede señalar que la responsabilidad moral para con los que padecen situaciones de necesidad incumbe a todos y cada uno de los individuos que integran la sociedad, por lo que lo verdaderamente insolidario es desplazar forzosamente, en todo o en parte, la carga de atender a aquellas personas a sus parientes, por el mero hecho de serlo. De este modo se obvia deliberadamente el carácter de riesgos sociales que tienen las principales situaciones en las que se plantea en la práctica la actualización de la obligación legal de alimentos entre parientes: paro forzoso, vejez y asistencia sanitaria.

Como es sabido, la noción de riesgo social es el punto de partida tradicional del sistema de Seguridad Social y se refiere en primer término a los riesgos que amenazan a cualquier persona (*v. gr.*, enfermedad, epidemias) y que en muchos casos son producto de la propia organización social (*v. gr.*, paro, inflación)¹⁷³. De donde se deduce que nada se puede reprochar *a priori* a quienes la ley impone obligaciones alimenticias, y que la estructura socioeconómica es en verdad la causa que origina la situación de necesidad. Ambos aspectos señalan claramente a los poderes públicos como responsables de la atención a los necesitados, así como del establecimiento de instrumentos que permitan al interesado hacer frente a ese problema por sus propios medios. Esto implica o bien ampliar el alcance del sistema de Seguridad Social o de los recursos de Asistencia Social, o bien organizar un modelo de tipo asegurativo en que el riesgo cubierto sea precisamente el de hallarse en una de las situaciones de necesidad descritas¹⁷⁴. Probablemente, el riesgo más apto para ser

¹⁷² Jacques COMMAILLE, «Ordre familial, ordre social, ordre légal. Éléments d'une sociologie politique de la famille», *L'année sociologique*, 37 (1987), pp. 265-287 y 267,

¹⁷³ Cfr. Manuel Ramón ALARCÓN CARACUEL/Santiago GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de seguridad social*, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 15.

¹⁷⁴ Cfr. Guy PERRIN, «L'avenir de la protection sociale dans les pays industriels. Crises, défis et mutation des valeurs», en Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN/John EEKELAAR (coords.), *Famille, État et Sécurité économique d'existence*, Bruxelles, Kluwer-Story Scientia, 1988, pp. 779-799 y 790-795.

prevenido de esta segunda manera es el de vejez dependiente (v. gr., por enfermedad crónica incurable o situaciones semejantes). Pero desde luego no justifica –sino todo lo contrario– adjudicar esta u otra carga equivalente a las familias o a la red familiar extensa.

5.2.5 La obligación legal de alimentos entre parientes en el marco de la política de protección y de apoyo a la familia

En este trabajo, se ha defendido la constitucionalidad de la norma que impone recíprocamente a los parientes la prestación de alimentos, tomando como base la idea que el modelo de sociedad en que vivimos y nuestro sistema jurídico están basados en la protección jurídica, económica y social de la familia ¹⁷⁵.

Ahora bien: el primero de los presupuestos de la solidaridad familiar es que, además de las ventajas generalmente asociadas al reconocimiento jurídico de la familia, existan estímulos en el conjunto del sistema que predispongan de hecho a los ciudadanos a cumplir las obligaciones que se les atribuye en tanto que parientes. Es lo que la profesora Glendon ha denominado *una ecología de la familia*; esto es, que en la comunidad se tomen las medidas necesarias para crear un entorno favorable al efecto de que las familias puedan asumir sus funciones básicas en las situaciones de dependencia ¹⁷⁶.

Como se ha comprobado anteriormente, los parientes prestan en muchos casos una ayuda inestimable y lo hacen seguramente porque tienen hacia los miembros de su familia un sentimiento especial de lealtad y creen que han de honrarlo. Sin embargo, las decisiones que toman en lo tocante a amparar y mantener a sus ascendientes, descendientes, hermanos u otros parientes no son independientes de lo que se decide en otras instancias ¹⁷⁷. Se pueden poner muchos ejemplos: el efecto positivo que tiene la mínima autonomía que significa para la persona mayor recibir una pensión, aunque sea muy escasa, y aun cuando conviva con alguno de sus hijos adultos; la oportunidad de que los hijos que continúan en el hogar puedan seguir estudios superiores (porque las tasas para acceder a la Universidad pública todavía lo permiten) mientras las posibilidades de un empleo estable se perciben como remotas. En definitiva: las decisiones legales o administrativas respecto a las prestaciones que se ofrecen a los individuos y a las familias, así como su coste o las facilidades de obtenerlas son determinantes en muchos casos del efectivo funcionamiento de las redes parentales y familiares. Más concretamente, si debe

¹⁷⁵ Véase *supra* § 3.3.

¹⁷⁶ GLENDON, *Transformation*, pp. 307-308. Entre nosotros, v. especialmente Emilio LAMO DE ESPINOSA, «¿Nuevas formas de familia?», *Claves de razón práctica*, 50 (1995), pp. 50-54.

¹⁷⁷ TEITELBAUM, «Intergenerational Responsibility», pp. 794-795 y 799.

existir la obligación de alimentos entre parientes debería ser regulada, al menos, de una manera lo suficientemente consecuente para asegurar que el cumplimiento por los familiares de sus obligaciones no comportará al final resultados frustrantes. Por ejemplo, en lo relativo a la distribución de la carga entre los codeudores o en lo relativo a la posibilidad de recuperar de la herencia del alimentista todo o parte de lo que se le hubiese proporcionado en concepto de alimentos, si esto le permitió conservar sus bienes hasta la muerte ¹⁷⁸.

Desde este mismo punto de vista, tampoco cabe descontextualizar la obligación legal de alimentos de la política social con relación a la familia y a las cargas que el sistema asigna a los familiares. Esta política, tal como se ha desarrollado ampliamente en Europa durante la segunda mitad de este siglo, se refiere especialmente al apoyo a la familia de tipo nuclear. Además, se da el caso de que en España la política familiar y de apoyo fiscal a las familias ha sido en los últimos años muy deficiente a raíz del lastre ideológico que le colgó el régimen franquista ¹⁷⁹. Por lo tanto, es difícilmente sostenible que se exija a las familias que asuman de nuevo las funciones de asistencia a sus miembros adultos si esto, en lugar de venir acompañado de un apoyo efectivo desde el punto de vista administrativo, social y fiscal, pretende configurarse como una alternativa a la protección social y como una vía para reducir sus costes.

5.2.6 Alimentos entre parientes y seguridad jurídica

Aun cuando la solidaridad familiar se considere fundamento más que suficiente para que la ley imponga a los parientes, por el hecho de serlo, una obligación recíproca de alimentos, hay que señalar que este modelo presenta graves carencias en punto a la previsibilidad que —en términos

¹⁷⁸ De hecho, si se acepta la opinión más común, antes de poder requerir los alimentos, el alimentista debe liquidar todo su patrimonio, por lo que la recuperación de lo abonado en concepto de alimentos se justificaría porque cuando se dieron no eran todavía realmente necesarios y por tanto eran indebidos. Para el Derecho francés, Alain BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, 6ème éd., Paris, LITEC, 1994, p. 558, observa que «una jurisprudencia muy firme, pero sin duda discutible, niega a quien hubiese prestado los alimentos el derecho de ser indemnizado por medio de una preferencia sobre el capital de la sucesión». Entre nosotros, a falta de texto legal, la negativa se puede fundamentar *a maiore*, en el art. 148 II *in fine* CC.

¹⁷⁹ Al respecto, v. Salustiano DEL CAMPO, *Familias: sociología y política*, Madrid, Complutense, 1995, pp. 119-68, y Julio IGLESIAS DE USSEL, «Familia y política social en España: 1982-1996», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 74 (1997), pp. 337-382. Con respecto a Cataluña, un cambio de tendencia se refleja en el llamado *Pla integral de suport a les famílies* (Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Benestar Social, 1993), donde se recogen como objetivos específicos la ayuda económica, técnica y social a las familias que acogen a personas mayores y discapacitadas (pp. 83-85).

generales y por mor del principio de seguridad jurídica— debe caracterizar a cualquier supuesto de hecho al que la ley conecte la creación de obligaciones.

Ante este tipo de obligaciones, casi por definición, es prácticamente imposible llevar a cabo estrategias que permitan prever su nacimiento y calcular el coste que va a tener su cumplimiento. A diferencia de lo que sucede en el ámbito contractual o incluso en el Derecho de daños, donde el sujeto pasivo sabe a qué atenerse¹⁸⁰ y actúa por ello en consecuencia, en la obligación legal de alimentos entre parientes tal previsibilidad es radicalmente incompatible con su carácter eventual.

Este punto es básico porque permite establecer una distinción esencial entre las obligaciones de los parientes, en sentido estricto, y las de los padres para con sus hijos menores de edad o que, habiendo llegado a la edad de mayoría, todavía no han alcanzado la autonomía económica. En el caso de las obligaciones de los padres, la ley puede legítimamente obligarles a cuidar de sus hijos porque esta norma se corresponde con sus propias previsiones en lo relativo a la salud, la educación y el sostenimiento de sus hijos. Como señala oportunamente Teitelbaum, «la anticipación de esos costes es parte de un cálculo complejo que influye sobre otras decisiones de distribución de la riqueza en el seno de la familia». «Los padres —sigue este autor— a menudo escogen donde trabajar y vivir según las oportunidades educativas para sus hijos, la suscripción de seguros puede tener idéntica finalidad y tal vez se retrasan conscientemente las oportunidades de viajar o de comprar una casa»¹⁸¹. En definitiva, proveer a los hijos de lo que necesitan, conforme a las circunstancias de la familia, es parte fundamental de lo que los padres esperan al serlo.

Contrariamente, esta capacidad de calcular los costes adscritos al propio *rol* social está bastante más limitada cuando las obligaciones derivan de la pertenencia a una red de parentesco extenso. Antes de la independización de los hijos, las obligaciones de los padres son fácilmente reconocibles, aun cuando se expresen en términos generales, relativos al nivel económico y social de la familia (*cfr.* art. 1362 1.º CC). La emancipación de los hijos adultos supone —tanto para los padres como para los hijos— el fin de las obligaciones hasta entonces existentes, a las que se ha dado, por lo común, cumplimiento en el hogar familiar. Por eso el tener que prestar asistencia financiera a los padres o a los hijos adultos hasta entonces económicamente emancipados, es típicamente un hecho inesperado, una situación sobre la que no cabe,

¹⁸⁰ En cuanto a lo que puede ganar o perder o qué costes están asociados a la realización de una determinada actividad susceptible de causar daños.

¹⁸¹ TEITELBAUM, «Intergenerational Responsibility», pp. 790-792.

por lo general, hacer muchos planes ¹⁸². La mayoría de las personas ignoran si y en qué medida los parientes con quienes ya no conviven atraviesan dificultades económicas, aunque se vean con asiduidad. Es verdad que la proximidad residencial presupone una inmediatez de las relaciones entre los parientes que incrementa las posibilidades de advertir las necesidades de los demás. No obstante, normalmente nada se sabe sobre aspectos tan importantes para la eventual situación de dependencia como los planes de jubilación (o cuál es su alcance económico), los seguros que los parientes han suscrito o la marcha de sus negocios. Muy a menudo preguntar sobre estas cuestiones parece incorrecto y suscita el recelo o la incomodidad de los interpelados. Hay que tener muy presente, en fin, que las decisiones residenciales cada vez vienen menos determinadas por la proximidad con los familiares y más por las obligaciones laborales o profesionales. Así las cosas, la distancia coadyuva sin duda a la falta de la información que sería necesaria para prever la eventualidad de que aparezca esa necesidad que se tendrá que cubrir y para poder planificar los propios compromisos económicos.

5.2.7 Efectos socialmente regresivos de la obligación legal de alimentos entre parientes

Por diferentes vías, la presencia en nuestro Derecho de la obligación legal de alimentos entre parientes puede ser un obstáculo grave para alcanzar objetivos que se consideran muy importantes, como la remoción de los obstáculos que impiden que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), o como la emancipación de las mujeres.

Es verdad que las normas de Derecho de familia son ajenas a la idea de igualdad distributiva y sin duda no persiguen principalmente la reducción de las desigualdades sociales y económicas ¹⁸³. Más bien todo lo contrario. Por eso se considera razonable, desde el punto de vista constitucional, que la pertenencia al grupo familiar determine la sujeción a cierto tipo de obligaciones. La duda radica en saber si, además, procede mantener normas que, aparte de no promover la igualdad, por añadidura empeoran las desigualdades existentes por razones familiares. La obligación legal de alimentos entre parientes puede suponer este resultado y por

¹⁸² HOERL, «Family», pp. 180-181, hace notar en sus conclusiones que uno de los aspectos característicos de la solidaridad familiar es su carácter de cooperación ilimitada, indefinida en cuanto a su duración temporal. La predicción sociológica pone de relieve que, a pesar de la actual centralidad de las relaciones de parentesco extenso en la vida social, la gente estará mucho menos dispuesta en el futuro a verse vinculada por obligaciones que no se sabe cuánto pueden durar.

¹⁸³ En este sentido, GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, § 45 I 2.

ello ha sido a menudo cuestionada. La explicación es sencilla. Como es obvio, esta objeción se corresponde con la plausible afirmación de que es muy probable que la responsabilidad recaiga sobre personas con pocos recursos económicos, pues sus parientes suelen pertenecer a ese mismo sector de población y en él existen objetivamente más posibilidades de caer en la indigencia ¹⁸⁴.

Podría aducirse que este resultado no se producirá cuando el poder de disposición sobre el derecho a alimentos lo conserva el necesitado, ya que lo normal es que éste no recurra a sus familiares si sabe que sus recursos son también muy exiguos. Podría parecer injusto, por lo demás, que el hijo o el padre empobrecidos no pudieran dirigirse contra sus parientes si estos son ricos.

El problema es que este segundo planteamiento no responde a la realidad práctica de la aplicación de la obligación legal de alimentos entre parientes. El supuesto en que el titular del derecho a alimentos ejercita su acción contra sus parientes no es para nada el típico en que, hoy por hoy, en cualquier país de nuestro entorno, entra en juego la obligación alimenticia de éstos. Desde luego, no lo es cuando la Administración posee la legitimación necesaria para reclamar en vía de regreso. Pero sobre todo no lo es, en absoluto, cuando de lo que se trata es de utilizar la titularidad del derecho a alimentos como un elemento para evaluar la necesidad del solicitante de ciertas prestaciones o servicios sociales. Y es que, en la actualidad, los efectos socialmente regresivos de la obligación legal de alimentos entre parientes se concretan muy mayoritariamente en lo que la doctrina ha llamado efecto preventivo u obstativo (*deterrent efficacy*). Nótese que el interés de este modelo para la Administración asistencial es muy claro, pues se reducen tanto los costes asociados a la concesión de prestaciones sociales como los que implicaría tener que reclamar a los parientes todo o parte de su importe. De tal suerte que se consigue el máximo ahorro posible de fondos públicos ¹⁸⁵.

El carácter socialmente regresivo de este efecto se puede comprobar examinando cuál ha sido la utilización real de la obligación de alimentos entre parientes en España, pues, de momento, ha afectado tan sólo a personas de estratos sociales bajos al haber consistido básicamente en servir de justificación a la denegación de ayudas de carácter asistencial. La experiencia demuestra que la denegación basada en la existencia de parientes obligados a prestar alimentos es un caldo de cultivo idóneo para arbitrariedades y agravios comparativos. De ahí que la jurisprudencia en la materia haya relativizado el efecto económico de esta medida: teniendo en cuenta el sector de población afecta-

¹⁸⁴ BRUDERMÜLLER, «Solidarität», p. 132.

¹⁸⁵ Cfr. LEVY, «Supporting the Aged», pp. 268-270.

do (clases baja y marginal), los Tribunales tienden a denegar muy pocas veces los subsidios solicitados ¹⁸⁶.

Así pues, cabe concluir que la aplicación actual de la obligación legal de alimentos entre parientes impide que las familias desarrollen estrategias, tanto individuales como colectivas, aprovechando para sus propios fines (esto es, para la solidaridad familiar que efectivamente funciona) lo que la sociedad proporciona a sus miembros en materia de salud, educación o seguridad. Como ha señalado Agnès Pitrou, el énfasis puesto en la obligación legal de alimentos (y en la subsidiariedad de la protección social) obstaculiza el diseño de estrategias, a corto o medio plazo, que permiten a los individuos y a sus familias acceder a ayudas y servicios colectivos, sin tener que prescindir del apoyo más humano e inmediato de la red familiar. En su opinión, esto favorece la cohesión social y familiar y la corrección de las desigualdades ¹⁸⁷.

Por último, como he apuntado anteriormente, el redescubrimiento, en los últimos tiempos, de la solidaridad familiar se corresponde con la promoción de la atención a los enfermos crónicos y a las personas mayores en la comunidad, en sustitución de la denostada institucionalización. A este fin coadyuva indirectamente la permanencia de la obligación legal de alimentos entre parientes ¹⁸⁸. Sin embargo, también es un dato incontrovertido que, en los casos de atención y cuidado de personas dependientes en los hogares, quien, de hecho, se ocupa de ellas es casi siempre una mujer (*v. gr.*, la esposa, la hija, la nuera, la hermana). De ahí que pueda afirmarse que esta política ignora la evolución producida en las aspiraciones de las mujeres y en la realidad práctica, particularmente la inserción creciente de las mujeres en el mercado de trabajo. Por eso es difícil que, a larga, pueda funcionar, dado que es incompatible con el proceso de emancipación de la mujer y con su incorporación plena al mercado de trabajo ¹⁸⁹. Probablemente, en una primera etapa, tendrá cierto efecto en la

¹⁸⁶ Con respecto a las prestaciones del FONAS, por todas *v.* STS 3.ª de 4 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 9760; Ponente: Exc. Sr. Eladio Escusol Barra). Para un supuesto de ingreso mínimo de inserción, *v.* STSJ Galicia (Sala Cont.-Adm.) de 24 de febrero de 1995 (RJCA 1995, 270; Ponente: Exc. Sr. Francisco Javier d'Amorín Vieitez). Por lo que se refiere a las pensiones de favor familiar por muerte y supervivencia, puede verse la explicación de TORTUERO PLAZA en Manuel ALONSO OLEA/Luis TORTUERO PLAZA, *Instituciones de seguridad social*, 14.ª ed., rev., Madrid, Civitas, 1995, p. 131.

¹⁸⁷ Con lo cual contradice a quienes (desde la izquierda y desde la derecha) auguraban que el desarrollo de la protección social pública liquidaría la iniciativa familiar, fortaleciendo el control social de los individuos y convirtiendo a las personas en simples individuos cuya única condición relevante debía ser la de asistidos de por vida. PITROU, «Dépérissement», pp. 220-221.

¹⁸⁸ Véase lo señalado, *supra* § 5.2.3.

¹⁸⁹ Bob BRECHER, «What is Wrong with the Family», en Derek MORGAN/Gillian DOUGLAS (eds.), *Constituting Families: A Study in Governance (United Kingdom Association for Legal and Social Philosophy. 19th Annual Conference at Cardiff,*

medida en que nuestro país tiene una tasa muy elevada de mujeres que se dedican exclusivamente a la casa y que, por lo tanto, están en condiciones de asumir de nuevo esos servicios. Pero es difícil que esto suceda en el futuro, ya que cada vez más mujeres trabajan, incluso en la etapa en que crían a sus hijos, y por eso se ha subrayado que es altamente difícil que las hijas de hoy estén ideológicamente preparadas para dar continuidad a las actuales prácticas de cuidado en el seno de la familia (esto es, dar cumplimiento *in natura* a su propia obligación de alimentos o a la de su marido)¹⁹⁰. Desde luego, todavía es más dudoso que los hijos lleguen a implicarse en la responsabilidad del cuidado de sus padres ancianos.

April, 1993), Stuttgart, Steiner, 1994 [= *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 57 (1994)], pp. 63-79 y 75.

¹⁹⁰ HOERL, «Family», p. 171. En este sentido, específicamente para España, v. Manuel CASTELLS/Lourdes PÉREZ ÓRTIZ, *Análisis de las políticas de vejez en España en el contexto europeo*, Madrid, MAS-INSERSO, 1992, pp. 86-88.

Estudio teórico-práctico de las figuras fideicomisarias

ISMAEL MATEOS BONILLA

Doctorando del Departamento de Derecho Civil e Internacional
Privado de la Facultad de Derecho de Sevilla

SUMARIO: Preámbulo. I. *Reflexiones en materia de autonomía negocial y capacidad sucesoria*: I.1. Idea general de la autonomía de la voluntad en el campo sucesorio: incidencia de la libertad de testar en las figuras fideicomisarias. I.2. Capacidad jurídica en el favorecido o sucesor. Reproducción de algunas cuestiones sobre capacidad en las figuras fideicomisarias. II. *Limitaciones legales al establecimiento de una sustitución fideicomisaria*: II.1. En cuanto al medio elegido para establecerla. Especial consideración de la forma. II.2. En cuanto al número de sujetos llamados sucesivamente a la herencia. Problemática del 2.º grado. II.3. En cuanto al objeto afecto a la sustitución. Aplicación del límite genérico de las legítimas. III. *Estudio del 2.º grado y de la limitación por legítima en los llamados fideicomisos de residuo*: III.1. Límite del segundo grado en los fideicomisos de residuo. III.2. Límite de la legítima en los fideicomisos de residuo. IV. *Reflexiones en torno a la interpretación de las figuras fideicomisarias como disposiciones testamentarias*: IV.1. Especial consideración del principio *voluntas exspectanda*. IV.2. Análisis de los artículos 783.1 y 785.1 del Código Civil: distinción entre declaraciones expresas y tácitas. IV.3. Determinación de los medios interpretativos aplicables: IV.3.1. Posible aplicación de alguno de los medios hermenéuticos empleados en sede contractual. IV.3.2. Tratamiento de la prueba extrínseca. V. *Determinación de la naturaleza de la posición jurídica del fiduciario en la sustitución fideicomisaria*: V.1. Deslinde entre elementos esenciales de la figura tratada y posibles elementos accidentales en el negocio testamentario. V.2. Régimen obligatorio configurador de su posición jurídica. V.3. Estudio del poder jurídico-real mínimo del fiduciario sobre los bienes fideicomitidos. V.4. Alcance de la actuación de la autonomía negocial del testador en la figura. Posible incidencia de los pactos entre fiduciario y fideicomisario. VI. *Caracterización del fideicomiso de residuo como figura jurídica diversa*: VI.1. Amplio margen de actuación de la autonomía negocial en el momento de su establecimiento (determinación de las facultades correspondientes al fiduciario). VI.2. Aplicación analógica de algunos preceptos reguladores de la sustitución fideicomisaria a la figura estudiada. VI.3. Posición jurídico-real del fiduciario en el fideicomiso *si aliquid supererit*. Regulación jurídica. VII. *Distinción entre las figuras fideicomisarias y el llamado negocio fiduciario*: VII.1. Presencia de la fiducia en determinadas figuras diferenciables de las denominadas disposiciones fideicomisarias. VII.2. Figuras fideicomisarias como manifestación de los negocios *mortis causa* de confianza. VIII. *Responsabilidad patrimonial de los herederos llamados en primer lugar. Posible tratamiento diferenciado al fiduciario de la sustitución fideicomisaria*

y al del fideicomiso de residuo: VIII.1. Planteamiento concreto de la responsabilidad del heredero-fiduciario. Posible incidencia de la autonomía negocial del testador en la responsabilidad patrimonial por deudas: VIII.1.1. Consideraciones generales. Posible alteración del régimen de responsabilidad por el testador. VIII.1.2. Distinción entre los tipos de deudas que pueden existir en el pasivo de la herencia. VIII.2. Referencia al diverso tratamiento de las deudas en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso de residuo. VIII.3. Existencia, o no, del beneficio de inventario. VIII.4. Asuntos conexos a la responsabilidad. IX. *Estudio del artículo 783.2 del Código Civil. Desarrollo de sus posibles contenidos en atención a la labor configuradora del testador*. X. *Especialidades de la disposición fideicomisaria como productora de un patrimonio vinculado*: X.1. Acercamiento a la reserva hereditaria. X.2. Falta de confusión patrimonial con los bienes del fiduciario. Particular tratamiento del tema en el fideicomiso de residuo. XI. *Determinación del marco de actuación del fiduciario*: XI.1. Especial tratamiento de la posible actuación dispositiva del fiduciario en la sustitución fideicomisaria: XI.1.1. Consideraciones generales. XI.1.2. Actos dispositivos permitidos. XI.1.3. Régimen de ineficacia. XI.2. Voluntad del testador como medida para concretar las facultades dispositivas del fiduciario en el fideicomiso de residuo. XII. *Actuación de la subrogación real ante determinadas situaciones con relevancia jurídica de los bienes fideicomitados. Incidencia del carácter vinculado en los bienes*. XIII. *Garantías o aseguramiento de la posición jurídica del llamado en segundo lugar (fideicomisario)*: XIII.1. Necesidad de recurrir a la analogía jurídica. Falta de regulación. XIII.2. Tratamiento registral de la figura de sustitución fideicomisaria. XIII.3. Estudio de concretas garantías: XIII.3.1. Estudio general del tema. XIII.3.2. Otorgamiento de inventario. XIII.3.3. Necesidad de caución o fianza. XIII.3.4. Participación del fideicomisario en determinados actos. XIII.4. Posible tratamiento de la cuestión de las garantías en el fideicomiso de residuo: XIII.4.1. Estudio registral de la figura. XIII.4.2. Posible concurrencia de otro tipo de garantías. XIII.4.3. Participación del fideicomisario en determinados actos. XIV. *Conclusiones*.

PREÁMBULO

El trabajo que el lector tiene ante su vista viene a retomar el estudio de unas figuras de nuestro Derecho Sucesorio que gozaron de un gran predicamento en nuestra doctrina civilista durante unas décadas en las cuales se tenía una especial inclinación por aquellas construcciones con raigambre en el Derecho histórico: se trata de los casos de las reservas hereditarias o de la propia sustitución fideicomisaria.

En él se pretende resaltar aquellas zonas de la regulación jurídica de las denominadas figuras fideicomisarias en las cuales podría existir una cierta confusión a causa de la escasa normativa que se ocupa de éstas. Pero, al mismo tiempo, nos proponemos como objetivo cambiar el propio enfoque que, de estas figuras, se había venido dando por la doctrina científica en sus últimos estudios sobre el tema. Así, partiendo del valor que, generalmente, se atribuye en este campo a la declaración de voluntad del testador, pretendemos dar una nueva orientación a la exposición de estas disposiciones, no procurando, en ningún momento, establecer un

sistema de ideas inalterables. Podría decirse que el autor busca esas «pautas mínimas» –como origen, o punto de partida– en que apoyar una serie de reflexiones en la materia.

El enfoque aludido nos mueve a ir de lo general, que en este caso vendría dado por las normas en las que residen los principios básicos que inspiran nuestro sistema sucesorio –autonomía negocial, capacidad jurídica requerida, interpretación subjetiva de la declaración de voluntad emitida y, desde luego, seguridad y formalismo en el acto de testar–, a lo particular, representado por las propias limitaciones recogidas en la escasa normativa que afronta la regulación de estas figuras, limitaciones que se refieren al número de sujetos llamados sucesivamente, de manera que se evite el posible riesgo de vincular un patrimonio; o bien, recogiendo un límite general, que impide que se atente contra el derecho a la legítima de determinados sujetos.

Pero una vez concretadas las que hemos venido a calificar como «pautas mínimas», el estudio asume su faceta práctica –retomándola en otros casos– para adentrarse en el análisis de todos aquellos aspectos que proporcionan una dinamicidad a las figuras objeto de observación. Algo que provoca la necesidad de sucesivas delimitaciones de otras figuras con las que pudieran percibirse, a primera vista, ciertas semejanzas; logrando así, a mi juicio, consolidar su propia configuración.

La utilización, a lo largo de todo el trabajo, de la distinción, que hace años fuera desarrollada por la doctrina, entre fideicomiso de residuo –en sus dos variantes: *si aliquid supererit* y *de eo quod supererit*– y sustitución fideicomisaria tiene como misión facilitar la comprensión de determinados asuntos que, vistos de manera conjunta, podrían ocasionar serios desajustes a la hora de apreciar su desarrollo y efectos jurídicos. Algo que, análogamente, conduce al planteamiento de cuestiones que, pese a considerarse superadas por la doctrina mayoritaria, deben ser objeto de revisión; piénsese en el caso de la titularidad real del fiduciario dentro de las distintas figuras fideicomisarias, o de la naturaleza propia de los deberes que configuran su posición jurídica en la sustitución fideicomisaria.

Esta parte del estudio, en la que hemos pretendido prevalezca la vertiente práctica, pone de manifiesto la importancia que para la configuración de estas disposiciones fideicomisarias tiene el orden sucesivo de llamamientos a la herencia. Así, observamos cómo los sucesores, llamados en primer y segundo lugar, pueden adoptar tras la apertura del proceso sucesorio un papel «protagonista». Algo que queda de manifiesto en asuntos tales como: las garantías que puedan prestarse para asegurar la futura titularidad del fideicomisario, la propia dinámica de los asientos registrales que tiene por objeto bienes fideicomitados, o de un modo más general, aquellos posibles acuerdos que al amparo del Código Civil puedan alcanzar fiduciario y fideicomisario.

I. REFLEXIONES EN MATERIA DE AUTONOMÍA NEGOCIAL Y CAPACIDAD SUCESORIA

I.1. IDEA GENERAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CAMPO SUCESORIO: INCIDENCIA DE LA LIBERTAD DE TESTAR EN LAS FIGURAS FIDEICOMISARIAS

Sin ánimo expansionista, creo necesario apuntar que la importancia de la voluntad del testador en el campo de las sucesiones, sin dejar de ser un reflejo de la que posee la autonomía de la voluntad para el Derecho privado, trasciende de aquélla que pudiera comportar la autonomía negocial en el campo contractual (art. 658 del Código Civil) ¹.

No obstante, con la prudente reserva en cuanto a la aceptación de la figura del negocio jurídico ² y la necesaria separación que la regulación jurídica de ambas figuras (contrato y testamento) merece, considero adecuado plantear la posible aplicación analógica del artículo 1255 al campo de la sucesión testada. Creo ver la razón de ello en el distinto nivel de relevancia desde el que se aborda la cuestión de la autonomía negocial en los preceptos (arts. 675 y 1255) que la tratan.

Así, el artículo 675.1 del Código Civil ³, cuando aborda la materia interpretativa, permite sostener la primacía de la voluntad del testador, de suma importancia en la sucesión testada.

En cambio, el artículo 1255 ⁴ del mismo texto legal, a la vez que reconoce la importancia y trascendencia de la voluntad privada en el Derecho Civil, alude a sus límites. Este artículo va más allá del reconocimiento que merece la autonomía negocial en el ámbito interno o de génesis en las figuras, fijándose en su relevancia o eficacia externa.

Por ello, la libertad testamentaria no debe hacernos olvidar esos límites a los que expresamente alude el artículo 1255 y que deben reconducir la iniciativa privada dentro de unos intereses colectivos. Estos intereses generales se recogen en el llamado Derecho imperativo, auténtico límite a la autonomía negocial. Ello provoca que el contenido del artículo 675 deba ser integrado con la ayuda de una serie de artículos que, como los

¹ Artículo 658: «La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley».

² Recuérdese las reservas que existen por parte de la doctrina en aceptar la figura del negocio jurídico como figura aglutinadora o comprensiva de otras tan diversas como el testamento, el matrimonio y el contrato.

³ Artículo 675.1: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento».

⁴ Artículo 1255: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

referentes a reservas y legítimas, configurando y reconociendo dicha autonomía de la voluntad en el campo sucesorio como verdadero principio rector, la limitan y acotan.

Es la autonomía negocial entendida de este modo, la que vendrá a desarrollar una labor de enorme trascendencia en el momento de establecerse alguna de las denominadas, aquí, como figuras fideicomisarias.

Por otro lado, debemos constatar que la autonomía privada del sujeto alcanza relevancia para el Derecho desde el momento en que se singulariza en una concreta relación jurídica. Así, además de la capacidad jurídica que el ordenamiento exige como paso previo para el reconocimiento de eficacia a las declaraciones de voluntad emitidas por el sujeto (como señalaré posteriormente), esta autonomía privada se encontrará estrechamente vinculada al modo de entenderse, en un determinado marco político-jurídico, las relaciones de pertenencia entre las personas y los bienes que las rodean.

Encontramos prueba de esta incidencia de la libertad de testar en la propiedad privada en nuestra Constitución de 1978 (art. 33.1) ⁵. Esta consagración de sendos derechos puede tener una lectura conjunta o global, desde el momento en que se adquiere la propiedad sobre unos bienes en virtud de la herencia de un sujeto. Y no debemos olvidar que la adquisición *mortis causa* de bienes en la sucesión testada viene precedida de la voluntad del disponente.

De este modo, centrando nuestra atención en las construcciones jurídicas que, como las figuras fideicomisarias, implican una cierta vinculación de los bienes, nos veremos obligados a pronunciarnos sobre las relaciones de poder que surgen entre los sujetos llamados sucesivamente en la herencia y aquellos bienes sujetos a este tipo de disposiciones.

I.2. CAPACIDAD JURÍDICA EN EL FAVORECIDO O SUCESOR. REPRODUCCIÓN DE ALGUNAS CUESTIONES SOBRE CAPACIDAD EN LAS FIGURAS FIDEICOMISARIAS

Como siguiente punto, de necesaria observancia para mi estudio, se presenta el tema de la capacidad de los sujetos que se hallan inmersos en la relación jurídica de sustitución fideicomisaria. Me refiero, evidentemente, tanto a la capacidad para realizar o establecer disposiciones *mortis causa* (testamentarias), como a la respectiva capacidad para suceder o para ser partícipe activo de aquella disposición establecida.

El tema de la capacidad se presenta como de previo estudio, necesariamente, a cualquier paso destinado a esclarecer el posible contenido de la voluntad manifestada en testamento. Como consecuencia de lo anterior, la importancia de la materia se manifiesta en el propio desarrollo o

⁵ Artículo 33.1 de la Constitución Española: «Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia».

desenvolvimiento de la figura, de manera que difícilmente podemos plantearnos la extensión que pueda tener la voluntad privada manifestada por un sujeto sin reparar en la eficacia que la misma recibirá del ordenamiento dependiendo de las condiciones jurídico-personales de su emisor. Capacidad y voluntad aparecen como nociones íntimamente vinculadas a efectos de validez de lo manifestado. En este sentido, conviene recordar a Roca Sastre ⁶ y Puig Brutau ⁷.

Lo que ocurre es que, dada la propia fisonomía de la sustitución fideicomisaria, el tema de la capacidad se nos suscita en distintos momentos y sobre diversos sujetos.

Por ello, una vez determinada la concurrencia de capacidad en el otorgante o disponente siguiendo a tal fin las reglas generales sobre la materia, conviene centrarse en el estudio de aquella otra capacidad que requiere el ordenamiento para suceder.

A pesar de que para su estudio sigo las pautas señaladas en obras comprensivas del Derecho Sucesorio, o estudios específicos, que determinen cuáles son las reglas generales en materia de capacidad sucesoria, conviene detenerse en cuestiones concretas que puedan presentar un tratamiento particularizado en materia de sustitución fideicomisaria. No obstante, advirtiendo que esta singularidad o especialidad que pueda presentar la capacidad para suceder en sede de sustitución fideicomisaria no emergerá o tendrá su inicio en el momento de redactarse nuestro Código Civil de 1889, sino que deberemos remontarnos a los orígenes de la figura ⁸.

En este orden de ideas, vemos cómo dentro de la capacidad para suceder hay un tema que posee una íntima conexión con la sustitución fideicomisaria, como es la posibilidad de designar como heredero a un *concepturus*, o en otros casos, al *nasciturus* ⁹.

Todos los autores coinciden en señalar la necesidad de que el instituido sobreviva al causante (arts. 766 y 33 CC), pero no en la posibilidad de que el designado heredero aún no haya nacido, o más aún, no haya sido concebido siquiera.

⁶ ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Anotaciones a Enneccerus, Kipp y Wolf*. Puesta al día por PUIG FERRIOL y BADOSA COLL, *Tratado de Derecho Civil* (Sucesiones), Bosch, Barcelona, 1976, pp. 181 a 185 y 190 ss.

⁷ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo V, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 18 ss.

⁸ IGLESIAS, Juan, «Sobre fideicomisos y substituciones fideicomisarias», *RJC*, 1949, *passim*. De este modo, el fideicomiso en época romana clásica se idea como mecanismo indirecto para hacer sucesores a personas que carecían de *testamentifactio*, es decir, de capacidad para suceder. Utilizando, a tales efectos, una persona intermedia a la que se designaba como heredero para que con posterioridad restituyera los bienes al incapacitado.

⁹ Algunos de los problemas que lleva aparejados esta cuestión serían reproducibles para el caso de las personas jurídicas en formación.

Ante esta última posibilidad, nos encontramos con posiciones reacias como la de Roca Sastre ¹⁰ o Messineo ¹¹, entre otros autores.

Frente a las anteriores, surgen ciertas posiciones doctrinales que buscan alguna vía para favorecer a personas futuras. En esta línea se encuentran autores como Díez Pastor ¹² y Serrano y Serrano ¹³. Ambas posiciones son de un gran valor para el estudio de la cuestión en la sustitución fideicomisaria: la primera de ellas, porque abre la posibilidad de modalizar el llamamiento a un *concepturus* en unas figuras fideicomisarias donde se admite expresamente la sucesión del mismo. La segunda, porque al poner de relieve la ausencia de unos «presuntos límites» en la designación de los futuros sucesores, otorga un mayor ámbito de actuación a la autonomía negocial del testador a la hora de configurar la disposición fideicomisaria.

De este modo, vemos cómo la voluntad del testador puede desempeñar un papel relevante a la hora de instituir a un sujeto futuro, bien *nasciturus*, bien *concepturus*, en una de las posiciones jurídicas (de fiducia o de fideicomisario) presentes en la sustitución fideicomisaria.

No obstante, hasta que se produce la determinación del sujeto designado, ocasionada normalmente por el nacimiento, se producirá una situación de vacancia ¹⁴ en los bienes no siempre resuelta por el testador.

¹⁰ ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los «nascituri»*, RDP, 1946, p. 313. Según el autor, «principio fundamental del Derecho sucesorio es el que proclama la ineficacia de las disposiciones hereditarias a favor de personas que no han nacido o ni siquiera sido concebidas al tiempo del fallecimiento del causante...».

¹¹ MESSINEO, Francesco, *Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 43.

¹² Díez PASTOR, José Luis, «Las disposiciones testamentarias en favor de los no concebidos», AAMN, 1952 (tomo VI), pp. 549, 553 y 557. En este sentido, escribe el autor: «La disposición directa a favor del no concebido no encuentra ningún obstáculo de carácter teórico... porque el testamento se concibe como acto unilateral, se perfecciona por la sola voluntad del disponente y en su formación no interviene la de aquellos a quienes beneficia... No es necesario buscar el precepto concreto que autorice un tipo de disposición determinado, basta con estar seguros de que no hay ninguna excepción legal que la excluya». A mi juicio, este autor, si bien es cierto que consigue demostrar la ausencia de una prohibición expresa al respecto, no consigue, en mi opinión, salvar los inconvenientes estructurales que se plantearían caso de aceptarse la sucesión directa del *concepturus*.

¹³ SERRANO Y SERRANO, Rafael, «¿Pueden suceder «mortis causa» personas que no vivan al fallecimiento del testador?», RDP, 1916, pp. 228, 229 y 230. Escribe el autor: «... hay una regla general que impide heredar a los no nacidos cuando la sucesión se abre; hay otra regla particular o excepción, según la que pueden ser herederos los que, aun después de muerto el testador, nazcan, si son instituidos bajo condición o plazo suspensivos...».

¹⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil*, volumen I, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1979, p. 174. El autor, en relación al *nasciturus*, dice: «en mi opinión hasta que no nazca y viva veinticuatro horas enteramente desprendido de la madre, se produce una situación de pendencia que si el concebido llega a ser persona, se resuelve a su favor...».

El planteamiento de la cuestión reviste importancia desde el momento en que ambas posiciones no suponen, o conllevan, una misma relación jurídico real respecto de los bienes fideicomitidos. Así, en el caso de haberse instituido fideicomisario a una persona futura, como expresamente permite el artículo 781 del Código Civil, el fiduciario ostentaría un derecho propio y actual sobre los bienes fideicomitidos en virtud de su posición jurídica, pero simultáneamente, tiene una expectativa o derecho eventual a la propiedad plena y definitiva sobre esos mismos bienes para el caso de que no se produjera la delación fideicomisaria por falta de existencia del sujeto llamado a ocupar dicha posición. En este caso, se habla por Iglesias Cubría de «una atribución o vinculación patrimonial eventual»¹⁵.

Este planteamiento, que desde el punto de vista teórico resulta intachable, debe considerarse insuficiente a nivel práctico, pues dentro de cada testamento será la voluntad del disponente¹⁶ la que nos permita dilucidar una solución al respecto; y sólo cuando no exista pronunciamiento claro del testador, acudir a soluciones como la mencionada.

Plantado en estos términos el asunto, la cuestión sería averiguar los posibles efectos de esa atribución patrimonial eventual en caso de producirse la muerte del fiduciario, y no existir sustituto. Caso de reproducirse este último supuesto, se discute en la doctrina acerca de la solución más adecuada. Únicamente, dejando la cuestión apuntada, señalo alguna de las soluciones:

- Posibilidad de producirse la consolidación¹⁷ como titulares plenos sobre los bienes fideicomitidos en los herederos del fiduciario.
- Otra posibilidad sería abrir la sucesión intestada tras la muerte del fiduciario.

Fuera del supuesto, ya estudiado, de la presencia de un derecho eventual del lado del fiduciario¹⁸, la propia configuración de la disposición fideicomisaria permite, evidentemente, hablar de derecho eventual a la herencia del lado del fideicomisario durante la situación de

¹⁵ IGLESIAS CUBRÍA, *Los derechos patrimoniales eventuales*, Oviedo, 1961, pp. 46 y 115. Así, «se habla también de derechos eventuales, al considerárseles desde el punto de vista de la posibilidad de que sobre una de las titularidades (preventivas) se consolide la titularidad definitiva al producirse el evento decisor».

¹⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix, *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, Hesperia, Madrid, 1981, ficha 58 (fideicomisaria: el problema de la premoriencia del fiduciario), pp. 295 y ss.

¹⁷ La utilización del término jurídico consolidación, obedece, como después se verá, a la tesis aquí sostenida. Ya que el fiduciario, a mi juicio, ostenta una posición jurídica peculiar y diversa a la que tiene un propietario sobre sus bienes.

¹⁸ IGLESIAS CUBRÍA, *obra citada*, pp. 274, 356 y 357. Para el autor, «todos los negocios (*inter vivos* o *mortis causa*) con estipulaciones o disposiciones en favor de personas futuras, crean un estado de dependencia, que da lugar a titularidades sometidas a un evento, y en este sentido hablamos de derechos eventuales... se hacen funcionar por vía de titularidades interinas...».

pendencia, siempre y cuando dicha posición jurídica la ocupe un sujeto con existencia, o que viva ya en ese momento. Parece que no podría hablarse de expectativa o derecho eventual, en caso contrario, ya que en ese caso la incertidumbre sobre la producción del evento vendría producida por la indeterminación del sujeto, y hasta que no existe sujeto con personalidad, no cabe hablar de derecho eventual en el fideicomisario.

Como conclusión, cabría decir que las disposiciones patrimoniales en favor de personas futuras siempre quedan pendientes en su realización del acaecimiento de la personalidad jurídica en el sujeto designado. En espera de la producción de este evento, el derecho eventual correspondería al titular interino o actual (en la sustitución fideicomisaria al fiduciario); a no ser, que de la voluntad del testador se desprendiera que no se desea que el titular-fiduciario pueda convertirse en titular definitivo llegado el caso de no producirse el nacimiento del fideicomisario, sino que los bienes tuvieran otros destinatarios. Lo cual nos introduce en un problema de carácter interpretativo a resolver por los criterios extraídos ex artículo 675.1 del Código Civil ¹⁹.

Resulta lógico, por ello, que la doctrina acepte la posibilidad de instituir a un *concepturus* (como fideicomisario) siempre que se designe para el período de vacancia o pendencia un titular interino o pretitular, que vendría a ser el fiduciario. Evidentemente que una solución así no plantea problemas doctrinales, puesto que se trata de una construcción ampliamente reconocida en nuestro ordenamiento.

Una vez aceptada, de manera general, la posibilidad de instituir a un *concepturus* como sucesor utilizando para ello la construcción de la disposición fideicomisaria, cabe plantearse dos cuestiones:

– La primera afrontaría la posibilidad de instituir a un *concepturus* para que ocupe la posición jurídica de fiduciario dentro de la figura fideicomisaria.

En principio, si admitiéramos la sucesión directa del *concepturus* de modo general en nuestro ordenamiento ²⁰, cabría plantearlo también para el caso del fiduciario (como primer llamado a la herencia fideicomitida). Pero parece que esta posibilidad resulta, tras un estudio de nuestro sistema sucesorio orientado por los parámetros que establece el artículo 3.1 del Código Civil, difícil de aceptar.

¹⁹ De cualquier modo, lo que queda patente, una vez más, es que para la resolución de gran parte de las cuestiones deberá acudir a una correcta interpretación de la voluntad del testador.

²⁰ Como sabemos, aunque nuestro sistema sucesorio no exige de manera expresa la existencia del instituido en el momento de la muerte del testador o disponente, la mayoría de la doctrina, inspirándose en el modo de producirse el tránsito sucesorio y en el conjunto del ordenamiento jurídico, exige la concurrencia de existencia y capacidad del instituido en el momento de abrirse la sucesión (a excepción del *nasciturus*).

– La segunda de las cuestiones a tratar en esta sede conecta directamente con la incidencia en las figuras fideicomisarias de la voluntad del testador. Me refiero a la posible modulación realizada por el testador en los llamamientos a través del establecimiento de términos y condiciones.

A pesar de tratarse de elementos accidentales del negocio jurídico, pueden provocar el replanteamiento de determinadas cuestiones. Así, el introducir una condición o un término en el llamamiento de un sujeto (a la sucesión) puede propiciar que algo que estaría, en circunstancias normales, prohibido, pase a estar permitido y respaldado por el ordenamiento.

De este modo, un tercer llamamiento en la sustitución fideicomisaria a un *concepturus* quedaría prohibido cuando los dos llamamientos anteriores para ocupar la posición de fideicomisario lo fueron también a favor de personas futuras. Esta situación que se resuelve de modo claro en el artículo 781, puede cambiar si el testador sujetó uno de los dos primeros llamamientos a condición suspensiva, y ésta no llegó a cumplirse. En este caso, el tercer llamamiento en favor de *concepturus* es válido, ya que el segundo jamás llegó a operarse.

Pero este caso no es más que uno de los muchos que pueden generarse en una sucesión mediante la introducción de condiciones por el testador. Así, en el establecimiento de figuras fideicomisarias donde se llama a sujetos que no viven en el momento de otorgar testamento, el testador persigue, generalmente, con el establecimiento de condiciones (suspensivas o resolutorias) que los sujetos instituidos reúnan unas determinadas circunstancias personales o profesionales (Ejemplos: que el sujeto se case antes de una determinada fecha, que estudie una carrera, que antes de su muerte tenga descendencia directa, etc.).

El establecimiento de estas condiciones modalizará la posterior dinámica de la figura al producirse la delación fideicomisaria.

De modo similar puede operar el establecimiento de determinados plazos o términos en los llamamientos a la hora de apreciar la capacidad en el sujeto.

II. LIMITACIONES LEGALES AL ESTABLECIMIENTO DE UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

II.1 EN CUANTO AL MEDIO ELEGIDO PARA ESTABLECERLA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA FORMA

Partiendo de la existencia de capacidad en el testador, debemos empezar a plantearnos hasta qué punto debe ser respetada la voluntad del disponente plasmada en testamento. Digo la plasmada en testamen-

to, porque la que no se refleja en el mismo, según el artículo 785.4 no puede servir de base para sostener la existencia de una figura fideicomisaria ²¹.

Con la aparición del Código se pondrán de manifiesto, además de la ya señalada, toda una serie de restricciones a esa voluntad, que no son sino la expresión de las cautelas del legislador ante los abusos que se habían cometido y el deseo de que la voluntad se canalice y exprese sólo a través de la forma testamentaria. Así, no sólo se exigirá que conste en testamento la voluntad de establecer una figura fideicomisaria, sino que también, para evitar fórmulas ambiguas que dejen dudas al intérprete sobre la obligatoriedad del contenido de la disposición, se requerirá (arts. 783.1 y 785.1 CC) una declaración del testador clara y expresa sobre su intención de establecerla.

Junto a estas limitaciones que afectarían, fundamentalmente, a la forma de fijar una figura fideicomisaria, existirían otras que pretenden coartar la voluntad del testador a la hora de determinar el conjunto de bienes del que se dispone a través de este tipo de figura sucesoria (art. 782 CC).

Por otro lado, si bien es cierto que el principal objeto de las limitaciones es canalizar por unas determinadas pautas el establecimiento de una figura fideicomisaria, no podemos pasar por alto la repercusión que produce la consagración de estas limitaciones sobre el propio derecho que se transmite sobre unos bienes. Incidiendo en esta idea, ya apuntada al comienzo del trabajo, podría decirse que la noción de propiedad se ha visto, a lo largo de la historia, afectada según el alcance de las limitaciones que se imponían a sus titulares. Así, se produce un efecto importante a nivel jurídico íntimamente relacionado con las tendencias ideológicas imperantes en cada momento histórico.

Cuando se pretende preservar la integridad económica o el valor (de cambio) del derecho de propiedad se tiende a limitar las facultades dispositivas sobre los bienes, potenciando, como contrapartida, las facultades de goce. Algo que vemos claramente en la Baja Edad Media y Renacimiento con el tipo de propiedad vinculada ²².

²¹ COSTA, Joaquín, *Fideicomisos y albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código Civil*, Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1905, pp. 30 ss. Esta limitación en cuanto a los medios utilizables para conocer la voluntad del disponente que hoy tiene amplia aceptación por su plasmación legal desde la entrada en vigor del Código Civil, no existió en nuestra tradición jurídica anterior, y de hecho, estuvo aceptado y defendido doctrinalmente que las instrucciones al fiduciario se hicieran de modo reservado, sin necesidad de su plasmación en el testamento. Precisamente el trabajo de este autor profundiza sobre esas figuras sucesorias (como el albaceazgo) que, fundadas en la confianza depositada en determinadas personas, persiguen el cumplimiento de una voluntad que se recoge en documentos secretos u ocultos.

²² GROSSI, Paolo (traducción y prólogo de Ángel LÓPEZ), *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 49 ss.

En cambio, cuando se pretende favorecer la circulación de los bienes se aminoran las limitaciones legales y el propio titular cuenta con amplias facultades para deshacerse de las facultades que integran el derecho de propiedad, lo que va en detrimento de su integridad cuantitativa. Este tipo de propiedad encontró su plasmación con el modelo liberal ²³.

En el primer supuesto, la regulación jurídica del derecho le viene impuesta al sujeto, siendo la propia regulación mencionada la que determina las facultades de goce que integran la posición jurídica del propietario. Por ello, el ámbito de actuación del titular queda muy reducido.

Por el contrario, en el segundo de los modelos de propiedad resulta decisiva la observancia de la autonomía negocial del propietario para determinar el alcance del propio derecho.

Ante esta disyuntiva, cabe cuestionarse la posibilidad de entender la propiedad, hoy día, de una manera intermedia. Es decir, el titular del derecho cuenta con facultades de disposición sobre las distintas facultades que conforman su posición jurídica, pero su autonomía no puede ir más allá de unos límites que el ordenamiento estima infranqueables para preservar la noción de propiedad ²⁴.

Esta mayor o menor rigidez de la regulación o esta mayor o menor amplitud del poder configurador de la autonomía privada se manifiesta no sólo en la noción de propiedad, sino que también se ha puesto de manifiesto a lo largo de la historia en el modo de establecerse los fideicomisos. Es así como, antes de la entrada en vigor del Código Civil, gracias al amplio campo dejado a la autonomía del testador, eran posibles los fideicomisos de confianza, como modo de establecer la sustitución. Hoy, en cambio, ante la idea de preservar unas ciertas garantías, desde la ley se impone la forma expresa y testamentaria ²⁵.

II.2 EN CUANTO AL NÚMERO DE SUJETOS LLAMADOS SUCESIVAMENTE A LA HERENCIA. PROBLEMÁTICA DEL 2.º GRADO

Si la restricción que veíamos en el epígrafe anterior nos reconducía a distintos momentos de la evolución histórica de las figuras fideicomisarias, la que nos proponemos abordar en el presente título enlaza directamente con la legislación desvinculadora de 1820 y con la necesidad de mantener un determinado estatuto jurídico de la propiedad. Es así como

²³ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil III (Derechos Reales)*, vol. I, *Posesión y propiedad*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 274 ss.

²⁴ MONTÉS PENADÉS, VICENTE L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 240 ss.

²⁵ De este modo, la voluntad del causante manifestada de modo expreso en testamento dentro de los márgenes legales se perfila como la ley a cumplir por los fiduciarios en la disposición fideicomisaria.

la limitación del segundo grado permite preservar la circulación libre de la propiedad, así como la propia libertad de testar de posteriores sujetos que recibieron los bienes en cuestión ²⁶.

El hecho de estudiar esta limitación nos introduce, inevitablemente, en una antigua polémica doctrinal en torno a lo que debe entenderse por grado en el campo sucesorio, y más específicamente, en las figuras fideicomisarias.

En este sentido, existen básicamente dos tesis respecto del modo de entender la expresión «segundo grado»:

A) Una primera, que es defendida por Manresa ²⁷, y algún otro autor (Sánchez Román) ²⁸, que resulta más restrictiva, en cuanto que la refiere a los grados de parentesco, con lo que quedaría circunscrita la figura de sustitución fideicomisaria al ámbito familiar.

Se basan «en que el Código Civil al regular el parentesco dice: que cada generación forma un grado (art. 915)» ²⁹. Hacen extensivo este modo de entender el concepto de grado a todo el campo sucesorio, incluida la figura estudiada; igualmente «en la base 16 de los acuerdos de 1882, a cuyo tenor, las sustituciones fideicomisarias no pasarán... de la segunda generación». Se basan, según ellos, en la propia génesis del precepto estudiado (art. 781).

B) Una segunda postura, que resulta ser la mayoritaria dentro de la doctrina, y la seguida por la jurisprudencia. Es mantenida por autores como Albaladejo, Lacruz, Roca Sastre y Marín Lázaro, entre otros. En virtud de ésta, la expresión «segundo grado», aludiría a segundo llamamiento. Teniendo un contenido más amplio (acoge sustituciones fideicomisarias no familiares), es más respetuosa con el espíritu de la institución, y con la capacidad del disponente. En este sentido se pronuncia la sentencia de 23 de junio de 1940 del TS, y algunas otras más

²⁶ MARÍN LÁZARO, Rafael, «El segundo grado en las sustituciones fideicomisarias», *RGLJ*, 1941, p. 10. Como indica el autor, «la mayor parte de las (disposiciones) reguladoras obedece a la preocupación culminante del legislador por limitar el arbitrio de los testadores, a fin de reducir la medida de la vinculación contenida en las sustituciones fideicomisarias».

²⁷ MANRESA Y NAVARRO, José M.^a, *Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, Reus, Madrid, 1921, pp. 140 ss.

²⁸ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, vol. 1.º (*Derecho de sucesiones*), Madrid, 1910, p. 693. «Nuestro Código... optó por la prohibición relativa, que se hizo constar en la Base decimosexta de la ley de 11 de mayo de 1888. En ella, haciendo referencia a la Base anterior, en la que se habla de las reformas que en la sucesión testada debían introducirse, aparece lo siguiente: «Materia de las reformas indicadas serán en primer término las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aun en la línea directa, de la segunda generación, a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador». Consecuencia de este precepto fue el artículo 781, en el que se reproduce, aunque variando algo la redacción...».

²⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO de ASÍS... *Derecho de Sucesiones (Derecho Civil V)*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 298.

recientes como la de 4 de noviembre de 1975 y de 31 de enero de 1980 del Tribunal Supremo ³⁰.

Pese a la dificultad que entraña adoptar una posición al respecto ³¹, la conveniencia de los argumentos indicados por los representantes de la postura mayoritaria, unida a la posibilidad de aportar algún otro argumento —como el sistemático— hacen más adecuado decantarse por una interpretación amplia del precepto. Así, en virtud del dato que nos aporta un estudio sistemático, y tras la combinación de los artículos 781 (primer inciso) y 782, difícilmente puede aceptarse la conclusión de que la sustitución fideicomisaria (al entender el término grado como generación) se ciñe a la familia o se desarrolla dentro de ella. Estos artículos dejan claramente abierta la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria en favor de no familiares ³². Como señala Marín Lázaro, «dos categorías de personas pueden ser favorecidas por un fideicomiso, según el artículo 781 del Código Civil: 1.º Todas las personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador. 2.º Las que estén por nacer, con tal de que no pasen del segundo grado. Si por grado entendiéramos parentesco, resultaría que para las primeras no se exigía éste y para las segundas sí, o, lo que es igual, para el mismo fenómeno jurídico se ponían dos medidas heterogéneas que no guardan entre sí ninguna similitud» ³³.

Por ello, sostengo la postura doctrinal según la cual 2.º grado alude a 2.º llamamiento de persona que no vive en el momento de la muerte del testador. «Así que cabe que independientemente del fiduciario, y aparte de los sustitutos fideicomisarios vivientes, puede haber dos sustitutos sucesivos más que no viviesen entonces» ³⁴.

La limitación que en este epígrafe se estudia no se recoge solamente en el trascendental artículo 781, artículo paradigmático de gran parte de la regulación de las figuras fideicomisarias, sino que a través del artículo

³⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, y DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales* (arts. 781 y ss.), tomo X, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1984, pp. 286 y 287.

³¹ Debe señalarse que los argumentos aportados por la postura mayoritaria, a veces, no resultan tan claros y cabría la posibilidad de que el artículo 781 *in fine* sólo se refiriera a sustituciones fideicomisarias familiares.

³² Resulta evidente del tenor del artículo 782 que se acepta el establecimiento de una sustitución fideicomisaria en favor de una persona que no sea familiar del testador. La aceptación de esta posibilidad se produce de manera implícita, pues en tanto no grave la parte de la herencia destinada legalmente a cubrir la legítima, podrá recaer sobre el resto de bienes incluida aquella parte reservada a la libre disposición del testador. No parece razonable que sobre una porción de bienes cuya sucesión queda a la libre determinación de su titular, la Ley establezca un destino prefijado en función de la figura escogida para su transmisión *mortis causa*.

³³ MARÍN LÁZARO, Rafael, «El segundo grado en las sustituciones fideicomisarias», *RGLJ*, 1941, p. 34.

³⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil...*, p. 280.

785.2 del Código Civil³⁵ cabe aplicarla a aquellas otras figuras sucesorias que de algún modo, o utilizando algún mecanismo, persigan limitar indefinidamente la circulación jurídica de unos bienes.

Tras haber manifestado mi postura en relación a la polémica surgida en torno a la expresión «segundo grado», tendría que tratar de aportar una solución a aquellos casos en los cuales el testador dispone más de dos llamamientos en favor de personas futuras, rebasando el límite legal del artículo 781 del Código Civil. En principio, basándonos en diversos argumentos como el respeto a la voluntad del testador ante la ausencia de un precepto que establezca, claramente, el alcance de la limitación del 2.º grado; y sobre todo, ante la posibilidad de traer a colación, vía artículo 4.1 del Código Civil., el principio de conservación del negocio³⁶ que aparece recogido en el artículo 1284 del mismo texto legal, considero que el tipo de ineficacia aplicable a estos supuestos no sería la nulidad de pleno derecho. Así, coincido con la opinión de varios autores como Albaladejo³⁷, Jerónimo López³⁸, u Ossorio Morales³⁹,

³⁵ Artículo 785.2: «No surtirán efecto las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aún la temporal, fuera del límite señalado en el art. 781».

³⁶ MARÍN PADILLA, M.ª Luisa, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos «utile per inutile non vitiatur»*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 103, 105, 118, 123 y 124. Escribe la autora: «Para mí la nulidad parcial es una manifestación del principio *utile per inutile non vitiatur*, que consiste en extirpar del acto o negocio jurídico la parte nula y conservar lo demás, siempre que el resto tenga entidad propia y satisfaga suficiente y equilibradamente los intereses de las partes, de acuerdo con su voluntad y según las exigencias de la buena fe... La ineficacia de una cláusula entre las varias que contenga un testamento, sólo produce la ineficacia de las restantes, en el caso que haya que admitir que el testador no hubiera dispuesto éstas sin la cláusula ineficaz o de acuerdo con la voluntad del testador. La doctrina es unánime en el sentido de hacer depender la nulidad parcial de la autonomía de la voluntad...».

Vid. en este sentido, GÓMEZ-MARTÍNEZ FAERNA, A., *La nulidad parcial de los negocios jurídicos*, Estudios de Derecho Privado, Editorial R. D. P., Madrid, 1962, pp. 339 y 354.

³⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Comentarios al Código Civil...*, p. 290. Según dicho autor, «la nulidad de la sustitución, aunque no lo especifique el art. 781, es sólo por exceso, es decir, en cuanto sobrepase el segundo grado, lo que se apoya en el principio de conservación del negocio, y respeto a la voluntad del testador en cuanto sea posible».

³⁸ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «Carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria que traspasa el límite legal (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1949)», *A. D. C.*, 1950, p. 512. «Importa señalar aquí que el fundamento de la declaración de nulidad radicaría en ser un negocio jurídico contra la ley, y que falta motivo para estimar que todos los llamamientos de la sustitución fideicomisaria que exceden el límite legal son contra la ley. Esto solamente puede decirse de aquellos llamamientos que exceden el límite, pero no de los anteriores, que el legislador expresamente admite (art. 781), y por esta razón estimamos más adecuado sostener que sólo a aquéllos alcanza directamente la declaración de nulidad, lo que no ocurre con los llamamientos de sustitución ordenados por el testador dentro del límite...».

³⁹ OSSORIO MORALES, Juan, *Manual de Sucesión Testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 294 y 295. «... Pero el hecho de que al hacer la designación

sobre la necesidad de ver en estas disposiciones fideicomisarias donde se sobrepasa el 2.º grado, una nulidad parcial ⁴⁰.

Ahora bien, aceptada la posibilidad de apreciar esta clase de ineficacia ⁴¹, convendría realizar algunas observaciones al respecto. Así, esta nulidad de tipo parcial que normalmente conducirá en el momento de la apertura de la sucesión a dejar subsistentes sólo los dos primeros llamamientos hechos en favor de sujetos que no vivan entonces ⁴² no siempre producirá, necesariamente, este efecto. Ya que en base a una voluntad hipotética del testador puesta de manifiesto en la labor interpretativa, cabrá apreciar que la relevancia jurídica debe recaer no sobre los dos primeros llamamientos, sino sobre el primero y tercero, o sucesivos ⁴³.

De este modo, lo que parece evidente es que la utilización de este régimen de ineficacia, que permitiría conservar en parte la disposición fideicomisaria, tendría lugar en el momento de abrirse la sucesión testamentaria ⁴⁴. No pudiendo retrasarse su adopción a un momento posterior donde pudieran desecharse u obviarse aquellos llamamientos que no hubiesen operado en la realidad. Descartando lo anterior, sí cabría declarar la nulidad parcial de una disposición que sobrepasara el 2.º grado pero de manera inicial, es decir, desde la apertura de la sucesión.

de fideicomisarios, el testador no respete tales límites, no puede anular ni perjudicar a los llamamientos permitidos, según resulta del principio *utile per inutile non vitiatur*, y de una lógica interpretación del art. 786...».

⁴⁰ En contra de lo que defiende esta postura doctrinal, la jurisprudencia en la sentencia comentada de 1949 parece inclinarse por una ineficacia o nulidad total.

⁴¹ No debe resultarnos extraña la adopción de una posición como la que se propone, ya que en la propia regulación de la figura encontramos una solución de igual signo en el artículo 786. El cual dispone: «La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria».

⁴² En mi opinión, para llevar a la práctica esta teoría, sólo se me ocurre recurrir al principio hipotecario *«prior tempore potior iure»* (concediéndole un valor general en Derecho Civil), para dejar subsistentes los primeros dos llamamientos establecidos, aunque esto no siempre sería respetuoso con la verdadera voluntad del testador.

⁴³ La causa que principalmente motivaría esta alteración en el orden de relevancia (producto de la nulidad parcial de la disposición) sería aquella por la cual el testador, con el segundo llamamiento, pretendería no favorecer exactamente al sujeto designado, sino utilizarlo como puente o instrumento entre el primero y el tercero.

⁴⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil...*, p. 282. Para el autor, «no queda explícito en el Código, de si para el número de sustituciones admisible, cuando... hay uno máximo, cuentan únicamente las que hayan tenido efectividad, es decir, si no se trata de que se puedan establecer más de dos, sino de que se puedan establecer las que se quiera, pero no puedan producirse más de dos». Albaladejo considera que sólo deben tenerse en cuenta las sustituciones que operen en la realidad, no contabilizándose aquellas otras que no lleguen a tener virtualidad.

II.3 EN CUANTO AL OBJETO AFECTO A LA SUSTITUCIÓN. APLICACIÓN DEL LÍMITE GENÉRICO DE LAS LEGÍTIMAS

Junto a esta prohibición o restricción en cuanto a los posibles sujetos llamados a ocupar la posición de fideicomisario, nos encontramos con otra que afecta al objeto ⁴⁵ de la misma sustitución fideicomisaria. Cabría establecer un cierto paralelismo entre estas dos restricciones establecidas en el Código, ya que vienen a combatir los dos problemas más importantes que puso de relieve el mayorazgo durante la Edad Media, y parte del Renacimiento. Así, el mayorazgo no sólo conducía a una prohibición perpetua de enajenar en los sucesivos titulares, sino también acarrea la negación del derecho a la herencia que por ley natural correspondía a una serie de parientes del difunto. No obstante, esta carencia ya fue percibida por los autores de la época renacentista, los cuales propiciaron con sus escritos que las nuevas fundaciones de mayorazgo reconocieran su derecho, en cierta medida, a los legitimarios; y por asimilación a éstos, la dote a las hijas. De este modo, el artículo 782 del Código Civil ⁴⁶ vendría a recoger, en cierto modo, una conquista del pasado.

Actualmente el respeto a la legítima inspira no sólo el régimen de las figuras fideicomisarias, sino que todo el sistema sucesorio gira en torno al mismo. Existe por parte de los poderes públicos un interés en que determinadas personas, por su vinculación (familiar) con el causante, no se vean perjudicadas en sus derechos por disposiciones hechas en favor de otras que no poseen ningún vínculo, o que si lo poseen, es de menor entidad o trascendencia jurídica. Cabría hablar, como lo hace Espín Cánovas, de una cuestión de orden público (orden público sucesorio) ⁴⁷.

Para esta cuestión se parte, igualmente, del artículo que de manera general alude al tema (art. 813.2.º) ⁴⁸. Esta restricción afecta a todo tipo de sustituciones fideicomisarias (incluida la de residuo), o al menos, así opina la doctrina ⁴⁹.

Por ello, aun tratándose de una prohibición explícita en el artículo 782 en relación con la sustitución fideicomisaria, me parece cierta-

⁴⁵ Esta restricción se dirige a limitar los bienes que, formando parte del activo de un sujeto, pueden quedar afectos a una disposición fideicomisaria.

⁴⁶ Artículo 782: «Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes».

⁴⁷ ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, Murcia, 1954, pp. 21 y 22.

⁴⁸ Artículo 813.2.º: «Tampoco podrá (el testador) imponer sobre ella (la legítima) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo».

⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, p. 413. Para Lacruz, «las palabras gravamen, condición y sustitución incluyen en el artículo 813.2.º cualquier carga, modalidad, limitación o impedimento, sea de naturaleza real o personal, que en algún modo restrinja o merme el pleno disfrute y disponibilidad de lo asignado por legítima... han de entenderse, pues, con la máxima amplitud, en beneficio de la completa percepción, por el legitimario, de cuanto le corresponde».

mente superflua; ya que del contenido del artículo mencionado en segundo lugar, se entiende perfectamente que la misma limitación es general a todo el sistema sucesorio español. La única razón que veo para esta explicitación es la histórica ya apuntada.

En este mismo sentido, apunta Lacruz que «la prohibición del artículo 813 alcanza sólo a los gravámenes impuestos por disposición *mortis causa*». Y no olvidemos, que la sustitución fideicomisaria es un gravamen para el fiduciario. Por ello, desemboco en la necesidad de situar esta limitación dentro de la intangibilidad de la legítima.

«En conclusión, mientras haya legitimarios, no pueden recibir la porción de herencia que forma la legítima, como sustitutos, extraños, salvo claro está que la reciban porque los legitimarios no la quieran»⁵⁰. De modo que, en el caso de la sustitución fideicomisaria del artículo 781 no cabe dañar la legítima. Pero tampoco cabría designar al legitimario como fiduciario o fideicomisario en pago de lo que le correspondiese en concepto de legítima, ya que en ambas posiciones quedaría gravado su derecho, algo que prohíbe, en cualquier caso, la ley.

Esta prohibición, de carácter imperativo, de no dañar la legítima, puede quedar circunscrita en ocasiones a la legítima estricta, puesto que se prevé la posibilidad de mejorar a través de una disposición fideicomisaria a ciertos parientes. De este modo, la mejora puede resultar gravada por una sustitución (del tipo que sea), cuando se establezca «en favor de los descendientes». Descendientes que parece que deberán serlo del causante⁵¹, de quien son herederos, y no así del fiduciario (art. 824 CC). Partiendo de estas premisas, las posibles combinaciones son numerosas, siempre teniendo en cuenta la presencia de legitimarios o descendientes (mejorables) en uno de los lugares (fiduciario-fideicomisario) de la sustitución.

III. ESTUDIO DEL 2.º GRADO Y DE LA LIMITACIÓN POR LEGÍTIMA EN LOS LLAMADOS FIDEICOMISOS DE RESIDUO

III.1 LÍMITE DEL SEGUNDO GRADO EN LOS FIDEICOMISOS DE RESIDUO

Al hilo de la restricción en cuanto a los posibles sujetos llamados a una sustitución fideicomisaria, según el artículo 781, surge una cuestión: ¿es aplicable la limitación del segundo grado al fideicomiso de residuo?

A mi juicio, se trata de un tema que se encuentra ligado a la determinación de la naturaleza del fideicomiso de residuo. Debiéndose esclare-

⁵⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956, p. 54.

⁵¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil...*, p. 299.

cer si en el supuesto concreto, cabe, o no, hablar de una sustitución fideicomisaria flexibilizada. Pero junto a lo anterior, para la aplicación de esta restricción, deberá decidirse si la misma es esencial a la figura estudiada. En este sentido, estimo, por argumentos históricos (la propia aceptación de la figura en el Código Civil de 1889, puesto que en el proyecto de 1851 no se recogía) y finalistas de la propia institución (establecer un «*ordo successivus*»), que sí resulta esencial a la configuración de la sustitución fideicomisaria. Y por ello, si se concluye que la naturaleza del fideicomiso de residuo es de sustitución fideicomisaria, habrá que concluir que en principio también le afecta el límite del 2.º grado.

Pese a esta idea, debemos diferenciar, siguiendo la doctrina, entre el fideicomiso de residuo *de eo quod supererit* y el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*; ya que es del primero, del que, por propia configuración, cabe predicar lo dicho anteriormente, lo que favorece la aplicación de la mencionada limitación. En cambio, del *si aliquid supererit* no cabe sostener igual resultado, es decir, la aplicación del segundo grado. Si la finalidad auténtica de la limitación, como parece ser, es evitar una vinculación jurídica en los sucesores, la posibilidad de disponer en el fiduciario o en el primer fideicomisario, caso de que exista más de uno, debe verse como la razón de la no aplicación del límite al fideicomiso *si aliquid supererit*, en el que no hay obligación para el fiduciario de reservar unos determinados bienes.

Entre los autores que se muestran opuestos a la aplicación (Lacruz ⁵², Irurzun ⁵³, Díaz Alabart ⁵⁴, Caperochipi ⁵⁵ o el propio Marín Lá-

⁵² LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, pp. 306 ss.

⁵³ IRURZUN GOICOA, Domingo, «El fideicomiso de residuo y la voluntad del testador», *AAMN*, núm. XVIII, 1974, pp. 217 a 219.

⁵⁴ DÍAZ ALABART, Silvia, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 229, 231, 234 y 235. La autora aludiendo a la aplicación del límite del segundo grado al fideicomiso de residuo, escribe: «... el tema del sentido de la expresión "segundo grado", que, por un lado, también es tema no específico del fideicomiso, sino general a toda sustitución, y, por otro, está resuelto en el sentido de significar que sólo se permiten dos sucesiones fideicomisarias, además de la transmisión del fideicomitente al fiduciario.

Sin embargo, lo que ocurre es que a la vista del artículo 781 es indudable, sí, que la prohibición de que vayan más lejos del segundo grado alcanza a las sustituciones en que hay deber de conservar, pero eso de que el fundamento de la limitación se halle, no en la indisponibilidad, sino en considerarse inadmisibles un *ordo successivus* más dilatado de dos grados, no parece que sea cosa indiscutible y ni siquiera parece que sea más segura que la otra... Yo, por mi parte, creo que el problema debe ser resuelto básicamente no por lo que se pensara o no al tiempo de la codificación (y se pensara lo que fuese, lo cierto es que el art. 781 sólo recoge la prohibición de que pasen del segundo grado las sustituciones en que haya deber de conservar) ni por otras razones escasamente específicas o de valor de dudosa vigencia hoy, sino principalmente a tenor de la realidad social actual (art. 3.1 CC)... Me inclino por la inexistencia del límite del segundo grado para los fideicomisos de residuo en que exista total libertad de disponer...».

⁵⁵ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A., «La sustitución fideicomisaria de residuo», *RDP*, 1975, pp. 175 y 176.

zaro ⁵⁶) se alega que «a falta de seguridad hay que inclinarse por la no prohibición», y además, el hecho de que «exista total libertad de disponer en el fideicomiso de residuo». A pesar de la relación que se entabla en este caso entre la limitación en los llamamientos (o grados) y las facultades dispositivas que se conceden al fiduciario, no debemos confundir la posibilidad de conceder facultades de esta naturaleza al fiduciario (existentes en el fideicomiso *de eo quod supererit*), con la consiguiente inaplicación del límite del 2.º grado (sólo presente en el fideicomiso *si aliquid supererit*).

Como sostiene Albaladejo «el riesgo de sustraer imperativamente los bienes del tráfico, no se da en el fideicomiso de residuo, luego no debe alcanzarse una prohibición (la del 2.º grado) que lo que persigue es evitarlo» ⁵⁷.

Frente a esta postura doctrinal reproducida, surge otro grupo de autores (De Diego ⁵⁸, Jerónimo López ⁵⁹, Flores Micheo ⁶⁰, Castán ⁶¹, De Cossío y Gullón ⁶²) que sostienen la necesidad de aplicar el límite del 2.º grado a todas las figuras fideicomisarias, incluidos los fideicomisos de residuo. No obstante, la tendencia a afirmar, por los mismos, la aplicación del límite citado al fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* proviene de razones diversas. Así, De Diego «se alarma ante la posibilidad de que, si el heredero fiduciario no ejerce sus facultades dispositivas, el caudal

⁵⁶ MARÍN LÁZARO, Rafael, *obra citada*, pp. 34 a 39.

⁵⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil...*, pp. 298.

⁵⁸ DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe Clemente de, *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo*, Madrid, 1926, pp. 90 ss.

⁵⁹ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español», *ADC*, 1955, pp. 777 ss.

⁶⁰ FLORES MICHÉO, Rafael, «Notas sobre el fideicomiso de residuo», *RJC*, 1955, p. 7. Según el autor, «hay que ser más decididos. Si falla la *ratio legis* no falla la *ratio iuris*. La limitación del 781 se aplica tanto al fideicomiso de residuo como a la sustitución fideicomisaria, siempre que una y otra figura lleguen efectivamente a causar más de dos devoluciones a favor de personas no vivas al fallecimiento del testador y con abstracción de que las cláusulas en su texto contengan formalmente más llamamientos de los permitidos, pues si éstos no llegan a producir devoluciones, no se origina la nulidad, que nace no de la vocación fideicomisaria más allá del límite, sino de la efectiva delación fideicomisaria más allá de lo permitido por la norma».

⁶¹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, Común y Foral*, tomo VI, vol. 2.º (Sucesiones), Reus, Madrid, 1973, pp. 245 y 246.

⁶² DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe Clemente de, *Instituciones de Derecho Civil*, puesta al día por DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, tomo III, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1959, p. 180. «Creemos de aplicación el límite impuesto por el artículo 781, cuando se trata de instituciones sucesivas de heredero (confirmado también en un caso donde no existe sustitución fideicomisaria; art. 787). De no aplicar esta norma pudiera burlarse el espíritu desvinculador de la propiedad, que según tiene declarado la jurisprudencia, es asiento del Derecho patrio. Además, obsérvese que, aun considerando la sucesión del fideicomisario de residuo como de legatario (sucesor a título particular), habría que respetar la prohibición del 781 por imperativo del 789».

relictio pasa intacto al sustituto, y así sucesivamente, pudiera deslizarse en la serie de varias generaciones... no sería extraño que un heredero designado en tales condiciones creyese atemperarse mejor a la voluntad del testador, y «por delicadeza» dejase estar el caudal en sus manos sin verificar actos de disposición, y corriendo este pensamiento de sucesor en sucesor, se entrase en la sustitución fideicomisaria más descarnada»⁶³.

Ante esta teoría, y siguiendo aquí a Irúzun, «nos permitimos señalar que la vinculación que la ley de 1820 y el artículo 781 quieren evitar no surge por el hecho de que unos bienes permanezcan generación tras generación en una familia o pasen a unos sucesores en un orden preestablecido, sino por la «necesidad jurídica» de que así ocurra... pues esta consideración subjetiva de índole moral o sentimental, ni los sustrae del tráfico jurídico ni los torna inalienables o inembargables»⁶⁴.

Distinta es la posición de Jerónimo López, para quien la aplicación del límite del 2.º grado a todo fideicomiso de residuo procede de la asimilación, a efectos de régimen jurídico, entre la figura de la sustitución fideicomisaria del artículo 781 y aquellas otras «sustituciones fideicomisarias» donde se conceden amplias facultades dispositivas, dado que, para el autor, el deber de conservar no es una característica esencial de la figura⁶⁵. Por ello, su postura obedece a una cuestión de enfoque, ya tratada por el que escribe.

III.2 LÍMITE DE LA LEGÍTIMA EN LOS FIDEICOMISOS DE RESIDUO

Pero no sólo resulta planteable la aplicación del límite previsto en el artículo 781 al fideicomiso de residuo, sino que también cabe la posibilidad de estudiar la incidencia del límite previsto en el artículo siguiente (art. 782) en las figuras fideicomisarias de residuo.

Ya vimos, con ocasión del estudio de esta restricción en la sustitución fideicomisaria, cómo su plasmación en el artículo 782 era reflejo de su afirmación como elemento esencial de nuestro sistema sucesorio en el artículo 813 párrafo segundo. No obstante, partiendo de las consideraciones realizadas en torno a la distinción entre fideicomiso *si aliquid supererit* y fideicomiso *de eo quod supererit*⁶⁶, sobre la que después

⁶³ DIEGO Y GUTIÉRREZ, Felipe Clemente de, *obra citada* (*Naturaleza jurídica de las disposiciones...*), p. 92.

⁶⁴ IRÚZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, p. 218.

⁶⁵ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, *obra citada*, páginas citadas. Para el autor, «el Código Civil español distingue dos formas básicas de sustituciones fideicomisarias: una, la típica que supone obligación de restituir el todo o parte de la herencia; otra, que obliga solamente a restituir el residuo del todo o parte fideicomitida de la misma».

⁶⁶ La distinción entre fideicomiso *de eo quod supererit* y fideicomiso *si aliquid supererit* se concreta, básicamente, en que, mientras que en el primero cabe hablar de sustitución fideicomisaria por persistir en una determinada medida el deber de con-

insistiré, vemos cómo en el primer tipo de fideicomiso de residuo no existe sustitución fideicomisaria (cosa que sí se da en el fideicomiso *de eo quod supererit*), lo cual provoca la duda acerca de la aplicación de un límite establecido expresamente para esta clase de disposición fideicomisaria⁶⁷. Pues bien, si por la calificación dada al fideicomiso *si aliquid supererit* no le resultaría aplicable el artículo 782, todavía nos quedaría averiguar si el contenido de esta disposición se encuentra recogido por el artículo 813.2.º, con lo que, caso de llegarse a una conclusión afirmativa, tendríamos que sostener la existencia de la misma limitación⁶⁸. En mi opinión, que se utilice un orden de sucesión *mortis causa* sucesivo no implica que nos encontremos ante una sustitución. Pero, además, la posibilidad concedida al fiduciario de disponer, por las vías previstas testamentariamente, de todos los bienes fideicomitados hace dudar de que nos encontremos frente a una figura que entrañe un gravamen, o implique una institución condicional (que caso de admitirse, recaería en la posición

servar en la posición jurídica del fiduciario, en el segundo –fideicomiso *si aliquid supererit*– la posición jurídica del fiduciario se encuentra configurada por un derecho de propiedad y por unos deberes, de carácter genérico, que poco tienen que ver con el derecho y los deberes, de carácter específico, que se hayan presentes en la posición jurídica del fiduciario dentro de la sustitución fideicomisaria, lo que permite calificarlo como una figura con naturaleza jurídica propia y diversa del resto de figuras fideicomisarias.

⁶⁷ FUENMAYOR DE CHAMPÍN, Amadeo, «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1948, pp. 48, 59 y 60. «La disminución de los derechos del heredero forzoso se opera mediante la imposición sobre su cuota de gravamen, condición o sustitución de cualquier clase. Tal imposición viene prohibida por el artículo 813 en su párrafo segundo, reforzado en materia de sustituciones por los artículos 777 y 782...».

En este sentido resulta muy ilustrativa, por su amplitud, la postura de Vallet: VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales (art. 813)*, tomo XI, Edersa, Madrid, 1978, pp. 148 a 150. / *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I, *Las legítimas*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pp. 1072 y 1073. / *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. III (2.ª edición revisada y aumentada), *Estudios dispersos sobre las legítimas*, Montecorvo, Madrid, 1992, pp. 337 a 405. Para el autor, «el criterio de las leyes *Quoniam in prioribus y Scimus, Cum autem*, resulta implícitamente recogido en el artículo 813.2 del Código Civil... La solución consiste en entender que el legitimario ha sido instituido puramente en cuanto a la legítima, es decir: en considerar como no puesto el plazo, o en cuanto a ella, invalidado el primer llamamiento dispuesto a favor de otra persona, y, por tanto, entender al legitimario directamente llamado a esta porción, sin perjuicio de que, en cuanto al remanente que le haya sido asignado, siga aplazado su llamamiento y siendo válidos los antepuestos, respecto de cuyos beneficiarios continuará siendo fideicomisario».

⁶⁸ REAL PÉREZ, Alicia, *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 463. Según la autora, «la intangibilidad se predica de la legítima en dos aspectos: el cuantitativo y el cualitativo. Éste último se desdobra a su vez, según las opiniones clásicas, en dos reglas: primera, que el legitimario tiene derecho a cobrar en bienes de la herencia; y segunda, que el legitimario tiene derecho a recibir su porción libre de cargas y gravámenes impuestos testamentariamente».

jurídica del fideicomisario como sostiene el Tribunal Supremo ⁶⁹). Todo lo cual hace que nos planteemos lo siguiente: dadas las peculiaridades propias del fideicomiso *si aliquid supererit*, ¿cabe la posibilidad de instituir a un legitimario como fiduciario?, y ¿como fideicomisario?

En mi opinión, instituir al legitimario como fideicomisario de un fideicomiso de residuo lo sitúa en una posición aún más gravosa que aquélla que se plantea cuando se le designa para ocupar alguna de las posiciones jurídicas —de fiduciario o de fideicomisario— en una sustitución fideicomisaria, ya que en este caso no sólo resultaría afectada la intangibilidad cualitativa de su legítima, sino que también, posiblemente, se vería dañada la cuantitativa. Por ello, independientemente de la naturaleza que otorguemos a la legítima —de *pars hereditatis* como hace Fuenmayor Champin ⁷⁰, entre otros; de *pars bonorum* como sostienen Vallet de Goytisoló ⁷¹, o Real Pérez ⁷²; como *pars valoris* defendido, minoritariamente, por González Palomino ⁷³; o, como *pars valoris bonorum*, tal y como mantiene Roca Sastre ⁷⁴— y como consecuencia de ello, al derecho del legitimario, resulta obvio que la intangibilidad que pretende preservarse en el artículo 813.2 se ve afectada en el caso de designarse al legitimario como fideicomisario de un fideicomiso de residuo que recae sobre aquellos bienes que quedan afectos al cumplimiento de lo que se establece en los artículos 806 ss. del Código Civil.

Ahora bien, negando, como hemos anticipado, la calificación de sustitución en el caso del fideicomiso *si aliquid supererit* y dejando, como hace

⁶⁹ La sentencia de 26 de noviembre de 1968 del T. S. parece que entiende aplicable lo establecido en el artículo 782 al fideicomiso de residuo. Algo que resulta coherente con la calificación que el alto tribunal da a esta clase de disposición fideicomisaria, pues, si para el TS se trata de una figura condicional, no le queda más remedio que, aplicando el artículo 813.2.º, negar la posibilidad de designar a un legitimario como titular de un fideicomiso de residuo.

⁷⁰ FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, *obra citada*, pp. 47 ss.

⁷¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., además de las obras citadas, *vid.* «Significado jurídico y social de las legítimas y de la libertad de testar», *ADC*, 1966, pp. 9 a 17.

⁷² REAL PÉREZ, Alicia, *obra citada*, pp. 409 y 410. «Así pues, de entre todas las teorías expuestas, la más convincente parece ser aquélla, según la cual la legítima es *pars bonorum*. No obstante... pienso que hoy, en el sistema de nuestro Código Civil, la naturaleza de la legítima es plural... principalmente porque en nuestro Derecho el testador no está obligado a instituir heredero al legitimario y porque puede dejarle la legítima por cualquier título...».

⁷³ GONZÁLEZ PALOMINO, José, «El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos», *RDP*, 1936, pp. 160 y 162. Según el autor, «... no se trata de una participación determinada en cosas de la naturaleza. La regulación particularizada de las diversas legítimas en el articulado del Código Civil, como cuotas del haber hereditario, en función de la definición de herencia del artículo 659, no está ni podría estar referida a cosas o partes corporales de cosas, sino cuotas matemáticas de un valor. Esto es, no a bienes y derechos, sino al valor de los bienes y de los derechos...».

⁷⁴ ROCA SASTRE, Ramón M.ª, «Naturaleza jurídica de la legítima», *RDP*, 1944, pp. 185 ss.

el testador en estas disposiciones, al arbitrio del fiduciario la disposición de los bienes fideicomitidos (incluso, a menudo, por transmisión *mortis causa*), no veo la dificultad de aplicar a estos supuestos el artículo 815⁷⁵. Todo lo cual me permitiría afirmar la posibilidad de instituir como fiduciario de un fideicomiso *si aliquid supererit* al legitimario⁷⁶, habida cuenta de que no nos encontraríamos, en este tipo de fideicomiso de residuo, ante una carga de carácter real que pudiera afectar la intangibilidad aludida.

Unido a esta serie de consideraciones cabría señalar otro argumento útil en que apoyar la tesis expuesta. A mi juicio, la legítima tendría que conectarse con el derecho⁷⁷ que se concede al sujeto legalmente determinado. De este modo, si lo que se persigue por la ley es atribuir al legitimario un derecho pleno, libre de cargas, sobre una parte de los bienes de la herencia, no aprecio obstáculo en admitir que se le designe como fiduciario de un fideicomiso *si aliquid supererit*, ya que la efectividad, la plenitud⁷⁸ y la libertad de actuación que concede el derecho de propiedad en este tipo de fideicomisos al llamado en primer lugar no entra en colisión con aquel otro derecho que legalmente se le reconoce (derecho a la legítima).

Por el contrario, como ya dejaba apuntado anteriormente, llego a la conclusión opuesta en aquellas disposiciones testamentarias en las que se viene a establecer por el testador un fideicomiso *de eo quod supererit*. La negación de dicha posibilidad emana de la misma naturaleza jurídica de la figura. En ella⁷⁹ existe un elemento determinante que no concurre en el fideicomiso *si aliquid supererit*. Me refiero al deber de conservar; deber que, aun pudiendo ser insignificante desde el punto de vista cuantitativo (en cuanto al conjunto de bienes sujetos a vinculación), grava la posición jurídica del sujeto instituido, y por ello, su derecho (lo que lleva a la aplicación tanto del artículo 782, como del artículo 813.2.º del Código Civil). De esta manera, si

⁷⁵ Artículo 815 del CC: «El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma». De este precepto se extrae el argumento legal que permite al testador dejar a un legitimario su parte por cualquier título adecuado a tal fin.

⁷⁶ ROCA SASTRE, Ramón M.ª, *obra citada*, pp. 185 ss. «El causante en conformidad con el artículo 815, puede libremente elegir la forma jurídica de este cumplimiento (se refiere al cumplimiento del deber legitimario) tanto respecto de su configuración, como en cuanto a la expresión objetiva del valor que destina o asigna a los legitimarios (inmuebles, muebles, valores, etc.)».

⁷⁷ REAL PÉREZ, Alicia, *obra citada*, p. 365. «Con independencia de lo que la legítima sea, lo cierto es que desde el punto de vista del legitimario, éste tiene derecho a la legítima. Para averiguar el alcance y la naturaleza de un derecho concreto es imprescindible analizar el ámbito de poder que en ese caso concede la Ley al titular...».

⁷⁸ GONZÁLEZ PALOMINO, José, *obra citada*, pág. 162. Para el autor, «en el pleno dominio, la eficacia es total y la satisfacción (o al menos la posibilidad de la inmediata satisfacción) es absoluta. El valor de la cosa no sufre deducción alguna».

⁷⁹ Figura donde, veíamos, cabe hablar de una sustitución fideicomisaria por configurarse en torno a los deberes esenciales de conservar y restituir, en mayor o en menor medida. los bienes fideicomitidos.

permitiéramos designar a un legitimario para ocupar la posición de fiduciario dentro de un fideicomiso *de eo quod supererit*, estaríamos atentando la intangibilidad de la legítima, algo que, como sabemos, se prohíbe.

Cosa distinta de lo anterior sería establecer, por el testador, una especie de «cautela Socini», en virtud de la cual se concediera la posibilidad al instituido como heredero-fiduciario de escoger entre aceptar los términos de la disposición por la que quedan los bienes hereditarios sujetos a un fideicomiso *de eo quod supererit*, o recibir la legítima estricta, renunciando a su posición de fiduciario.

A mi juicio, partiendo de la aceptación general de la «cautela Socini» en nuestro sistema sucesorio, no existiría inconveniente alguno para hacerlo del modo señalado.

IV. REFLEXIONES EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN DE LAS FIGURAS FIDEICOMISARIAS COMO DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

IV.1 ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL PRINCIPIO *VOLUNTAS EXSPECTANDA*

Como punto de partida en el tema de la interpretación, debemos retomar una idea que dejé apuntada anteriormente: la voluntad del disponente a la hora de establecer una sustitución fideicomisaria debe ser clara y constar en testamento. No se admiten voluntades secretas, o confidenciales, que no consten en un documento que reúna las formalidades necesarias para considerarse como testamento.

Lo que ocurre es que, al existir varios modos de cumplir con las formalidades testamentarias (abierto, cerrado u ológrafo), en no todos ellos tendrán igual incidencia los medios o instrumentos hermenéuticos, por la sencilla razón de que en alguno de los mismos (el abierto) interviene un sujeto, notario, «perito» en la materia civil. En cambio, en los otros modos o formas testamentarias (la cerrada y la ológrafa) la intervención del notario es mínima, o no existe; siendo el propio disponente quien, con sus términos y expresiones, configura las disposiciones testamentarias. Resulta clara la diferencia, ya que con la intervención del notario recogiendo la intención del testador se produce una auténtica interpretación por parte de aquél, que procurará conformar dicha voluntad dispositiva *mortis causa* a nociones o instituciones normativas que tengan trascendencia jurídica (art. 147 del Reglamento) ⁸⁰.

⁸⁰ Artículo 147 del Reglamento Notarial: «los notarios redactarán los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia».

Pero el notario, a la vez que desarrolla una labor de adaptación ⁸¹ o conformación de la voluntad del testador para lograr su eficacia desde el punto de vista jurídico, debe actuar siempre teniendo como límite infranqueable de su labor la voluntad real del declarante ⁸².

En esta línea, llega Irúzun a una conclusión clara: «La labor notarial tiene algo de mayéutica. El notario, a través de una exploración detenida y profunda, ha de hacer nacer la propia voluntad testamentaria, captando todos sus matices, incluso aquellos que el mismo testador no ha previsto». En resumen, «conocida que sea la voluntad del testador en todos los planos y matices necesarios para la creación del negocio jurídico, el notario la interpreta, la modela y formula técnicamente, y la plasma en el documento para que se cumpla dentro de los cauces legales y límites permitidos» ⁸³.

Estas ideas señaladas con ocasión del tratamiento del testamento abierto nos conducen a una conclusión de enorme trascendencia en materia interpretativa: resulta fundamental diferenciar entre contenido y expresión (entre determinación fáctica y determinación jurídica) de las disposiciones testamentarias, ya que en este tipo de testamento en que participa el notario de manera activa, si bien formalmente la voluntad es la del testador, de hecho, el texto en que se plasma o expresa, no lo es. Ello conduce a aplicar los criterios interpretativos de manera singular, obviando incluso, si ello fuera necesario, determinadas expresiones que no corresponden al lenguaje propio del causante para, de este modo, desentrañar el verdadero contenido de la disposición ⁸⁴.

Como vemos, los problemas de índole interpretativa que surgen son de mayor calado de lo que, a primera vista, pudiera pensarse.

⁸¹ PUIG BRUTAU, José, «La interpretación del testamento en la jurisprudencia», *AAMN*, tomo XIII, p. 512. Según el autor: «Los Notarios son los intérpretes de una voluntad que se manifiesta con la decisión y firmeza de los actos que han de durar después de la muerte; pero en muchos casos, sin que el declarante tenga visión exacta de todas las consecuencias de su querer. La voluntad del testador puede manifestarse con gran libertad, pero en ocasiones sin que conozca la mejor manera de hacerlo para alcanzar lo que se propone... Muchas veces no puede limitarse a ser un traductor de la voluntad ajena, y más bien le corresponde una labor de adaptación».

⁸² IRÚZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, p. 191. El autor, en la línea seguida aquí por mí, realiza una reflexión: «Con humildad hemos de reconocer que si el testamento es abierto, la censura es más contra el Notario que contra el tribunal. Porque, ¿quién si no el Notario autorizante del testamento es el responsable de que en él se exprese la voluntad real del testador? Tampoco ha de contentarse el Notario con transcribir las palabras vulgares con que el testador suele expresarse... El Notario se encuentra ante un testador que enuncia su voluntad en cuanto a la obtención de un determinado resultado empírico y, aparentemente, no sabe ni quiere más».

⁸³ IRÚZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, pp. 193 y 194.

⁸⁴ JORDANO BAREA, Juan B., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1990, tomo IX, vol. 1.º-A, p. 249. En este sentido recoge el autor una Resolución de 25 de septiembre de 1987 de la Dirección General de los Registros del Notariado.

De modo diverso ⁸⁵ a como procedimos en el testamento abierto debe actuarse en el caso de los testamentos ológrafo y cerrado, donde, ante la ausencia de participación del notario en su redacción, deberán emplearse todos los medios interpretativos al alcance del sujeto escogido para ejecutar la última voluntad del testador. Sólo así conseguiremos indagar el auténtico sentido de sus disposiciones ⁸⁶, procurando su adecuación al ordenamiento sucesorio.

Es precisamente en estos supuestos donde encuentra su perfecta ubicación el principio «rey» en la materia; me refiero al principio *voluntas exspectanda*. En virtud del mismo, hay que estar a la voluntad del testador como pauta a seguir, dejando de lado otros principios que, en cambio, concurren en otro negocio jurídico como el contrato ⁸⁷.

La explicación de la relevancia de dicho principio para la sucesión testada resulta superflua, no así el hallazgo de su fundamentación. La última *ratio* de su preponderancia se discute por gran parte de la doctrina. Jordano reproduce en sus obras ⁸⁸ la postura de distintos autores (Barassi, Ossorio Morales, Röver, Ferrer Correia y Varela, entre otros) ⁸⁹,

⁸⁵ Pese a que la ley no hace distinción entre los tipos de testamento a la hora de establecer una regulación general del negocio, por ejemplo en el artículo 675, nosotros a la vista de las razones aportadas y de otros datos que cabría señalar debemos insistir en la existencia de esta diversidad, lo que nos conduce a negar la aplicación de la máxima «*ubi lex no distinguit...*».

⁸⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «La inclusión de la fideicomisaria como especie de sustitución», *RDN*, 1981, p. 348. «Pienso que, hoy, es doble deber nuestro, de los juristas y en concreto de quienes somos juristas prácticos: de una parte, el de guardar para expresarnos y entendernos el rigor técnico de las palabras que expresan la realidad de las cosas y fenómenos que el derecho contempla; y, de otra parte, el de buscar la verdadera intención práctica o empírica de los otorgantes, y en concreto de los testadores, por encima de sus palabras cuando ellos las expresen. Así nuestros ojos deben observar, para seguir el ejemplo de unos y otros, a los juristas romanos en su esfuerzo por expresar el *numen* con el *nomen*, en todo *verbum iuris*; y, de otra, a los glosadores y comentaristas, en su tarea de dar eficacia del mejor modo posible a la voluntad del testador por encima del valor formal de las palabras, aunque teniéndolas rigurosamente en cuenta para captar la intención que tratan de expresar».

⁸⁷ En el contrato se conjuga o pondera la voluntad de los contratantes con los principios de protección de la apariencia y de autorresponsabilidad de los propios intervinientes.

⁸⁸ JORDANO BAREA, Juan B., *Interpretación del testamento*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 17 ss., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1990, tomo IX, vol. 1^o-A, pp. 212 ss. «La voluntad verdaderamente última del testador en la teoría de la interpretación del testamento», *Revista de Derecho español y americano*, 1960, núm. 23, pp. 229 ss., *Teoría general del testamento*, Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. Ignacio Serrano, vol. I, Valladolid, 1965, pp. 431 ss.

⁸⁹ BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3^a edición, Milán, 1947, p. 372; OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, pp. 409 y 410; FERRER CORREIA, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Coimbra, 1955, pp. 268 ss.; VARELA, *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra, 1950; ESPÍN CAÑOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil español*; vol. V, Madrid, 1957, pp. 237 y 238; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951, p. 77.

que pretenden hallar la razón de la aplicación exclusiva del principio *voluntas expectanda* al testamento.

Jordano en sus trabajos dedicados a la materia, tras estudiar los razonamientos dados por los diversos autores, ya citados, considera que la aplicación a ultranza de este principio con exclusión de otros encuentra su fundamentación en la peculiar naturaleza y estructura del acto de última voluntad. De este modo, la razón principal residiría en ser el testamento un negocio jurídico consistente en una declaración de voluntad independiente de las relaciones que puedan surgir después de su perfección⁹⁰.

En mi opinión, el fundamento, ciertamente, posee naturaleza compleja, pero dista de algún modo del ofrecido por el autor precedente. Comparto la idea de que el testamento se configura como un negocio jurídico perfecto tras superarse la fase de formalización de la declaración de voluntad del otorgante, pero estimo que la exclusión de otros posibles principios en la fase interpretativa se debe al hecho de que nadie, fundamentalmente los designados en el documento, pueda a la vista de la apariencia de lo declarado tomar decisiones que de manera conjunta con la declaración de voluntad del testador formen un negocio. Es decir, que la naturaleza unilateral y no recepticia del testamento impedirá la conjunción o encuentro, con relevancia jurídica, entre el testamento y una declaración posterior. Con lo cual, nadie, en una primera instancia, puede obligarse a la vista del contenido del mismo. Y si esto, como parece, es así, ¿cómo aplicar otros principios que no sean el de *voluntas expectanda*, que prescindiendo de otro tipo de consideraciones, persigue el discernimiento de la voluntad del testador?

La necesidad del previo esclarecimiento de la precisa voluntad del testador resulta esencial para darle el debido cumplimiento que corresponde.

Esto, que no supone ninguna novedad en el campo de las sucesiones, resulta de vital importancia en la sustitución fideicomisaria dado el tenor de los artículos encargados de su regulación (arts. 781 ss.), como más adelante veremos.

El alumbramiento que, en los testamentos cerrado y ológrafo, proporciona el principio *voluntas expectanda*, presenta perfiles propios y

⁹⁰ JORDANO BAREA, Juan B., *Interpretación del testamento*, p. 37. También en *Comentarios al Código Civil...*, pp. 222 a 225. Según el autor, «la razón de fondo en la aplicación del principio citado aparece analizando las características del acto de testar... No podemos captar la esencia propia del acto de última voluntad sin distinguir un doble estadio de relevancia jurídica: para la esfera del sujeto de la declaración y para la generalidad. Una vez formado, el acto adquiere relevancia y carácter definitivo para su autor, con todas las consecuencias inherentes... En cambio, para la generalidad, el acto es jurídicamente irrelevante en cuanto tal, o sea como negocio jurídico, en la etapa *ante mortem*».

atenuados en el caso del testamento abierto. No debe olvidarse, como indicaba anteriormente, la labor de ajuste a términos jurídicos realizada por el notario ante la declaración de voluntad del testador. No obstante, esta simultánea «interpretación» a la formación del negocio no exime de que en la interpretación *stricto sensu* desarrollada tras la muerte de su autor, se proceda, partiendo de la terminología técnico-jurídica empleada, a la fijación de la voluntad real del causante.

IV.2 ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 783.1 Y 785.1 DEL CÓDIGO CIVIL: DISTINCIÓN ENTRE DECLARACIONES EXPRESAS Y TÁCITAS

Antes de introducirme en los instrumentos hermenéuticos utilizables en materia testamentaria, veo necesario esclarecer el sentido que poseen los artículos 783.1 y 785.1, en sede de sustitución fideicomisaria. Para ello, recorro a la autoridad de un trabajo sobre el tema, de Vallet de Goytisolo, por recoger las diversas tendencias doctrinales que existen al respecto.

El planteamiento de la cuestión no es vano, dado que no debemos olvidar, que los artículos claves sobre interpretación testamentaria (arts. 675 y concordantes del Código Civil) parecen pugnar con lo que establecen los anteriores. Así, junto a la aplicación del artículo 675, clave en esta sede, nos encontramos con otros preceptos como el 773. Artículo que cumple la función de completar el sentido del artículo anterior, y reforzar la interpretación subjetiva como pauta ⁹¹.

En virtud del artículo 675.1 del Código Civil, parece ser posible la utilización de documentos externos al testamento para averiguar el sentido de las expresiones utilizadas por el causante, pero siempre que exista una voluntad expresa del mismo en el testamento ⁹². En este sentido, existe ya hoy jurisprudencia: Sentencias de 3 de junio de 1942; de 6 de marzo de 1944; de 1 de junio de 1946; de 3 de junio de 1947; de 3 de marzo de 1965; de 5 de octubre de 1970; de 18 de junio de 1979; y, de manera más reciente, las de 26 de marzo de 1983; de 29 de enero de 1985 y de 9 de junio y 2 de noviembre de 1987, todas del Tribunal Supremo.

⁹¹ JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada, Comentarios al Código Civil...*, p. 226. Escribe el autor: «Por otro lado, el artículo 773, párrafo 1.º, cualquiera que sea su posible inteligencia, viene a respaldar la interpretación, acorde con la verdadera teoría subjetivista, que del artículo 675 propugnamos».

⁹² JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada*, pp. 85 ss. Según el autor, «la indagación de la *voluntas testantis* puede hacerse con el subsidio de cualquier medio o elemento interpretativo, intrínseco o extrínseco. No hay más restricción que la derivada del carácter formal del testamento, limitación que, en realidad, no afecta a los posibles medios de interpretación, sino a la relevancia hermenéutica de una voluntad totalmente inexpresada o inconciliable con la declaración testamentaria».

En cambio, de los artículos 783.1 y 785.1 ⁹³ parece extraerse un criterio diverso a la hora de aceptar la llamada prueba extrínseca en el momento de interpretar la declaración del causante.

Ante esta situación normativa, cabe plantearse: ¿son incompatibles estos artículos?

A juicio de Roca Sastre «el artículo 783.1 del Código Civil es una excepción que impide la actuación del artículo 675 en cuanto a la interpretación constructiva conjetural de la voluntad testamentaria en materia de llamamientos a la sustitución fideicomisaria» ⁹⁴.

Vallet de Goytisolo, estableciendo una diferenciación necesaria, sale al paso de esta afirmación, y sostiene que «en los llamamientos *si sine liberis decesserit* (como fideicomisos condicionales) no caben conjeturas extratestamentarias, es decir, no deducidas del tenor del mismo, por impedirlo los artículos 783.1 y 785.1, pero sí que se puede y debe interpretar la voluntad del testador, según el tenor del testamento... Se prohíben las conjeturas extratestamentarias, pero no se pueden entender exceptuadas las conjeturas testamentarias» ⁹⁵. Es decir, una cosa es la interpretación y determinación de la voluntad dispositiva, basada en los términos empleados en el testamento; y otra cosa distinta, basarse en elementos externos al testamento para entresacar, o reconstruir, de sus palabras, una sustitución fideicomisaria. Esto último, en virtud de la interpretación de los artículos 783 y 785 no es posible.

De este modo, parece que estos preceptos vendrían a suponer un recorte al ámbito de aplicación del artículo 675.1 que, perfilado por la jurisprudencia, marca los criterios generales en la interpretación testamentaria. Esta especificidad en materia interpretativa se produciría por el rechazo que, en el caso de la sustitución fideicomisaria, surge respecto de la aceptación de la prueba extrínseca; algo que, según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, cabe, de modo general, en la interpretación de las disposiciones testamentarias (*ex* artículo 675).

Dejando por un momento el estudio del alcance de la prueba extrínseca en las figuras fideicomisarias, debe recalcar que lo que sí cabe es desarrollar una interpretación flexible de la declaración fijada por el causante, con base en una voluntad expresa de establecer un fideicomiso. Es decir, a mi juicio, el término «expreso» o «de manera expresa», recogido en los artículos estudiados, debe entenderse en el sentido de no existir

⁹³ Artículo 783.1: «Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos».

⁹⁴ ROCA SASTRE, Ramón M.ª, «Dictamen sobre los fideicomisos “*si sine liberis decesserit*”», *Revista Internacional del Notariado*, núm. 45. Esta afirmación la realiza este autor con ocasión del planteamiento de otra cuestión: ¿en los llamamientos *si sine liberis decesserit* cabe la posibilidad de un fideicomiso presunto?

⁹⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, «Notas para la interpretación del artículo 783.1 y 785.1 del Código Civil», *A. D. C.*, tomo XIV, 1961, p. 141.

dudas sobre la voluntad del testador de crear una sustitución fideicomisaria, y no referirlo a la fórmula verbal empleada o utilizada para establecerla. Como puede observarse, la solución a muchos de los problemas que puedan surgir en la labor interpretativa pasa por determinar el sentido de la expresión «de manera expresa».

Aunque me he apresurado en adelantar cuál es mi opinión sobre el sentido de este término (expreso), no ha sido, ni el único, ni el mayoritariamente defendido en la doctrina. Así, Manresa dice que la interpretación de estos artículos no debe ser otra que la de establecer «una prohibición de los fideicomisos confidenciales o secretos»⁹⁶.

Sánchez Román, siguiendo el mismo criterio que Manresa, se centró en la afirmación de que «el artículo 783.1 no puede significar otra cosa que la necesidad de designar expresamente el nombre del heredero fideicomisario, no pudiendo, hacer designación de un modo secreto o reservado, declarándola únicamente al fiduciario. El llamamiento ha de ser sobre personas ciertas y determinadas, no pudiendo quedar el nombramiento al arbitrio o la conciencia del primer llamado».⁹⁷

Pero estimo que el significado que estos autores atribuyen a la citada expresión vacía de contenido los artículos 783.1 y 785.1, puesto que la solución al problema de los fideicomisos secretos cabe hallarla en el apartado 4.º del artículo 785 del Código Civil.

Por todo lo cual me reafirmo en mi postura, y comparto la opinión de autores como Scaevola⁹⁸, Castán⁹⁹ o Borrell y Soler¹⁰⁰, que han seguido esta orientación.

Para reconducir la cuestión del análisis de las expresiones «expresos» (art. 783.1) y «de manera expresa» (art. 785.1) dentro de la interpretación que actualmente se viene dando a las mismas, es recomendable recurrir a

⁹⁶ MANRESA Y NAVARRO, José M.ª, *Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, Reus, Madrid, 1921, p. 155. La afirmación de este autor es comprensible si se recuerda que de manera previa a la promulgación del Código Civil, y basándose en las Partidas, la jurisprudencia y alguna doctrina (Joaquín Costa) habían aceptado la posibilidad de la designación confidencial, o incluso presunta, del fideicomisario (fundando dicha presunción en conjeturas extratestamentarias).

⁹⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, 2.ª edición, Madrid, 1910, pp. 696 ss.

⁹⁸ QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil, comentado y concordado extensamente*, tomo XIII, 5.ª edición, Madrid, 1934, pp. 736 ss. Según éste, «allí donde se exige que la sustitución sea expresa, quiso decirse en realidad que fuera imperativa, esto es, que contenga la demostración de que el testador establece la sustitución fideicomisaria por su propio imperio, y no abandonándola a la voluntad de los herederos del fiduciario».

⁹⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, Madrid, 1939, pp. 244 ss. En la línea del último autor citado, Castán recurre al principio espiritualista presente en nuestro Ordenamiento para reivindicar una relajación en el excesivo rigor formal en las declaraciones de voluntad.

¹⁰⁰ BORRELL Y SOLER, Antonio M., *Derecho Civil español*, tomo I, Barcelona, 1954, p. 133.

los parámetros establecidos en el artículo 3.1.º del Código Civil, algo que resulta de suma importancia a efectos de determinar la naturaleza de la declaración de voluntad que ha de emitir el testador. Así, convendría distinguir entre dos conceptos, expreso y tácito, que siendo predicables de cualquier declaración, también pueden serlo de la emitida en el testamento por el causante.

Esta distinción nos permitirá saber cuando, por tratarse de una declaración tácita, nos encontramos ante una declaración proscrita por los artículos objeto de estudio.

Pero, para alcanzar el auténtico sentido de lo que deba entenderse por declaración expresa en sede de sustitución fideicomisaria, tendremos que partir de aquellas distinciones que de manera general abordan la cuestión ¹⁰¹. Sólo así lograremos determinar el tipo de declaración que puede servirnos de base para desarrollar la labor interpretativa.

El primero que aborda la cuestión seriamente, con ocasión de un estudio sobre Derecho Foral, es Roca Sastre. Según él, «en las regiones de Derecho romano cabe el fideicomiso tácito, o sea, aquel en el cual el gravamen fideicomisario se induce a través de una interpretación lógica de la voluntad del testador y a base de conjeturas o presunciones. El fideicomiso expreso surge de una simple interpretación literal; el tácito aparece gracias a una interpretación intencional» ¹⁰². Este autor, sin desarrollar la diferenciación hasta sus últimos extremos, comienza a dar alguna de las claves para concretar qué debe entenderse por declaración expresa en el establecimiento de una figura fideicomisaria.

Vallet, ahondando en esta distinción realizada, desarrolla unas precisiones terminológicas, a su juicio necesarias, señalando lo que se entiende por tácito, presunto, formal y expreso. Dice: «Tácitamente y presuntamente... se interfieren en parte y difieren también en parte. Presumir es sospechar, juzgar o conjeturar una cosa por tener indicios o señales para ello. Tácitamente significa, además de secretamente, con silencio, sin expresión o declaración formal. Es decir: lo presunto puede basarse en indicios ajenos a toda expresión; lo tácito requiere una expresión, que puede ser sin palabras por hechos concluyentes, o con palabras sin expresión formal, pero sí cierta. Buscar la voluntad presunta, es indagar la voluntad no manifestada; deducir la voluntad tácita es buscar una voluntad expresada por

¹⁰¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *La confirmación del contrato anulable*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, pp. 187 y 188. Según el profesor Clavería, «declaración expresa será, sencillamente, aquella realizada mediante signos (lenguaje escrito, hablado o mímico, comportamientos determinados) que denoten directamente la voluntad declarada; declaración tácita será, por el contrario, la que se infiere indirectamente de una conducta dotada de un significado propio y distinto de ella pero incompatible con una voluntad diferente de aquella en que dicha declaración consiste».

¹⁰² ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Estudios de Derecho Privado*, tomo II (Sucesiones), Madrid, 1948, pp. 40 ss.

hechos, aunque sin palabras, o bien con palabras no formales». Partiendo de este planteamiento, son lógicas, aunque discutibles, las conclusiones que sigue el autor: «lo presunto y lo expreso se contraponen siempre. Lo tácito y lo formal (en su sentido de «con formalidad») también se contraponen. En cambio, lo expreso y lo tácito no se contraponen más que en el caso de que aquello signifique lo verbalmente expresado y lo tácito signifique lo expresado con hechos, pero sin palabras; pero, no se contraponen cuando éste (lo tácito) significa lo expresado sin declaración formal, aunque sí verbalmente, de modo directo o indirecto»¹⁰³.

Estimo discutibles estas conclusiones, porque parten de un planteamiento que entremezcla tipos de declaraciones, con modos de manifestarlas. No conviene olvidar que el modo de expresar la declaración debe ser por escrito y sujeta a forma testamentaria.

Por todo ello, la declaración expresa será aquella que plasma una voluntad inequívoca de establecer una figura fideicomisaria, sin necesidad de recurrir a eso que llamaba Roca Sastre una interpretación intencional¹⁰⁴.

Una vez aceptado el concepto de declaración expresa en el sentido de declaración inequívoca, que no permite apreciar una voluntad diversa de aquella que supone el establecimiento de un fideicomiso, el siguiente paso será determinar el modo de actuar de los preceptos (arts. 675 y concordantes) que se ocupan de regular la función interpretativa en sede de sucesiones.

En la línea aquí defendida, el Tribunal Supremo, en sentencias de 30 de enero de 1928 y 4 de marzo de 1952, afirmó «que es preciso coordinar el sentido literal de la cláusula con la aspiración o finalidad que presidió la formación de los testamentos. El criterio de admitir un esfuerzo interpretativo para deducir la disposición de una sustitución fideicomisaria y de aceptar conjeturas apoyadas en el tenor del testamento, fue, pues, aplicado con verdadera amplitud»¹⁰⁵.

¹⁰³ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Notas para la interpretación...*, p. 156.

¹⁰⁴ JORDANO BAREA, Juan B., «“Pseudousufructo testamentario” y sustitución fideicomisaria» (II. Dictámenes), *A. D. C.*, 1957, pp. 1181 y 1182. Sostiene el autor: «... En una palabra, el Código Civil no admite los llamamientos conjeturales, pero, en su sistema, para que exista sustitución fideicomisaria, no es absolutamente necesario que el testador utilice esta expresión, bastando con que de su disposición se desprenda inequívocamente que tiene uno de los contenidos posibles de esta figura. Quiere ello decir que la sustitución fideicomisaria puede resultar establecida no sólo *apertis verbis*, sino también *re ipsa*, substancialmente, como ha reconocido nuestro TS en la importante sentencia de 6 de marzo de 1944».

¹⁰⁵ De esta jurisprudencia cabe extraer dos ideas fundamentales:

- Se acepta el sentido de declaración expresa como declaración clara e indubitada de establecer una figura fideicomisaria.
- Se admite con base en la declaración testamentaria la utilización de la prueba extrínseca; con lo cual el concurso del artículo 675.1 CC en la interpretación de la disposición no presenta dudas.

Si concluimos, que, conforme a lo dicho anteriormente y a lo manifestado por Vallet ¹⁰⁶ entre otros, la orientación de los artículos 783.1 y 785.1 es desterrar cualquier posibilidad de una declaración tácita en que fundar una disposición fideicomisaria, no encuentro ningún obstáculo que impida desarrollar una interpretación de carácter subjetivo tal y como establecen los artículos 675.1 y concordantes del Código Civil. Es decir, una vez detectada en el testamento la voluntad clara de establecer una disposición fideicomisaria ¹⁰⁷, se aplicarían todos aquellos criterios interpretativos destinados a fijar el contenido de la misma, utilizando para ello, si es preciso, la prueba extrínseca.

IV.3 DETERMINACIÓN DE LOS MEDIOS INTERPRETATIVOS APLICABLES

IV.3.1 Posible aplicación de alguno de los medios hermenéuticos empleados en sede contractual

Decía que, en el caso de los testamentos cerrado y ológrafo, deben utilizarse todos los medios hermenéuticos posibles, sin perder de vista la naturaleza de la institución tratada. Pero, ¿cuáles son estos medios o instrumentos interpretativos aplicables? ¿Posee alguna particularidad la interpretación de una disposición testamentaria que establezca una sustitución fideicomisaria?

Partiendo del principio *voluntas exspectanda* como criterio rector en materia interpretativa de testamentos, y una vez puesta de manifiesto la compatibilidad del régimen de la sustitución fideicomisaria con el artículo 675 del Código Civil, creo que debemos descender al articulado del Código para ver cuál puede ser la concreción del susodicho principio.

Doctrina autorizada en la materia ¹⁰⁸, cuando se ocupa de las normas interpretativas, señala una serie de artículos inspirados en el mencionado

¹⁰⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *obra citada*, pp.152 y 153; Vallet, en un intento sistematizador, pretende desentrañar la amplitud de la restricción que se establece en los artículos 783.1 y 785.1 en cuanto a los medios utilizados para establecer o inferir una disposición fideicomisaria. De este modo, él expone tres frentes que la citada restricción vendría a combatir.

¹⁰⁷ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *obra citada*, pp. 159 y 154. El caso de duda, según Vallet, «no se refiere al mero supuesto de ser opinable la interpretación, sino de ser imposible resolver las dudas con una interpretación racional profunda». Ante la imposibilidad de decidir si hay o no sustitución fideicomisaria, debe resolverse en sentido negativo. Por ello, «si no se dá la denominación de fideicomiso o sustitución fideicomisaria, ni resulta impuesta una obligación terminante que la equivalga, los simples ruegos, súplicas o recomendaciones no parecen suficientes para establecer una sustitución fideicomisaria. A no ser, es claro, que se pueda deducir del tenor de otras expresiones del testamento (conforme al art. 675 CC) que la voluntad del testador fue la de imponer la sustitución ineludiblemente».

¹⁰⁸ JORDANO BAREA, Juan B., *Interpretación del testamento*, pp. 47 y ss. También *Comentarios al Código Civil...*, pp. 230 y 231.

criterio, y por ello, concordantes con el 675, como son: 346, 347, 668.2, 747, 749, 751, 768 a 772.3, 779, 780 y 864.

No obstante, y a pesar de haber aceptado la aplicabilidad del artículo 675 en sede de sustituciones fideicomisarias, considero que del resto de artículos mencionados, algunos no tendrían cabida en la interpretación de la figura citada por implicar una contradicción con la propia configuración de la misma. En este caso nos encontramos con el artículo 751¹⁰⁹ que supone una cierta inconcreción del sujeto beneficiado; algo que, si bien cabría plantear teóricamente, sería totalmente inviable en cualquiera de las posiciones a determinar (del fiduciario o del fideicomisario).

Otros artículos no serían aplicables, simplemente, al no poderse generar el supuesto de hecho que contemplan en la sustitución fideicomisaria. Sería el caso del artículo 780¹¹⁰. Este artículo tiene un difícil encaje en la sustitución fideicomisaria, ya que, partiendo del dato conocido de ser el fideicomisario un heredero, necesariamente se deduce esta conclusión: siendo el fideicomisario heredero, al igual que el fiduciario, desde la muerte del testador, ambas se perfilan como titularidades independientes, destinadas a ocupar, en la generalidad de los casos, una posición jurídica diversa; aunque las mismas sean sucesivas en cuanto al poder jurídico sobre idénticos bienes. De ahí que, el planteamiento deba ser diverso, puesto que lo que puede afectar al fideicomisario son las cargas o condiciones que afectan a los bienes fideicomitidos, pero no las cargas o gravámenes que pesen sobre la titularidad del fiduciario¹¹¹.

Por otro lado, siguiendo el criterio sentado hasta el momento acerca de los fideicomisos presuntos, habría que rechazar la aplicación de los artículos que pretenden establecer la voluntad presunta del testador¹¹². Una cosa sería partir de una voluntad expresa de establecer un fideicomiso (necesaria según los arts. 783.1 y 785.1) para posteriormente desarrollar una labor de interpretación sobre la disposición, y otra bien dis-

¹⁰⁹ Artículo 751: «La disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado».

¹¹⁰ Artículo 780: «El sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del instituido».

¹¹¹ Esta conclusión sería la lógica siempre que todo transcurriese según lo previsto por el testador (primero el fiduciario, y tras éste el fideicomisario). Ahora bien, si el fiduciario, por cualquier motivo no quiere, o no puede, heredar, el planteamiento ha de ser diverso: en tal supuesto entraría a operar la sustitución vulgar, y como consecuencia se aplicaría el artículo 780.

¹¹² JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada*, p. 56. Según el autor, «los artículos 747, 749, 751, son normas supletorias de integración que presuponen ya terminada la fase interpretativa; únicamente entran en juego cuando por vía interpretativa no se puede llegar a ningún resultado acerca de los extremos en ellas contemplados. El artículo 768 establece simplemente una presunción *iuris tantum*. Finalmente, los artículos 769, 770, 771, 772.3, 779 y 780, inspirados en la voluntad presumible media del testador».

tinta, utilizar una suerte de presunciones que ayudaran a integrar una voluntad inexpresada. Lo primero se encuentra dentro de lo permitido por el régimen jurídico de la figura, lo cual faculta al intérprete para, siguiendo una interpretación de carácter subjetivo, utilizar aquellos preceptos que como el 675.1 o el 773 buscan la determinación de la *voluntas testantis*.

Por ello, aunque hemos de rechazar aquellos preceptos que, en palabras de Jordano ¹¹³, implican «normas interpretativas particulares», sin embargo, lo que sí sería apreciable y reconducible a la figura objeto de estudio es el espíritu de todas estas normas en cuanto que pretenden preservar la auténtica voluntad del testador de establecer una determinada disposición (en nuestro caso de sustitución fideicomisaria), aunque para ello se deba recurrir a elementos externos al testamento para esclarecer las expresiones o terminología utilizada para concretar dicha disposición.

De este modo, debemos concluir que los artículos 783.1 y 785.1 tienen como función delimitar la manera de establecer una figura fideicomisaria, y como consecuencia de lo anterior, prohibir cualquier labor interpretativa o integradora destinada a inferir de una voluntad no concluyente una figura tal. Pero, a mi juicio, no restringe el ámbito de actuación de los artículos 675.1 y concordantes orientados a una interpretación subjetiva ¹¹⁴.

¿Son sólo los últimamente tratados los instrumentos hermenéuticos aplicables para esclarecer el contenido de la disposición fideicomisaria?, o ¿existen otros?

Esta cuestión se discute en un ámbito mayor, en relación a cualquier disposición testamentaria, preguntándose la doctrina por la aplicación de los artículos que abordan la interpretación en sede de contratos.

En cuanto a la aplicación de las citadas normas (arts. 1281 a 1289), Jordano Barea sostiene que «no pueden aplicarse directamente a los testamentos». No obstante, estas normas «forman dos grupos: el primero, constituido por los artículos 1281 a 1283 y el 1285, tienen como objeto la determinación en concreto de la voluntad de las partes contratantes (son reglas de interpretación subjetiva, con función preferentemente reconocitiva); el segundo grupo, constituido por los artículos 1286 a 1289, tienen una función preferentemente integradora, resolviendo los casos de ambigüedad u oscuridad» ¹¹⁵.

¹¹³ JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada*, pp. 55 ss.

¹¹⁴ JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada*. pág. 47. Sostiene Jordano que: «la interpretación subjetiva en materia de disposiciones de última voluntad, además de ser la preferente en tesis general, es también la que debe juzgarse consagrada en el Derecho positivo español».

¹¹⁵ JORDANO BAREA, Juan B., *Interpretación del testamento*, pp. 58 y 59. También *Comentarios al Código Civil...*, pp. 231 a 240. Partiendo de esta distinción de normas interpretativas en atención a la finalidad que persiguen, Jordano sostiene que «las reglas de interpretación subjetiva de los contratos, convenientemente adaptadas a las especiales

Dentro de las pautas indicadas por el autor anterior, sostiene Castán Vázquez que «parece que debemos aceptar en términos generales la aplicabilidad de las reglas de interpretación de los contratos a la interpretación del testamento»¹¹⁶.

Se rechaza, o no, que en estos artículos se encuentran los criterios interpretativos para indagar la voluntad hipotética o conjetural, los mismos no resultan aplicables a la sustitución fideicomisaria. La razón puede buscarse en el propio significado de la noción de voluntad hipotética o conjetural. Si decíamos que, en virtud de los artículos 783.1 y 785.1, sólo caben los fideicomisos expresos, esto es, donde exista una voluntad expresada con la forma legalmente requerida, no cabe plantearse una disposición que, por no resultar concluyente, permita recurrir a una voluntad hipotética o conjetural que permitiera ver una sustitución fideicomisaria. Es decir, si no es planteable reconstruir una sustitución fideicomisaria en un testamento a través de una voluntad hipotética del testador (que puede encontrarse fuertemente fundada en otros textos), ¿para qué cuestionarnos la utilización de unos medios interpretativos que pretenden indagar la misma?

Únicamente, y como excepción, creo conveniente decir algo acerca del artículo 1289. Con relación al mismo, escribe Jordano: «La única parte del artículo 1289 que es aplicable por analogía al testamento es su último párrafo, referible también al caso de ambigüedad insanable de la declaración testamentaria sobre puntos esenciales de la misma: entonces la disposición de última voluntad es nula, al no poder venirse en conocimiento de cuál fue la efectiva intención o voluntad del testador»¹¹⁷. Creo que, en el supuesto de constar en el testamento la voluntad de erigir una sustitución, pero sin resultar claro el tipo que se desea, no puede ser tan tajante la respuesta. En el caso de la sustitución fideicomisaria, y siguiendo a Borrell y Soler¹¹⁸, en los casos de duda sobre su existencia, habrá que decantarse por interpretar que lo establecido es una sustitución vulgar¹¹⁹.

características del acto (unilateralidad, no receptibilidad, solemnidad) son ciertamente aplicables al testamento. Las reglas de interpretación de los artículos 1286 a 1289 no son, por el contrario, susceptibles de extensión analógica a los testamentos, por cuanto que para fijar el sentido de la declaración atienden a criterios puramente objetivos».

¹¹⁶ CASTÁN VÁZQUEZ, José M.^a, «La interpretación del testamento en el Derecho común», *RDP*, 1973, pp. 293 y 294.

¹¹⁷ JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada*, p. 66.

¹¹⁸ BORRELL Y SOLER, Antonio M., *obra citada*, pp. 130 ss. Según el autor, «en materia de sustituciones debe reputarse la sustitución directa y no la oblicua (fideicomisaria) siempre que existan dudas».

¹¹⁹ PUIG FERRIOL, Luis, «Comentario a la sentencia de 25 de abril de 1983». *CCJC*, núm. 51, Madrid, 1983, pp. 550 y 551. El mismo autor en su obra *El heredero fiduciario*, p. 58, mantiene lo siguiente: «Creo que puede adelantarse que lo más conveniente es aceptar la tesis de la sustitución vulgar tácita comprendida en la fideicomisaria...», *vid.* pp. 60 a 65.

En apoyo de esta afirmación esgrimo el artículo 1284, que no alude a un criterio interpretativo, sino al principio de conservación del negocio ¹²⁰.

Estas afirmaciones, que poseen ciertamente un significado general, o para la generalidad de las disposiciones testamentarias, no pueden ser sostenidas desde la perspectiva del fideicomiso. Quizás aquí radique una de las peculiaridades que presenta la interpretación de la sustitución fideicomisaria, porque en ésta tiene la misma vigencia y supremacía el principio *voluntas exspectanda*, pero siempre partiendo de la voluntad manifestada o expresada en la disposición, y no, en una posible voluntad conjetural o hipotética basada en términos no concluyentes. Por ello, ante la duda, me decanto por la opinión de Borrell y Soler, de reputar existente una sustitución simple (si es éste el posible significado objetivo de la disposición), y sólo, cuando sea inescrutable la voluntad del testador, declarar la ineficacia de la disposición.

IV.3.2 Tratamiento de la prueba extrínseca

Como hasta aquí he tratado de demostrar, una de las cuestiones importantes que suscita la interpretación de una disposición que establece una figura fideicomisaria, es la posible actuación de la prueba extrínseca. No obstante, el análisis de la función de la prueba extrínseca en sede de fideicomisos debe desarrollarse partiendo de los criterios marcados en este trabajo. Así, partiremos de la idea de que la voluntad de establecer una figura fideicomisaria debe resultar inequívoca del tenor del testamento (arts. 783.1 y 785.1 CC). Del mismo modo, el intérprete desarrollará una función de interpretación de marcado carácter subjetivo ¹²¹, rigiéndose en todo momento por el principio *voluntas exspectanda* (ya estudiado). Por último, y en lo que atañe a la determinación del contenido de la disposición, deberán ser utilizados todos aquellos elementos (incluidos los extra-

¹²⁰ JORDANO BAREA, Juan B., *Comentarios al Código Civil...*, p. 238. Jordano en este punto se muestra más cauteloso, y señala: «el principio de conservación del testamento está subordinado al principio *voluntas exspectanda*, de suerte que, aunque la fórmula ambigua pueda tener objetivamente un significado, si una indagación subjetiva guiada por la voluntad (hipotética) demuestra que dicho significado no es atendible desde el punto de vista del testador, no podrá entrar en juego la norma del artículo 1284...».

¹²¹ JORDANO BAREA, Juan B., *Comentarios al Código Civil...*, p. 250. Según Jordano: «Así, pues, las palabras del testador se han de interpretar con arreglo a su propio lenguaje». En este sentido recoge un fragmento de la sentencia del TS de 5 de junio de 1979 —que recoge la doctrina sentada en las sentencias de 8 de julio de 1940, 3 de junio de 1946 y 6 de febrero de 1958— según la cual: «es en razón de la supremacía que ha de concederse a la voluntad del único autor de la declaración (testamentaria), acentuando su carácter subjetivo, que a los vocablos empleados ha de atribuírseles el sentido que parezca más adecuado a la situación, ideas y hábitos del testador, en definitiva a sus circunstancias personales...».

testamentarios) para discernir el verdadero alcance de las expresiones utilizadas a la hora de establecer el fideicomiso ¹²².

Será dentro de estas coordenadas donde analizaremos la posible incidencia de la prueba extrínseca ¹²³ en la labor de interpretar una disposición fideicomisaria.

Así, la prueba citada puede cumplir una labor que a la larga lleve a la aplicación, o no, de unas determinadas normas. Dado que, constando en el testamento una voluntad expresa de establecer una figura fideicomisaria, dependerá del sentido que conforme a las pruebas extrínsecas demos a ciertas expresiones del testador, para encontrarnos ante una sustitución fideicomisaria (arts. 781 ss. CC), o ante un fideicomiso de residuo (regulación propia, que toma preceptos de la sustitución fideicomisaria y de otras fuentes).

En semejante supuesto nos encontraríamos si un testador dijera: «sea mi sobrino Juan heredero de mis bienes para que disfrute todo lo que pueda y después, si fuera posible, lo haga mi hermano Pedro». Evidentemente, del tenor de una cláusula así se aprecia la voluntad de establecer una figura fideicomisaria, pero no se extrae la figura que se desea. De este modo, recurriendo a la prueba extrínseca, habría que determinar qué entiende el testador por «... disfrutar todo lo que se pueda...», así como por la expresión «... si fuera posible...». Sólo tras esta última operación cabría determinar si nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria o ante un fideicomiso de residuo, y con ello, determinar el régimen jurídico a aplicar.

En relación con lo anterior, y para evitar una perniciosa utilización de la prueba extrínseca, Jordano y Salvador Coderch proponen la adopción de una serie de precauciones que parten siempre de la necesidad de que el contenido de la voluntad real del testador haya tenido expresión en la declaración emitida y pueda reconocerse en ésta de algún modo ¹²⁴. Fuera

¹²² JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada, Comentarios al Código Civil...*, pp. 254 y 255. Según el autor, «el carácter formal del testamento no impide el recurso a los llamados medios de prueba extrínsecos, sino que provoca la irrelevancia en sede interpretativa de una voluntad totalmente inexpresada o inconciliable con la declaración testamentaria... (a veces) la prueba extrínseca será el único medio de salvar el principio del entendimiento subjetivo de la declaración, pues lo corriente será que el testador no caiga en la cuenta de que se expresa en forma distinta de la usual...».

¹²³ SALVADOR CODERCH, Pablo, *Comentario a la sentencia de 26 de marzo de 1983, CCJC, 1983 (enero/marzo)*, p. 293. Escribe el autor: «Por prueba extrínseca se entiende el recurso a materiales extratestamentarios para probar la voluntad del testador, especificando su sentido en relación al que resulta de aplicar a la declaración testamentaria el canon de la interpretación literal o el contextual».

¹²⁴ JORDANO BAREA, Juan B., *obra citada*, pp. 88 y 94. Como señala Jordano Barea: «Pocos son los autores que reconocen a las reales intenciones del testador un poder decisivo incondicionado. Casi todos, debido a que el testamento es un negocio jurídico formal, subordinan el valor interpretativo de la voluntad real al criterio límite de que haya encon-

de estos límites, la prueba extrínseca carece de trascendencia jurídica, y sólo recurriendo a una voluntad presunta o conjetural (algo que se prohíbe en el art. 783.1 CC) cabría apreciar la existencia de una disposición fideicomisaria.

No obstante, considero que en un caso muy concreto cabría recurrir a la voluntad hipotética, o conjetural, para dar cumplimiento a lo establecido por el testador; se trataría de aquél en el cual, por no poder o no querer, el sujeto designado como fiduciario no hereda. En este supuesto, salvo voluntad contraria del disponente, pienso, al igual que otros autores (Borrell y Soler, Díaz Alabart ¹²⁵, o Albaladejo ¹²⁶), que habría que entender subsumida la sustitución normal en la fideicomisaria; por ello, el fideicomisario heredaría como sustituto inmediatamente, sin necesidad de que ocupara el lugar del fiduciario ningún otro sujeto (como pudiera ser el heredero propio del fiduciario por derecho de representación); y por una razón muy simple: si el fideicomisario fue instituido como heredero para después del período ocupado por el fiduciario, hay que entender que la intención del testador fue que, en caso de faltar este último, entrara en la propiedad de los bienes el primero, y no otra persona cualquiera. Este supuesto no iría en contra de cuanto se viene diciendo acerca de la interpretación en materia de sustitución fideicomisaria, ya que se trataría de un caso de interpretación de voluntad conjetural partiendo de una sustitución expresa. Con semejante proceder, cabría operar en otros casos en sede de disposición fideicomisaria, como apunta José Servat al tratar sobre las conjeturas en materia de sustituciones ¹²⁷.

Pero, abandonando el estudio de una posible voluntad hipotética, conviene retomar el análisis de la prueba extrínseca en la interpretación de una voluntad expresa. Pienso que la prueba extrínseca puede

trado en el documento una expresión cualquiera, aunque sea imperfecta. Hay un interés en la certeza de los negocios jurídicos: certeza de su existencia y certeza de su contenido». Vid. SALVADOR CODERCH, Pablo, *obra citada*, p. 293. El autor requiere para la utilización de la prueba extrínseca la concurrencia de dos requisitos.

¹²⁵ DÍAZ ALABART, Silvia, *obra citada*, pp. 245 y 249. «Que la sustitución fideicomisaria normal encierra o engloba o comprende la vulgar es opinión, no ya absolutamente razonable y segura, sino adoptada por todos los Derechos españoles, por los extranjeros que puedan importarnos, por nuestra doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo... En conclusión, no es que la sustitución fideicomisaria englobe o encierre o implique la vulgar, sino que es algo que por su propia naturaleza, que es más amplia que la sola sustitución vulgar aislada, comprende el caso (el solo caso que la vulgar encierra, un heredero si no hereda otro), y, además, el otro caso (a que no alcanza la vulgar), el de que el sustituto herede también después de que haya sido heredero el instituido».

La autora mantiene, de igual manera, que el fideicomiso de residuo engloba la sustitución vulgar, pp. 249 a 268.

¹²⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil...*, pp. 171 a 176.

¹²⁷ SERVAT, JOSÉ, «Las conjeturas en materia de sustituciones, según la doctrina del Cardenal Mantica», *RCDI*, 1951, *passim*.

ayudar a esclarecer el sentido de las expresiones y con ello, la naturaleza y tipo de disposición fideicomisaria ¹²⁸. Más allá de esto, y en caso de lagunas o puntos no previstos, debe recurrirse a la regulación legal de la denominada sustitución fideicomisaria normal (la que conlleva obligación de conservar), la cual dará la adecuada respuesta a la duda, y, en último extremo, siempre que su naturaleza jurídica lo permita, acudir por vía analógica a la regulación del usufructo, de la reserva hereditaria, o a los artículos 451 ss. sobre liquidación del estado posesorio.

Más difícil sería dar una solución en el supuesto de haberse establecido un fideicomiso de residuo, puesto que deberíamos indagar la voluntad del testador para concretar el régimen a seguir.

V. DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL FIDUCIARIO EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

V.1 DESLINDE ENTRE ELEMENTOS ESENCIALES DE LA FIGURA TRATADA Y POSIBLES ELEMENTOS ACCIDENTALES EN EL NEGOCIO TESTAMENTARIO

Una vez interpretada adecuadamente, en cada caso, cuál fue la voluntad del testador a la hora de establecer la sustitución fideicomisaria, se debe proceder al cumplimiento exacto de la misma; siempre dando por sentado que discurra dentro de los límites ¹²⁹ legalmente previstos.

En esta fase de cumplimiento de lo dispuesto en testamento, cuando se abre la sucesión, la voluntad del disponente alcanza una verdadera trascendencia práctica ¹³⁰ desde la óptica de la configuración de la disposición fideicomisaria. Dado que es el testador quien, unas veces sin saberlo ¹³¹, y en otras ocasiones, conociéndolo, determina con sus estipulacio-

¹²⁸ SALVADOR CODERCH, Pablo, *obra citada*, p. 295. Escribe en este sentido: «... La prueba extrínseca no es ningún último recurso. Antes bien, es un elemento más a ponderar por los tribunales en la apreciación del sentido y alcance de las disposiciones testamentarias. Por ello sirve tanto de medio de confirmar o de revalidar el significado literal de éstas como de síntoma para, en su caso, poner de manifiesto que uno es el sentido literal y otra la intención, y aplicar así el propio mandato voluntarista del artículo 675».

¹²⁹ Al estudio desarrollado en epígrafes anteriores sobre estos límites me remito.

¹³⁰ Digo práctica, porque jurídicamente siempre la tendrá; en cambio, será en el momento de su aplicación, como ley a cumplir, cuando se pondrán de manifiesto multitud de problemas de índole patrimonial. Dentro de ellos, quizás el de mayor tratamiento doctrinal tenga por contenido las posibles facultades dispositivas otorgadas al fiduciario.

¹³¹ Recordemos que cuando se trataba del testamento abierto era el Notario quien, recogiendo los deseos y voluntad del causante, procedía a darle forma o expresión en las cláusulas del documento para que posteriormente pudieran tener relevancia jurídica.

nes y expresiones la existencia de una u otra figura jurídica. Y con ello, la aplicación de un concreto régimen jurídico.

De modo concurrente con la labor configuradora descrita, donde resultan fundamentales las expresiones utilizadas por el causante, existe otro efecto producto de la incidencia de la autonomía negocial del testador sobre la figura sucesoria escogida para transmitir *mortis causa* su patrimonio. El fenómeno al que hago referencia se desarrolla en el marco de la sustitución fideicomisaria y se encuentra relacionado con la posición jurídica que en la figura tratada ocupa el fiduciario. Así, el testador puede influir en la determinación de la naturaleza jurídica de la figura introduciendo determinadas facultades dispositivas, en favor del primer llamado, que diluyan el carácter vincular de la disposición. Podría concluirse, en este sentido, que este tipo de declaraciones emitidas por el testador no sólo afectan a la naturaleza y régimen jurídicos de la figura escogida, sino que también repercuten en la posición jurídica que ostenta el primer llamado sobre los bienes fideicomitados. De este modo, el fiduciario que, en principio, no tiene un derecho de propiedad en sentido estricto, puede verse beneficiado en su posición ¹³² respecto a los bienes fideicomitados por la concesión de determinadas facultades que sean concretadas por el testador. Pero, incluso en estos supuestos, resulta discutible hablar del fiduciario como de un propietario *ad tempus* ¹³³, como sostiene gran parte de la doctrina apoyándose, para ello, en argumentos semejantes. En este sentido se pronuncian

¹³² MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *obra citada, La propiedad privada en el sistema...*, p. 223. «... la regulación del contenido de los derechos reales por medio de la autonomía privada es lícito y eficaz hasta el punto en que venga comprometido el contenido esencial y fundamental de cada situación jurídica. Es decir, hasta el punto en que no sea privado el titular de la situación de los poderes y facultades que caracterizan el mismo derecho real de que se trate, lo que sería aplicable tanto en los supuestos en que se produzca una limitación de tipo ablativo, en la que el titular sea privado de una facultad o de un poder que constituya un activo esencial del derecho real, cuanto para las reglamentaciones en que se impongan al titular del derecho real deberes o vínculos de tal importancia que absorban íntegramente su posición activa».

¹³³ Con relación al concepto de propiedad *ad tempus*, conviene indicar que gran parte de la doctrina actual viene aceptando esta posibilidad como consecuencia de lo que se denomina elasticidad de la propiedad. Considero que esta nota de la elasticidad es predicable del propio contenido del derecho, no así de su duración. Por tanto, cabe hablar de la elasticidad de la propiedad en relación a los derechos reales limitados (usufructo, uso...).

De mi postura puede extraerse, con buen criterio, mi oposición a considerar la multipropiedad como un tipo de propiedad. En mi opinión, se trata de un derecho real atípico posible en nuestro Ordenamiento jurídico por la aceptación de la teoría del *numerus apertus* (arts 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º del Reglamento Hipotecario), no de una propiedad sujeta a temporalidad.

autores como Roca Sastre ¹³⁴, Vallet de Goytisolo ¹³⁵, Lacruz Berdejo ¹³⁶ o de la Cámara ¹³⁷, entre otros.

Ahora bien, considero que esta libertad del testador a la hora de determinar el haz de facultades y obligaciones correspondientes al fiduciario puede llegar a tal extremo que produzca la desnaturalización de la propia figura jurídica que, en un principio, servía de marco al testador –la sustitución fideicomisaria–, conduciendo a la aplicación de un régimen jurídico diverso por encontrarnos ante una figura distinta (fideicomiso *si aliquid supererit*).

Por ello, para apreciar cuándo una determinada expresión del testador nos sitúa ante una u otra figura fideicomisaria, conviene precisar cuáles son las notas esenciales de la figura de la que existe una tipificación legal en nuestro Código Civil. Siguiendo a Clemente de Diego, «la prohibición de enajenar las cosas hereditarias está en la naturaleza del fideicomiso (para mí sustitución fideicomisaria) y es una consecuencia de la obligación de restituir que se le impone; se recibe la herencia para restituirla, y para restituirla es menester conservarla, para conservarla es necesario no consumirla... Esta urdimbre de los dos llamamientos con la obligación de conservar y restituir en el primer llamado para respetar el orden sucesivo dado por el testador es la que queda rota en la cláusula de residuo, puesto que el llamado en primer término no tiene obligación de conservar, autorizado como está para enajenar...La disposición testamentaria de residuo no parece estar comprendida en las sustituciones fideicomisarias del artículo 781 y complementarios de nuestro Código Civil» ¹³⁸.

De esta cita cabe extraer dos ideas claves para mi estudio:

– Las notas esenciales que configuran a la sustitución fideicomisaria, tal y como se desprenden de los artículos 781 ss. del Código Civil.

¹³⁴ ROCA SASTRE, Ramón M., *Estudios sobre sucesiones*, Impreso en España. Madrid, 1981, pp. 90 y 91. También en el discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Afirma Roca Sastre: «El fiduciario, en la sustitución fideicomisaria, no es un simple propietario medial, instrumental, sino un propietario *per se*, o sea de verdad, sólo que gravado de temporalidad. Sería un propietario normal, como cualquier otro, pero sólo tiene una propiedad *ad tempus*...».

¹³⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, Montecorvo, Madrid, 1987, p. 231. El autor indica: «Como propietario temporal, el heredero sujeto a sustitución fideicomisaria no puede disponer de los bienes... Como sujeto a restitución tiene un *dominium ad tempus*...».

¹³⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, pp. 299 y 300.

¹³⁷ LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de, «Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria», *RDP*, 1948, p. 648. Para de la Cámara, «admitida la posibilidad de una propiedad a plazo», no existe dificultad en apreciarla en el caso del fiduciario.

¹³⁸ DIEGO Y GUTIÉRREZ DE, Felipe Clemente, *obra citada*, pp. 33, 61, 80 y 81.

– La diferenciación con otra figura atípica, y de contornos flexibles como es el fideicomiso de residuo. Este fideicomiso de residuo, en su modalidad *si aliquid supererit*, a mi juicio, se aparta tanto del espíritu y régimen de la primera, que debe hablarse de una figura diversa.

No obstante, en estos momentos interesa destacar más la primera de las ideas apuntadas, puesto que, junto a eso que he venido a denominar notas esenciales de la figura, el causante, haciendo uso de su libertad testamentaria, puede introducir una serie de elementos que, sin variar la naturaleza propia de la disposición fideicomisaria, modalizan los llamamientos sucesivos a la herencia. Estos elementos, ya mencionados anteriormente con ocasión del estudio de la capacidad sucesoria, no son otros que el término y la condición, llamados por la doctrina elementos accidentales del negocio jurídico ¹³⁹.

Curiosamente, algunos autores (destacadamente Albaladejo) ¹⁴⁰ han tratado en profundidad la incidencia de estos elementos en el desenvolvimiento de la figura ¹⁴¹, llevados, probablemente, por la importancia que para la sustitución fideicomisaria posee la faceta temporal.

Evidentemente, estos componentes accidentales (término y condición) pueden determinar el momento de producirse la segunda delación, es decir, cuando deja de ser titular el fiduciario por llegar el día señalado, o, cuando por cumplirse una determinada condición, ya no pueda serlo, y por tanto, pasan los bienes fideicomitados al fideicomisario. Pero en nada, o en muy poco, influirán los mismos sobre las normas o reglas jurídicas que deben aplicarse a la concreta disposición fideicomisaria ¹⁴².

¹³⁹ Cita de ENNECERUS recogida por DIEZ PASTOR, José Luis, *obra citada*, p. 583. Según el autor, «la condición y el plazo no son sino instrumentos de la voluntad, recursos mediante los cuales adaptamos nuestros negocios a las eventualidades del porvenir, y por eso la intención racionalmente conocible del que los pone debe prevalecer sobre su mecanismo, que es dispositivo y no coactivo».

¹⁴⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario», *RDP*, 1979, pp. 519 ss. y 641 ss.

¹⁴¹ LATOUR BROTONS, José, «Del usufructo a la sustitución fideicomisaria», *RCDI*, 1960, p. 481. Así, Latour considera que, «la condición ha tenido un sentido monopolista para engarzar las sucesiones sucesivas, y su influencia y reflejo se manifiestan con muchas supervivencias en las instituciones sucesorias, que directa o indirectamente reflejan su influencia».

¹⁴² De este modo, el régimen jurídico a aplicar a determinados actos desarrollados por el titular de los bienes (de gestión, administración, adquisición de frutos, etc.) así como a las posibles relaciones jurídicas del fiduciario con terceros (régimen de responsabilidad patrimonial, protección del tráfico jurídico) dependerá de la propia configuración dada por el testador a la disposición fideicomisaria.

En suma, estos elementos accidentales vienen a influir en la propia dinámica de la sucesión una vez producido el evento decisor, pero sin alterar la naturaleza jurídica de la figura escogida por el testador. Éste es quien, por vía testamentaria, fija los caracteres configuradores de la disposición ¹⁴³. Es así, como el testador, haciendo uso de su autonomía negocial, influye de muy diversos modos en el proceso de formación y cumplimiento de la *voluntas testantis*: unas veces determinando la naturaleza jurídica de la figura sucesoria escogida, otras configurando el contenido propio de la misma, y en otras, finalmente, modalizando la dinámica de su posterior cumplimiento ¹⁴⁴.

V.2 RÉGIMEN OBLIGATORIO CONFIGURADOR DE SU POSICIÓN JURÍDICA

A tenor del artículo 781, resulta evidente que la titularidad temporal del fiduciario se encuentra determinada por la concurrencia de unos deberes (de conservar y restituir) que, en gran medida, la condicionan ¹⁴⁵. Estos deberes constituyen la pieza clave que garantiza la propia dinamicidad de la figura: no cabría hablar de un patrimonio vinculado o afecto, y de un orden sucesivo (de sucesión) sobre unos bienes, sin su concurrencia. Y como consecuencia, tampoco cabría hablar de una sustitución fideicomisaria.

Una vez manifestada su consustancialidad a la figura, cabe plantearse la determinación de su naturaleza jurídica. Se trata de una cuestión de gran trascendencia, ya que junto a estos deberes esenciales pudieran surgir otros distintos que, establecidos voluntariamente por el testador, afectarían igualmente al fiduciario.

¹⁴³ LATOUR BROTONS, José, *obra citada*, p. 327. Para determinar cuáles son las notas esenciales de la sustitución fideicomisaria, sirva además de la cita de Clemente de Diego reproducida, ésta otra de Latour: «Considerando que en cuanto a la obligación de conservar los bienes el primer heredero y transmitirlos a un tercero, el nombrado en su sustitución, que es inherente a los fideicomisos... son requisitos indispensables para la sustitución fideicomisaria la doble disposición de una misma herencia, la obligación de conservar y restituir, y el orden sucesivo de los herederos, no es preciso que de un modo expreso la imponga el testador, por llevarla consigo esa institución».

¹⁴⁴ GONZÁLEZ PALOMINO, José, «Enajenación de bienes pseudo-usufructuados», *AAMN*, tomo V, 1950, p. 849. Según el autor, «la práctica y la doctrina de los fideicomisos ha nacido y girado alrededor de máximas como ésta: *sola voluntas servatur in fideicommissis*. Estas máximas regían para investigar libremente cuando el testador había o no querido establecer un fideicomiso, pero pueden y deben regir la vida de todo el fideicomiso haciéndolo depender de la voluntad del testador en cuanto a su nacimiento, contenido y extinción».

¹⁴⁵ Ya anteriormente, dejé sentado que, a mi juicio, estos deberes son esenciales a su posición jurídica. De tal modo que, sin su concurso, no cabría hablar de sustitución fideicomisaria.

Pues bien, a estos efectos, y siguiendo un estudio terminológico de Román García como medio –un medio más¹⁴⁶– para pronunciarme acerca de la naturaleza de estas determinaciones, cabe diferenciar dentro del Derecho de sucesiones unos deberes hereditarios, unas obligaciones testamentarias y unas obligaciones hereditarias¹⁴⁷. La precisión terminológica, en lo que atañe a mi estudio, no resulta superflua, ya que confirma lo sostenido con anterioridad.

Tomando como referencia la distinción realizada, y a sabiendas del riesgo que puede entrañar su utilización, me parece correcto hablar de obligaciones en la sucesión testada.

Según mi tesis, las obligaciones de conservar y de restituir no son obligaciones testamentarias, ya que, con sólo disponer en testamento una sustitución fideicomisaria, entrarían en juego, aunque el testador no las impusiese. Pero tampoco son deberes hereditarios, puesto que su contenido es homogéneo siempre que se establece una disposición de este tipo. Por ello, se trata de obligaciones hereditarias, impuestas por la ley ante la configuración propia de una disposición que entraña una cierta vinculación patrimonial.

Estas obligaciones hereditarias que caracterizan no sólo la figura de sustitución fideicomisaria, sino también la posición jurídica que viene a ocupar el fiduciario, poseen una *causa civilis obligandi* que conecta con aquella otra causa propia de los negocios fiduciarios, sin llegar a confundirse.

Gracias al uso de esta terminología, cabe la posibilidad, ya indicada, de que el testador establezca alguna obligación testamentaria (lo que será más propio en el fideicomiso de residuo), sin que surja confusión con aquellas otras obligaciones esenciales a la figura. Como indica Román

¹⁴⁶ En necesario insistir en la idea de que el uso de estas expresiones no implica asunción por mi parte de la construcción del autor, sino, como ya he manifestado, medio para desarrollar la exposición.

¹⁴⁷ ROMÁN GARCÍA, Antonio, *Las obligaciones testamentarias en el Código Civil español*, Montecorvo, Madrid, 1995, pp. 16, 17, 39 y 40. Según el autor, «... las llamadas obligaciones testamentarias, concepto que hemos diferenciado de los deberes hereditarios y de las obligaciones hereditarias, presentándose los primeros con un contenido más amplio y genérico que el correspondiente a las obligaciones testamentarias y a las obligaciones hereditarias, y estas últimas, como obligaciones que tienen un contenido homogéneo o idéntico en todo tipo de sucesión, tanto testamentaria como abintestato, y cuya única fuente de nacimiento es la ley. Las obligaciones testamentarias, por el contrario, procederán de las disposiciones testamentarias del causante en conexión con la aceptación del gravado, y tendrán un contenido muy variado y diverso en cada sucesión». Añade más adelante el autor: «los deberes hereditarios, desde esta perspectiva, se producen como consecuencia de la asunción por el heredero, o por el sucesor en general, de las posiciones y relaciones jurídicas del causante. Y, en cambio, las obligaciones hereditarias surgirán como consecuencia de la adquisición de la cualidad de sucesor. Estas obligaciones, a diferencia de lo que ocurre con los deberes hereditarios, tienen un contenido homogéneo en todo tipo de sucesión».

García: «Las obligaciones testamentarias determinarán la existencia de relaciones jurídicas obligatorias, por efecto, exclusivamente, de la voluntad del testador manifestada en el instrumento testamentario. A diferencia de las obligaciones hereditarias, las obligaciones testamentarias no procederán, ni tendrán origen en la ley...»¹⁴⁸.

Conviene señalar que, normalmente, estas posibles obligaciones testamentarias que tienen cabida en la sustitución fideicomisaria tendrán como prestación un *facere* (un determinado comportamiento en la gestión de los bienes, la prestación de unas concretas garantías, etc.)¹⁴⁹.

V.3 ESTUDIO DEL PODER JURÍDICO-REAL MÍNIMO DEL FIDUCIARIO SOBRE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

Para realizar un estudio sobre la naturaleza del poder atribuido al fiduciario en virtud de su posición jurídica, debemos partir de dos premisas: la primera vendría de su consideración como poder jurídico concedido al titular de un derecho real. La segunda, de su difícil concreción a causa de la escasa normativa destinada a su regulación.

Dejando de momento aplazado el estudio de la segunda premisa señalada, nos veríamos obligados a abordar el análisis de la primera, recurriendo, para ello, al tratamiento que de modo general se le ha venido dando por la doctrina al poder jurídico que se atribuye al titular de un derecho real. No obstante, las reflexiones que sobre este extremo pudieran realizarse pasarían por un estudio que de manera, más o menos amplia, recogiera las diversas teorías que históricamente se han elaborado en la doctrina para exponer la naturaleza y caracteres del derecho real. Algo que, dada la finalidad del trabajo, se presenta como una aspiración ciertamente ambiciosa y, hasta cierto punto, de dudosa utilidad. Por ello, admitiendo, como decía, la naturaleza limitada del derecho atribuido al fiduciario, su poder jurídico debe analizarse a la vista de aquellos posibles estudios¹⁵⁰ que contemplen una configuración semejante en derechos reales.

¹⁴⁸ ROMÁN GARCÍA, Antonio, *obra citada*, pp. 73 y 181.

¹⁴⁹ El establecimiento de estas obligaciones testamentarias supondría una manifestación más de esa incidencia de la autonomía negocial del testador en la figura. Lo que ocurre es que en esta ocasión, a diferencia de lo que sucedía cuando el testador introducía en la posición jurídica del fiduciario determinadas facultades, la intervención del causante tendría un marcado carácter restrictivo.

¹⁵⁰ FAIRÉN MARTÍNEZ, «Derechos reales y de crédito», *R. D. P.*, 1959, pp. 95 ss., en el tomo siguiente (1959), pp. 152 ss.

ROMÁN GARCÍA, Antonio, *La tipicidad en los derechos reales*, Montecorvo, Madrid, 1994, *passim*.

MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *obra citada*, p. 104. El autor refiriéndose al contenido obligacional presente en los derechos reales limitados, escribe: «... la presencia de dos o

Pero quizá el mayor problema para determinar la amplitud del poder jurídico correspondiente al fiduciario proceda de la parca regulación existente sobre la sustitución fideicomisaria en el Código Civil. Regulación que aborda, básicamente, cuestiones de forma en su establecimiento, de límites y de régimen obligatorio –a las que me refería con anterioridad–, pero que no alude, ni tan siquiera tangencialmente, a la propia naturaleza del derecho que se atribuye al fiduciario.

Por ello, a pesar de tratarse de una titularidad tipificada legalmente en cuanto a los perfiles del derecho que atribuye, debe procederse por un método inductivo a su concreción. Algo que nos llevaría de nuevo a esos caracteres esenciales de la figura ¹⁵¹.

En el caso de la sustitución fideicomisaria (art. 781), el derecho que se atribuye tiene indudablemente naturaleza real por reunir los rasgos propios de esta construcción dogmático-jurídica. Lo que ocurre es que, a la hora de su correcto encuadramiento, no se llega doctrinalmente a un acuerdo. Prueba de ello, son las posturas enfrentadas de Sánchez Román ¹⁵² y Flores Micheo ¹⁵³.

más personas portadoras de un interés sobre la misma cosa, facilita la observación. La relación jurídica se presenta como bilateral *ab origine* y, en consecuencia, la armonía de los intereses exige dogmáticamente el recurso al modelo de la relación bilateral por excelencia, que es la relación obligatoria... Otra cosa es que puedan darse distinciones y variantes en función del origen histórico concreto de cada situación –testamento, contrato, etcétera– y también por razón de una regulación paccionada entre sus titulares».

DOMÍNGUEZ PLATAS, Jesús, *Obligación y Derecho real de goce*, Tirant monografías, Valencia, 1994, p. 97. El autor, en un interesante estudio sobre los derechos reales limitados de goce, nos desvela el contenido obligacional presente en los mismos y el modo de manifestarse en su faceta dinámica. Para él, «un análisis conceptual de la categoría del derecho real limitado de goce, en confrontación con la propiedad nos revelará la existencia, necesariamente, de un contenido obligacional de aquél, no como un puro accesorio a su carácter real, sino como connatural al mismo». Soy consciente de que este entramado obligacional se descubre, según el autor, entre el derecho real limitado y aquel otro derecho de propiedad que recae sobre el bien, es decir, entre dos derechos que concurren simultáneamente desde el punto de vista temporal. No obstante, parte de este contenido obligacional se halla presente en la posición del fiduciario.

¹⁵¹ IRÚRZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, p. 186. Como señala Irúrzun: «Ésta es la génesis normal del tipo o *nomen iuris*: conciencia social, reconocimiento legislativo y, por último, disciplina jurídica del tipo, con la fijación positiva de los elementos esenciales o inesenciales del tipo».

¹⁵² SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, vol. 1.º Madrid, 1910, p. 690. Según el autor, «en la sustitución fideicomisaria el fiduciario es realmente heredero en cuanto disfruta de la herencia, sucede en los derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio del causante, si bien con la prohibición de enajenar que impide considerarle como un verdadero dueño».

¹⁵³ FLORES MICHEO, Rafael, «Los depósitos bancarios y la sustitución fideicomisaria», *AAMN*, 1948, pp. 678 y 679. Estima el ilustre Notario que, «en virtud de su vocación hereditaria el fiduciario deviene propietario de las cosas y titular de los derechos, tanto reales como de crédito, aunque gravado, pura o condicionalmente, de restitución. Esta circunstancia última, si le coloca en posición jurídica especial, no destruye, en manera alguna la

Según Traviesas: «La situación jurídica del fiduciario es explicada de distintas maneras. Para algunos, el beneficiario es propietario... Otros atribuyen al fiduciario una situación análoga a la del usufructuario... Mas es seguro que no puede darse una solución única. El sucesor, en la sustitución fideicomisaria (como en las demás sustituciones), puede ser heredero o legatario (arts. 781 y 789 CC). Y al heredero o al legatario pueden corresponderles derechos de propiedad o de crédito, o de otra clase, según los derechos que integren la herencia y sean objeto de la correspondiente disposición testamentaria. Lo que no puede admitirse es que sea un usufructuario... En todo caso, el fiduciario es titular *ad tempus* de su derecho...»¹⁵⁴.

En línea parecida se halla Bonet, para quien, «el doble llamamiento debe recaer sobre los mismos bienes y sobre el mismo objeto; así no hay sustitución fideicomisaria en el llamamiento de una persona al usufructo y de la otra a la nuda propiedad; pues aunque es cierto que ésta no adquirirá el usufructo hasta la muerte de aquélla, al fin, el derecho a que la una y la otra son llamadas es diverso»¹⁵⁵.

En mi opinión, vendría a ser un derecho real, que implica necesariamente la posesión, con amplias facultades para el disfrute de las cosas objeto del mismo, pero que no es encuadrable en el derecho de propiedad, y que no debe verse como un usufructo desnaturalizado o pseudo-usufructo, como lo denomina González Palomino¹⁵⁶.

Como veíamos, algunos autores han defendido la existencia de una propiedad *ad tempus* en el fiduciario, basándose en la denominada «elasticidad»¹⁵⁷ del derecho de propiedad¹⁵⁸.

efectiva propiedad o titularidad adquirida: simplemente quita a estas situaciones jurídicas la nota de perpetuidad o duración indefinida que les corresponde por naturaleza, pero no por esencia, y da lugar a una propiedad temporal o una titularidad *ad tempus* en las que no deja de haber propiedad y titularidad verdaderas».

¹⁵⁴ TRAVIESAS, Miguel, «Sustituciones hereditarias», *RDP*, 1927, pp. 418 y 419. El autor constata la temporalidad del derecho, pero no se decanta por una posición clara sobre su naturaleza jurídica.

¹⁵⁵ BONET RAMÓN, Francisco, «Compendio de Derecho Civil», *RDP*, Madrid, 1965, p. 351.

¹⁵⁶ GONZÁLEZ PALOMINO, José, «Diagnóstico y tratamiento de pseudo-usufructo testamentario», *AAMN*, tomo II, 1946, *passim*.

¹⁵⁷ VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco, «La facultad de disposición», *ADC*, 1950, pp. 1038 y 1039. Según el autor, «el poder se ejerce sobre su objeto por medio de una serie de facultades o poderes accesorios, que más bien son manifestaciones concretas del actuar... A estas facultades se les ha llamado posibilidades de actuación. No son en sí mismas derechos subjetivos, ni existen con independencia del poder principal, sino que con él nacen y con él mueren. No es posible separarlas, aunque sí impedir su ejercicio por su titular. El derecho subjetivo no ve mermada su integridad jamás, aunque dichas facultades no puedan ejercitarse, porque el derecho es único y simple, no compuesto de partes».

¹⁵⁸ VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco, *obra citada*, p. 1036. Escribe el autor: «la propiedad es un derecho unitario y simple, y atribuye a su titular una posición jurídica unita-

Es cierto que del derecho de propiedad se predica su elasticidad ¹⁵⁹, y que no cabe hablar de derechos integrantes del mismo, sino de simples facultades de ejercicio, cuya no concurrencia no implica la desintegración del concepto mismo de propiedad. De manera que cabe una propiedad donde algunas de sus potenciales facultades se encuentran en estado latente, por hallarse su titular temporalmente privado de ellas. Este planteamiento, incuestionable en la doctrina actual, no encuentra reflejo en el caso del derecho atribuido al fiduciario de la sustitución fideicomisaria por dos razones:

A) El fiduciario, desde que acepta la herencia, adquiere un derecho cuya configuración está por encima de su voluntad. La ausencia de determinadas facultades (de disposición), que se hallan presentes en el derecho de propiedad, se prolonga durante toda la existencia del derecho del fiduciario, sin que exista la posibilidad de recuperar una plenitud que nunca tuvo ¹⁶⁰.

ria y homogénea. Las facultades no son partes del derecho de propiedad, sino simples posibilidades de actuación».

¹⁵⁹ MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *obra citada*, p. 78. Para el autor, «... lo cierto es que la propiedad se ha de concebir como un «señorío abstracto y unitario sobre la cosa» y no como una suma de facultades, lo que permite diferenciar el dominio de los demás derechos reales, que se delimitan fijando positivamente las facultades que corresponden a su titular... El dominio así concebido será, además, un derecho elástico, en el doble sentido de que no dejará de ser tal aunque las facultades de goce o de disposición se vean accidentalmente constreñidas por la detracción o por la concurrencia de otros derechos de terceros, y de que posee virtualidad o potencia expansiva para recuperar las facultades que le han sido detraídas en cuanto cese la causa de la detracción o se extinga el derecho concurrente que producía la contracción del poder dominical».

En este sentido, LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, vol. I, *Poseción y Propiedad*, pp. 286 y 287. «El dominio, se dice, es elástico, no ya porque pueda ser despojado de algunas o muchas facultades sin dejar de ser dominio, sino porque potencialmente abarca y reclama todas las posibles influencias sobre la cosa (alude el autor al poder de destinación), reabsorbiéndolas en tanto no las tenga jurídicamente otro titular. Es decir: el dominio de una cosa, apto para subsistir aunque se limiten o arrebaten al dueño la facultad de gozar y disponer, tiene la cualidad de expansionarse para recuperar su plenitud apenas cesadas aquellas limitaciones o privaciones, carácter peculiar del dominio que llamamos elasticidad».

¹⁶⁰ MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *obra citada*, pp. 226 y 249. Escribe el autor: «Mientras que el usufructuario, como otros titulares de derechos reales limitados, ha de respetar el destino –lo que no constituye una verdadera obligación, sino un límite o elemento de conformación de su poder–; para el propietario carece de relevancia el acto jurídico de destino preestablecido, que puede alterar, o desconocer, y no tiene el deber de respetar... el interés del propietario ha de configurarse como un interés en la elección del tipo de goce o de los posibles destinos del bien, interés que no está protegido en ninguno de los tipos de derecho de goce. De este modo, corresponde al propietario la competencia (exclusiva) de determinar, de modo independiente y autónomo, la elección del tipo de goce y por ello esta elección puede ser hecha por el propietario de modo pleno, es decir, en cualquier dirección querida por él».

B) La configuración de la posición jurídica del fiduciario, y de manera refleja, de su derecho, se encuentra determinada por la concurrencia de unos deberes (esenciales a la figura), que hacen del mismo fiduciario, no un titular pasivo desprovisto de ciertas posibilidades de actuación, sino un titular que por su derecho se encuentra compelido a un comportamiento activo, la administración de los bienes fideicomitidos ¹⁶¹.

Implicaría ello la consagración de un derecho real *sui generis* ¹⁶². De este modo, considero que el hecho de hablar de usufructo o de propiedad para referirse al derecho real correspondiente al fiduciario es un error, no debiéndose aceptar en el caso de la sustitución fideicomisaria estas calificaciones. No obstante, la utilización de las mismas puede deberse bien a la propia asimilación realizada a efectos de régimen jurídico, bien, a la necesidad de otorgar al fiduciario, designado normalmente como heredero, el derecho real de mayor extensión (la propiedad) a falta de otro derecho tipificado cuya configuración aglutinase de manera más adecuada las propias especificidades de la titularidad del fiduciario.

Por lo dicho, me parece improcedente mantener una calificación de usufructo en el caso del derecho del fiduciario sólo porque tenga limitadas las facultades dispositivas o porque, con posterioridad a su titularidad, aparezca un sujeto dotado del derecho pleno de propiedad sobre estos mismos bienes. No es usufructuario, por la falta de un sujeto que simultáneamente aglutine el resto de facultades inherentes a la propiedad en concepto de nudo propietario. Pero, sobre todo, porque en sus actuaciones en el tráfico jurídico, es el fiduciario el que aparece como responsable y único titular de esos bienes que posee, no en concepto de propietario, sino en concepto de un derecho con su propia fisonomía.

Opino que la singularidad de la posición jurídica del fiduciario en la sustitución fideicomisaria responde, en gran medida, a las características del poder jurídico-real que se le atribuye testamentariamente. Por ello, no creo que dicha singularidad provenga de una concreta actuación de los llamados (fiduciario y fideicomisario) a la sustitución. Así, se ha dicho que la necesaria intervención del fideicomisario (caso de que viva ya en

¹⁶¹ En suma, cabe decir que es el fideicomisario, en el caso de que sea el último, quien se configura como propietario definitivo de los bienes, pues en su persona finaliza el mecanismo sucesorio configurado por el testador a través de la sustitución fideicomisaria. De este modo, llegando al llamado en último lugar los bienes fideicomitidos, corresponderá sólo a éste la determinación del posible destino de los mismos, facultad que se atribuye al propietario denominándola poder de destinación.

¹⁶² No encuentro razones más consistentes en defender la naturaleza, o condición, de derecho real típico en el usufructo o en la enfiteusis, que en la posición del fiduciario de la sustitución fideicomisaria, partiendo, además, de una normativa que omite puntos esenciales de su regulación.

ese momento) en algunos actos que tienen como soporte los bienes fideicomitidos (como en la partición hereditaria) es prueba de la naturaleza limitada del derecho atribuido al fiduciario. Yo considero que esta intervención del fideicomisario no es prueba de ese hecho, sino del propio interés legítimo que tiene sobre esos bienes que, llegado el momento, serán de su propiedad.

El asignarle un *nomen iuris* a este derecho del fiduciario en la sustitución fideicomisaria me parece de menor entidad que determinar cuáles son sus propias notas configuradoras, que serían las siguientes:

– Se trata de un derecho real, y por ello, oponible *erga omnes*, con acceso al Registro de la Propiedad, en el caso de recaer sobre bienes inmuebles (art. 82 del Reglamento Hipotecario).

– Se trata de un derecho limitado en el tiempo. Y considero que, lo que se limita es el propio derecho atribuido o la titularidad sobre los bienes, y no la condición de sucesor del fiduciario, puesto que tras la restitución de los bienes no perderá su condición de heredero. No desaparece su condición de heredero, porque, para que fuera así, tendría que tratarse de una institución sujeta a condición resolutoria, cosa que no ocurre en la sustitución fideicomisaria tratada ¹⁶³. La limitación temporal sería graduable por el testador a través del establecimiento de posibles términos. No obstante, en caso de no establecerse previsión alguna sobre la duración de la titularidad fiduciaria en la disposición testamentaria, el tiempo comprenderá la vida del fiduciario.

– Se configura como un derecho en el que las facultades dispositivas desaparecen, o se aminoran, sustituyéndose por una actividad de conservación y administración patrimonial. A pesar de lo dicho, debe añadirse que no es ésta una regla absoluta; dado que, a medida que, junto a la conservación del *quantum* patrimonial se concedan facultades dispositivas (de diverso género) sobre parte de los bienes fideicomitidos, irán cediendo los caracteres conservativos en favor de una movilidad real. Me refiero, evidentemente, al caso del fideicomiso *de eo quod supererit*. Pero como norma general, cuando el deber de conservación se extienda a todos los bienes, el papel del fiduciario se acercará muchísimo al que desempeña un depositario, en cuanto a su régimen obligatorio. Otra cosa sucederá en el momento de la extinción del derecho, donde la titularidad del derecho se presenta con perfiles propios a efectos liquidatorios (art. 783.2 CC, donde se deja amplio margen a la libertad testamentaria).

¹⁶³ SAPENA, Joaquín, «La transmisibilidad de los derechos condicionales y la voluntad del testador», *RGLJ*, 1954, pp. 7 ss.

– Finalmente, se trata de un derecho que recae sobre cada uno de los bienes que componen el patrimonio afecto o vinculado a la disposición fideicomisaria ¹⁶⁴.

Regulación jurídica

Tras habernos centrado, hasta el momento, en el estudio dirigido al esclarecimiento de la naturaleza jurídica y de los caracteres esenciales del derecho presente en la posición del fiduciario cuando nos encontramos con una disposición testamentaria que establece una sustitución fideicomisaria, ahora, tendríamos que determinar el tipo de regulación jurídica que se aplica en estos casos. Pero desgraciadamente, partiendo de este planteamiento, debemos constatar la falta de existencia de un régimen sustancial y concreto regulador de este derecho real, dado que la regulación jurídica contenida en el Código Civil es muy parca y no desciende a los pormenores.

Ante esto, considero que, sólo partiendo desde un prejuicio claro al respecto, cabe negar en este supuesto la aplicación analógica de otros preceptos que encuentran una perfecta acomodación en esta figura. Así, haciendo uso de lo establecido en el artículo 4.1.º del Código Civil, cabría recurrir a los artículos 471 ss. en materia de frutos; los artículos 1766 ss. o 491 ss. en materia de conservación de los bienes ¹⁶⁵; o incluso, los artículos 974 ss. en materia de enajenación de bienes sujetos a reserva.

Como vemos, el déficit de regulación que se presenta en la figura tratada nos lleva a acudir a otras zonas del Código Civil en busca de una regulación que evite las lagunas en un proceso sucesorio tan complejo como el que surge tras la apertura de un testamento que contiene una disposición fideicomisaria.

No obstante, estas remisiones al usufructo o a la reserva que producen la aplicación analógica de algunos preceptos no deben producir-

¹⁶⁴ Únicamente quisiera adelantar que esta nota de vinculación o afección, presente en los bienes fideicomitidos, dará lugar a la aplicación de un sistema subrogatorio cuando se operen determinadas transmisiones dentro de lo que son las facultades propias del fiduciario en la sustitución fideicomisaria.

¹⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO de ASÍS, *obra citada*, *Derecho de Sucesiones*, pp. 299 y 300. Según Lacruz, «el preheredero no puede comportarse con relación a los bienes con igual libertad que un propietario, puesto que tiene obligación de mantenerlos y conservarlos con la diligencia de un buen padre de familia y responde personalmente del cumplimiento de sus obligaciones. En este respecto sí le son aplicables ciertas normas del usufructo». Parece que para este autor serían aplicables los artículos 491 ss. en sede de usufructo y no los señalados en los artículos 1766 ss. también del Código Civil, por ser mayor la identidad de razón, en el primer caso, con la sustitución fideicomisaria.

se irreflexivamente ¹⁶⁶, o con cierta automaticidad, sino que muy al contrario, dependerá del modo de configurarse la misma sustitución fideicomisaria.

En principio bastaría con la aplicación de los artículos 491 ss. del Código Civil ¹⁶⁷; pero cabe que, dentro del marco de la sustitución fideicomisaria, el testador establezca un régimen más rígido inspirado en los artículos 1766 ss. De este modo, si hablamos de la sustitución fideicomisaria que se extiende a la totalidad de los bienes fideicomitados, creo que la actividad exigida al fiduciario, en relación a la conservación y administración de los mismos, es rígida, y tendría cabida cualquiera de los dos bloques normativos señalados. En cambio, si el deber de conservar no se extiende a todos los bienes, sino que sólo debe salvaguardarse parte de ellos, caso del fideicomiso *de eo quod supererit*, sería más adecuado recurrir a los artículos 491 ss., dado que contempla un régimen más flexible que conjuga, junto al deber de conservar, la facultad de disfrutar basada en un derecho. En cualquier caso resultaría esencial el discernimiento de la voluntad del causante en este extremo.

V.4 ALCANCE DE LA ACTUACIÓN DE LA AUTONOMÍA NEGOCIAL DEL TESTADOR EN LA FIGURA. POSIBLE INCIDENCIA DE LOS PACTOS ENTRE FIDUCIARIO Y FIDEICOMISARIO

Veámos más arriba cómo el testador a la hora de establecer la figura fideicomisaria podía influir decisivamente en la configuración propia de la posición jurídica del fiduciario. Pues bien, será en este tema donde se revele imprescindible el recurso a la analogía jurídica y a la elaboración de regímenes jurídicos singulares en materias tan importantes como frutos, deudas, conservación, etc. No obstante, siendo consciente del enorme casuismo que podría plantear el análisis de todas las posibles configuraciones del fideicomiso operadas por obra de la voluntad del

¹⁶⁶ ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 1996, CCJC*, 1996. p. 819. Según la autora, «no debe confundirnos, sin embargo, el recurso al artículo 480 del Código Civil, pues no se trata de retomar aquella concepción, superada, que identificaba la situación, y el derecho, del fiduciario con los del usufructuario. La identidad de razón entre el supuesto de hecho regulado y el que carece de regulación (art. 4.1 CC) hay que situarla en las semejanzas derivadas de la limitación temporal de estos dos distintos derechos y en lo equiparable del interés del fideicomisario y del nudo propietario en que su posición jurídica...».

¹⁶⁷ OSSORIO MORALES, Juan, *obra citada*, p. 284. «Conviene advertir que si bien, como se dijo, no puede identificarse la posición del fiduciario con la del usufructuario, ello no obsta para que deba reconocerse que existe cierta analogía entre ambas figuras, lo cual permite aplicar al fiduciario algunas normas establecidas para el usufructuario, en cuanto no pugnen con las disposiciones específicas que a la sustitución fideicomisaria se refieren o con la especial naturaleza de esta institución...».

causante y de las regulaciones jurídicas aplicables a cada una de ellas, creo más oportuno ceñir mi trabajo a las dos figuras citadas (sustitución fideicomisaria y fideicomiso *si aliquid supererit*). Disposiciones testamentarias que consistirían, bien en el simple establecimiento de la figura con su fisonomía jurídica normal, tal como se recoge en el artículo 781 del Código Civil, o bien en la total transformación de las pautas señaladas dispositivamente por el ordenamiento ¹⁶⁸.

Estas distintas manifestaciones de la voluntad del testador determinarán, en líneas generales, los bloques normativos aplicables en cada caso. Lo cual nos lleva, considerando lo anterior, a averiguar ese punto, o enclave normativo, a partir del cual abandonamos la regulación propia de una figura y nos introducimos en la reglamentación de la otra. Este dato posee una repercusión enorme, puesto que concretará, en buena medida, los efectos y trascendencia de lo manifestado en el testamento.

Pues bien, considero que el punto en el que la voluntad dispositiva pasa, de ser simplemente modalizadora de la sustitución fideicomisaria, a ser constitutiva de otra figura diversa, es aquél en el que, transgrediendo los caracteres propios de la primera, se sobrepasa el contenido propio del fideicomiso *de eo quod supererit*. Es decir, aquél en el que la voluntad del testador configura un haz de facultades a favor del fiduciario ¹⁶⁹ de tal amplitud, que elimina el deber de conservar y termina con la necesidad de que subsista un remanente patrimonial a disposición del fideicomisario.

No obstante, en la mayoría de los casos, cuando el testador configura la disposición fideicomisaria desconoce la regulación jurídica concreta que se aplica. Siendo, a veces, él mismo el que ofrece con sus expresiones parte de dicha regulación. Sin perjuicio de lo afirmado, resulta coherente con lo sostenido y con la regulación legal existente sobre la sustitución fideicomisaria afirmar las limitaciones que afectan a una posible actuación de la voluntad del testador en una figura como ésta. Cualquier actividad del testador tendente a introducir variaciones en la figura debe encontrarse dentro de las limitaciones y de la fisonomía de la sustitución fideicomisaria.

¹⁶⁸ A mi juicio, el análisis de estas figuras emparentadas por el mecanismo sucesorio escogido pero distintas en cuanto a naturaleza jurídica no exime del análisis o estudio de aquellas otras transformaciones de la sustitución fideicomisaria que sin alumbrar, bien un fideicomiso *si aliquid supererit*, bien una figura con caracteres propios, sí dan lugar a una serie de variantes que se agrupan bajo el concepto de fideicomiso *de eo quod supererit*. En este fideicomiso se conservan, en mayor o menor medida, las notas esenciales o configuradoras de la sustitución fideicomisaria; pero, al mismo tiempo, el testador introduce una serie de facultades y prohibiciones que matizan la posición jurídica del fiduciario y su relación con los bienes.

¹⁶⁹ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, «Usufructo sobre usufructo», *RD*, 1943, pp. 257 ss. Aunque sin aludir a la figura estudiada, señala el autor: «siempre que al usufructuario se conceda algún derecho de disponer, aunque sólo sea condicionalmente, no se constituirá usufructo únicamente, sino también otro derecho real distinto sobre cosa ajena, substanciado en el *ius disponendi*, en virtud del principio del *numerus apertus*».

Toda disposición testamentaria que manifieste una voluntad clara de sobrepasar los confines del fideicomiso *de eo quod supererit* debe verse como una señal de no establecer una sustitución fideicomisaria (arts. 781 y 785.1 CC).

La sustitución fideicomisaria es una figura tipificada que, por conllevar una cierta vinculación patrimonial, algo que parece oponerse a la inspiración de nuestro sistema sucesorio basado en unas amplias libertades testamentarias y en la libre circulación de bienes, provoca los recelos del legislador.

Como resultado de todo ello, debemos aceptar con muchas cautelas la posible intervención del testador a la hora de configurar una sustitución de este tipo, puesto que cualquier expresión o estipulación en su establecimiento puede conducirnos a una figura con diversa naturaleza jurídica.

Igualmente trascendente resulta para la doctrina el contenido del artículo 783.2 ¹⁷⁰, donde se ha querido ver la puerta de entrada para el poder configurador del testador. No obstante, la última expresión del artículo, adoptando un análisis contextual, puede entenderse en un doble sentido:

– Primero, que el testador haya restringido la capacidad de realizar deducciones a menos de lo que dice el artículo. En este sentido, cabría que el testador hubiera dispuesto que el fiduciario pudiera deducir los gastos legítimos, pero no los créditos y las mejoras (otra cosa sería determinar la eficacia de una disposición así, conforme al art. 1010 CC).

Esta primera interpretación del artículo 783.2 *in fine* situaría al fiduciario en una posición jurídica débil, ya que sus facultades se acercarían a las de un mandatario (art. 1728), con la diferencia de que el mandatario posee una titularidad obligacional, y el fiduciario una titularidad real.

– El segundo de los sentidos o interpretaciones de la citada expresión tendría, por el contrario, un contenido orientado a reforzar la posición del fiduciario. Es decir, que el primer llamado pudiera realizar más deducciones de las que aparecen en el segundo párrafo de este artículo 783, pero debiendo conservar siempre un mínimo de bienes para el llamado en segundo lugar. Es decir, que las facultades dispositivas que podrían otorgarse al fiduciario, merced a lo establecido en el artículo 783.2.º, siempre encontrarían su límite en lo dispuesto en el resto de los preceptos que se encargan de la regulación de la figura (fundamentalmente, arts. 781 y 785.1.º). Con lo cual, tendríamos que negar la posibilidad de incardinar el origen del denominado fideicomiso *si aliquod supererit* en el precepto aludido, dado que el mismo conlleva la desaparición del deber de conservar; y ello, pese a la opinión de algunos auto-

¹⁷⁰ Artículo 783.2: «El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa».

res (Jerónimo López ¹⁷¹ o Díaz Alabart ¹⁷²) que ven en este artículo 783.2 un argumento sólido para sostener la existencia de una sustitución fideicomisaria de residuo ¹⁷³, donde el fiduciario entrega lo que pueda quedar —de bienes fideicomitados— tras su muerte.

De cualquier forma, existe una expresión en el artículo 783.2 que hace reflexionar acerca de cuál fue la intención del legislador al redactar este artículo, y darle un sentido a esta figura. Es la palabra «deducciones». Cabanellas y Alcalá-Zamora señalan que deducción en una de sus acepciones significa: «Disminución de cantidad en una concesión liberal. En las particiones, resta o rebaja legales que se hace sobre legados o incluso legítimas, para respeto de los derechos de terceros y de otros legatarios o herederos. En las sucesiones, deducir, es rebajar la cuota que por precepto legal o disposición del testador pertenece a otra persona» ¹⁷⁴. Parece que, en el Derecho de sucesiones, se emplea el término deducciones para indicar las rebajas o detrimentos que se efectúan en los bienes hereditarios con el fin de salvaguardar los intereses de un sujeto, pero siempre partiendo de la existencia de otro sujeto que posee un derecho actual sobre este cúmulo de bienes. Por ello, llevar este término, «deducciones», hasta el extremo de libre disponibilidad para el fiduciario (si así fue la voluntad del testador), no me parece totalmente acorde con el sentido del artículo.

No obstante, el respeto a la voluntad del testador es clave en este asunto, y, si éste confirió amplias facultades dispositivas al fiduciario sobre los bienes constitutivos del fideicomiso, lo que dispuso fue un fideicomiso *si aliquid supererit*, ya que no tomó (el testador) «la precaución» de reservar un *quantum* patrimonial para el llamado en segundo lugar. Esta afirmación se mantendría, incluso, cuando el testador hubiera empleado la denominación de sustitución fideicomisaria para establecer

¹⁷¹ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, *obra citada, La regulación del fideicomiso de residuo...*, pp. 773 ss.

¹⁷² DÍAZ ALABART, Silvia, *obra citada*, p. 36. Según la autora: «Ahora bien, aceptado que el artículo 783.2.º, se refiere al fideicomiso de residuo, tal cosa no sirve sino a efectos de apoyar que es una sustitución fideicomisaria, no, a los efectos de fundamentar su admisión en nuestro Derecho, ni tampoco, como es obvio, al de darle ninguna regulación específica, porque el solo hecho de que la ley se refiera a una figura singular o la contemple, no tiene virtud de crear norma ninguna particular para ella».

¹⁷³ Por mi parte, considero que esta segunda interpretación del artículo 783.2 *in fine* resulta acertada, siempre y cuando las variaciones introducidas por la autonomía negocial del testador discurren por los cauces del denominado fideicomiso de residuo *de eo quod supererit* que, como señalé anteriormente, no deja de ser una sustitución fideicomisaria.

En apoyo de este posible sentido del artículo 783.2 puede utilizarse un argumento gramatical. Según el artículo 781: «Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud...». Pues bien, la ausencia de una coma tras la tercera palabra del texto del precepto citado abre la posibilidad de entender, desde el punto de vista legal, la existencia de otros tipos de sustitución fideicomisaria que vengan configurados singularmente en cada testamento.

¹⁷⁴ CABANELLAS, Guillermo y ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Luis, *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*, Editorial Heliasta, SRL, Buenos Aires, 1979.

una disposición así, ya que como establece el artículo 785.1.^o ¹⁷⁵ no bastaría con designar la figura con el *nomen iuris*, sino que debe revestir la configuración prevista en sus líneas básicas.

Evidentemente, cabría el resultado descrito de la disposición, bien *inter vivos*, bien *mortis causa*, de todos los bienes fideicomitidos, si la intención del testador fue configurar un fideicomiso de residuo del tipo mencionado. Pero en este caso no sería correcta la remisión al artículo 783.2, pues dicho resultado vendría ocasionado por la habilitación previa del causante en el documento.

Dejando a salvo la voluntad del fideicomitente, la clave esencial es la posición adoptada por cada uno de los elementos personales insertos en la sustitución, dado que se trata de una cuestión que repercute en terceros ¹⁷⁶.

Como síntesis de lo dicho hasta aquí, podría indicarse cómo la configuración de la sustitución fideicomisaria operada por el causante en la disposición testamentaria, en la medida en que vincula unos determinados bienes a un orden sucesorio, afecta, no sólo a los sujetos instituidos para alguna de las posiciones jurídicas presentes en la figura (fiduciario o fideicomisario), sino también a aquellas otras personas que, siendo ajenas a la procedencia de los bienes fideicomitidos, entran en contacto con los mismos por vía contractual.

Incidencia en la dinámica de las figuras fideicomisarias de posibles pactos entre fiduciario y fideicomisario

Hasta este momento, en mi investigación, sólo me he ocupado de la posible incidencia de la autonomía negocial del testador en la figura. Algo que, por otro lado, resulta lógico si partimos del dato de que la figura tratada se inserta en un negocio jurídico unilateral, testamento, donde no tienen participación voluntades distintas a la de su autor, el causante. No obstante, como también se ha tratado, las figuras fideicomisarias crean un proceso de sucesión que no se agota con la simple aceptación del instituido, sino que, prolongándose en el tiempo, provoca la concu-

¹⁷⁵ Artículo 785.1: «No surtirán efecto: Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero». Del tenor del artículo parece que, aunque el testador sea benévolo a la hora de conceder facultades al fiduciario, siempre lo que da sentido a la figura es la existencia de un resto de bienes conservados para su posterior entrega al fideicomisario.

¹⁷⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil...*, pp. 148, 212 ss. En este sentido, escribe el autor: «la regulación de la sustitución fideicomisaria es escasa, ya que se omite por completo el estatuto legal de uno y otro durante la pendencia del fideicomiso, es decir, a qué facultades da lugar el que la herencia sea, en ese tiempo, del fiduciario, y de cuáles facultades se halla privado por tener que entregarla en su día al fideicomisario».

rrencia de más de un instituido (la de los sucesivos fideicomisarios) con intereses interrelacionados. De este modo, no cabe deslindar los intereses presentes en la posición del fideicomisario que pueden concretarse en la defensa de su derecho eventual, de aquellos intereses concurrentes en la posición del fiduciario, titular actual de los bienes fideicomitidos.

Por todo ello, no debe resultarnos extraña la posibilidad según la cual, tras la apertura de la sucesión testada, fiduciario y fideicomisario llegan en virtud de su propia autonomía negocial (art. 1255 CC) a determinados pactos sobre la administración o custodia de los bienes. Estos posibles pactos pueden ir, en su contenido, más allá de las previsiones que el testador hubiera adoptado en la disposición testamentaria que establece la figura fideicomisaria, merced a lo establecido en el artículo 6.2.º del Código Civil ¹⁷⁷. Por ello, además de resultar estos pactos muy útiles para completar aquellas facetas dejadas sin regulación, y donde el ordenamiento o régimen jurídico de la sustitución fideicomisaria no establece nada (algo bastante frecuente, por otra parte), pueden alterar el orden de llamamientos o el modo de actuar sobre los bienes mediante la renuncia de derechos atribuidos por el Ordenamiento, siempre que no se perjudiquen intereses de terceros merecedores de protección jurídica.

La incidencia de la autonomía negocial de los interesados se cifraría así en la propia dinámica de la figura previamente fijada. No obstante, esta faceta de la autonomía negocial dentro de la figura se encuentra con algunas dificultades ¹⁷⁸.

Por otro lado, tendríamos que estudiar la posible representación de los fideicomisarios, caso de tratarse de un *concepturus*, o de un *nasciturus*. Por mi parte, y siguiendo con una postura ya manifestada, considero que cabría una representación legal del *nasciturus* para la defensa de sus intereses en una posible negociación con el titular actual de los bienes.

En cambio, en el supuesto de tratarse de un *concepturus*, opino que no cabría representación por no existir nada que negociar. Sólo cuando existe la posibilidad de determinar el sustituto, puede surgir el interés en negociar su futura posición jurídica.

En relación al ámbito concreto de actuación de la autonomía negocial de los sucesivos herederos, opino, aparte de lo ya manifestado, que habría que acudir al contenido concreto de la disposición fideicomisaria en cada testamento para ver lo que allí se establece.

¹⁷⁷ Debemos recordar que no tiene aplicación el artículo 1271.2, ya que, a pesar de que el fideicomisario aún no tiene un derecho actual sobre los bienes, no nos encontramos ante una herencia futura, sino ante una herencia presente en la que existen sucesores que, como el fiduciario por la aceptación, pasan a ser titulares de determinados bienes.

¹⁷⁸ Así, cabría plantearse la posible relevancia jurídica de estos pactos, en caso de existir más de un llamamiento sucesivo (más de un fideicomisario).

VI. CARACTERIZACIÓN DEL FIDEICOMISO DE RESIDUO COMO FIGURA JURÍDICA DIVERSA

VI.1 AMPLIO MARGEN DE ACTUACIÓN DE LA AUTONOMÍA NEGOCIAL EN EL MOMENTO DE SU ESTABLECIMIENTO (DETERMINACIÓN DE LAS FACULTADES CORRESPONDIENTES AL FIDUCIARIO)

En el caso del fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, donde no existe una normativa que señale, al menos, las líneas esenciales de la figura, la voluntad del testador actúa con gran libertad¹⁷⁹; encontrando, únicamente, como frontera a su extensión, aquellas limitaciones generales presentes en el campo de sucesiones (reservas, legítima). Por el contrario, no existen, como en la sustitución fideicomisaria, unas limitaciones específicas que salvaguarden determinados intereses generales¹⁸⁰.

La voluntad del testador tampoco tiene que ir buscando ese equilibrio entre disfrute y conservación que apuntaba anteriormente en la sustitución fideicomisaria. Como señala Álvarez Caperochipi, «las cláusulas de residuo son tan variadas que incluso se puede dudar en la naturaleza unitaria de la institución... Todo ello conduce a que progresivamente vaya ampliándose la funcionalidad de las cláusulas de residuo»¹⁸¹.

El testador modela la titularidad del primer llamado o fiduciario a su libre criterio, determinando no sólo las posibles facultades dispositivas que pudieran corresponderle, sino también, por ejemplo, si debe, o no, entrar en juego el mecanismo de la subrogación real; o si tiene, o no, que prestar algún tipo de garantía el fiduciario acerca de su comportamiento, para evitar posibles actos fraudulentos.

En suma, cabe decir que, una vez superados los caracteres configuradores del fideicomiso *de eo quod supererit*, abandonamos una regulación exigua aunque orientadora de los márgenes a través de los cuales debe transcurrir la actuación configuradora del testador, para adentrarnos en otra figura en la cual será el propio testador la instancia que proporcione una regulación jurídica.

¹⁷⁹ DÍAZ ALABART, Silvia, *obra citada*, pp. 211 y 212. La autora refiriéndose a la labor desarrollada por el testador en la configuración del fideicomiso de residuo, escribe: «Tal disponibilidad puede ser muy varia. Como si se concede para poderlos únicamente consumir, o también enajenar, y esto sólo a título oneroso, si es que se necesita, o bien a la libre voluntad del fiduciario, y, en aquel caso, o con o sin necesidad de justificarlo, o hasta se permite que los enajene incluso a título gratuito sin más, o autorizando que eso se haga únicamente a favor de ciertas personas, etc. Y... también cabe que faculte, no ya para la disposición *inter vivos*, sino incluso para la *mortis causa*, de modo que el fiduciario pueda, si quiere, dejar en testamento los bienes fideicomitados...». La autora en las páginas 213 y ss. aborda la distinción entre el fideicomiso *de eo quod supererit* y fideicomiso *si aliquid supererit*.

¹⁸⁰ Recordemos, en este punto, el espíritu presente en la normativa desamortizadora que tan insistentemente defendió la libre circulación de la propiedad.

¹⁸¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A., *obra citada*, p. 174.

VI.2 APLICACIÓN ANALÓGICA DE ALGUNOS PRECEPTOS REGULADORES DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA A LA FIGURA ESTUDIADA

Oponiéndome a gran número de autores ¹⁸², a mi juicio, la aplicación al fideicomiso *si aliquid supererit* de ciertos preceptos (los no configuradores de la sustitución fideicomisaria) dedicados a la regulación de la sustitución fideicomisaria obedece no a la confusión entre ambas figuras, sino a la existencia común en ambas de un *ordo successivus* ¹⁸³. Ya que independientemente de la configuración de ambas figuras, en ellas existen dos instituciones de heredero, una para después de otra. De ahí, la necesidad de recurrir a unos preceptos (arts. 781 ss.) que contemplen esta posibilidad singular dentro de nuestro sistema sucesorio.

En cuanto a los preceptos aplicables, son muy pocos, ya que, como indiqué, la mayoría de ellos se ocupan de establecer determinados límites en cuanto al contenido o forma de la sustitución fideicomisaria. Así, sólo resultarían aplicables los siguientes: el artículo 782 (aunque con alguna salvedad); el artículo 784, el artículo 785.2.º y 4.º, el artículo 786 y el artículo 789.

VI.3 POSICIÓN JURÍDICO-REAL DEL FIDUCIARIO EN EL FIDEICOMISO *SI ALIQUID SUPERERIT*. REGULACIÓN JURÍDICA

Partiendo de las reflexiones realizadas, sería imprescindible analizar la naturaleza jurídica del derecho correspondiente al fiduciario en el fideicomiso de residuo, que en su manifestación *si aliquid supererit* se confirma como una figura diversa ¹⁸⁴.

¹⁸² VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *Acerca de la naturaleza y efectos del fideicomiso de residuo en el Derecho Civil común español*, RGLJ, 1985, p. 394. «A nuestro entender, si se acepta que el fideicomiso de residuo es en el Derecho civil común español una sustitución fideicomisaria –y hay muchas razones, para entenderlo así–, ello conlleva automáticamente la aplicabilidad del régimen de los artículos 781 y siguientes del Código Civil, con las únicas salvedades derivadas de la flexibilización de la obligación de conservar en base al principio de la autonomía privada (del testador) y dentro del ámbito que tal autonomía tenga reconocido».

¹⁸³ DÍAZ ALABART, Silvia, *obra citada*, p. 41. Escribe la autora: «De cualquier modo, creo que... su regulación (la del fideicomiso de residuo) no parece que vaya a variar, puesto que careciendo de una específica, aunque no fuese sustitución, las normas dictadas para ésta en general, le serían aplicables por analogía, como figura más similar que sería al fideicomiso de residuo, y aunque sí sea sustitución, como discrepa de la normal en no tener el fiduciario deber de conservar, no le serían aplicables las normas de la fideicomisaria ordinaria dictadas en función del deber de conservar».

¹⁸⁴ PUIG FERRIOL, Luís, *Comentario a la sentencia de 25 de Abril de 1983*, pp. 551 y 552. Escribe el autor: «... la jurisprudencia ha venido en distinguir entre el fideicomiso de *si aliquid supererit* (o fideicomiso de si queda algo) y el fideicomiso de *de eo quod supererit* (de lo que quede). La diferencia entre una y otra modalidad del fideicomiso de residuo

En éste considero que el derecho del fiduciario sí puede llegar a configurarse como un auténtico derecho de propiedad. Y no sólo, como se defiende por alguna doctrina, por la posibilidad que le conceden las facultades dispositivas para consumir o disponer de la totalidad de los bienes fideicomitidos, sino también por la perpetuidad que puede incorporar al derecho el dato, previsto a menudo testamentariamente, de poder disponer *mortis causa* el fiduciario a favor de sus propios descendientes¹⁸⁵. En estos casos, sí que se da un auténtico derecho de propiedad en el fiduciario, integrado por sus principales facultades patrimoniales.

Antes de descender a los efectos que se siguen de la calificación jurídica adelantada, paso brevemente a señalar las notas esenciales del derecho presente en la posición jurídica del fiduciario en el fideicomiso *si aliquid supererit*, tal y como procedí antes con la sustitución fideicomisaria:

– Se trata de un derecho en cuya configuración resulta pieza esencial la libertad testamentaria plasmada en una serie de disposiciones¹⁸⁶.

– Se configura como un derecho real absoluto, con acceso, igualmente, al Registro de la Propiedad. No obstante, el acceso al mismo puede venir determinado por diversas vías: tanto como derecho real de propiedad sobre bienes fideicomitidos, como también, en forma derecho real de garantía a favor del fideicomisario que gravara la titularidad del fiduciario¹⁸⁷.

viene establecida por la sentencia de 25 de mayo de 1971 en los siguientes términos: «en cuanto a la naturaleza de las cláusulas testamentarias de residuo depende sobre todo de la intención del testador, pudiendo adoptar dos modalidades. Primera: En el supuesto de que el testador (fideicomitente), faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que reste o quede (*si aliquid supererit*), si queda algo; y segunda: en la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquél (*de eo quod supererit*), de aquello que debe quedar». Cfr. también la sentencia de 7 de enero de 1959».

También en este sentido, FLORES MICHEO, Rafael, *obra citada*, p. 8.

¹⁸⁵ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *obra citada*, pp. 400 y 402. Según el parecer del autor, «... creemos que el testador puede autorizar al fiduciario a disponer *mortis causa* de los bienes fideicomitidos, pero creemos también que ello implica un contrasentido –una desnaturalización de la figura del fideicomiso de residuo–, por cuanto el testador deja la puerta abierta para que no surta efecto la vinculación que inicialmente estableció. Ello caería ciertamente dentro de las atribuciones del testador (dentro, naturalmente, de los límites previstos por la Ley), pero hace tránsito hacia una figura distinta».

¹⁸⁶ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «La sustitución fideicomisaria de cuantía mínima incierta», *ADC*, 1959, p. 1072. Como señala Jerónimo López, «cuando la regulación se establece en virtud de un negocio jurídico, la consideración jurídica que se otorga al supuesto de la realidad es concreta y transitoria, pues, cualquier supuesto real idéntico puede recibir en virtud de un nuevo negocio valoración jurídica diferente, lo que explica que no puedan construirse conceptos con valor técnico derivados de regulaciones dictadas como consecuencia del poder de autonomía de la persona».

¹⁸⁷ PUIG FERRIOL, Luis, *El heredero fiduciario*, Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil «Durán y Bas», Barcelona, 1965, pp. 191 a 197.

– Con una limitación temporal que se presenta mucho más contingente, desde el momento en que cabe se conceda al fiduciario la posibilidad de transmitir *mortis causa* los bienes fideicomitados a sus propios sucesores, los cuales pueden, o no, coincidir con la persona del fideicomisario.

– En último lugar, siendo realmente el dato definitorio, debe señalarse que se trata de un derecho desprovisto de la obligación de conservar y administrar una masa patrimonial para un sujeto posterior, lo que entraña un comportamiento del titular independiente, o desconectado, de posibles restricciones dispositivas ¹⁸⁸. Lo que nunca, a mi juicio, podrá faltar, es la obligación de entregar «lo que quede» a una persona designada para después de su titularidad, ya que la ausencia de este dato significaría que nos hallamos fuera de la figura del fideicomiso.

A pesar de ser, como vemos, la finalidad en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso *si aliquid supererit*, diversa ¹⁸⁹, parte importante de la doctrina española sigue manteniendo el encuadre del fideicomiso de residuo dentro de la sustitución fideicomisaria ¹⁹⁰.

¹⁸⁸ FONT BOIX, Vicente L., *obra citada*, p. 91. «No existe obligación de conservar, puesto que el fiduciario está facultado para enajenar. Con la facultad que recibe para vender, y a veces para disponer *mortis causa*, se desvanece por completo la obligación de conservar, y si actúa la disposición sobre toda la herencia no quedará residuo alguno, y, por tanto, se esfumará por completo la obligación de transmitir, porque no quedará nada que entregar o restituir» (Sts. 21 de noviembre de 1955, 21 de noviembre de 1956, 24 de noviembre de 1960, 29 de enero de 1962 y 5 de julio de 1966).

¹⁸⁹ OSSORIO MORALES, Juan, *obra citada*, pp. 302 y 303. Según el autor, «a primera vista se advierte un rasgo común entre esta figura (el fideicomiso de residuo que llamamos *si aliquid supererit*) y la sustitución fideicomisaria: la existencia de un doble llamamiento o vocación al disfrute sucesivo de los bienes hereditarios, a los cuales el testador imprime una trayectoria predeterminada. Pero inmediatamente se destaca una nota diferencial, ya que mientras en la sustitución fideicomisaria el primer llamado viene obligado a conservar los bienes y a entregarlos al sustituto en el momento fijado por el fideicomitente, en cambio, en el llamado fideicomiso de residuo, el fiduciario puede disponer de los bienes por actos *inter vivos* (y aun por *mortis causa* si para esto hubiese sido expresamente autorizado por el testador), quedando únicamente obligado a restituir los bienes de que no hubiese dispuesto al ocurrir su fallecimiento».

¹⁹⁰ IRÚRZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, pp. 189 y 190. Según el autor, «la doctrina contemporánea ve en el fideicomiso de residuo una variante o modalidad de la sustitución fideicomisaria, caracterizada por la circunstancia de que lo fideicomitado es de cuantía mínima incierta. González Palomino, Díez Pastor, Roca Sastre, Lacruz, Vallet, Puig Brutau, etc., se muestran decididos partidarios de tal tesis... La jurisprudencia, por el contrario, muestra, por un lado, ciertas vacilaciones en cuanto a su encuadramiento sistemático...».

En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, «La regulación del fideicomiso de residuo en el Código Civil español», *ADC*, 1955, p. 786. Para este autor, «el Código Civil español dis-

Por mi parte, considero que en el fideicomiso de residuo, el disponente pretende favorecer no sólo al segundo instituido o fideicomisario, sino también (y, a veces, primordialmente) ¹⁹¹ al primero o fiduciario. Repitiendo palabras de Clemente de Diego, «diríamos que en él, se invierten las tornas y con ser el fideicomisario objeto de atención, consideración y afecto por parte del testador la preferencia y predilección caen del lado del fiduciario a quien en primer término se le autoriza para disponer de todo, y gozar de todo incluso consumiendo» ¹⁹². Por ello, estimo arriesgada la postura de los autores que sostienen la unidad entre la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso *si aliquid supererit*.

Esta separación entre ambas figuras que pretendo demostrar se ve favorecida si contemplamos el fenómeno desde la óptica de los posibles derechos eventuales presentes.

Así, en el derecho eventual presente en el fideicomiso de residuo –*si aliquid supererit*– debemos distinguir entre la existencia del propio derecho eventual y el objeto del mismo. El derecho eventual, en cuanto expectativa que es, no difiere substancialmente de aquél otro derecho eventual presente en la sustitución fideicomisaria, pudiéndose mantener su existencia. En cambio, la determinación del objeto del derecho se presenta ciertamente ambigua, puesto que se trata de una expectativa al residuo. No obstante, el que se trate de un contenido ambiguo es prueba, al menos, de su existencia. Precisamente esta diferencia de objeto en el derecho eventual y en el derecho futuro, es lo que permite deslindar la figura del derecho eventual –presente en todas las disposiciones fideicomisarias puras o a término–, del derecho condicional ¹⁹³.

Esta serie de consideraciones nos conduce a pronunciarnos acerca de la naturaleza del fideicomiso de residuo. Resulta evidente, a mi juicio, pese a la postura del TS y de algún autor ¹⁹⁴ sobre este extremo, que

tingue dos formas básicas de sustituciones fideicomisarias: una, la típica que supone obligación de restituir el todo o parte de la herencia; otra, que obliga solamente a restituir el residuo del todo o parte fideicomitida de la misma. Este residuo es eventual... El precepto básico en este aspecto es el artículo 783, párrafo segundo, del Código Civil.

¹⁹¹ FLORES MICHEO, Rafael, *obra citada*, p. 14.

¹⁹² DIEGO Y GUTIÉRREZ DE, Felipe Clemente, *obra citada*, p. 30.

¹⁹³ IGLESIAS CUBRÍA, *obra citada*, pp. 119 y 122. Escribe el autor: «La diferencia, pues, entre el derecho eventual y el derecho condicional radica en que, mientras en el primero la incertidumbre puede recaer sobre cualquier elemento esencial y constitutivo, sin el que su misma existencia sería inconcebible, en el derecho condicional la incertidumbre recae únicamente sobre la titularidad definitiva del derecho».

¹⁹⁴ FLORES MICHEO, Rafael, *obra citada*, pp. 23 y 24. Escribe el autor: «Los llamados en segundo lugar quedan pues colgados de un suceso futuro e incierto, dependiente de la exclusiva voluntad del primer instituido, que éste muera sin haber dispuesto de los bienes. Son, pues, herederos bajo condición y, como dice el Código, si fallecen antes de que la condición se cumpla, nada adquieren ni transmiten derecho alguno a sus herederos».

en el caso de esta figura fideicomisaria cabe mantener, como dijimos, la existencia de un posible derecho eventual a favor del fideicomisario. Lo cual nos lleva a desechar, con ello, la calificación de condicional para el fideicomiso de residuo, al menos, como algo derivado de su configuración ¹⁹⁵, dado que conforme al artículo 759 ¹⁹⁶ no cabe hablar de expectativas transmisibles en la institución de heredero o legatario sujeta a condición.

Regulación jurídica

Una vez delimitado de manera panorámica el derecho del fiduciario en este fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, conviene descender a la normativa aplicable a las distintas materias. Es aquí donde

¹⁹⁵ DÍAZ ALABART, Silvia, *obra citada*, pp. 49, 162, 163, 172, 173 y 174. Escribe la autora: «... llegaré a la conclusión de que, de por sí, es una sustitución pura, y no condicional. Lo que no excluye que si, como es posible, se le somete a condición, sea una sustitución condicional. Pero no es condicional por el hecho de que, dejado al fideicomisario lo que quede, es decir, el residuo, el que pueda quedar algo o pueda no quedar nada, constituya de por sí una condición, de modo que sería condicional el fideicomiso porque el hecho de que quede constituya un evento, un acontecimiento incierto, del que depende el llamamiento del fideicomisario... Lo primero es señalar que, por lo que toca a la jurisprudencia, si bien no cabe negar que, en su conjunto, es literalmente condicionalista, valga la palabra, sin embargo, no lo es de verdad, como parece, por las siguientes razones: 1.ª Hay fallos no condicionalistas... 2.ª Hay fallos que se limitan a presentar el estado de la cuestión o a referirse a lo que dicen otros... 3.ª Hay fallos que adoptan una postura condicionalista, pero con el puro carácter de *obiter dictum*...».

FONT BOIX, Vicente, *obra citada*, pp. 96 y 97. Refiriéndose a la naturaleza no condicional del fideicomiso de residuo, escribe el autor: «Por incidir directamente sobre la estructura del efecto, tiene carácter necesario. Ello le diferencia netamente de la condición, y le coloca en la categoría de los que la doctrina moderna califica de coelementos necesarios; en este caso, un coelemento necesario respecto al factor objetivo de la relación jurídica. Cuando el hecho determinativo es futuro e incierto, surge una situación de pendencia que en muchos casos parece condicional. Pero la diferencia radica en que el evento de que hablamos no constituye, como la condición, un elemento accidental que pueda inoportunamente suprimirse... Pues bien, esto es lo que ocurre con la disposición de los bienes en el fideicomiso de residuo. En ellos se fijan unos sujetos que van a ser los sujetos de la consecuencia jurídica. Y se fijan unos objetos que, eventualmente, lo van a ser de la relación, y que lo serán *in actu*, surgiendo la consecuencia jurídica respecto de aquellos de que el fiduciario no haya dispuesto antes de su muerte...».

En este sentido, RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix, *obra citada*, pp. 308 a 311. El autor, aludiendo al fideicomiso de residuo, mantiene: «No basta, entonces, con que el hecho del que va a depender la adquisición del segundo llamado sea uno futuro e incierto para que la institución pueda calificarse de condicional; sólo cuando ese evento sea tenido expresamente en cuenta, y a él se subordine la efectividad del llamamiento, podrá, con propiedad, postularse aquel carácter condicionado». *Vid.* JORDANO BAREA, Juan B., «Dictamen sobre fideicomiso de residuo y pago de lo indebido», *ADC*, 1960, pp. 1222 a 1229.

¹⁹⁶ Artículo 759: «El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos».

la labor del jurista se presenta más ardua, puesto que la regulación no es escasa, sino inexistente, y la observancia de unas pautas básicas es esencial si quiere conseguirse una coherencia en la reglamentación de la figura.

No obstante, habiendo, previamente, señalado la pauta, sólo nos faltaría la utilización de la analogía para dar respuesta a los problemas que nos vamos encontrando. Si en el caso de la sustitución fideicomisaria veíamos cómo el régimen de frutos era el previsto para el usufructuario (arts. 471 ss.), dada la similitud de la posición del fiduciario, frente a los bienes, con la adoptada por el usufructuario, en el caso del fideicomiso de residuo tratado, el régimen a aplicar es el previsto en los artículos 451 ss. en sede de posesión, y ello, por tratarse de un disfrute posesorio en concepto de dueño¹⁹⁷. Precisamente será la propia naturaleza del derecho real correspondiente al fiduciario la que determinará, en gran medida, la normativa aplicable a distintas materias puestas de manifiesto con el desenvolvimiento de la figura. Digo esto pensando, por ejemplo, en materia de responsabilidad patrimonial, o de disposición de bienes fideicomitidos.

Básicamente, las ideas aquí sostenidas en torno a la aplicación analógica de determinados artículos son las mantenidas por un elevado número de autores. Así, la de Irúzun¹⁹⁸, o la de Bonet Ramón¹⁹⁹, entre otros.

Pero no deben considerarse estos dos puntos esenciales estudiados hasta aquí (naturaleza del derecho real del fiduciario y facultades dispositivas del mismo) como independientes, sino que, muy al contrario, se condicionan de tal manera que no cabría hablar de posibles diferencias en cuanto a régimen jurídico aplicable, sin contar con ambos. Prueba de lo anterior sería el caso del fideicomiso *de eo quod supererit*. En este tipo de sustitución fideicomisaria la concreción del régimen jurídico a aplicar

¹⁹⁷ PUIG FERRIOL, Luis, *obra citada*, p. 89. El autor refiriéndose a la compilación catalana anterior al Código de Sucesiones, escribe: «Respecto a la adquisición de los frutos y rentas, al no disponer nada en particular la Compilación, regirán los preceptos generales que establece el Código Civil referentes a la adquisición de los frutos. Por tanto, los frutos naturales e industriales, o frutos, como simplemente los llama la Compilación, los adquirirá el fiduciario por su separación (ap. 2.º del art. 451 del Código Civil) y los frutos civiles o rentas los percibirá por días, de acuerdo con el ap. 3.º del artículo 451 y artículo 474».

¹⁹⁸ IRÚZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, p. 202. Según el autor: «juegan de nuevo aquí, con valor relevante, los términos empleados por el testador, acaso irreflexivamente. Y aunque a nuestro parecer los frutos quedan fuera del tránsito fideicomisario, si se tiene en cuenta la naturaleza dominical del derecho del fiduciario y el carácter restrictivo de toda interpretación que verse sobre materia de fideicomisos, es la voluntad del testador la que decide, y por ello ha de investigarse».

¹⁹⁹ BONET RAMÓN FRANCISCO, *obra citada*, p. 359.

en la singular disposición testamentaria ²⁰⁰ pasaría por la determinación del posible alcance de las facultades dispositivas conferidas por el causante al fiduciario. Sólo tras esta previa indagación podremos conocer con certeza el contenido propio de la disposición fideicomisaria, para después aplicar la regulación jurídica más adecuada.

No obstante, en la búsqueda de la regulación jurídica más conveniente, tanto para el fideicomiso *si aliquid supererit* como para el fideicomiso *de eo quod supererit*, deberán tomarse en cuenta no sólo los deseos del causante plasmados en la disposición testamentaria, sino también aquellas limitaciones o restricciones presentes en nuestro ordenamiento sucesorio que persiguen salvaguardar intereses de terceras personas en toda transmisión *mortis causa*.

VII. DISTINCIÓN ENTRE LAS FIGURAS FIDEICOMISARIAS Y EL LLAMADO NEGOCIO FIDUCIARIO

VII.1 PRESENCIA DE LA FIDUCIA EN DETERMINADAS FIGURAS DIFERENCIABLES DE LAS DENOMINADAS DISPOSICIONES FIDEICOMISARIAS

Sin perjuicio de que posteriormente aborde la distinción entre los efectos jurídicos derivados del negocio *mortis causa* en el que se establece alguna de las figuras fideicomisarias y los resultantes del denominado negocio fiduciario, tal y como viene siendo entendido este último por la doctrina que se ha ocupado de su estudio ²⁰¹, creo conveniente apuntar algunas diferencias apreciables entre las construcciones objeto de nuestra atención y aquellas otras figuras *mortis causa* que, como el fideicomiso puro ²⁰² y la institución de heredero

²⁰⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix, *obra citada*, p. 310. Según el autor, «a poco que se ahonde en su contenido, se descubrirá en él un ente artificial o de laboratorio, que en la realidad viene a corresponderse con dos sustituciones hereditarias distintas, a las que se pretende unir un tanto forzadamente, y presentar como si de una sola se tratase».

²⁰¹ CASTRO Y BRAVO, Federico de, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991.

JORDANO BAREA, Juan B., «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», *ADC*, 1983, vol. III (homenaje a De Castro), pp. 1435 ss.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente*, Actualidad Civil, 1993, tomo IV, Marg. 663.

CARIOTA-FERRARA, Luigi, *I negozi fiduciari* (trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario), Ristampa, 1978, Università di Camerino, *passim*.

²⁰² PUIG FERRIOL, Lluís, «Institución de heredero por fiduciario», *RJC*, 1964. p. 15. Siguiendo la tradición romana, sostiene Puig Ferriol: «el fideicomiso puro supone el nombramiento de un fiduciario con la obligación de cumplir el encargo de transmitir la totali-

por fiduciario ²⁰³, vienen a consagrar un mecanismo sucesorio cercano al que se aprecia en los fideicomisos.

Este tipo de disposiciones testamentarias, pese a encontrarse prohibidas en Derecho Común ²⁰⁴, se encuentran ampliamente reconocidas y amparadas en alguno de los ordenamientos forales (caso del catalán ²⁰⁵); lo cual permite, gracias a la tipificación legal que allí se hace, desarrollar la labor apuntada.

Tras un análisis de las mismas (construcciones jurídicas reguladas en Derecho Foral) puede apreciarse como la *fides* cumple, en ellas, un papel muy similar del llamado a desempeñar este componente en las figuras englobadas, generalmente, bajo la denominación de fideicomisos. No obstante, existe una diferencia fundamental entre ambas construcciones, pues pese a condicionar siempre este elemento la titularidad del llamado a cumplir con lo establecido en el testamento –bien transmitiendo los bienes al verdadero heredero, bien designando la persona llamada a ocupar dicha posición en la sucesión testada ²⁰⁶– no se otorga ningún tipo de derecho real a este sujeto, lo que lleva a negar la existencia de un *ordo successivus*, contrariamente a lo que sucede en las figuras fideicomisarias. Esto último, porque, en mi opinión, para que pueda hablarse de un *ordo successivus*, tienen que existir dos titularidades –una después de otra– que concedan facultades con trascendencia real.

dad o una cuota de la herencia o legado al verdadero heredero, o sea el fideicomisario. En el fideicomiso puro el primer llamado no es pues un heredero, sino un fiduciario o *minister* del testador...». También del mismo autor, *El heredero fiduciario*, pp. 37 y 38.

²⁰³ PUIG FERRIOL, Lluís, *obra citada*, pp. 16 y 17. En ésta, no existe un orden sucesivo en la sucesión. «El elector resulta investido de su misión por el causante... El elector tiene como única y fundamental misión la de determinar –entre varias personas– el heredero del causante o también instituirlos en partes iguales o desiguales... El fiduciario con derecho a elegir heredero no ostenta, pues, ningún derecho real de goce o disfrute sobre los bienes hereditarios, pues esto excede de las facultades que por la misma naturaleza de las cosas son propias o peculiares de un elector».

²⁰⁴ En virtud del artículo 785.4.º del Código Civil: «No surtirán efecto... Las que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador».

²⁰⁵ PÉREZ MAYNAR, David, «Comentario a los artículos 148 ss. (Institución de heredero por fiduciario)», *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991 de 30 de Diciembre*, Bosch, Barcelona, 1994, tomo I, pp. 559 ss. VALLS XUFRE, Josep M.ª, «Comentario a los artículos 180 ss. (Los fideicomisos)», *obra citada*, tomo II, pp. 701 ss.

²⁰⁶ Profundizando algo más en la distinción, cabría decir lo siguiente: en el fideicomiso puro, el testador se sirve de la persona instituida como fiduciario para que transmita los bienes sujetos al fideicomiso a una persona, predeterminada, a quien se quiere como auténtico heredero. En cambio, en la institución de heredero por fiduciario, el designado como tal no tiene la función de transmitir los bienes al sujeto realmente querido como heredero, sino la de designar precisamente la persona que ocupará esa posición dentro del proceso sucesorio.

Junto a las observaciones que hemos realizado en torno a la distinción entre las disposiciones que conceden, o no, algún tipo de posición jurídico-real al fiduciario, podrían realizarse otras, más interesantes, a mi modo de entender, entre todas ellas y el negocio fiduciario como categoría de negocio anómalo. No obstante, prefiero dejar aplazada esta delimitación para más adelante, indicando únicamente cómo en todos los supuestos vistos la elección por el testador de la figura concreta no lleva en ningún caso a la alteración de los posibles efectos jurídicos que se desprenden, de modo natural, del tipo.

Pese a ello, este mecanismo que aparece de manera más nítida en el supuesto de la institución de heredero por fiduciario, puede verse enturbiado en el caso del fideicomiso puro cuando el encargo realizado al fiduciario en base a la *fides* no trasciende del contenido propio de la disposición. En este caso, si el fiduciario aparece frente a terceros como auténtico titular de los bienes, la fiducia se encubre bajo un artificio o mecanismo indirecto para designar al verdadero sucesor, lo cual entraña una simulación a la que se añade el ingrediente de la confianza depositada.

VII.2 FIGURAS FIDEICOMISARIAS COMO MANIFESTACIÓN DE LOS NEGOCIOS *MORTIS CAUSA* DE CONFIANZA

Retomando algo que ya dejaba apuntado en el epígrafe anterior, sería oportuno profundizar en la propia génesis de las figuras fideicomisarias para, de este modo, hacer salir a la luz aquel componente que, presidiendo su configuración, permite la delimitación respecto del negocio fiduciario.

Como ya antes indicaba, la presencia de la *fides* en un determinado negocio no siempre producirá idénticos efectos. En mi opinión, aunque en ambos negocios se encuentra presente la *fides*, en la figura fideicomisaria no hay simulación. De modo que la causa revelada en el testamento es la verdaderamente querida por el autor del negocio, siendo la confianza, componente, o parte integrante de esa causa manifestada. Por el contrario, en el llamado negocio fiduciario (como modalidad de negocio anómalo) la causa manifestada ²⁰⁷ no es la verdadera-

²⁰⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luís Humberto, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales (arts. 1274 ss.)*, tomo XVII, vol.1.º-B, Edersa, Madrid, 1993, pp. 602 y 603. Con ocasión del estudio del artículo 1276, escribe: «... en ambos (el negocio fiduciario y el relativamente simulado) se quieren algunos elementos, pero no todos los manifestados, no siendo cierto siempre que el simulado no se quiera en absoluto, ni que en caso de fiducia se quiera del todo el aparente, pero con función más limitada, pues entonces no se quiere del todo; sí es verdad que la *fides* caracteriza al negocio fiduciario, pero ello sólo demuestra que probablemente éste es sólo un tipo de negocio simulado, pues hay negocios simulados que no funcionan con ese elemento...; más bien creo que, si bien hay

mente querida por las partes, funcionando la confianza que entraña la *fiducia* como instrumento del engaño ²⁰⁸.

Esta fiducia, que revela la confianza que el testador pone en el fiduciario para que cumpla con el encargo hecho en la disposición, constituye la síntesis o esencia propia de la figura prevista en los artículos 781 ss. del Código Civil. El testador confía en que el primer llamado (fiduciario) respetará su voluntad de beneficiar, estimo preferentemente, a un sujeto (fideicomisario) llamado a convertirse en titular definitivo de los bienes dejados a título de fideicomiso.

Esta afirmación en ningún caso debe hacernos pensar en un fenómeno similar al que acontece en el negocio fiduciario ²⁰⁹, puesto que, como ya he dicho, en la sustitución fideicomisaria no existe simulación en el momento de la transmisión de los bienes al fiduciario. Lo que ocurre es que la transmisión *mortis causa* de los bienes fideicomitidos al fiduciario lo convierte en titular de los bienes en virtud de un derecho distinto al de propiedad.

negocios simulados que no son fiduciarios, todo negocio fiduciario es un caso de simulación relativa...».

«En síntesis, fiducia *cum amico* y fiducia *cum creditore* comprende un acuerdo simulatorio innegable; toda fiducia implica mentira ante terceros, por acción u omisión, y, para mitigar esa mentira, *inter partes* opera la *fides*... Por ello termino afirmando, respecto del negocio fiduciario, lo contrario de lo que formulé, con medida cautelada, acerca de que el artículo 1276 no se refería a él. Pues bien, sí se refiere...».

²⁰⁸ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «Determinación de las relaciones jurídicas relativas a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a terceros», *A. A. M. N.*, tomo XIV, 1965, pp. 316 y 317.

Vid. CASTRO Y BRAVO, Federico de, *obra citada*, pp. 388, 389, 407 y 419. El autor, ocupándose de la causa en el negocio fiduciario *inter vivos*, explica el mecanismo fiduciario del siguiente modo: «... se le caracteriza como una causa atípica, consistente en el juego de una prestación o atribución patrimonial frente a la promesa obligacional del fiduciario de servirse de la *res fiduciaria* conforme a lo pactado y de restituir, al fiduciante o un tercero (fideicomisario), la misma cosa o derecho recibidos. De Castro, a modo de conclusión, y tras analizar la normativa, sostiene: «La función conformativa del negocio, que tiene la causa en nuestro Derecho, no permite que el fiduciario, como tal, adquiera la propiedad plena y definitiva de la cosa confiada. Las disposiciones legales que son aplicables expresa o implícitamente a ciertos negocios fiduciarios se oponen o niegan dicha eficacia de modo claro y decisivo... La propiedad no se entiende transmitida de modo pleno y definitivo, sino limitada a la eficacia externa y condicionada a su finalidad fiduciaria».

²⁰⁹ A este respecto, conviene recordar la necesaria separación entre la figura del negocio fiduciario, del negocio simulado y del negocio indirecto. Si bien, según mantiene la doctrina –*vid.* ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada*, y CARIOTA-FERRARA, *obra citada*...– todo negocio fiduciario entraña una simulación relativa, no necesariamente todo negocio simulado cuenta en su configuración con el componente de la *fiducia*. Por otro lado, tanto el negocio simulado, como el fiduciario, pueden ser diferenciados del indirecto en virtud del mecanismo escogido por las partes para alcanzar el fin pretendido. Fenómeno semejante al que acontece en relación con el negocio en fraude a la ley. *Vid.* RUBINO, Domenico, «El negocio jurídico indirecto», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1953, (traducción de RODRÍGUEZ-ARIAS), *passim*.

Considero que el disponente, en el caso de la sustitución fideicomisaria, a quien pretende favorecer verdaderamente es al llamado en segundo lugar o fideicomisario. No obstante, en unas ocasiones por imposibilidad (no haber nacido aún la persona que realmente se quiere como titular definitivo de los bienes), y en otras por razones de orden moral (el no dejar totalmente desasistida a una persona a quien se profesa afecto), se designa a una persona como fiduciaria en concepto de heredero que, sin configurarse como propietaria de los bienes, sí ostenta una posición jurídico-real respecto a terceros.

Así, pues, la *fides* dentro de las figuras fideicomisarias viene a cumplir una función muy concreta, que no sólo no altera la configuración o la producción de los efectos del negocio utilizado, sino que resulta pieza fundamental para su tipificación.

VIII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS HEREDEROS LLAMADOS EN PRIMER LUGAR. POSIBLE TRATAMIENTO DIFERENCIADO AL FIDUCIARIO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA Y AL DEL FIDEICOMISO DE RESIDUO

VIII.1 PLANTEAMIENTO CONCRETO DE LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO-FIDUCIARIO. POSIBLE INCIDENCIA DE LA AUTONOMÍA NEGOCIAL DEL TESTADOR EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DEUDAS

VIII.1.1 Consideraciones generales. Posible alteración del régimen de responsabilidad por el testador

En principio, por propia configuración de nuestro sistema sucesorio, el heredero, cuando acepta pura y simplemente la herencia, se convierte en titular de todos los derechos y responsable por las deudas que existan en el patrimonio del causante. Esta idea queda recogida claramente en el artículo 1003 del Código Civil²¹⁰. Evidentemente, para eludir una responsabilidad de este tipo (reflejo sucesorio de la prevista en el artículo 1911 del Código Civil) le quedaría al instituido como heredero la posibilidad de recurrir a los artículos 1010 ss. del Código Civil para solicitar el beneficio de inventario, limitando, de este modo, su responsabilidad patrimonial al montante de bienes recibidos por vía testamentaria.

²¹⁰ Artículo 1003: «Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios».

Estas ideas, básicas en cualquier proceso sucesorio, también lo son en las figuras fideicomisarias. No obstante, la presencia de dos herederos sucesivos de un mismo causante, llamados al mismo patrimonio, nos hace reflexionar acerca de una posible alteración de las reglas generales en la materia ²¹¹.

Llegados a este punto, cabría hacerse una pregunta: ¿podría el testador establecer una disposición en virtud de la cual restringiera la responsabilidad del fiduciario, instituido como heredero, a los bienes fideicomitidos sin necesidad de solicitar beneficio de inventario? En este caso, estimo que la respuesta debe ser afirmativa, pues además de no existir precepto alguno que se oponga a esta posibilidad ²¹², encontramos un artículo en el Código Civil que prevé una posible alteración en materia de reparto de las cargas de la herencia, por el testador, cuando la misma ha sido enteramente distribuida en legados. El argumento *ex* artículo 891 ²¹³ cabe aplicarlo, a mi juicio, analógicamente al supuesto en el cual lo establecido por el testador sea una sustitución fideicomisaria. Para admitir esta posibilidad basta reflexionar, en mi opinión, sobre los argumentos proporcionados por la doctrina que se ha ocupado del tema ²¹⁴.

Así, cabría que el testador tuviera en cuenta la antigüedad, o naturaleza, de las deudas para distribuirlas entre ambos sucesores –fiduciario y fideicomisario–. Algo que, estimo, no se opondría a la naturaleza del título por el que son llamados fiduciario y fideicomisario.

²¹¹ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO de ASÍS, *obra citada*, p. 361. Este autor piensa que «en principio, por cuanto el fideicomisario es heredero, debería responder... Mas la circunstancia de que tal responsabilidad no es simultánea, sino sucesiva, modifica el planteamiento de la cuestión». De este modo, el autor resalta una idea básica para el entendimiento del sistema. Me refiero a la noción de responsabilidad sucesiva.

²¹² Otra cosa sería si el testador dispusiera una responsabilidad patrimonial que tuviera como soporte un caudal inferior al dejado testamentariamente. Aquí, la respuesta debe ser negativa, ya que el testador puede determinar el destino de los bienes, e incluso el modo de operarse sobre los mismos, pero no puede alterar con su voluntad las garantías que el ordenamiento jurídico ha establecido en pro de la seguridad del tráfico, ya que sería tanto como restringir la propia responsabilidad patrimonial para después de su muerte.

²¹³ Art. 891 CC: «Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa».

²¹⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, Evelia, *El art. 891 CC: La distribución de toda la herencia en legados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 339 a 354.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, tomo XII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1981, pp. 398 a 409; GARCÍA RUBIO, María de la Paz, *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Madrid, 1989; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «La herencia y las deudas del causante», *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

VIII.1.2 Distinción entre los tipos de deudas que pueden existir en el pasivo de la herencia

Abierta la sucesión del testador y cuando se produce la delación a favor del fiduciario, en la herencia sólo existen deudas contraídas por el causante. En cambio, finalizada la titularidad del primer llamado y tras operarse la delación fideicomisaria (a favor del segundo llamado o fideicomisario) puede existir más de un tipo de deudas: por un lado, pueden subsistir aún algunas deudas procedentes del caudal hereditario; por otro, posiblemente, existirán una serie de deudas contraídas por el fiduciario durante el tiempo en que tuvo la titularidad de los bienes fideicomitados (generalmente, en el caso de la sustitución fideicomisaria, como resultado de la administración o gestión de los bienes).

Partiendo de esta diferenciación entre tipos de deudas, cabría plantear un régimen de responsabilidad con mayor o menor amplitud. Así, considero que las deudas procedentes del caudal hereditario sujeto a fideicomiso seguirían el régimen general determinado en el artículo 1003 del Código Civil, a salvo de alguna alteración introducida por el testador. En cambio, las deudas surgidas durante el período en que el fiduciario es titular de los bienes fideicomitados tendrían, *a priori*, un régimen más restringido. Parece, a tenor del artículo 783, del que posteriormente me ocuparé, que de estas deudas respondería el heredero-fiduciario sólo con los bienes señalados, sin necesidad de haber solicitado previamente el beneficio de inventario.

Aún cabría establecer dentro de las deudas procedentes del caudal hereditario alguna distinción, ya que a efectos de una liquidación posterior sería necesario separar las deudas que el causante hubiera contraído con terceros, de aquellas posibles deudas que tuviera frente a la persona que instituyó como fiduciario en el testamento.

A mi juicio, el tratamiento de este tipo de deudas debe ser el mismo que el que reciben el resto de las deudas presentes en el patrimonio fideicomitado. Lo que las caracterizaría sería el momento de su liquidación, pues tendría que realizarse en alguno de estos momentos: bien al producirse la delación a favor del fiduciario, para evitar que cuando éste aceptara se produjera la confusión entre sus bienes y los bienes fideicomitados; bien, entendiéndolo que nunca hubo confusión entre el patrimonio personal del fiduciario y los bienes recibidos, al término de su titularidad y antes de producirse el tránsito de los mismos al fideicomisario ²¹⁵.

²¹⁵ BONET RAMÓN, Francisco, *obra citada*, p. 385. El autor, comentando la regulación existente sobre la figura fideicomisaria en la Compilación Foral de Cataluña, antes de que se promulgara el Código de Sucesiones de 1991, afirma: «... mientras no tenga

VIII.2 REFERENCIA AL DIVERSO TRATAMIENTO DE LAS DEUDAS EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA Y EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

Al igual que en los epígrafes anteriores, en el presente debe partirse de lo que son las reglas generales en la materia. Por ello, debe constatar-se cómo, tanto en la sustitución fideicomisaria como en el fideicomiso *si aliquid supererit*, el fiduciario es llamado en concepto de heredero. Llamamiento que conlleva todos aquellos efectos jurídicos determinados legalmente y cuyo estudio no es el momento de abordar.

Tomando como premisa ineludible lo precedente, debe señalarse un dato, a mi juicio, de gran trascendencia en lo que se refiere a materia de responsabilidad patrimonial. Pese a tener la consideración de heredero el fiduciario en ambas figuras, la posición jurídica que ostenta no es la misma. De este modo, si bien como herederos recibirían un mismo tratamiento, en cambio, como titulares de posiciones jurídicas diversas, merecerían un tratamiento separado.

De lege ferenda, e inspirándome en su especial posición jurídica, señalo algunas ideas que podrían ser adecuadas para el régimen de responsabilidad estudiado:

Tomando como punto de partida la existencia de deudas dentro del patrimonio fideicomitado, no debería responder de igual modo una persona que actuó con facultades restringidas e inspiradas en un fin conservativo, que otra que posee amplia libertad en cuanto a la determinación de los medios de gestión y disposición sobre un conjunto de bienes.

Considero que en el primer supuesto (el de la sustitución fideicomisaria), la actuación personal del fiduciario se dirige principalmente a satisfacer un interés ajeno ²¹⁶, y sólo de manera subsidiaria se ve beneficiado personalmente a través del disfrute. En cambio, en el segundo supuesto (el del fideicomiso *si aliquid supererit*), se produce una prevalencia del interés del fiduciario en la gestión y disposición de los bienes, dejando desplazado a un segundo lugar el posible interés o expectativa del fideicomisario.

lugar la sustitución fideicomisaria, no podrá el fiduciario hacer efectivos sus créditos contra el testador, salvo que hubiese aceptado la herencia a beneficio de inventario, ni los que posteriormente obtenga contra la herencia o legado fideicomitados; entre tanto, estos créditos no devengarán intereses ni correrá contra ellos la prescripción (art. 183, apart. 2.º)».

También, PUIG FERRIOL, LUÍS, *obra citada*, p. 246. El autor aludiendo a los créditos y deudas entre fideicomitente y heredero fiduciario, escribe: «Las relaciones jurídicas entre fideicomitente y fiduciario no se extinguen... la deuda no es exigible hasta la apertura de la sucesión fideicomisaria, pues el heredero fiduciario, al aceptar la herencia, consintió en demorar voluntariamente la exigibilidad de la obligación».

²¹⁶ Puesto que, como sabemos, el fiduciario al tiempo que disfruta del patrimonio fideicomitado, se encuentra en el deber de conservarlo con la debida diligencia para no frustrar el derecho eventual del fideicomisario.

Como resultado de este planteamiento, de *lege ferenda*, cabría proponer a efectos de responsabilidad patrimonial una limitación al conjunto de bienes fideicomitados en el caso de la sustitución fideicomisaria, sin necesidad de que el instituido como heredero tuviera que recurrir al mecanismo previsto en los artículos 1010 ss. del Código Civil, o de que existiera alguna disposición hecha al respecto por el testador.

La limitación de la responsabilidad patrimonial del fiduciario en el caso de la sustitución fideicomisaria obedecería a criterios de justicia material y a soluciones análogas dadas por nuestro ordenamiento jurídico (arg. *ex* artículo 891 del Código Civil). No obstante, con esta opinión de *lege ferenda*, que se acerca bastante a la de Roca Sastre ²¹⁷, pugnaría la consideración del fiduciario como heredero ²¹⁸.

Por el contrario, de manera acorde con los razonamientos vertidos anteriormente, opino que para el caso del fideicomiso *si aliquid supererit*, la solución que en materia de responsabilidad pudiera aportarse de *lege ferenda* coincidiría con la aplicación de la solución que cabe dar de *lege data* según nuestro Código Civil. De este modo, en este tipo de fideicomiso de residuo, la responsabilidad patrimonial del fiduciario se extiende no sólo a la totalidad de los bienes dejados por el causante, sino también al patrimonio personal que aquél tuviera antes de recibir éstos, salvo que aceptase, claro está, a beneficio de inventario.

Algo más problemática se plantearía la cuestión en el llamado fideicomiso de residuo *de eo quod supererit*. En este caso, el alumbramiento, de *lege ferenda*, de alguna solución adecuada en materia de responsabili-

²¹⁷ ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Estudios de Derecho Privado*. vol. II, Madrid, 1948, p. 48, para el autor, el fiduciario «no responde *ultra vires hereditatis*, pues es como un heredero normal que hubiera aceptado la herencia a beneficio de inventario. Y es que el fiduciario hereda un grupo de bienes que se mantiene en bloque o en su unidad, en vistas a su futura restitución; el destino de estos bienes está preordenado en una trayectoria fijada, y, por tanto, el fiduciario no los hace plenamente suyos, pues no puede disponer de ellos. El fiduciario no es un heredero libre, y, por tanto, no adquiere efectivamente un valor libre. Sería absurdo que tuviera que pagar deudas hereditarias no siendo los bienes completamente suyos».

²¹⁸ PUIG FERRIOL, Luís, *obra citada*, p. 65. Según el autor, «una vez aceptada la herencia fideicomitada por el heredero fiduciario, éste se subroga en el derecho de su causante, por bien que su titularidad sobre el patrimonio hereditario venga afectada por el gravamen fideicomisario. Esta circunstancia de no tener una titularidad definitiva sobre los bienes hereditarios hizo sostener a algunos autores (Roca Sastre y Flores Mícheo) que de pleno derecho había de reconocerse al heredero fiduciario el beneficio de no tener que responder *ultra vires hereditatis* por las deudas del causante, fundándose (según el autor) en el absurdo que supondría tener que hacer frente ilimitadamente a estas deudas, sin ser los bienes completamente suyos. Pero ya... de acuerdo con la tesis dominante, que concebía al fiduciario como propietario de los bienes, se entiende que se trata de un heredero como los otros, y que, por tanto, respondería limitada o ilimitadamente por las deudas hereditarias, según se hubiera acogido o no a los supuestos legales sobre limitación de responsabilidad».

dad (por deudas) pasaría por considerar dos datos decisivos: el montante de bienes que se reserva necesariamente al fideicomisario, y la amplitud de las facultades dispositivas conferidas al fiduciario sobre el resto de bienes ²¹⁹.

Como puede observarse, gran parte de los problemas que se presentan en materia de responsabilidad patrimonial dentro de las figuras fideicomisarias derivan de la ausencia de una regulación jurídica al respecto, pero podrían solventarse por el causante dentro del testamento valiéndose, para ello, de los medios que le brinda nuestro sistema sucesorio: beneficio de inventario, desarrollo de lo contenido en el artículo 783.2, utilización analógica de lo previsto en el citado artículo 891.

VIII.3 EXISTENCIA, O NO, DEL BENEFICIO DE INVENTARIO

Retomando algo que señalaba más arriba, indicábamos cómo dentro de las reglas generales en materia de responsabilidad patrimonial por deudas del causante se preveía la solicitud del beneficio de inventario. Algo que aparece recogido por la totalidad de autores: entre otros, Vallet ²²⁰, Albaladejo ²²¹ o Lacruz ²²².

Por mi parte, estimo innecesario abundar sobre algo claro, prefiriendo avanzar algunas ideas conectadas con la propia fisonomía de las figuras fideicomisarias.

²¹⁹ En este tipo de figura fideicomisaria, dejando a salvo el establecimiento por el testador de un concreto régimen de responsabilidad por deudas, el fiduciario respondería con su patrimonio personal (excepto si aceptó a beneficio de inventario) siempre que se le dejaran determinados bienes que no tuvieran que entregarse posteriormente al fideicomisario, o que se le concedieran facultades dispositivas para otros casos que no fueran el de necesidad probada.

²²⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Estudios de Derecho Sucesorio*. Montecorvo, Madrid, 1987, p. 227. Para el autor, «el heredero gravado de restitución responde ilimitadamente de las deudas del causante si no ha aceptado su herencia a beneficio de inventario y puede cobrar sus créditos, sin perjuicio de imputar el importe de unas y otros a la cuenta de la masa que debe restituir. La responsabilidad *ultra vires* o *intra vires*, frente a los acreedores del causante, afecta a éstos, que son terceras personas respecto la relación entre fiduciario y fideicomisario...».

²²¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil...*, p. 358. «Creo que siendo sucesivamente herederos el fiduciario y el fideicomisario, a cada uno le corresponde, mientras que lo es él, la responsabilidad que, según el Código, alcanza al heredero. Luego pienso que uno y otro, si aceptaron pura y simplemente, responden, diríamos durante su mandato, de las deudas y demás cargas de la herencia «no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios (art. 1003) y que sólo la aceptación a beneficio de inventario reduce su responsabilidad hasta únicamente donde alcancen los bienes hereditarios (art. 1023)».

²²² LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*. p. 305.

La primera de las cuestiones a tratar sería la compatibilidad de la existencia de este beneficio de inventario con el orden sucesivo de llamamientos, en concepto de heredero, presente en las figuras fideicomisarias. Pues bien, su aceptación vendría directamente de la combinación de dos preceptos: el artículo 1010, donde se prevé este beneficio de inventario para «todo heredero...» y el artículo 1022²²³, del cual cabe extraer un criterio favorable para aquellos casos donde se sucede más de un heredero sobre una misma herencia.

Siguiendo a Albaladejo²²⁴, el beneficio de inventario solicitado por el llamado en primer lugar (fiduciario) aprovecharía al fideicomisario llegado el momento de producirse la delación a su favor. En cambio, la falta de solicitud por el fiduciario no supondría un obstáculo para que el llamado en segundo lugar pudiera solicitarlo²²⁵.

La segunda de las cuestiones a estudiar en este punto giraría en torno al grado de responsabilidad patrimonial de los herederos sucesivos por las deudas producto de la administración de los bienes fideicomitados, ante la falta de beneficio de inventario. Pues bien, parece que, independientemente del montante o cantidad de bienes a reservar por el fiduciario, de aquellas operaciones o actuaciones que tuvieran por objeto la administración de dichos bienes, respondería exclusivamente la totalidad del patrimonio fideicomitado (arg. *ex art.* 783.2 CC).

VIII.4 ASUNTOS CONEXOS A LA RESPONSABILIDAD

Ligados a la materia de responsabilidad, existen muchos asuntos que suponen una reminiscencia del fideicomiso romano, y que, sin afectar de

²²³ Art. 1022: «El inventario hecho por el heredero que después repudie la herencia, aprovechará a los sustitutos y a los herederos abintestato, respecto de los cuales los treinta días para deliberar y para hacer la manifestación que previene el artículo 1019, se contarán desde el siguiente al que tuvieron conocimiento de la repudiación».

²²⁴ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada*, *Comentarios al Código Civil...*, pp. 360 y 361. Según el autor: «En cuanto a esta responsabilidad del fideicomisario, cuando en su día sea heredero, la puede limitar también aceptando, como asimismo le cabe, a beneficio de inventario (pero no tiene limitada su responsabilidad *intra vires* por el solo hecho de ser heredero después del fiduciario), amén de que se puede aprovechar en los términos del artículo 1022 el inventario que hubiese hecho antes el fiduciario y hasta utilizar en su favor el artículo 1021 si es que reclama en su momento judicialmente la herencia fideicomitada».

²²⁵ PUIG FERRIOL, Luís, *obra citada*, pp. 242 y 243. «Con la apertura de la sucesión fideicomisaria, el fideicomisario perfecciona su derecho a la herencia o legado fideicomitados, pues en tal momento cesa la titularidad del fiduciario sobre los mismos... Tanto de las deudas propias del patrimonio fideicomitado como de las cargas impuestas por el causante a cargo del heredero fideicomisario responde éste a partir de la apertura de la sucesión fideicomisaria... La responsabilidad del heredero fideicomisario será limitada o ilimitada, según se acoja o no al beneficio de inventario...».

modo directo a nuestro Derecho Común (sí, en cambio, al Derecho Foral catalán), son frecuentemente tratados por los autores como remoto antecedente del funcionamiento actual de nuestra sustitución fideicomisaria.

Jerónimo López ²²⁶ señala uno que resulta muy interesante y que enlaza, directamente, con la posición jurídica ocupada por el fiduciario. Se trata de la vinculación existente entre la detracción por el fiduciario de la cuarta trebeliánica y la responsabilidad patrimonial del mismo.

No obstante la ausencia de previsión en lo referente a la detracción de la cuarta trebeliánica, el testador en virtud de la habilitación que aparece en el artículo 783.2 podría establecerla como una partida más a deducir por el fiduciario del patrimonio fideicomitado ²²⁷. Lo cual tendría a efectos de responsabilidad cierta importancia, ya que el otorgamiento que se hace por el testador al fiduciario de poder detraer la cuarta «trebeliánica» llegado el momento de la delación fideicomisaria, fortalece la posición de éste como heredero, y como consecuencia su papel de responsable patrimonial frente al pasivo existente.

Esta matización, sólo apreciable *de lege ferenda*, llevaría a proponer una solución parecida a la que en su momento se formuló para el caso del fideicomiso *de eo quod supererit*.

Dejando a un lado el posible establecimiento de la cuarta trebeliánica en Derecho Común, existe un tema conectado con el, ya aludido, de las relaciones jurídicas con terceros y las posibles deudas a cargo de los bienes fideicomitados, que cabría plantearse. Me refiero a la posibilidad de ver alguna preferencia, o prioridad, en los créditos que ostentara el fiduciario frente a la herencia.

Resulta claro del tenor del artículo 1925 del Código Civil que, si un determinado crédito no se encuentra previsto dentro de los supuestos contemplados en los artículos 1921 a 1924, carecerá de preferencia, dado que nos encontramos ante una materia con carácter tasado (*numerus clausus*). Pero también, a mi juicio, resulta fácil extraer de la regulación de la sustitución fideicomisaria la necesidad de que se liquiden los créditos que dan lugar a los gastos legítimos deducibles antes de producirse el tránsito de los bienes al fideicomisario. Si esto último es así como parece, sólo cabe entender que la propia dinámica de la figu-

²²⁶ LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo, *obra citada*, p. 772. Dice el autor: «el fiduciario, una vez restituida la herencia al fideicomisario, queda exento de responsabilidad frente a los acreedores del causante y resulta natural que si no está sujeto a dicha carga no reciba tampoco participación en el activo hereditario».

²²⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, p. 374. Sostiene el autor: «También en ese «salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa», cabe que el testador, ya que su voluntad es soberana y aun suprimido el derecho legal a la cuarta trebeliánica, es posible que él lo conceda si quiere, faculte para detraerla. Entonces se estará obligado no a entregar al fideicomisario la herencia entera, sino con deducción de la trebeliánica».

ra o modo de sucederse los llamamientos justifica que estas deudas sean canceladas con independencia de que sigan existiendo deudas en el pasivo hereditario, que serían, en su caso, asumidas por el llamado en segundo lugar. Por ello, pienso que los créditos comprendidos dentro de este grupo (los créditos contraídos en la administración de los bienes fideicomitidos) se pagarían preferentemente en la liquidación. Justificando dicha preferencia, en la afección de los mismos a su pago (*ex art. 783.2.º CC*).

Respecto de los créditos que tuviera el fiduciario frente a la herencia en virtud de relaciones anteriores a la aceptación, a mi juicio, separables teleológicamente de los estudiados, seguirían el régimen ordinario en el pago, pues, de no ser así, estaríamos convirtiendo en privilegiados unos créditos por razones que nada tienen que ver con el vínculo o relación de origen ²²⁸. En este caso, por haber sido su acreedor posteriormente heredero, o legatario.

IX. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 783.2 DEL CÓDIGO CIVIL. DESARROLLO DE SUS POSIBLES CONTENIDOS EN ATENCIÓN A LA LABOR CONFIGURADORA DEL TESTADOR

Pocos artículos, como el que sirve de objeto a este epígrafe, han recibido tanta atención por la doctrina ocupada del estudio de las figuras fideicomisarias. No obstante, estimo que las expresiones en él contenidas no han sido interpretadas con excesivo acierto, sobre todo, la que brinda la posibilidad de que el testador altere el régimen previsto. Alguna doctrina ha querido ver en esta expresión la posibilidad de configurar distintos regímenes jurídicos dentro de una misma figura (la sustitución fideicomisaria), únicamente sustentada por un orden sucesivo de llamamientos a la herencia fideicomitida.

Por mi parte, considero que, aun siendo un artículo importantísimo para lograr una regulación lo suficientemente amplia de las figuras en cuestión, el alcance de su contenido puede recibir una doble lectura. La primera, algo más restringida, se conectaría con la introducción de algunos cambios en materia de mejoras, créditos o gastos legítimos. La segunda, más amplia y, a veces, imprecisa, serviría para dar entrada al más variado grupo de medidas previstas en la disposición fideicomisaria, gracias a la autonomía negocial reconocida al testador.

²²⁸ En apoyo de lo dicho cabe recordar como el instituido en una herencia como fiduciario, hasta que no acepta tras la muerte del testador –por operarse la delación a su favor–, se comporta como un tercero ajeno a las relaciones del causante. Por este motivo, no existe inconveniente en que sea considerado un acreedor más.

Antes de adentrarnos en lo que sería principal objeto del presente estudio, a saber, la incidencia de la autonomía negocial del testador en la determinación del régimen jurídico a aplicar en las figuras fideicomisarias conforme a lo previsto en el artículo 783.2 del Código Civil, convendría concretar o fijar el régimen legal previsto. De este modo, tendríamos que aclarar el sentido que dentro de la sustitución fideicomisaria quiso darse a expresiones como gastos legítimos²²⁹, créditos o mejoras²³⁰, utilizando, para ello, por vía del artículo 4.1 del Código Civil lo previsto en el régimen jurídico del usufructo.

Aparte de la posible trascendencia que en el plano práctico puedan suscitar tanto las mejoras como los gastos legítimos, creo que lo que interesa más a mi estudio es la mención de unos créditos deducibles. Pero, ¿qué créditos son éstos? Resulta claro que, si no son créditos que surjan de gastos legítimos o mejoras, tienen que tener una entidad propia.

Bajo mi punto de vista, esta expresión sólo puede referirse a los posibles créditos que tuviera el fiduciario frente al fideicomitente antes de convertirse en heredero suyo²³¹. Cualquier otro significado que quisiera atribuirse a la expresión «créditos» contenida en el artículo 783.2.º caería, bien en la esfera de responsabilidad propia del fiduciario, con lo que no sería deducible, bien en la partida deducible, ya señalada, de los gas-

²²⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil...*, p. 374. «La deducción por gastos legítimos (se refiere) a lo desembolsado por el fiduciario no por los ordinarios de mantenimiento, conservación y obtención de frutos, que son de cargo de quien, como él, tiene el uso y disfrute de la cosa (art. 500), sino por pagos o reparaciones extraordinarios (art. 501) ocasionados por los bienes fideicomitados, su beneficio, defensa, etc., cuya utilidad pase a quien se le entregan, o sumas satisfechas del propio peculio del fiduciario en cumplimiento de obligaciones del fideicomitente».

También *vid.* OSSORIO MORALES, Juan, *obra citada*, pp. 291 y 292; BONET RAMÓN, Francisco, *obra citada*, p. 359. Bonet sostiene: «Los gastos o expensas de mera conservación de los bienes de la herencia fideicomitada son de cargo del propio heredero fiduciario, puesto que siempre debe soportarlos quien percibe los frutos, mientras que los gastos de conservación extraordinarios que en bienes de la herencia hubiere hecho el fiduciario por sus propios medios, atribuyen a éste un crédito a deducir de la herencia al tiempo de su restitución, por constituir gastos legítimos»

²³⁰ Para interpretar esta expresión, tendríamos que realizar previamente una clasificación de las mejoras que normativamente se manejan en el Derecho Civil, para, a continuación, restringir el concepto a las denominadas «mejoras útiles» (artículos 471 ss. CC).

²³¹ OSSORIO MORALES, Juan, *obra citada*, p. 292. «En cuanto a los créditos, se entiende generalmente que se trata de los que el fiduciario tuviera contra el causante antes de abrirse la sucesión, los cuales no podrá exigir mientras ostente la condición de heredero, pero sí al llegar el momento de la restitución. Representaría una redundancia inútil considerar comprendidos entre estos créditos, cuyo importe puede detraer el fiduciario, los derivados de gastos hechos por él en cumplimiento de obligaciones hereditarias, ya que éstos entran en el concepto de gastos legítimos».

tos legítimos ²³². No obstante, existe algún autor, Vallet de Goytisolo ²³³, que discrepa de esta interpretación.

A mi juicio, la necesidad de dar este sentido al término «créditos» obedecería a la propia configuración de la sustitución fideicomisaria, en la que sucesivamente son instituidas dos personas para que sucedan en concepto de heredero –o de legatario– al testador. Esta identidad en el título por el que se sucede conlleva ciertos reajustes en el momento de operarse la entrega de los bienes fideicomitidos al llamado en segundo lugar. Así, la liquidación de las deudas que existieran entre fideicomitente y fiduciario tienen como objetivo y consecuencia la de facilitar la entrada en el patrimonio fideicomitado del otro sujeto (el fideicomisario) llamado a ocupar la posición de heredero. Esta finalidad atribuida a la liquidación de este tipo de «créditos» es extensible a las otras partidas (gastos legítimos y mejoras) que aparecen en el artículo 783.2.º ²³⁴.

Hasta aquí y de manera sintética, habríamos estudiado el régimen legalmente previsto en el artículo 783.2 tal y como se entiende generalmente en la doctrina. A partir de ahora y tomando como punto de partida lo expresado en el artículo 783.2 *in fine* («... salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa»), tendríamos que analizar el auténtico alcance y contenido que cabe darle en atención a la labor reguladora desarrollada por el testador.

Como decíamos al comienzo del epígrafe, el testador, en virtud de la autonomía negocial que se le reconoce legalmente, no sólo podría establecer un régimen diverso –en cuanto a créditos, mejoras o gastos legítimos– al que con carácter dispositivo se recoge en el artículo 783.2.º, sino

²³² ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil...*, Edersa, Madrid, p. 374. El autor opina: «La deducción por créditos (se refiere), a los que el fiduciario tuviera a su favor y contra el sustituyente a la muerte de éste, que, no cobrados durante el tiempo en que el fiduciario es heredero, deben pagársele cuando cesa de serlo».

A mi juicio, la utilización de esta terminología (gastos legítimos) para los desembolsos realizados en pagos de deudas hereditarias puede distorsionar, en cierto sentido, el mecanismo de responsabilidad previsto para la figura, ya que el heredero asume el pago de un crédito que tras finalizar su titularidad le será reembolsado como tal.

²³³ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *obra citada*, p. 248. Vallet afirma: «Entre los créditos, deben comprenderse tanto los correspondientes al fiduciario por pago de deudas hereditarias como los que tuviere contra el causante que, sin duda, forman parte del pasivo de la masa que debe restituir».

²³⁴ La solución propuesta, además de encontrar apoyo histórico en alguna de las etapas en las que se aprecia la evolución del fideicomiso en Derecho romano, puede ser susceptible de aplicación analógica en base al artículo 1534 CC, según el cual: «El comprador deberá, por su parte, satisfacer al vendedor todo lo que éste haya pagado por las deudas y cargas de la herencia y por los créditos que tenga contra la misma, salvo pacto en contrario». *Vid.* MANRESA Y NAVARRO, José M.ª, *Comentarios al Código Civil español*, 6.ª edición, revisada por José M.ª Bloch, Madrid, 1969 (comentarios del art. 1534, en pp. 585 y 586).

que también tendría la posibilidad de descargar o flexibilizar el régimen obligacional que pesa sobre la posición jurídica del fiduciario, configurando un fideicomiso *de eo quod supererit*. Ello se conseguiría, como sabemos, por la concesión al fiduciario de una serie de facultades dispositivas con un ámbito limitado.

Pero, dado que a esta última posibilidad ya me he referido en mi estudio y con seguridad, lo seguiré haciendo, prefiero centrarme en esas otras modificaciones del régimen de deducciones previsto. En mi opinión, el testador tendría la opción de ampliar, o restringir, el sentido dado a las partidas que se comprenden en el precepto. Así, cabría que autorizara a deducir no sólo las mejoras «útiles», sino también las denominadas mejoras suntuarias ²³⁵ o de lujo. Igualmente, cabría que autorizara a deducir determinadas partidas (posibles gastos ordinarios) que habitualmente corresponde asumir a la persona que disfruta de los bienes.

Siguiendo esta línea, desembocaríamos en el tema más delicado; tema ya tratado con anterioridad. Me refiero a la alteración del régimen por deudas. Como ya señalaba, cualquier alteración debe partir de dos nociones básicas: Los acreedores tendrían la consideración de terceros frente a los herederos del causante, y por tanto, frente a lo establecido por éste en cuanto afecte a sus créditos. En segundo lugar, el activo hereditario respondería siempre del pasivo.

Todas estas opciones que no acaban, de ningún modo, con el elenco de las posibilidades que tiene el testador, son muestra de la importancia de un estudio que afronte la configuración de las disposiciones fideicomisarias desde esta perspectiva.

X. ESPECIALIDADES DE LA DISPOSICIÓN FIDEICOMISARIA COMO PRODUCTORA DE UN PATRIMONIO VINCULADO

X.1 ACERCAMIENTO A LA RESERVA HEREDITARIA

El acercamiento a la figura de la reserva hereditaria, en cualquiera de sus modalidades, no proviene lógicamente del origen de la sustitución fideicomisaria que siempre depende de la voluntad del testador, mientras que la mencionada figura se alza como una limitación a la libertad de tes-

²³⁵ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil...*, p. 325. Sostiene el autor: «Respecto a las mejoras suntuarias, la opinión común excluye el derecho del fiduciario a ser indemnizado por ellas, y le concede exclusivamente la facultad de retirarlas, a tenor del artículo 454, si la cosa no sufre deterioro y el fideicomisario (que es el sucesor en la posesión) no prefiere abonar el importe de lo gastado».

tar con origen en la ley, sino del resultado que ambas (figuras) operan sobre un conjunto de bienes.

Bien por voluntad de un testador, en la sustitución fideicomisaria, bien por mandato de la ley, en la reserva hereditaria, un conjunto de bienes perfectamente identificables quedan afectos, por la vía de titularidades preventivas, a un fin ²³⁶. Pero en tanto se cumple, o no, el evento que determina el término de la vinculación, dicho patrimonio posee como «vida propia» ²³⁷. Posee un gestor (titular con derecho real en el caso de la sustitución fideicomisaria); se convierte en centro de imputación de relaciones jurídicas; y sobre todo, se encuentra revestido de toda una serie de garantías que pretenden preservar su valor económico.

De modo que, el conjunto de bienes vinculados conserva su identidad en el momento de la sucesión del testador (y aún después), pudiendo ser el fiduciario, al mismo tiempo, legitimario o legatario del causante por quien fue instituido heredero-fiduciario. Esta identidad de los bienes facilita no sólo el hecho de ver al fideicomisario como heredero del causante (aunque reciba los bienes a través del llamado en primer lugar o fiduciario), sino también permite entender la actuación de determinados mecanismos (subrogación real, necesidad de realizar inventario, etc.) que persiguen conservar lo que hemos denominado la «vida propia» del patrimonio vinculado.

La identidad de razón que en este extremo existe entre sustitución fideicomisaria y reserva hereditaria permite, no sólo apreciar las coincidencias y soluciones análogas que se dan en ambas figuras a determinados supuestos, sino que también habilita para aplicar por la vía del artículo 4.1 del Código Civil algunos preceptos de la reserva hereditaria dada la precaria regulación de la primera en el Código Civil. Así, aparte de las garantías que se prevén en los artículos 977 y 978 para preservar la posición del beneficiado por la reserva, cabe aludir a dos artículos, artículos 970 y 971, en los cuales se contempla la posible consolidación de la titularidad sobre los bienes del reservista —quien hasta ese momento ostenta una titularidad preventiva— caso de que concurren determinadas

²³⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «La jurisprudencia del T. S. y el art. 811 CC», *ADC*, 1957, II, pp. 327 ss.; III, pp. 693 ss.; y IV, pp. 1057 ss. *ADC*, 1958, III, pp. 649 ss. *ADC*, 1959, III, pp. 753 ss.; y *ADC*, 1960, III, pp. 679 ss. «Interpretación, localización, sistemática e integración de la reserva del artículo 811 del Código Civil», *RDP*, 1959, pp. 275 ss. y 375 ss. «Hipótesis y tesis del artículo 811 del Código Civil», *RDP*, 1961, pp. 891 ss. y 1020 ss. *RDP*, 1962, pp. 95 ss. «Notas a la sentencia de 5 de Diciembre de 1958», *ADC*, 1959, pp. 351 ss. *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, tomo XI, Edersa, Madrid, 1978, pp. 77 ss.

²³⁷ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luís Humberto, *Teoría general de la reserva hereditaria*, *ADC*, 1980, pp. 827 ss., concretamente página 832. Según el autor, «estos (bienes) integran una masa diferenciada, una especie de patrimonio separado produciéndose una verdadera delación especial distinta de la de la herencia del descendiente o cónyuge premuerto causante y, por supuesto, de la del reservista».

circunstancias. Algo que, como veíamos, se producía en el caso de fallar el segundo llamamiento en la sustitución fideicomisaria.

Gran importancia merecen, igualmente, los artículos 975 y 976, los cuales establecen las cautelas que resulta necesario adoptar para enajenar alguno de los bienes sujetos a reserva; así como la consecuencia jurídica que se sigue, en caso de disponer de bienes muebles afectos. Soluciones, todas ellas, trasladables a las posibles actuaciones dispositivas desarrolladas por el fiduciario.

X.2 FALTA DE CONFUSIÓN PATRIMONIAL CON LOS BIENES DEL FIDUCIARIO. PARTICULAR TRATAMIENTO DEL TEMA EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

Tras haber realizado una serie de consideraciones a cerca de la situación de los bienes fideicomitados en la sustitución fideicomisaria, habría que preguntarse, si, como consecuencia del establecimiento por el testador de un fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, se produce una fusión en el patrimonio del fiduciario, entre su patrimonio previo y los bienes dejados sujetos al fideicomiso. El planteamiento de esta cuestión no es baladí, ya que se traduce en multitud de efectos. En relación a lo anterior, considero que, pese a tener en este caso el fiduciario un auténtico derecho de propiedad sobre los bienes dejados, no se produce una fusión, sino que los bienes fideicomitados conservan su propia unidad (se constituyen como un patrimonio separado). La razón de ello se encuentra en la existencia de un deber de restituir «lo que pudiera quedar» tras terminar su titularidad el fiduciario. Difícilmente podría el heredero llamado en primer lugar restituir los bienes fideicomitados que quedaran tras su titularidad, si previamente hubiera existido una confusión dentro de su patrimonio que impidiera, en gran parte de los casos, la identificación de los mismos. Es el deber de restituir lo que mantiene un cierto grado de vinculación en los bienes, y lo que permite la separación respecto de los bienes no fideicomitados que pertenecen al fiduciario.

Por supuesto que, si afirmamos esta idea en relación al fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*, con mayor razón deberá seguirse en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso *de eo quod supererit*, donde junto al deber de restituir lo que necesariamente ha de quedar tras terminar la titularidad del fiduciario, existe un deber de conservar los bienes que componen el patrimonio fideicomitado.

Partiendo de lo dicho, la consecuencia más inmediata, ya apuntada anteriormente, es una falta de confusión de las posiciones de acreedor y deudor en la figura del fiduciario en el caso de créditos propios de éste frente a la herencia. Los créditos subsisten; lo que ocurre es que habría que esperar hasta la finalización de su titularidad sobre los bienes fideicomitados (delación del fideicomisario), para operar su liquidación. Surge

así la posibilidad de que un fiduciario pueda ser accionista o comunero, de una sociedad o comunidad respectivamente, en virtud de derechos y titularidades diferentes: unas por ser propietario de acciones, o comunero, a título personal; y otra, por ser titular de una masa de bienes y derechos entre los cuales pueden incluirse acciones, participaciones o una titularidad *pro indiviso* en una comunidad ²³⁸.

Junto a las ya aludidas, podrían reproducirse, en este punto, algunas otras consecuencias derivadas del mantenimiento, durante la titularidad del fiduciario, de una separación entre distintos bloques de bienes como consecuencia de la naturaleza vinculada de uno de ellos, el patrimonio fideicomitado. No obstante, el abordar esta cuestión no entra en el objeto de mi estudio, y por ello, prefiero ocuparme de la motivación última que puede hallarse en dicha separación.

Pues bien, la razón se halla en algo tan sencillo como no perder de vista un dato fundamental: nos encontramos ante figuras (sustitución fideicomisaria y fideicomiso de residuo) sucesorias, donde tanto el fiduciario como el fideicomisario son herederos del testador o causante. Si admitiéramos que en el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* se produce una disolución o indiferenciación de los bienes dejados *mortis causa* en el patrimonio del fiduciario, la sucesión posterior del fideicomisario saldría del patrimonio propio del fiduciario, y no, del patrimonio relicto del causante. Este proceso, que puede verse de manera algo confusa en las sustituciones fideicomisarias, puede contemplarse con perfecta claridad en las reservas hereditarias, donde el reservatario recibe unos bienes identificables a través del reservista, siendo sucesor del anterior titular de los bienes, y no, del reservista.

En efecto, el mantenimiento de la separación patrimonial, mientras permanece el fiduciario en la titularidad de los bienes fideicomitados, facilita el tránsito sucesorio de los mismos al llamado en segundo lugar (fideicomisario) y permite mantener la pureza de la institución de heredero en la sucesión posterior.

Decía al comienzo de este punto que cabe mantener la separación de patrimonios en el fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* en virtud de la subsistencia del deber de restituir «lo que pudiera quedar». Pues bien, a pesar de la posible determinación –en cuanto a la identidad de los bienes– del patrimonio afecto en este tipo de fideicomiso, el amplio margen dispositivo otorgado, en muchos casos, al fiduciario se deja sentir a la hora de concretar los bienes que pueden formar el residuo correspondiente al fideicomisario. La identificación jurídica (posible en aquella figura donde existe deber de conservar, como la sustitución fideicomisaria) debe apoyarse en otros medios (caso del otorgamiento de inventario)

²³⁸ LARRAZ, JOSÉ, «El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos-valores», *RDM*, 1947, pp. 31 ss.

que permitan seguir la trayectoria de aquellos bienes que fueron vinculados por el testador al fideicomiso ²³⁹.

De manera que en el fideicomiso de residuo prevalece la faceta económica de los bienes fideicomitidos, frente a su posible dimensión corporal, principalmente, por las facultades de que se encuentra revestido el fiduciario. Lo cual no supone un obstáculo para mantener la existencia de una separación patrimonial ²⁴⁰.

XI. DETERMINACIÓN DEL MARCO DE ACTUACIÓN DEL FIDUCIARIO

XI.1 ESPECIAL TRATAMIENTO DE LA POSIBLE ACTUACIÓN DISPOSITIVA DEL FIDUCIARIO EN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

XI.1.1 Consideraciones generales

Íntimamente relacionado con el tema del régimen de responsabilidad patrimonial, y con aquel otro de la configuración jurídica de las figuras fideicomisarias, se encuentra el de la determinación del ámbito concreto de actuación del fiduciario. Es decir, de aquellos poderes jurídicos de los que se halla investido y que le facultan para realizar determinados actos con trascendencia sobre los bienes sujetos a vinculación.

Como veremos, es en este extremo donde existe más distanciamiento entre la sustitución fideicomisaria y el fideicomiso de residuo. No obstante, en mi opinión, este alejamiento entre las figuras obedece, sobre todo, a la configuración y finalidad diversas, y no tanto a la potencial realización de concretos actos por el fiduciario.

De este modo, aunque, como es sabido, el fiduciario en la sustitución fideicomisaria tiene sus facultades dispositivas muy restringidas, o casi eliminadas, no debe descartarse una actuación de naturaleza traslativa llevada a cabo por el mismo ²⁴¹. Lo anterior tendría como principal motivación la concurrencia en la posición jurídica del fiduciario, dentro de la

²³⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A., *obra citada*, pp. 91 a 93. Según el autor, «el que el fiduciario tenga poder de disposición sobre los bienes fideicomitidos implica... Lo que recibe el fideicomisario son los bienes que quedan en el patrimonio del fiduciario provenientes del testador, pero en la situación jurídica en que estos bienes se encuentren en el patrimonio del fiduciario».

²⁴⁰ Prueba de esta autonomía y relación entre patrimonios serían los artículos 1358 y 1364, donde se aprecia como una persona, titular de varios patrimonios, provoca son su actuación el entablamiento de relaciones entre ambas masas de bienes.

²⁴¹ AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Edt. Montecorvo, Madrid, 1973, pp. 233 y 234. El autor cuando afronta el problema de la administración de la herencia, bien en el caso de persona futura, bien en el

sustitución fideicomisaria, de dos ideas distintas: por un lado, el fiduciario es heredero y titular de un derecho real limitado en el tiempo sobre un conjunto de bienes; por otro, el fiduciario se comporta como un administrador de un patrimonio que debe conservar para un posterior propietario (el fideicomisario).

Como puede apreciarse los problemas se entrecruzan, y las soluciones a los mismos deben ser complejas y comprensivas de ambas facetas: la de titular de un derecho real de disfrute y la de administrador de unos bienes.

Retomando la cuestión central sobre la determinación de las facultades presentes en la posición jurídica del fiduciario, cabe decir que, posiblemente, el mejor medio de administrar, conservando la herencia (entendida como patrimonio evaluable económicamente), sea realizar determinadas enajenaciones de bienes que por su naturaleza, pongan en peligro dicho valor económico, adquiriendo otros más seguros y rentables ²⁴².

Por otro lado, evidentemente, resulta razonable enajenar, o disponer, de los bienes para poder afrontar las deudas y cargas de la herencia fideicomitida ²⁴³.

supuesto de herencia yacente, aborda la difícil cuestión de la necesidad de realizar determinados actos dispositivos. Dice: «el problema típico se plantea cuando parece conveniente que el administrador venda, con el fin de sustituir un bien por otro más productivo. Debe recordarse que la misión del administrador no consiste en proporcionar beneficios a la persona futura, sino entregarle los bienes dejados por el causante... Únicamente podría justificarse la disposición por las características especiales del objeto confiado; ... Por el contrario, el heredero administrador se halla plenamente justificado por su título hereditario para realizar actos de administración y de disposición sobre los bienes hereditarios, puesto que está llamado a ser su propietario... Así, pues, no existen límites para realizar actos de disposición». Como señala el autor, el administrador-heredero puede realizar no sólo actos de administración, sino también actos de disposición. Lo que ocurre es que el fiduciario de una sustitución fideicomisaria, si bien no se trata de un administrador de los bienes fideicomitados, sí se configura como un heredero titular de un derecho donde las facultades dispositivas se encuentran sólo en estado latente. De modo que el posible ejercicio de las mismas no depende de la voluntad o libertad del heredero actual (fiduciario), sino de la oportunidad o utilidad que pueda reportar a la conservación y administración del patrimonio fideicomitado.

²⁴² AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás, *obra citada*, p. 159. Tomás Aguilera, cuando se haya analizando el término conservación en situaciones tales como la institución de heredero bajo condición, o la aceptación a beneficio de inventario (situaciones cercanas, en lo que interesa, a la sustitución fideicomisaria), sostiene: «En tales supuestos, la conservación supone realizar actos de conservación, de administración e incluso de disposición. Los actos de conservación se cumplen, puesto que su posibilidad depende simplemente del hecho de presentarse las circunstancias que los hacen necesarios... cabe la posibilidad de tener que realizar actos de disposición para mejor mantener la integridad del patrimonio, siempre que sean realizados con las debidas garantías».

²⁴³ CASTÁN TOBEÑAS, José, *obra citada*, tomo VI, vol. 2.º (Sucesiones), Madrid, 1973, p. 234. En este sentido, escribe el autor: «se entiende permitida la enajenación de los bienes fideicomitados en la sustitución fideicomisaria... en ciertos casos pueden realizarse en

El porqué de la existencia de estas facultades dispositivas dentro de la posición del fiduciario (para pago de legítimas, cargas y deudas, o para realizar una conservación adecuada) ²⁴⁴, se desprende de lo dicho hasta aquí. Por ello, los casos y el momento en que deba disponerse de bienes fideicomitidos vendrán determinados por las circunstancias que rodean el deber de conservar ²⁴⁵. Sostener a la vista de estas facultades dispositivas del fiduciario el carácter no esencial del deber de conservar dentro de la sustitución fideicomisaria me parece un error, ya que la nota de inalienabilidad predicable de los bienes sólo cede ante la necesidad de dar el debido cumplimiento a lo anterior. De modo que la disposición no encontraría en un acto de voluntad del fiduciario su causa, sino en la necesidad de mantener el valor de lo dejado.

Consecuencia de lo anterior sería que queda fuera del alcance del fiduciario el determinar qué bienes son disponibles, ya que sólo la naturaleza de los mismos y las circunstancias que rodean su administración pueden concretar este dato de la disponibilidad ²⁴⁶.

A pesar de esto, la disposición o facultad de disponer es mera potencia o posibilidad, y por ello, no debe quedar totalmente anulada la actuación de control del fideicomisario. Según Albaladejo, la responsabilidad por una administración negligente «alcanza lo mismo si el fideicomiso es normal (sustitución fideicomisaria) que si es de residuo, porque, aunque sea de residuo, lo que se le permite al fiduciario es disponer de los bienes, no ser negligente o doloso en su gestión» ²⁴⁷. En otras palabras, el ejercicio de las

concepto de libres los bienes del gravamen restitutorio para pago de legítimas, legados, deudas, etc.».

²⁴⁴ PUIG FERRIOL, Luis, *obra citada*, pp. 152 y 153. El autor refiriéndose a casos excepcionales de disposición por el fiduciario, escribe: «Estas excepciones son los casos en que lo permita la ley o lo autorice el testador o los fideicomisarios, y la necesidad de las mismas es tan clara que, creo, excusa, por innecesaria, toda justificación acerca de su mantenimiento. Mediante dejar instituida una sustitución fideicomisaria no puede pretender el testador ir en fraude o en contra de la ley, y de ahí que cuando, para la atención de las obligaciones que aquélla impone, sea necesario proceder a la disposición de determinados bienes, la institución de un heredero sucesivo no ha de presentar, en ningún caso, un obstáculo para que se cumpla una disposición legal».

²⁴⁵ GONZÁLEZ PALOMINO, José, *obra citada*, *Enajenación de bienes...*, pp. 897 y 936. Este autor se pronuncia a favor de la enajenación de los bienes fideicomitidos en determinados casos, en base a distintas razones: «... La primera, que el testador ha hecho dos llamamientos en orden escalonado de preferencias, y ha tenido presente en primer plano la utilidad, ventaja y beneficio del primer llamado, en tanto no perjudique al segundo».

²⁴⁶ GONZÁLEZ PALOMINO, José, *obra citada*, *Enajenación de bienes...*, p. 931. Señala el autor: «No nos preguntemos si el fiduciario puede o no puede enajenar los bienes del fideicomiso sino si se pueden o no se pueden enajenar los bienes del fideicomiso; y, caso afirmativo, por quién, para qué y cómo. En vez del “fiduciario-centrismo” vamos a aceptar, provisionalmente, el fideicomiso-centrismo»...».

²⁴⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada*, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, p. 321. También en este sentido PUIG FERRIOL, *Anotaciones a*

facultades dispositivas que se conceden al fiduciario de una sustitución fideicomisaria queda sujeto al control que se realiza sobre su actuación ²⁴⁸, como parte de una titularidad que comprende disfrute y conservación.

Esta concreta finalidad conservativa de las posibles facultades dispositivas del fiduciario en la sustitución fideicomisaria nos pone en contacto con el eventual contenido del derecho correspondiente al fideicomisario. Así, pueden acontecer dos procesos sujetos a regímenes bien distintos: por un lado, puede el fiduciario enmascarar una enajenación como necesaria para la conservación del patrimonio fideicomitado, lo que provocaría, una vez descubierto, la aplicación del régimen jurídico de ineficacia concreto ²⁴⁹. Por otro, puede el fiduciario realizar por diversas razones (de utilidad, mayor rentabilidad, etc.) enajenaciones o actos de naturaleza dispositiva, en general, lo que llevaría a la aplicación de la denominada subrogación real para que los nuevos bienes o derechos adquiridos sigan el régimen vinculado establecido por el testador.

Fuera de las facultades dispositivas cuya finalidad sea la conservación de los bienes fideicomitados, nos encontramos con la posible existencia de otras facultades dispositivas cuya finalidad se encuentra más cercana a la idea de disfrute presente, de igual modo, en la posición jurídica ocupada por el fiduciario. En estos casos, la facultad dispositiva no es un medio para conservar, sino parte del contenido del derecho —no un deber instrumental—. Así, sin salirnos aún de lo que es la sustitución fideicomisaria tal y como se encuentra regulada en los artículos 781 ss., puede el fiduciario disponer de los bienes en función de la especial configuración de su derecho real. Es decir, la transmisión del bien quedaría sujeta a la limitación temporal del derecho que corresponde al fiduciario y al deber de restituirlo al heredero instituido en segundo lugar ²⁵⁰.

Pero, además, el testador puede conceder determinadas facultades dispositivas al fiduciario sin que los actos dispositivos desarrollados en

Enneccerus..., p. 520. Para este último autor, dado que el fiduciario es consciente de su posición y deber, parece según alguna doctrina que le resultaría aplicable el artículo 1183 CC, «se presumirá que la pérdida o deterioro del bien fideicomitado ocurridos mientras éste se halla en poder del fiduciario acaeció por su culpa, salvo prueba en contrario».

²⁴⁸ LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de, *obra citada*, pp. 657 y 658. Para el autor, «... El control de la finalidad subrogatoria que debe presidir la enajenación, el de la solidez de la inversión proyectada y de su efectiva realización, que es lo que elimina el peligro que pueden correr los fideicomisarios, se obtiene sometiendo la enajenación a la exigencia de la autorización judicial».

²⁴⁹ IGLESIAS CUBRÍA, *obra citada*, p. 89.

²⁵⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *obra citada*, pp. 231 y 232. Vallet opina que «como sujeto a restitución tiene un *dominium ad tempus*, sus actos de enajenación no pueden rebasar ese ámbito temporal, a no ser que el testador lo haya autorizado (según ocurre en los fideicomisos de residuo). La sujeción de los bienes a su restitución es la verdadera causa de esa limitación temporal de la facultad dispositiva en cuanto exceda de aquella sujeción».

base a éstas queden sujetos a temporalidad o resolución. De esta manera se da entrada a lo que hemos venido llamando fideicomiso *de eo quod supererit*. Ahora bien, esta segunda vertiente de facultades dispositivas tendría que compaginarse con la eficacia general de un deber jurídico de conservar determinados bienes fideicomitados ²⁵¹.

XI.1.2 Actos dispositivos permitidos

El planteamiento de la cuestión obedece a la confusión existente, en muchos casos, dentro de la doctrina, entre lo que son propiamente negocios dispositivos y aquellos otros actos ²⁵² de naturaleza dispositiva que puede desarrollar el fiduciario en virtud de las facultades conferidas por el testador.

A mi juicio, la habilitación que se comprende en las facultades de las que el fiduciario es titular no se reduce a la mera realización de transmisiones onerosas o permutas, sino que el concepto de acto jurídico permite dar contenido más amplio a una posible actuación de carácter dispositivo. Así, a título de ejemplo, cabría que el fiduciario realizara una aportación de bienes fideicomitados en la constitución de una sociedad (civil o mercantil). Dicha aportación produciría un cambio no sólo en la titularidad de los bienes, sino también en la configuración del patrimonio fideicomitado. De manera que el titular del patrimonio asume una posición jurídica mucho más dinámica de la que tenía antes de realizarse la aportación mobiliaria a la sociedad.

Aparte de esta precisión terminológica, el estudio de los posibles actos dispositivos a realizar por el fiduciario se presenta con el dato inabarcable de la realidad jurídica. Difícilmente, partiendo de la premisa de que los actos a realizar por el fiduciario dependen de las facultades conferidas por el testador, podríamos presentar todas aquellas posibilidades que se dan o pudieran darse en la realidad. Por ello, tras renunciar a lo anterior, pero dejando abierta la posibilidad de que puedan ser más de los que aparecen recogidos por las normas, recurro a los Derechos Forales presentes en España por ser más ricos que el Derecho Común en esta materia y por recoger un elenco de los actos dispositivos ²⁵³ que, en circunstancias normales, podrá realizar el fiduciario de una sustitución fideicomisaria.

²⁵¹ AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás, *obra citada*, p. 238. Como conclusión a esta parte de su estudio, argumenta el autor: «Así, pues, todo lo referente a administración y disposición es mera consecuencia de la manera de plantearse la titularidad sobre los bienes...».

²⁵² AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás, *obra citada*, p. 111. Para el autor, «... el grupo de los actos de disposición comprende todos los actos que producen una modificación jurídica respecto de un bien o derecho. El concepto de los actos de disposición no se restringe a los actos de enajenación, como ha pretendido alguna teoría jurídica. Se trata de una noción mucho más amplia, que comprende toda modificación jurídica de un bien o derecho. Mediante el acto de disposición se transfiere, se grava, se extingue un bien o derecho, o, de modo general, se produce respecto del mismo cualquier modificación jurídica».

²⁵³ COLL Y RODÉS. Ramón, «Dictamen (Estudio, en vista de una cláusula testamentaria, sobre utilización de los medios autorizados por el Derecho, para poder enajenar eficazmente bienes inmuebles comprendidos en un fideicomiso)», *RJC*, 1955, pp. 225 a 233.

En esta ocasión, de la mano de Luz Zaforteza, me introduzco en la *Compilación de Derecho civil balear* en su versión de 1990.

Siguiendo esta regulación, vemos cómo las normas en cuestión recogen todos aquellos supuestos, estudiados anteriormente por mí, donde se encuentra plenamente justificada una actuación dispositiva por el fiduciario ²⁵⁴. Quizás, dentro de estos supuestos en los que se faculta a éste para la disposición de los bienes fideicomitidos —como bienes libres—, reviste un especial interés aquel que tiene lugar gracias a la participación del fideicomisario. Pues los efectos limitados de las transmisiones realizadas por el fiduciario no obedecen sólo al carácter temporal de su titularidad, sino también a su derecho real *sui generis* sobre los bienes, lo que provoca una precariedad de la transmisión, que sólo puede consolidarse con la intervención de un sujeto llamado a tener un derecho completo de propiedad sobre los mismos.

La intervención del fideicomisario como tercero, titular de un derecho eventual, en este tipo de actos ocasiona una cierta confusión dentro de la doctrina científica cuando la misma se propone calificar jurídicamente dicha participación. Prueba de lo anterior, son las distintas calificaciones adoptadas por autores como O'Callaghan Muñoz ²⁵⁵, Albaladejo ²⁵⁶ o la misma Luz Zaforteza ²⁵⁷.

²⁵⁴ ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ, *El fideicomiso en el Derecho Civil de Mallorca y Menorca*, Ajuntament de Palma, 1992, pp. 156 y 166. Estos supuestos se prevén en los arts. 33 y 34 de la *Compilación balear* y según la autora: «En efecto, el fiduciario sí podrá disponer de aquéllos (los bienes) en determinados supuestos, tales como: si lo hace de común acuerdo con los fideicomisarios —con el de todos los llamados, pues si falta alguno de ellos, éste podría impugnar dicha disposición—; cuando el fideicomitente así lo hubiera autorizado, siempre que esta autorización no sea tan amplia como para constituir en realidad un fideicomiso de residuo; para pagar las deudas de la herencia y los gastos de legítimas, créditos y mejoras; y, finalmente, también podrá disponer libremente de aquellos bienes que por su naturaleza sean susceptibles de destrucción, sujetándose, en este caso, lo obtenido al gravamen fideicomisario».

²⁵⁵ O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, «Consentimiento de los fideicomisarios a los actos de disposición de bienes fideicomitidos», *RJC*, 1970, pp. 535 ss. El autor sustenta una opinión muy particular al respecto. Según él, «el consentimiento prestado por los fideicomisarios para que el fiduciario pueda enajenar o gravar bienes fideicomitidos eficazmente, es, en realidad, una renuncia, pues el fideicomisario renuncia, ya de presente, de futuro o de pasado, a unos bienes, los enajenados, que en caso de producirse la delación fideicomisaria a su favor, él adquiriría».

²⁵⁶ ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Comentarios del Código Civil*. Dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz..., artículos 781 ss., publicado por el Ministerio de Justicia, 1991, p. 1917. Sostiene Albaladejo: «De lo que no puede disponer por sí solo es de ellos (los bienes) como libres en propiedad para siempre (no temporal) y sin sujeción a la restitución al fideicomisario. Para hacer eso, es preciso que además del fiduciario presten su conformidad (o haya algo que le equivalga) los fideicomisarios».

²⁵⁷ ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ, *obra citada*, p. 174. Para la autora, «el consentimiento que prestan los fideicomisarios al acto de disposición que el fiduciario pretenda realizar,

De cualquier modo, se llame como se llame a dicha participación del fideicomisario (asentimiento, renuncia, conformidad o consentimiento), se trata de completar un acto dispositivo que, sin tal participación, no podría operar los efectos jurídicos deseados. Por ello, la calificación jurídica de esta intervención del fideicomisario se encuentra estrechamente vinculada a la determinación del régimen de ineficacia aplicable a aquellos actos dispositivos desarrollados por el llamado en primer lugar para los cuales no se encuentra facultado. Cuestión que trataré de manera conjunta más adelante. Baste, por el momento, señalar que se trata de una participación con carácter necesario ²⁵⁸, debiéndose excluir todas aquellas nociones o calificaciones que aludan a una participación sólo conveniente.

En último lugar, convendría recordar aquellos casos donde por exigencias de la función de administrador que desarrolla el fiduciario (pago de deudas y cargas de la herencia ²⁵⁹), se concede relevancia a determinados actos dispositivos sobre algunos bienes. Con lo cual la administración de un patrimonio afecto a fin concreto, justifica la realización de actos dispositivos sobre determinados bienes. Y, aunque se trata de un supuesto con un razonamiento lógico, ya apuntado por nosotros, merece la pena reproducir el dado por la autora citada: «... si por ley el fiduciario es responsable de que a la herencia fideicomisaria no se le cause perjuicio alguno que pueda disminuir su calidad y cantidad, es lógico que la misma ley le procure alguno de los medios necesarios para evitar, en la medida de lo posible, aquéllos. Hay que tener en cuenta que, en el caso de que el fiduciario no pague dichas deudas y cargas hereditarias, los acreedores pueden dirigirse directamente contra la herencia fideicomitada, con lo que el perjuicio ocasionado puede ser aún más grave que si el fiduciario enajena para pagar a éstos» ²⁶⁰.

o haya realizado ya, consiste en una declaración de voluntad unilateral realizada por una persona ajena, en principio, al negocio, con el fin de conferir eficacia a dicho acto y para asumir los efectos que el mismo produzca. En este sentido se parece más a la figura del “asentimiento”...».

²⁵⁸ Considero oportuno recordar el carácter que tiene la participación de un sujeto determinado en diversos artículos de nuestro Código Civil, especialmente por la analogía existente con el supuesto estudiado, artículos 843 y 1322 CC.

²⁵⁹ ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz, *obra citada*, p. 196. Según la autora, «bajo el concepto de deudas y cargas de la herencia, cabe entender las deudas del causante, los deberes o cargas impuestas al heredero por el testador que no lleguen a ser legados, las cargas impuestas por la ley (arts. 902 y 903 CC); los gastos de administración de la herencia (art. 1003 CC), y los gastos de entrega de los legados (art. 886.3.º CC) y, finalmente, los legados».

²⁶⁰ ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz, *obra citada*, p. 197.

XI.1.3 Régimen de ineficacia

Para comenzar este epígrafe, debo advertir que sólo me ocuparé del tipo de ineficacia que afecta a los actos dispositivos realizados por el fiduciario sin encontrarse facultado para ello.

Como en aspectos distintos de la figura fideicomisaria ²⁶¹, en éste que se ocupa de su faceta dinámica, la determinación del tipo de ineficacia aplicable no resulta sencilla. Así, llevado por lo que se establece en el artículo 6.3.º del Código Civil, mi primera impresión sería afirmar la existencia de nulidad en aquellos casos en los que se dispone por el fiduciario sin estar habilitado para ello, bien por las circunstancias, bien por el testador, o bien, por la propia ley ²⁶².

No obstante, a la hora de determinar el régimen de ineficacia en esta clase de actos dispositivos debemos contar con otra serie de datos de gran trascendencia: en primer lugar, retomando una idea que dejaba apuntada más arriba, debe considerarse la posibilidad de que el fideicomisario mediante una declaración de voluntad conceda eficacia al acto desarrollado por el fiduciario. Seguidamente, debemos reconocer que el establecimiento de la figura fideicomisaria tiene su origen en el acto de voluntad de un sujeto, como disposición o parte del contenido de una sucesión testada. Esto, que puede resultar una obviedad, influye decisivamente sobre la naturaleza propia de la prohibición de disponer, y como consecuencia de lo anterior, sobre el tipo de ineficacia aplicable en caso de contravención ²⁶³.

Pero, además, a pesar de que debemos partir del dato de Derecho positivo que establece el artículo 6.3 sobre el régimen de ineficacia gene-

²⁶¹ Convendría recordar, aquí, la existencia de nulidad parcial cuando el testador establece más de dos llamamientos en favor de personas que no vivan al tiempo del fallecimiento del mismo; o de la nulidad absoluta de la disposición prevista en el artículo 785, para cuando el testador no utiliza una de las fórmulas establecidas por la ley (arts. 781, 783.1 y 785.1 y 4).

²⁶² JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, p. 333. «... Como he venido repitiendo, la cuestión del régimen de ineficacia es una cuestión de estricto Derecho positivo, que responde a necesidades y conveniencias de política legislativa apreciadas por el legislador en cada momento. O sea, el régimen de ineficacia contractual para estos casos se determina *a posteriori* y en concreto desde las normas vigentes, y no *a priori* desde lo que en abstracto se considere lógico o conveniente».

²⁶³ AGUILERA DE LA CIERVA, Tomás, *obra citada*, pp. 125 y 126. Escribe el autor, «por lo que se refiere al derecho, la prohibición de disponer no hace desaparecer el «*ius disponendi*», ni tampoco lo separa del derecho subjetivo. Simplemente, paraliza el ejercicio del «*ius disponendi*», o convierte la disposición en ilícita. Desaparecida la restricción, el «*ius disponendi*» reaparece en toda su virtualidad. En el caso de prohibiciones legales, el acto que las vulnera debe ser nulo en España, por infracción del artículo 4.º del Código Civil. Si las prohibiciones son convencionales, habrá infracción de una obligación; las consecuencias, en tal supuesto, consisten en la posibilidad de reclamar la nulidad del convenio que infringe la prohibición de disponer».

ral, resulta conveniente constatar dos procesos que, teniendo diversa naturaleza, vienen progresivamente a extender el campo de la anulabilidad. Por un lado, la extensión a través de diversas medidas legislativas que en nuestros días sufre el concepto de anulabilidad (caso de la reforma de 1981) ²⁶⁴, aplicándose a supuestos que, en principio, no vendrían recogidos en los artículos 1300 ss. del Código Civil. Por otro lado, la posibilidad, admitida doctrinalmente ²⁶⁵, de aplicar analógicamente ²⁶⁶, apreciando el ámbito concreto de actuación del régimen, la anulabilidad a supuestos carentes de regulación que presentan grandes semejanzas con aquellos otros sujetos a este régimen de ineficacia. No obstante, debemos señalar que dicha aplicación no se produce por considerar determinante el dato de la concurrencia de unos intereses privados ²⁶⁷, ya que mientras no se altere el sistema diseñado la regla general sería la nulidad.

Si unimos este dato a la eficacia y conveniencia de mantener las transmisiones realizadas por el fiduciario a terceros de buena fe que confían en una apariencia ²⁶⁸, vemos cómo nuestras conclusiones sobre el

²⁶⁴ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)*, Centenario del Código Civil (1889-1989), Asociación de profesores de Derecho Civil, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 966. Según el autor, «el signo de la línea de progresiva clarificación en materia de ineficacias parece decantarse decididamente hacia la restricción de la nulidad en beneficio de la anulabilidad... la anulabilidad, desbordando los límites del originario artículo 1301 del Código Civil, se irá perfilando como la forma general de protección de intereses privados o disponibles...».

²⁶⁵ JORDANO BAREA, Juan B., «Derecho Civil y Derecho Mercantil», *RDP*, 1964, p. 181. Conviene acudir a la idea que sobre normas especiales y excepcionales mantiene este autor.

²⁶⁶ JORDANO FRAGA, Francisco, *obra citada*, p. 334. Escribe el autor: «La nulidad absoluta es el régimen general de ineficacia que, en defecto de otro legalmente señalado, nuestro ordenamiento establece para los actos que lo contravienen: los contrarios a las leyes imperativas y los que derogan el Derecho dispositivo sin respetar los límites para ello señalados (art. 6.3.º, art. 6. 2.º y 1255 CC.)... La anulabilidad es un régimen especial de nulidad... y no un régimen excepcional: nada impide la extensión analógica de la anulabilidad, de casos previstos por el legislador a otros que no lo están, pero son semejantes».

²⁶⁷ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *obra citada*, pp. 976, 979 y 980. «Cuando lo que está en causa es el simple interés privado de los particulares, basta, y resulta la más adecuada, la forma de ineficacia disponible relativa y tuitiva, propia de la anulabilidad... es la valoración del interés tutelado la que permitirá la más precisa calificación de la ineficacia producida y, consiguientemente, la determinación de sus efectos y el régimen de su ejercicio».

²⁶⁸ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, p. 329. Sostiene el autor: «... sin perjuicio de que cuando, aun cuando indebidamente, disponga por sí solo el fiduciario, su acto hará recibir el derecho total y definitivo al adquirente si es que se dan los requisitos de la adquisición a *non domino*, como en los casos del art. 464 CC o del 34 de la Ley Hipotecaria. Ello, naturalmente, aparte del derecho del fideicomisario a la contraprestación recibida por lo enajenado indebidamente o al equivalente del bien exfideicomitido».

tipo de ineficacia se acercaría bastante a las de otro autor –Albaladejo– que se ha ocupado del asunto ²⁶⁹.

Mantener en el presente caso la existencia de anulabilidad, y no de nulidad, nos ha introducido en una polémica que enfrenta, actualmente, a determinados autores, Jordano Fraga ²⁷⁰ y Gordillo Cañas ²⁷¹ entre otros, sobre el alcance y consideración de ambos regímenes de ineficacia.

Por mi parte, a la vista de que me limito al ámbito concreto de las actuaciones dispositivas desarrolladas por el fiduciario sin encontrarse facultado para ello, considero que una de las repercusiones más importantes que conlleva el hecho de decantarse por uno u otro régimen de ineficacia es determinar la naturaleza del acto por el cual el fideicomisario acepta lo realizado por el llamado en primer lugar (fiduciario). Así, partiendo del dato suministrado por la práctica, vemos cómo la técnica de la confirmación prevista en los artículos 1309 ss., que actúa en casos de anulabilidad del propio acto cuando concurre una posterior declaración de voluntad unilateral y válida, viene siendo utilizada para casos que no son, en rigor, confirmación (arts. 1322 y 843), sino complemento necesario por una falta de legitimación en el que actúa. De este modo, si admitimos como régimen de ineficacia de los mencionados actos la anulabilidad, podría sostenerse sin absoluta propiedad ²⁷² la calificación de confirmación para aludir al consentimiento prestado por el fideicomisario. No debemos olvidar que en la sustitución fideicomisaria nos encontramos ante titularidades sucesivas ²⁷³, con lo que hablar en esta sede de confirmación, por más amplitud que quiera darse al concepto, no parece exacto.

²⁶⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil...*, p. 329. A juicio del autor, «... lo que más conviene al caso es considerarlo como acto impugnado por el fideicomisario, ya que únicamente es suyo el interés de la conservación (a la que ataca el acto de disposición) de los bienes, luego a él sólo le corresponde poder pedir la invalidez, o inoperancia frente a él, de los actos que la ataquen».

²⁷⁰ JORDANO FRAGA, Francisco, *obra citada*, pp. 342 y 344.

²⁷¹ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *obra citada*, pp. 938 y 965. El autor refiriéndose a la situación de anulabilidad-confirmabilidad, escribe: «A nuestro juicio, dos son las exigencias necesarias: una referida al juicio legal de protegibilidad; otra, al presupuesto fáctico contractual... En primer lugar es necesaria una situación jurídica en la que el juicio legal de protegibilidad se decante en favor de uno de los contratantes, a cuya voluntad o estimación de conveniencia se deja la decisión sobre la definitiva eficacia o ineficacia del contrato. En segundo lugar, será necesario un dato material u objetivo: la determinación fáctica, acabada y cerrada, de una hipótesis contractual, a la cual sea posible referirse unilateralmente (*per relationem*), sin nada añadirle ni restarle, para darle o negarle definitiva eficacia...».

²⁷² CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, pp. 45 ss. Sirva esta cita para entender el verdadero sentido de la confirmación dentro de un negocio anulable.

²⁷³ Debemos tener presente que el sujeto (fideicomisario) que presta su conformidad con el acto, sólo ostenta un derecho eventual a los bienes, y no una titularidad compartida como ocurre en sede de gananciales, o un derecho presente como en sede contractual.

Por otro lado, si bien es cierto que la anulabilidad es un tipo de ineficacia manejado por el legislador, generalmente, para aquellos supuestos en que el sujeto que puede verse afectado por el acto tiene la posibilidad de impugnarlo, este hecho obedece fundamentalmente a la ubicación, en sede de contratos, de su regulación jurídica. Por ello, no debemos considerar este dato como un obstáculo para su aplicación en los casos en los que pudieran existir sujetos incapacitados, o incluso, futuros sujetos afectados por el acto dispositivo del que se deriva la ineficacia relativa. Así, por ejemplo, cuando aparece designado como fideicomisario un *concepturus* o alguien que carece de la capacidad necesaria.

Éste último sería el inconveniente ²⁷⁴ más relevante de aplicar un tipo de ineficacia como el aquí defendido, puesto que en todos aquellos otros supuestos en que el fideicomisario gozara ya de la capacidad necesaria durante el tiempo en que corresponden los bienes a la titularidad del fiduciario, podría defenderse impugnando los posibles actos dispositivos del fiduciario para los que no se encuentra facultado jurídicamente.

Si no existe conformidad previa, o posterior, al acto desarrollado por el fiduciario, el fideicomisario, llegado el momento, exigirá al fiduciario, o a sus sucesores, la contraprestación recibida por lo enajenado indebidamente o el equivalente en concepto de indemnización. Obviamente, dejando a salvo la posibilidad de aplicar lo establecido en el artículo 1303 ²⁷⁵ siempre que no surgiera un tercero protegido legalmente en su adquisición. Algo que produciría la restitución de la cosa salida indebidamente del patrimonio del fiduciario mientras éste era titular de los bienes fideicomitados.

XI.2 VOLUNTAD DEL TESTADOR COMO MEDIDA PARA CONCRETAR LAS FACULTADES DISPOSITIVAS DEL FIDUCIARIO EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

Tras haber estudiado en epígrafes anteriores las posibles vías de disposición presentes en la figura de la sustitución fideicomisaria, facultades necesarias en cualquier caso, es posible que el testador haya otorgado otras facultades de carácter dispositivo a favor del fiduciario en el acto de última voluntad.

²⁷⁴ Éste que hemos denominado el inconveniente más relevante, no lo sería tanto, si nos detenemos a observar la configuración propia de las figuras fideicomisarias, construidas, como sabemos, sobre un orden sucesivo de sucesión. La concurrencia de cualquier efecto jurídico, o la privación de determinados efectos, tiene que estar íntimamente relacionada con la naturaleza y fisonomía propias de la figura en cuestión.

²⁷⁵ Artículo 1303: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

El concreto ámbito de actuación del fiduciario dentro del fideicomiso de residuo, en cualquiera de sus variantes, fideicomiso *de eo quod supererit* o fideicomiso *si aliquid supererit*, dependerá de la extensión y finalidad de las facultades jurídicas concedidas por el testador. De entre éstas, interesa centrarse en las de carácter dispositivo, pues son ellas las que determinarán el destino, en mayor o menor grado ²⁷⁶, de los bienes fideicomitados. Así, dentro del fideicomiso *si aliquid supererit*, la extensión y finalidad de las facultades dispositivas concedidas al fiduciario permitirán, en muchos casos, abandonar al criterio de éste la elección del fin traslativo de determinados bienes; lo cual, como sabemos, incide en la consideración y calificación jurídica de la figura.

Junto a la faceta dinámica que proporciona a la posición jurídica del fiduciario la concesión de determinadas facultades dispositivas por el causante, nos encontramos con un elemento estático dentro de la sucesión *mortis causa* sucesiva presente en estas figuras fideicomisarias. Me refiero a la expectativa existente en la posición del llamado en segundo lugar o fideicomisario. De este modo, desaparecida alguna de las notas esenciales de la sustitución fideicomisaria (como el deber de conservar los bienes fideicomitados para después restituirlos al fideicomisario) por la amplitud de las facultades dispositivas concedidas al fiduciario, la expectativa del segundo llamado al residuo se muestra más lejana que nunca ²⁷⁷. Así, pues, si el fiduciario, dentro de las facultades concedidas, consumió o enajenó todos los bienes fideicomitados, el fideicomisario ve desaparecer su expectativa a un derecho de propiedad sobre los mencionados bienes. En este caso la expectativa recae sobre los bienes, es decir, en el objeto de la futura titularidad. Por ello, parece necesario separar la posible titularidad que corresponde a un sujeto por X título (como heredero o legatario), del posible poder jurídico que pueda corresponderle sobre unos bienes por una expectativa o derecho eventual. El fideicomisario siempre ostentará la titularidad (normalmente, heredero) por la que fue instituido en el testamento. Ahora bien, «la expectativa finalmente se extingue si aquella incertidumbre, que actúa de suspensivo del efecto jurídico, desaparece, bien porque se actualice (por el acaecimiento del hecho positivo), o porque

²⁷⁶ Aquí, sí debemos considerar las diferencias existentes entre el fideicomiso *de eo quod supererit* y el fideicomiso *si aliquid supererit*, ya que la existencia de facultades dispositivas, conferidas por el testador, en el primer caso debe compaginarse con la pervivencia del deber de conservar que recae sobre un determinado conjunto de bienes sujetos al fideicomiso.

²⁷⁷ IGLESIAS CUBRÍA, *obra citada*, p. 89. Como indica el autor, puede ocurrir «que el evento se resuelva de manera no favorable al expectante (sin responsabilidad alguna para el pretitular, ni para terceros), en cuyo caso la expectativa se extingue por sí misma, y las accesorias situaciones creadas en torno a ella».

se adquiriera la certeza del incumplimiento (cuando el fiduciario no deja residuo para que pase al llamado en segundo lugar)»²⁷⁸.

No obstante, el contenido y la extensión de estas facultades no siempre serán los mismos. Por ello, se abre toda una gradación de posibilidades que puede ir desde la disposición *inter vivos* a título oneroso por causa de necesidad, a la propia disposición *mortis causa* de los bienes por el fiduciario²⁷⁹ —planteando este último posible contenido de la disposición fideicomisaria dudas y diferencias dentro de los autores²⁸⁰ que se ocupan de la figura—. Ciertamente, el testador podrá conceder al fiduciario cuantas facultades dispositivas desee, pero la amplitud de las mismas se encontrará en relación directa con el sentido que el propio *de cuius* haya querido dar a la disposición fideicomisaria. Ya que, si bien la facultad de disponer es una nota intrínseca o esencial en el fideicomiso de residuo²⁸¹, su ejercicio por el fiduciario se encontrará en función del tipo de fideicomiso: *de eo quod supererit* o *si aliquid supererit*²⁸².

En mi opinión, y partiendo del diferente tratamiento que deben recibir las facultades dispositivas en el caso del fideicomiso *de eo quod supe-*

²⁷⁸ IGLESIAS CUBRÍA, *obra citada*, p. 27.

²⁷⁹ Considero, como ya indicaba anteriormente, que estas cláusulas introducidas por el disponente incorporan preceptos por vía analógica, de distintas partes del Código Civil para conseguir una regulación adecuada: así, cuando existan facultades de disposición *inter vivos* a título oneroso, se le aplicará una regulación semejante al usufructo con facultad para enajenar. Cuando la tenga para disponer *inter vivos* a título gratuito, se le aplicarán normas de la donación, etc.

²⁸⁰ PARA MARTÍN, Antonio (comentario a la sentencia de 25 de mayo de 1971), «Fideicomiso de residuo. Fideicomiso de elección o distribución. Sustitución preventiva de residuo. Interpretación de testamento», *RJC*, 1972. p. 603. Escribe el autor, refiriéndose a la Compilación catalana: «... el caso de que el testador atribuya al heredero o legatario plenas facultades de disposición sobre la totalidad de los bienes a él transmitidos, a título oneroso o gratuito, *inter vivos* e incluso *mortis causa*... Están, pues, totalmente, en manos del heredero o legatario, que puede actuar como si fuera un heredero libre sin ninguna traba, diferenciándose esta institución del fideicomiso *si aliquid supererit* en que en este caso el fiduciario no puede disponer *mortis causa*...».

FLORES MICHEO, Rafael, *obra citada, Notas sobre el fideicomiso...*, p. 24. Según el autor, «parece claro que el primer instituido no puede disponer *mortis causa*, pues si lo hace y se admiten sus disposiciones, resultará improbableísimo que «deje bienes a su muerte».

DÍAZ ALABART, Silvia, *obra citada*, p. 219. Abordando esta cuestión, escribe la autora: «Lo que pasa es que, a diferencia del caso del fideicomiso de residuo usual, en el actual con disponibilidad *mortis causa*, se concede al fiduciario hasta poder de disponer de los bienes fideicomitados en favor de su propio heredero, o de nombrarse él para sí un heredero de ellos, que los reciba como herencia suya, apartando así los bienes de que a su muerte vayan al fideicomisario como herencia del fideicomitente...».

²⁸¹ IRÚRZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, pp. 202 y 203. Concretamente, este autor siguiendo la sentencia de 21 de noviembre de 1956 ha sostenido «que la facultad de disponer de los bienes de la herencia es intrínseca en el fideicomiso de residuo, y la posibilidad de su ejercicio, connatural a la posición jurídica del fiduciario».

²⁸² IRÚRZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, pp. 208 y 209.

rerit, más cercano a la configuración de la sustitución fideicomisaria, los actos de este género que realice el fiduciario merecerán un mayor seguimiento por los interesados en la conservación de los bienes y una interpretación más restrictiva por el tribunal encargado de juzgar su validez (la de los actos dispositivos) ²⁸³.

Pero la concesión de determinadas facultades por el testador al fiduciario plantea, como ya he dejado apuntado en sucesivas ocasiones a lo largo de este trabajo, la difícil cuestión de la subsistencia, o no, del carácter vinculado en las contraprestaciones recibidas por el fiduciario cuando, por habilitación de las facultades conferidas, dispone de los bienes afectos al fideicomiso. Por la complejidad que presenta el estudio de este tema, veo conveniente dedicar a su exclusivo tratamiento el epígrafe siguiente.

XII. ACTUACIÓN DE LA SUBROGACIÓN REAL ANTE DETERMINADAS SITUACIONES CON RELEVANCIA JURÍDICA DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS. INCIDENCIA DEL CARÁCTER VINCULADO EN LOS BIENES

Como anunciaba en el epígrafe anterior, el estudio de la faceta dinámica de las figuras fideicomisarias se encuentra indisolublemente ligado a una serie de principios o mecanismos que preservan un derecho eventual, previsto legalmente, sobre unos bienes determinados.

En principio, el análisis dogmático-teórico de estos principios no presenta una gran dificultad; no así cuando nos centramos en una figura concreta, donde, además, la autonomía negocial de un sujeto (el testador) juega un papel de tanta trascendencia. En nuestro caso, el estudio de la subrogación real en las figuras fideicomisarias se complica a medida que la labor de configuración desarrollada por el testador, aumenta. Como sabemos, esta labor del testador reviste una gran relevancia, en la concesión al fiduciario de determinadas facultades dispositivas. Lo cual condiciona la actuación del mencionado principio de subrogación real ²⁸⁴.

²⁸³ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, p. 1928. Como señala Albaladejo: «Yo creo que, en principio, y porque siendo lo normal la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, hay que ser restrictivo en la interpretación de la concesión de la facultad de disponer...».

²⁸⁴ MARÍN PADILLA, M.^a Luisa, «Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de sucesiones», *RCDI*, 1980, pp. 1420 y 1426. Según la autora, «la aplicación del principio de la subrogación real en los fideicomisos está en función de las facultades concedidas al fiduciario, bien por ley, bien por expresa voluntad del disponente. A diferencia de Francia, Italia y Alemania, nuestro Código Civil, en el

Pero para entender el *modus operandi* de la subrogación real dentro de las figuras fideicomisarias, previamente debe entenderse en que consiste dicho principio. Cuyo estudio y conceptualización dejo a autores dedicados al tema como Roca Sastre ²⁸⁵ y Marín Padilla ²⁸⁶.

A mi juicio, los efectos de la subrogación real en las figuras fideicomisarias consistirían en la conservación sobre el bien nuevo de la afección y obligación de restituir, a la que los bienes antiguos estaban sometidos. Lo cual nos conduciría a concluir en la idea de que la subrogación se configura como un principio general de conservación.

En cuanto a la opinión de los autores sobre el funcionamiento de la subrogación real dentro de las figuras fideicomisarias, en general, es favorable ²⁸⁷. No obstante, no todos los autores contemplan el fenómeno desde la misma perspectiva. Así, determinados autores ponen el acento sobre la

artículo 783.2.º... El Código Civil niega al fiduciario facultades de disponer de los bienes fideicomitados, excepto en los casos *ex necessitate*, por lo que la subrogación real no se producirá sino en caso de expropiación forzosa e indemnizaciones recibidas por pérdida, destrucción de los bienes, etc., o bien cuando expresamente lo haya dispuesto el testador.

Es decir, la subrogación real no puede sino aplicarse cuando se ha producido una fluctuación permitida por la ley... La subrogación real, como muy bien dice la sentencia de 2 de mayo de 1956, no crea un poder de disposición al que no lo tiene por ley, sino que es el resultado, el procedimiento técnico que se aplica en las ventas autorizadas por la ley o, como admite la doctrina y la jurisprudencia, en ventas...».

²⁸⁵ ROCA SASTRE, Ramón M.ª, «La subrogación real», *RDP*, 1949, p. 281. Para el autor, la subrogación real se define como aquella figura «en virtud de la cual la situación jurídica que en cierto respecto califica o afecta a una cosa determinada pasa a calificar o afectar en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido aquella cuando la misma ha sido objeto de una enajenación o pérdida... y el campo o presupuesto fundamental de la subrogación real es un proceso de reconversión de valores económicos sobre la base de la permanencia de un mismo o permanente valor».

²⁸⁶ MARÍN PADILLA, M.ª Luisa, «La formación del concepto de Subrogación Real», *RCDI*, 1975, p. 1192. Según la autora, «la subrogación real para nosotros es un principio general de conservación de un derecho, a pesar del cambio material de su objeto, mediante una conservación en valor individualizado por su origen y procedencia y, al mismo tiempo y en casi todas las ocasiones en las que ella interviene, se nos presenta como principio general complementario con el principio también general del enriquecimiento injusto... Para saber cómo interviene la subrogación real y para qué, es necesario estudiar la institución o caso especial en que interviene y el derecho real que se trata de conservar».

²⁸⁷ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *obra citada*, pp. 406 y 407. «Pensamos que los actos dispositivos del fiduciario pueden modificar cuantitativa, pero no cualitativamente, su situación jurídica y la del fideicomisario».

Vid. PUIG FERRIOL, Luis, *obra citada*, pp. 153, 221 a 224. «El heredero sucesivo no ha de recibir necesariamente los mismos bienes que con la apertura de la sucesión del fideicomitente pasan a integrar el patrimonio del heredero fiduciario... El heredero sucesivo no perderá tal carácter por más que en el patrimonio fideicomitado hayan ocurrido mutaciones, sea cualquiera la importancia de las mismas... De todas formas, ha de entenderse

concreción o identificabilidad de los bienes, lo que permite establecer la relación entre el bien que sale y aquél otro que entra dentro del patrimonio afecto al fideicomiso. Es el caso de Irúzun ²⁸⁸. Irúzun, no obstante, consciente del mayor grado de afección en los bienes dentro de la sustitución fideicomisaria, realiza una aportación particular para comprender el modo de operar la subrogación real dentro del fideicomiso de residuo. Para el autor, «lo normal, sin embargo, no es establecer el fideicomiso de residuo respecto de unos bienes como tales bienes *in natura*, sino en cuanto representativos de un valor que, en la parte que reste, ha de pasar al fideicomisario» ²⁸⁹. En la línea de ver en la subrogación real un medio de establecer una equivalencia entre valores, el que sale respecto del que entra, se encuentra Álvarez Caperochipi ²⁹⁰. Es decir, para esta tendencia doctrinal, la falta de identificabilidad en los bienes se sustituye por una individualización económica de los mismos a efectos de subrogación.

En mi opinión, en cualquiera de las figuras fideicomisarias (tanto en la sustitución fideicomisaria como en el fideicomiso *si aliquid supererit*) la determinación material de los bienes debe completarse con su consideración como valores económicos; sólo así lograremos comprender tanto el funcionamiento (relación de procedencia entre dos bienes con su raíz en un acto dispositivo permitido) del principio, como su finalidad (restablecimiento de la situación jurídica característica en la figura –vinculación de unos bienes a una finalidad– ante un desequilibrio económico injustificado) ²⁹¹.

Esta dificultad no se presenta en la sustitución fideicomisaria donde las facultades dispositivas del fiduciario se limitan a preservar los bienes, como acertadamente explica Bonet Ramón ²⁹².

que esta subrogación de los elementos integrantes del caudal relicto habrá de compaginarse con las oportunas garantías para los fideicomisarios...».

²⁸⁸ IRÚZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, p. 213. Concretamente, en relación con el tema de la subrogación señala el autor: «... creemos que hay que entender que la subrogación se da si la conexión entre la salida de un bien y la entrada de otro puede establecerse por cualquiera de los modos de prueba admisibles, y, especialmente, por la propia confesión del fiduciario».

²⁸⁹ IRÚZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, p. 212.

²⁹⁰ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A., *obra citada*, p. 193.

²⁹¹ MARÍN PADILLA, M.^a Luisa, *obra citada*, R. C. D. I., 1975. p. 1207. «La subrogación real, de acuerdo con la evolución histórica del principio, requiere la idea de valor económico de los bienes, pero este valor es necesario que esté identificado, y que el valor obtenido (precio) de un bien proceda de ese mismo bien, tenga su origen en él...».

²⁹² BONET RAMÓN, Francisco, *obra citada*, p. 358. Escribe el autor: «Comprende el gravamen de restitución fideicomisaria todo lo que integra la herencia, con aplicación del principio de subrogación real respecto de los elementos resultantes de un cambio o mutación necesaria o sufrida por la necesidad en los bienes fideicomitados...».

Aún restaría algo que decir sobre la aplicación de este principio en las figuras fideicomisarias, y ese algo tendría íntima relación con el tema de fondo de este trabajo: la autonomía negocial del testador ²⁹³. Pues bien, a mi juicio, la aplicación de la subrogación real, si bien puede venir impuesta por el testador para determinadas actuaciones que desarrolle el fiduciario ²⁹⁴, no depende sólo de una declaración de voluntad en sentido afirmativo, sino del conjunto del ordenamiento civil que impone dicha solución para todos aquellos casos que presentan igualdad de razón.

Tras haber reconocido el papel que en esta materia desempeña, como en muchas otras, la autonomía negocial del testador, estimo conveniente señalar en qué figuras fideicomisarias juega a falta de disposición expresa del causante la subrogación real, y en cuál no juega, a salvo lo indicado.

– Comenzando por la figura recogida en los artículos 781 ss. del Código Civil y repitiendo algo ya manifestado, creo que debemos diferenciar entre distintos casos:

Dada la ausencia de facultades dispositivas concedidas al fiduciario, en principio, y como regla general, no actuaría. Lo que sucede es que las especiales notas de carácter conservativo que concurren en la figura de sustitución fideicomisaria justifican su actuación u operatividad en determinados casos: en caso de expropiación del bien, o destrucción del mismo, operaríala subrogación respecto de la indemnización, o de lo recibido por seguro.

Por otro lado, junto a lo anterior, dado que, por lo dicho, el fiduciario carece de facultades dispositivas encaminadas a satisfacer un interés propio, en las enajenaciones a título oneroso en las cuales existan terceros adquirentes protegidos legalmente (arts. 1295 y 1298 CC o 34 y 40 de

²⁹³ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *obra citada*, pp. 407 y 408. Según el autor, «hay que indagar –pensamos– la voluntad del testador para ver si no se opone a la citada subrogación. Y creemos que se opone a la subrogación allí donde se ha autorizado a disponer a título gratuito. Aunque en ese supuesto se dispusiera de los bienes recibiendo una contraprestación, ésta no se integraría en el fideicomiso. Pero también aquí juega el límite de la buena fe y de la prohibición del abuso».

También en este sentido, DIEGO Y GUTIÉRREZ de, Felipe Clemente, *Derecho de sucesiones*. Puesta al día por COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, pp. 180 y 181.

²⁹⁴ MARÍN PADILLA, M.^a Luisa, *obra citada*, RCDI, 1975, pp. 1197 y 1198. Escribe la autora: «En cuanto a la clasificación también clásica, de subrogación real convencional y legal, consideramos que en realidad y en cada caso en que ella interviene, la subrogación es siempre legal, establecida expresamente por la ley o permitida por el Derecho en general o por las normas que rigen la institución jurídica en donde ella va a intervenir. Está claro que los particulares pueden establecer la subrogación real expresamente: así el testador que al establecer una sustitución fideicomisaria concede al fiduciario la facultad de enajenar los bienes fideicomitidos con la obligación de invertir el precio en otros bienes

la Ley Hipotecaria), no jugará la posible anulabilidad del acto, teniendo que actuar el principio de subrogación real respecto de la contraprestación recibida. Éste último es el supuesto al que generalmente alude la doctrina, convirtiéndolo en regla.

– En segundo lugar, debemos sostener cómo en el caso de que el testador estableciera un fideicomiso *si aliquid supererit* no actuaría dicha subrogación²⁹⁵. Esto último, salvo determinación en sentido positivo del testador.

En el caso de este tipo de fideicomiso de residuo la respuesta sobre la aplicabilidad, o no, se presenta más clara cuando la salida del bien se hubiera producido por una transmisión a título gratuito para la que estuviera autorizado el fiduciario, dado que en este tipo de transmisiones nada se recibe generalmente.

– Finalmente, para aquellos supuestos en los cuales se haya establecido un fideicomiso de *eo quod supererit*, la solución no puede ser única. De modo que, en principio, no cabrá aplicar el principio de subrogación real salvo disposición expresa del testador, como en los casos anteriores. No obstante, para ofrecer una respuesta más acertada, tendremos que distinguir los bienes sujetos necesariamente a conservación (que constituirían lo que queda como residuo), de aquéllos otros sobre los que posee el fiduciario algún tipo de facultades positivas encaminadas a satisfacer su propio interés. Sobre el segundo grupo de bienes nunca operará la subrogación real (tal y como ocurre en el fideicomiso *si aliquid supererit* en relación con todos los bienes fideicomitidos). En cambio, sobre los bienes que necesariamente tengan que restituirse al fideicomisario (recordar arts. 781 y 783.2.º CC) podrá actuar la subrogación real en los mismos supuestos descritos para el caso, de que lo dispuesto fuera una sustitución fideicomisaria.

La nota de procedencia se perfila como esencial en la configuración de este principio. Así resulta fácil entender la amplitud con que se entiende por algunos autores la aplicación de este principio²⁹⁶.

seguros... Pero en el fondo de todas estas subrogaciones convencionales, está el Derecho que las autoriza y permite».

²⁹⁵ PARA MARTÍN, Antonio, *obra citada*, p. 596. Escribe el autor: «Incluso en el caso de que el fiduciario enajene bienes y obtenga dinero por ellos, desde este momento el dinero pasa a ser suyo, no queda afecto al fideicomiso, y, en consecuencia, caso que perdurara a la muerte del fiduciario, no constituye ese *aliquid* del fideicomiso, y, por tanto, no lo adquiere el fideicomisario».

FLORES MICHEO, Rafael, *obra citada, Notas sobre el fideicomiso...*, p. 33.

²⁹⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, pp. 340 a 344. Para el autor se produce «la subrogación real de bienes fideicomitidos y la integración en el fideicomiso de bienes adquiridos en virtud de derechos pertenecientes al mismo».

XIII. GARANTÍAS O ASEGURAMIENTO DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL LLAMADO EN SEGUNDO LUGAR (FIDEICOMISARIO)

XIII.1 NECESIDAD DE RECURRIR A LA ANALOGÍA JURÍDICA. FALTA DE REGULACIÓN

Tras el estudio de los distintos regímenes jurídicos aplicables a las diversas figuras fideicomisarias, tanto considerándolas desde un aspecto estático, como sobre todo desde la perspectiva dinámica que nos proporciona la práctica negocial, nos quedaría por tratar todavía una cuestión del mayor interés. Cuestión, que no es otra, que la de las garantías, o aseguramiento, del correcto funcionamiento de la disposición sucesoria.

Podría preguntarse alguien el motivo de la importancia dada al tema de unas garantías que ni siquiera aparecen mencionadas en los escasos artículos que el Código Civil dedica a la regulación de la sustitución fideicomisaria. Pues bien, llama la atención el hecho de cómo, a pesar de encontrarse perfectamente delimitados en la ley los deberes (de conservar y de restituir) que configuran la posición jurídica del fiduciario, nada se hace por parte del legislador para garantizar, durante la titularidad del llamado en primer lugar, el correcto cumplimiento de los mismos. Este es, quizás, uno de los aspectos que más se echa de menos en la parca regulación que el Código Civil dedica a la sustitución fideicomisaria. Por este motivo, precisamente, nos vemos movidos u obligados a recurrir de nuevo a la analogía jurídica.

No obstante, este recurso, tantas veces utilizado por la doctrina jurídica para completar lagunas existentes en la regulación de las figuras fideicomisarias, presenta en este punto de las garantías una especial dificultad. Me explicaré: el establecimiento de unas garantías por la ley exige, normalmente, un concreto comportamiento a algún sujeto inmerso en la relación que pretende asegurarse (en este caso, al fiduciario), y para ello suelen utilizarse preceptos de naturaleza imperativa, para evitar así su elusión (como sucede en el usufructo con la necesidad de hacer inventario). Siendo esto así, podría pensarse que, si el legislador no estableció unas determinadas garantías para preservar la futura delación del fideicomisario, fue porque no era su intención; lo cual sería un serio obstáculo a la hora de aplicar, por vía analógica, las garantías establecidas en otras figuras jurídicas con inspiración semejante. Ésta sería una reflexión lógica si el legislador hubiera sido cuidadoso a la hora de regular la figura tratada. Pero, como ya hemos visto a lo largo de nuestro estudio, el legislador, intencionadamente, para no entrar en conflicto con las regiones donde existía Derecho Foral, trazó en sus rasgos más esenciales la figura dejándola desprovista de normas reguladoras de eso que he venido a denominar faceta dinámica o desenvolvimiento de la disposición fideicomisaria.

Por todo ello, considero que la ausencia de un precepto dedicado al tratamiento de posibles garantías que preserven el objeto (los bienes fideicomitados) del futuro derecho de propiedad del fideicomisario obedece más a un abandono intencionado del legislador, que a una voluntad implícita de excluirlo.

Una vez más, el legislador confía la suerte de la figura a la autonomía negocial del testador y al buen hacer de los aplicadores (Registadores y Jueces) de nuestro Derecho sucesorio.

Pero, si quedara alguna duda de la importancia del tema, así como de la necesidad de una aplicación analógica de determinados preceptos que prevean la constitución de unas garantías para casos similares, claro está, para aquellos supuestos en que el propio testador no hubiera previsto en la disposición fideicomisaria dicha constitución por el fiduciario, valgan los argumentos siguientes:

Si no se produce el establecimiento de unas garantías destinadas a la identificación material de los bienes afectos al fideicomiso, en concreto, la realización de inventario u otorgamiento de fianza, ¿cómo sabríamos que el fiduciario cumplió con su deber de conservar los bienes para el llamado en segundo lugar?, ¿cómo permitir al fiduciario realizar determinadas operaciones con los bienes, por necesidad en su administración, sin que ofrezca fianza suficiente de la seguridad en las operaciones proyectadas?; o lo que sería más grave, ¿cómo identificarlos, por ejemplo, a efectos de valoración o de una posible subrogación real?

Junto a la necesidad de su establecimiento por razones como las descritas, cabría añadir el dato de cómo en las Compilaciones Forales manejadas hasta aquí (preferentemente, catalana y balear), cuando se ocupan de la regulación de las figuras fideicomisarias, se recoge toda una serie de garantías dirigidas a preservar la futura titularidad del fideicomisario.

Una vez sentada la necesidad de establecer un aseguramiento de la titularidad del segundo llamado (o tercero, si existe más de un fideicomisario), nos enfrentamos con un segundo problema: ¿con qué figura realizar la analogía jurídica para establecer las garantías?

Señalaba antes el caso del usufructo ²⁹⁷, figura aludida por gran parte de la doctrina. Pero debe darse un paso más, y buscar la analogía en todas aquellas figuras jurídicas, en las que, existiendo un derecho temporal o pretitularidad sobre unos bienes, se pretende una conservación de los mismos con vistas a una titularidad posterior. Es el caso de las reservas hereditarias en las cuales se exige al reservista el otorgamiento de una serie de garantías para entrar en la titularidad de los bienes reservados (arts. 974 ss. CC).

²⁹⁷ Es con la regulación jurídica del usufructo, principalmente los artículos 491 ss. del Código Civil, con la que existe una mayor identidad de razón en el caso de las garantías aplicables a la sustitución fideicomisaria.

XIII.2 TRATAMIENTO REGISTRAL DE LA FIGURA DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Con ocasión del tratamiento y estudio de las posibles garantías que puedan presentarse dentro del establecimiento de una disposición fideicomisaria, nos encontramos con la, ya aludida, publicidad registral de la figura. Auténtica garantía para bienes inmuebles prevista en el artículo 82 del Reglamento Hipotecario ²⁹⁸ que, por los requisitos formales que rodean su establecimiento y por la finalidad concreta (preservar la seguridad y confianza en el tráfico inmobiliario) que preside la inscripción registral, adquiere una especial importancia para mi estudio.

El tratamiento registral de las figuras fideicomisarias cumple, a efectos de mi investigación, un papel mucho más importante de aquél que pudiera corresponderle como modo de asegurar o garantizar la afectación en los bienes inmuebles integrados dentro del fideicomiso, ya que con la inscripción se otorga publicidad frente a terceros a la disposición fideicomisaria tal y como se configuró testamentariamente por el causante. Es decir, la inscripción de herencia o legado con disposición fideicomisaria permite, desde el punto de vista teórico, calificar jurídicamente dicha disposición como una sustitución fideicomisaria, como un fideicomiso *de eo quod supererit*, o como un fideicomiso *si aliquid supererit*. Calificación que trasciende del ámbito inmobiliario afectando a todos los bienes integrados dentro del patrimonio fideicomitado.

Por otro lado, el Registro, como otras tantas veces, se convierte en fuente de información para posibles terceros interesados en adquirir bienes fideicomitados, pudiendo aquéllos comprobar cuáles son las concretas facultades dispositivas con las que cuenta el fiduciario sobre los bienes.

²⁹⁸ Art. 82 del Reglamento Hipotecario: «En las inscripciones de herencia o legado con sustitución fideicomisaria que se practiquen a favor de los fiduciarios, se hará constar la cláusula de sustitución.

Quando los bienes pasen al fideicomisario se practicará la inscripción a favor de éste en virtud del mismo título sucesorio y de los que acrediten que la transmisión ha tenido lugar.

En las sustituciones hereditarias de cualquier clase, cuando no estuvieren designados nominativamente los sustitutos, podrán determinarse por acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento notarial, siempre que de las cláusulas de sustitución o de la Ley no resulte la necesidad de otro medio de prueba.

El acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella.

El adquirente de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria podrá obtener, en su caso, a través del expediente de liberación de gravámenes regulado en los artículos 209 y 210 de la Ley, la cancelación del gravamen fideicomisario si han transcurrido treinta años desde la muerte del fiduciario que le transmitió los bienes sin que conste actuación alguna del fideicomisario o fideicomisarios».

Tras constatar el doble ámbito (teórico y práctico) en que se desarrolla el estudio registral de la figura fideicomisaria, debemos comenzar por exponer una serie de ideas atinentes a la materia objeto de inscripción, así como reflexiones sobre los efectos que se derivan de la propia publicidad de la disposición fideicomisaria. Es, precisamente, en este punto donde la doctrina se centra en aspectos parciales de la figura llegando, con ello, a conclusiones no del todo satisfactorias ²⁹⁹.

En mi opinión, que desarrollaré con posterioridad, la afección presente en los bienes fideicomitados no conlleva simplemente una carga o gravamen para la titularidad del fiduciario, sino que configura la esencia de su posición jurídica. De este modo, tras la inscripción de la disposición fideicomisaria, adquirirá publicidad no sólo la situación a la que se encuentran sometidos los bienes, sino también el derecho real del que es titular el fiduciario.

Expuesto lo anterior, en mi opinión, el artículo 82 del Reglamento Hipotecario, no viene a subsanar ningún olvido del legislador en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, sino muy al contrario, a salvaguardar el derecho eventual que corresponde al fideicomisario por propia estructuración de la sustitución fideicomisaria.

A mi juicio, el artículo 82 del Reglamento supone todo un acierto del legislador, quien, sin entrar en materia sustantiva en cuanto a regulación propia de la figura, algo que corresponde al Código Civil, ha sabido plasmar los rasgos configuradores que caracterizan a la figura: orden sucesivo en la sucesión, afección o vinculación en unos determinados bienes y consideración de la especial posición jurídica que ocupa el llamado en primer lugar (fiduciario).

²⁹⁹ ROCA SASTRE, Ramón M.^a, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 268 y 272. Mantiene el autor, «que es censurable por ser absurdo que este número 3.º del artículo 2.º se concrete al modo, y no se extienda asimismo a los gravámenes fideicomisarios y a todos los demás supuestos de cargas, gravámenes, afecciones... El gravamen fideicomisario: es una carga o gravamen real *per se* (o sea, independientemente de la atribución de la titularidad real que entraña el llamamiento de heredero, legatario o donatario fiduciario) aunque supeditada a la publicidad registral, pues su no constancia registral impide que pueda afectar a tercero adquirente».

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral», *RCDI*, 1961, pp. 165, 186 y 187. Este autor, siguiendo las teorías avanzadas por GIORGIANNI, *Diritto Reale, en Novissimo Digesto italiano*, 1960, pp. 746 ss., sobre las notas configuradoras del derecho real, proporciona un enfoque distinto al estudio de la figura. Vallet, dentro de la materia inscribible, sitúa lo siguiente: «Tenemos una serie de situaciones, jurídicamente protegidas, sin inmediato goce o disfrute de la cosa, pero que puede dar lugar a una sujeción con mayor o menor inherencia de la cosa». Y, dentro de estas situaciones, la «... sujeción a prohibiciones de disponer impuestas en testamento, donación u otra forma admitida en Derecho con eficacia *erga omnes*». Partiendo de mi propia visión, éstas vendrían, parcialmente, a configurar el derecho de titularidad fiduciaria.

Prueba de lo anterior es lo previsto en el segundo párrafo del aludido artículo 82, donde se establece la necesidad de una inscripción posterior cuando los bienes fideicomitados pasen al fideicomisario ³⁰⁰. Dicha inscripción a favor del instituido en segundo lugar no tiene solamente la función de cumplir con el principio registral del tracto sucesivo, sino también permite configurar el derecho que se inscribe a favor del fideicomisario como completo, es decir, como un derecho real de propiedad.

Visto hasta aquí el conjunto de cuestiones referentes a la calificación, desde el punto de vista registral, de la disposición fideicomisaria (como titularidad que conlleva una carga independiente, o como disposición testamentaria que comprende unas titularidades sucesivas con derechos distintos sobre unos bienes sujetos a una finalidad), nos restaría aún por afrontar la forma de actuar del Registro como sistema público de garantía en estos casos.

Que en este caso no quepa hablar de fe pública registral ³⁰¹, no quiere decir que no exista un despliegue de efectos a causa de la publicidad de la figura. De este modo, en virtud del citado artículo 82, el fideicomisario puede oponer su condición de tal frente a terceros ³⁰² que hayan adquirido bienes registrados del fiduciario llegado el momento de la delación fideicomisaria. Evidentemente, la adquisición del tercero sería válida dentro de las limitaciones propias del derecho que tiene el fiduciario sobre los bienes. Por ello, el tercer adquirente nunca podría disponer de los bienes adquiridos como libres, ni practicar una inscripción registral con un título que entrara en oposición con el que recoge la cláusula de sustitución y que, en su día, fue objeto de publicidad ³⁰³.

³⁰⁰ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. III., Aranzadi, 3.ª edición, Pamplona, 1982, pp. 537 ss.

³⁰¹ ROCA SASTRE, Ramón M.ª, «El registro y el Derecho de sucesiones», *AAMN*, 1965. p. 493. Sostiene el autor: «En cuanto al fundamental principio de fe pública registral, la inscripción en las adquisiciones *mortis causa* no despliega la misma energía que en la *inter vivos*, especialmente cuando éstas son a favor de terceros a título oneroso». A pesar de ser, en gran parte, cierta la afirmación realizada por Roca Sastre, el que no despliegue la misma energía que en las transmisiones *inter vivos*, no quiere decir que no despliegue ninguna.

³⁰² VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *obra citada*, pp. 392 y 395. Vallet, aludiendo al sistema de publicidad ordenado por el legislador, indica: «No obstante, existen situaciones no visibles, tales como las vinculaciones, fideicomisos, reservas..., que sólo con la inscripción registral pueden obtener visibilidad suficiente para ser oponibles a terceros en un régimen de publicidad organizada».

³⁰³ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 167 y 168. Escribe el autor: «El Registro de la Propiedad protege a las personas que hacen constar sus derechos en el mismo, a los propietarios y titulares de derechos reales —en ciertos casos, también los titulares de un derecho de crédito— cuyos actos de adquisición o constitución a título oneroso acceden al Registro. Y precisamente ese desconocimiento es lo que le permite considerar inoponibles el acto o la situación que les son ajenos».

Todo ello es consecuencia del sistema de publicidad registral adoptado por el ordenamiento español: aunque se inscriben títulos, se publican derechos; y éstos aparecen configurados en sus rasgos esenciales, incluidos aquéllos que conllevan una limitación en las facultades del titular (el art. 82 del Reglamento Hipotecario debe conectarse, por este motivo, con los artículos 2 y concordantes de la Ley Hipotecaria que delimitan el objeto de publicidad en el Registro).

A mi juicio, el mecanismo registral previsto legalmente para preservar la titularidad fideicomisaria, no es otro que el efecto primordial de la inoponibilidad ³⁰⁴.

En virtud de este principio de inoponibilidad ³⁰⁵, no puede oponerse a un tercero, adquirente de los bienes a través del fiduciario, la carga de conservar (con la consiguiente prohibición de disponer de los bienes como libres) para restituir con posterioridad al fideicomisario, si la cláusula no aparece en el título que se inscribe y que da lugar a la publicación de un derecho real esencialmente limitado. Por ello, la publicidad de la disposición fideicomisaria genera una presunción de exactitud apta para oponerse frente a todos ³⁰⁶, lo cual otorga una seguridad a la futura titularidad del fideicomisario sobre los bienes afectos o fideicomitados.

Esta protección registral de lo que figura inscrito puede producir la actuación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en casos de inexactitud de lo publicado, cuando el tercer adquirente confía en lo que aparece en

³⁰⁴ Remisión para el estudio del principio de inoponibilidad al trabajo de GORDILLO CAÑAS, Antonio, «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español», *ADC*, 1995, pp. 590 a 595. También ver LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho Inmobiliario registral (Elementos de Derecho Civil, III)*, Bosch, Barcelona, 1984 (reimpresión 1991), pp. 48 ss., 164 y 165.

³⁰⁵ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *obra citada*, pp. 209 a 211 y 245. Para el autor, «la inoponibilidad no es una particular forma de ineficacia de los actos jurídicos, sino una medida especial establecida por la ley para salvaguardar los legítimos derechos anteriores de ciertas personas, ajenas a esos actos, facultándoles para que actúen como si no se hubieran realizado. El tercero protegido por la inoponibilidad tiene el beneficio legal de hacer valer la ficción de que el acto ajeno no se ha realizado y, en consecuencia, de actuar eliminando jurídicamente ese obstáculo para el ejercicio de sus legítimos derechos... la inoponibilidad sería entonces la facultad específica concedida por la ley a una persona, por el hecho de ser ajena a una actuación perfectamente válida, para que, sin necesidad de impugnarla, puedan actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido».

³⁰⁶ ROCA SASTRE, Ramón M.ª, *obra citada, Tratado Hipotecario*, p. 181. Como indica el autor: «Se trata de un efecto o cometido de afección, de tipo, por tanto, meramente negativo de todo cuanto consta inscrito, en la medida que no sirva de apoyo a dichos terceros, sino en cuanto les afecta o perjudica».

En parecido sentido RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *obra citada*, pp. 194, 195 y 199. «En mi opinión, la regla general de la oponibilidad de los actos jurídicos debe matizarse de esta manera: el acto jurídico es oponible, en todo caso, al ser conocido efectivamente por los terceros, antes de que éstos entren en contacto jurídico con las partes...».

el Registro (caso de que no se haya producido la cancelación del asiento por apreciarse nulidad en el testamento donde se contiene la disposición fideicomisaria).

XIII.3 ESTUDIO DE CONCRETAS GARANTÍAS

XIII.3.1 Estudio general del tema

Como dejaba apuntado con anterioridad, el tratamiento registral de la figura estudiada no agota todas las posibles garantías que, bien analógicamente, bien por voluntad propia del testador, puedan venir a proteger la futura titularidad del fideicomisario sobre los bienes afectos a dicha disposición. Se debe esto a razones obvias, puesto que, dentro de los bienes afectos a la disposición fideicomisaria, podemos encontrarnos toda una suerte de bienes muebles³⁰⁷, de desigual importancia, que quedan fuera del ámbito del Registro de la propiedad.

Por ello, con ser la inscripción registral el medio más importante para el aseguramiento en el caso de bienes inmuebles, no es, en la figura, el único.

El establecimiento de medios de garantía de la futura titularidad del fideicomisario es un fenómeno que siempre ha estado presente en la evolución de las figuras fideicomisarias³⁰⁸ y que siempre inquietó al testador que, tras establecer la disposición fideicomisaria, dejaba depositada su confianza en un primer sucesor que debía cumplir lo fijado testamentariamente. Del mismo modo, a pesar de las diferencias existentes entre las figuras estudiadas (principalmente entre sustitución fideicomisaria y fideicomiso *si aliquid supererit*), el interés por la concurrencia de concretas garantías —concretamente el otorgamiento de inventario— no desaparece en ninguna de ellas, ya que aun siendo muy distinto el futuro objeto del derecho que, llegado el momento, corresponderá al fideicomisario, el derecho eventual persiste en todos los casos.

En mi opinión, las garantías a las que vengo refiriéndome sirven para facilitar el adecuado desarrollo de la sucesión *mortis causa* sucesiva que estas figuras entrañan. Es decir, que, al tiempo que protegen la posición jurídica del fideicomisario, sirven de pautas para el desenvolvimiento de la disposición fideicomisaria. Vendrían, por así decirlo, a evitar aquellas

³⁰⁷ Estos bienes, no necesariamente de poca entidad (muebles e incorporales), encontrarán, en ocasiones, medios de garantía lo suficientemente firmes como para no inquietar la futura consolidación de la expectativa del segundo llamado.

³⁰⁸ IRÚRZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, pp. 214 y 216. El autor realiza un estudio histórico-sistemático de lo que son las garantías del fideicomisario. Según él: «Se ha dicho, tratando del fideicomiso en general, que su historia es la historia de las garantías del fideicomisario, y que, a la postre, estas mismas garantías acabaron por estrangular al verdadero fideicomiso. desnaturalizándolo...».

dificultades que se presentan, fundamentalmente, en dos momentos determinados³⁰⁹ –al producirse la entrada del fiduciario en la titularidad real de los bienes fideicomitidos y durante la propia titularidad–, y que podrían subsanarse fácilmente por una adecuada regulación establecida por el causante³¹⁰.

Profundizando aún más en la labor configuradora del testador en lo referente a materia de aseguramiento, en mi opinión, bastaría con que éste, a la hora de establecer alguna de las figuras fideicomisarias, diera a conocer su clara intención de que el fiduciario prestara los medios necesarios para garantizar la titularidad del fideicomisario, para así poderse aplicar alguna de las garantías recogidas por el Código Civil en la regulación de las otras figuras jurídicas con las que existe una identidad de razón (reserva o usufructo).

Dentro de la doctrina se percibe, generalmente, la necesidad de otorgar o conceder una serie de garantías para evitar una posible frustración de la titularidad del fideicomisario. No obstante, ante la ausencia de una norma legal que así lo establezca, los autores se dividen frente a su posible exigibilidad por el interesado (fideicomisario). Así, a favor del derecho del fideicomisario a obtener garantía del fiduciario se encuentran autores como Lacruz³¹¹, Sánchez Román³¹², Flores Micheo³¹³, entre otros. En una posición menos favorable a su concesión, nos encontramos a Manresa³¹⁴, o a Roca Sastre³¹⁵.

³⁰⁹ IRÚZUN GOICOA, Domingo, *obra citada*, p. 215. Señala el autor: «Quedan por examinar las garantías del fideicomisario en dos momentos diversos: al deferirse la sucesión al primer llamado, y durante el goce y disfrute por éste de la herencia».

³¹⁰ En el establecimiento de estas medidas, como en el desarrollo de todas las figuras fideicomisarias, va a resultar decisiva la voluntad del fideicomitente manifestada en testamento. Ya que, en último extremo, será éste, junto a lo que se marca en la ley, quien podrá determinar los mecanismos adecuados de control sobre la actuación del fiduciario.

³¹¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, pp. 299 ss. Escribe el autor: «... En este respecto sí le son aplicables ciertas normas del usufructo. Así está obligado a otorgar un inventario de los bienes de la herencia: tal obligación se deduce, además, de las propias normas relativas a la sustitución fideicomisaria, puesto que, no practicándose el inventario resultaría ilusoria la obligación general de restituir».

³¹² SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *obra citada*, pp. 700 ss.

³¹³ FLORES MICHEO, Rafael, *obra citada*, pp. 674 ss., 689 y 690. Para el autor, la efectividad de los aseguramientos dependerá, en gran medida, de la diligencia del fideicomisario. «Las garantías del fideicomisario. A él exclusivamente corresponde exigir del primer instituido las oportunas medidas que aseguren la efectividad de su derecho... si el fideicomisario no pone la debida diligencia en reclamar y obtener los oportunos aseguramientos, a él solo serán imputables los perjuicios que experimente y no podrá pretender resarcirse de los mismos dirigiéndose contra los terceros, que frente al fiduciario se limitaron a pagarle lo que le debían».

³¹⁴ MANRESA Y NAVARRO, José M.^a, *obra citada*, pp. 157 ss.

³¹⁵ ROCA SASTRE, Ramón M.^a, *Estudios de Derecho Sucesorio*, pp. 90 ss.

Como apuntaba con anterioridad, uno de los períodos en los que se hace necesario el establecimiento de una serie de garantías es el que transcurre durante la titularidad del fiduciario sobre los bienes. Es lógico, por ello, pensar que la finalidad u objeto de las posibles medidas sea impedir la eficacia de ciertos actos de gestión o disposición desarrollados por el fiduciario, para los cuales carece de facultad en virtud de la disposición testamentaria (caso de un posible fideicomiso de residuo), o en virtud de la ley (si lo que se establece es una sustitución fideicomisaria).

Como vemos, al igual que sucedía con el régimen de ineficacia de los actos de carácter dispositivo desarrollados por el fiduciario, aquí, la posición que adopte el fideicomisario resulta de enorme importancia para la prestación efectiva de las concretas medidas de aseguramiento. Con ello, vemos cómo la posición del instituido en segundo lugar es mucho más dinámica antes de la consolidación de su derecho, de lo que piensan algunos autores.

En este sentido, la doctrina discute sobre el cauce más idóneo para la protección judicial del fideicomisario ante concretas actuaciones del primer instituido: causa ilícita, abuso de derecho, doctrina de los actos de emulación, la de los negocios en daño de tercero, fraude...

Inevitable resulta, como en temas anteriormente tratados, recabar material normativo de las Compilaciones Forales (catalana y balear). Ya que, aunque existen puntos importantes de distanciamiento en materia sucesoria, su regulación de la sustitución fideicomisaria, más cercana a aquélla romana postclásica, puede arrojar alguna luz sobre esta materia de garantías ³¹⁶.

Si se observa detenidamente la regulación catalana, cabrá apreciar cómo el legislador foral, consciente de las dificultades que en la práctica puede plantear la concreción de las garantías establecidas, se ocupa de determinar el medio o forma de darles cumplimiento ³¹⁷. Por ello, algo que a primera vista pudiera resultar excesivamente casuístico para una

³¹⁶ BONET RAMÓN, FRANCISCO, *obra citada*, pp. 372 y 373. Según el autor: «Como el fiduciario al aceptar la herencia fideicomitida está gravado de restitución, la Compilación dicta reglas especiales relativas a la conservación, administración, garantía, disfrute, enajenación y partición de la herencia fideicomitida, que faciliten el cumplimiento de su obligación principal... Así, el fiduciario estará obligado: A tomar inventario de los bienes de la herencia o legado fideicomitidos. A prestar fianza bastante, a su costa, en seguridad de los bienes muebles fideicomitidos...». Debo decir que, aunque Bonet Ramón se refiere a la regulación contenida en la Compilación Foral de Cataluña anterior al Código de Sucesiones de 1991, no se han operado en ésta cambios sustanciales al respecto.

³¹⁷ PUIG FERRIOL, LUIS, *obra citada*, *El heredero fiduciario*, pp. 70 a 82. El autor desarrolla cada una de las garantías que se regulan en la Compilación Foral (hoy, Código de Sucesiones) para preservar la expectativa del fideicomisario mientras dura la titularidad del fiduciario.

regulación legal, resultará, en la práctica, ciertamente provechoso. Prueba de ello, son las remisiones a distintas entidades del tráfico monetario, o a los diversos medios para asegurar una rentabilidad en la operación proyectada por el fiduciario (préstamos con interés y garantía real...).

Con igual admiración hacia el sistema diseñado por el legislador foral (en el caso de la Compilación catalana), se han pronunciado otros autores ³¹⁸ que han tratado la figura fideicomisaria en distintas regulaciones forales.

Llegados a este punto, estimo conveniente analizar esas garantías que vienen siendo tratadas por la doctrina como las de mayor importancia, y que encuentran, en mi opinión, suficiente refrendo en la ley.

XIII.3.2 Otorgamiento de inventario

Dentro de las garantías, cuya exigencia, viene siendo admitida por la doctrina mayoritaria, nos encontramos con la necesidad de constituir inventario de los bienes afectos a la sustitución fideicomisaria.

Esta garantía recibe por parte de la doctrina una atención singular, produciéndose este hecho por dos razones básicas: poder identificar claramente los bienes que componen el patrimonio afecto y, como consecuencia de lo anterior, permitir el adecuado funcionamiento de figuras como la subrogación real, la posible accesión, confusión, e incluso la concreción del régimen de frutos.

A pesar de la ausencia en el articulado del Código de expresas medidas de garantías, algunos autores ³¹⁹ las aprecian implícitamente.

La regulación de este inventario vendría dada por la aplicación analógica, ya señalada, bien de los artículos 491 y ss. en sede de usufructo, o bien del también artículo 977 del Código Civil, ubicado en sede de reserva. No obstante, el testador, en virtud de su propia autonomía negocial, podría ofrecer una regulación singular al inventario que apareciera exigido en la disposición fideicomisaria que establece. Así, por ejemplo,

³¹⁸ ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ, *obra citada*, pp. 199 y 200. Para la autora, «... es necesario arbitrar un sistema de garantías que sea suficiente para proteger, de un lado, la expectativa de los fideicomisarios, y, de otro, los intereses de los compradores y terceras personas en los bienes fideicomitados... Quizás haya sido éste uno de los motivos por el que el legislador balear de 1990 haya introducido en el art. 30 de la C. D. C. B. la obligación de que el fiduciario realice inventario de la herencia y garantice, de cualquier forma admisible en derecho, la restitución de los bienes fideicomitados».

³¹⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *obra citada*, p. 702. Escribe el autor: «Implícitamente reconoce el citado art. 783 la obligación de formar inventario por parte del heredero fiduciario, ya que de otro modo no sería posible saber si la entrega de los bienes al fideicomisario se hacía con las únicas deducciones establecidas en la ley o no».

También CASTÁN TOBEÑAS, José, *obra citada*, p. 241. Según el autor «... que tiene, además, el fiduciario la obligación de hacer inventario (pues de otro modo no sería posible saber si la restitución se hacía o no con las únicas deducciones establecidas en la ley)».

el modo de formalizar el inventario, el conjunto de bienes a inventariar, o posibles alternativas a su otorgamiento.

XIII.3.3 Necesidad de caución o fianza

La otra garantía que, según mi opinión, debería de prestarse en el momento de entrar el fiduciario en la titularidad de los bienes fideicomitidos es el otorgamiento de caución o fianza. No obstante, la concurrencia de este tipo de garantía no se presenta con igual necesidad que la abordada anteriormente. Así, el alcance o importancia de los bienes a salvaguardar y las facultades jurídicas otorgadas al fiduciario en la disposición fideicomisaria serían factores a tener en cuenta a la hora de exigir, o no, la prestación de caución suficiente. De este modo, en el caso de la sustitución fideicomisaria (art. 781) sería conveniente aceptar el establecimiento de una caución que supusiera un respaldo a la gestión del fiduciario. En cambio, en el caso del fideicomiso *si aliquid supererit*, la existencia de unas facultades dispositivas, de mayor o menor extensión, en la posición jurídica del fiduciario acompañado de una falta del deber de conservar los bienes dejados, harían innecesaria su exigencia.

Esta duda en cuanto a su necesidad y, más aún, en cuanto a la posibilidad de exigir la caución al fiduciario se traslada a gran parte de la doctrina ³²⁰ y a la jurisprudencia existente sobre la materia.

Los efectos favorables que produce el otorgamiento de esta medida de garantía para la posición del fideicomisario son percibidos, de modo general, por los autores que han abordado su posible concesión por el fiduciario ³²¹. Lo que ocurre es que volvemos a encontrarnos en una situación parecida a la que acontecía en el caso del otorgamiento de inventario. Es decir, a pesar de lo conveniente, en muchos casos, de una medida de este tipo, los autores encuentran dificultades a la hora de hallar un fundamento para su exigencia.

En cierto modo, veo acertado el argumento de algunos autores que fundan la exigibilidad de la caución en la analogía existente con el artículo 805 del Código Civil ³²². Este precepto, en sede de herencia a tér-

³²⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, p. 300. Sostiene el autor: «En cuanto a la prestación de caución, la jurisprudencia es contradictoria; la sentencia de 21 de diciembre de 1892 dice que el fideicomisario puede exigirla al fiduciario, y la sentencia de 29 de enero de 1916 niega esa posibilidad. La solución es dudosa, aunque parece más razonable la exigibilidad de fianza».

³²¹ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *obra citada*, p. 702. Para el autor, «los bienes inmuebles se garantizan con la inscripción en el Registro; por lo que se refiere a los muebles, debía prestarse caución suficiente a responder de todos ellos».

³²² OSSORIO MORALES, Juan, *obra citada*, p. 284. «Por lo que respecta a la caución o fianza que está obligado a prestar el usufructuario (art. 491, núm. 2.º), aunque las opiniones son contradictorias, parece que también debe ser exigible al fiduciario (sentencia de 21

mino, establece la necesidad de prestar caución suficiente por el heredero actual (que vendría a ocupar una posición, en cierto modo, parecida a la ocupada por el fiduciario en la figura fideicomisaria) a favor del que deba seguirle (que tendría una expectativa parecida a la del fideicomisario). Como vemos, se trata de una sucesión *mortis causa* sucesiva sobre unos mismos bienes que queda sujeta, al igual que sucede en las figuras fideicomisarias, a término (en el caso de las figuras estudiadas, normalmente, la muerte del llamado en primer lugar). Por ello, no obstante la diferencia existente entre el derecho del fiduciario y el correspondiente al heredero llamado en primer lugar en la herencia a término, estimo que cabría, vía artículo 4.1 del Código Civil, pedir, en determinados casos, su otorgamiento al fiduciario.

XIII.3.4 Participación del fideicomisario en determinados actos

Bajo mi punto de vista, la protección que otorgan las medidas de garantía estudiadas hasta aquí vendría requerida por la propia configuración de la disposición fideicomisaria, siendo su principal objetivo preservar la futura titularidad del fideicomisario. En ellas, aunque en determinadas ocasiones se precisa la solicitud por parte del interesado (fideicomisario), normalmente, el beneficiado por las mismas asume una posición pasiva hasta la llegada de la delación fideicomisaria.

Junto a estas medidas de garantía, cabría otra vía de aseguramiento de la posición del fideicomisario que vendría a otorgar protección de modo directo por la participación de éste en determinados actos o negocios que pudieran afectar al cúmulo de bienes fideicomitados; como ejercicio de acciones, reclamaciones de derechos sujetos a prescripción, o incluso, la participación en el acto particional.

Como puede comprenderse, muchas de estas intervenciones del fideicomisario vendrían precedidas de una previa solicitud. En cambio, otras, como la participación en el acto particional o en la división de cosa común³²³, vendrían exigidas o condicionadas por la propia naturaleza del

de diciembre de 1892), con base además en el art. 805 del Código que contempla una situación en cierto modo semejante...».

Vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, p. 1918.

³²³ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, p. 301. Lacruz, con buen criterio, sostiene: «Como nadie, salvo casos excepcionales, puede ser obligado a permanecer en la indivisión, es evidente que el fiduciario o sus coherederos tienen derecho en todo momento a que la partición se practique (resolución 10 de junio de 1916). Mas si se quiere que valga frente a los sucesores ulteriores, a ella habrán de concurrir los fideicomisarios o, si carecen de capacidad de obrar, sus representantes legales; no habiendo todavía fideicomisarios, se aplicará el régimen de la representación del ausente».

acto. No obstante, no es una opinión compartida por todos los autores ³²⁴. Así, algunos autores partiendo de una naturaleza jurídica meramente declarativa del acto particional, consideran que el fiduciario, en virtud de su titularidad actual sobre los bienes, puede realizar dicho acto sin necesidad de contar con el concurso del llamado en segundo lugar (fideicomisario).

Por mi parte, pienso que la necesidad de admitir la concurrencia de los fideicomisarios –caso de que sean más de uno– al acto particional junto al fiduciario –quien ostenta la titularidad actual sobre los bienes– no sólo se plantea *de lege ferenda*, sino también *de lege data*, pues aunque no diga expresamente nada la Ley con relación a la sustitución fideicomisaria, sí lo exige para situaciones que presentan una unidad de razón (art. 1083 CC).

Centrándonos en la figura fideicomisaria, y retomando una idea que ya apuntaba, considero que la razón de esa participación se encuentra en la propia naturaleza del acto a realizar ³²⁵. El fiduciario, como sabemos, en la sustitución fideicomisaria y en el fideicomiso *de eo quod supererit* tiene las facultades dispositivas muy restringidas, y aunque normalmente aparece instituido en concepto de heredero (pudiendo realizar el acto particional conforme al art. 1052), la naturaleza controvertida (con efectos traslativos) del acto particional puede situar fuera de su ámbito de actuación, que dichas facultades delimitan, la realización por sí solo del mismo acto.

Junto a la participación del fideicomisario en el acto particional, mencionaba con anterioridad la posible labor de control que podía desarrollar el llamado en segundo lugar frente a determinadas actuaciones en las que el fiduciario podía comprometer, en cierto modo, la suerte o destino de alguno de los bienes o derechos sujetos a restitución.

Pues bien, dentro de estas actuaciones desarrolladas por el fiduciario destaca la posible defensa judicial (o extrajudicial) de los bienes y dere-

³²⁴ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *obra citada, Estudios...*, p. 228. Para el autor, «la cualidad de heredero autoriza para realizar la partición. Esa facultad no puede ser contratada por la limitación temporal de su titularidad de los bienes... Sin perjuicio de las facultades de control que puedan corresponder a los fideicomisarios, a tenor del art. 1054 o, incluso, a base del art. 1121 a través del 791 del Código Civil. Y sin obstar la ulterior posibilidad de impugnar las particiones verificadas en fraude de sus derechos».

Vid. LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de, *obra citada*, pp. 652 y 655. Según de la Cámara: «A mi modo de ver, su intervención (la del fideicomisario) no es necesaria para que la partición pueda válidamente otorgarse, con carácter definitivo; pero tienen, sin embargo, derecho a intervenir en ella...».

³²⁵ ZAFORTEZA DE CORRAL, LUZ, *obra citada*, pp. 227, 228 y 232. Señala la autora: «Tanto partición como división quieren decir lo mismo: separación y distribución de las cosas comunes entre las personas a las que pertenece... La doctrina es unánime al señalar que la partición de la herencia y la división de cosa común son negocios jurídicos de disposición...».

chos que integran el fideicomiso, así como la vinculación, o repercusión, de sus resultados con relación al fideicomisario.

En principio, es facultad y deber del fiduciario la defensa judicial o extrajudicial de los bienes y derechos de los que es titular, aunque se trata de una titularidad temporal. Lo que sucede es que, cuando la sentencia o laudo arbitral tienen por objeto cuestiones relativas a la titularidad o existencia de derechos sobre bienes afectos a un fideicomiso, debe tenerse en cuenta la existencia de un sujeto, el fideicomisario, que, siendo titular de un derecho eventual sobre dichos bienes, puede resultar afectado en su expectativa. Por ello, si el resultado de las resoluciones emitidas no es favorable para la futura titularidad del fideicomisario y, además, este sujeto afectado no prestó su consentimiento a la actuación del fiduciario, no le afectarían ³²⁶. Resulta claro que, si el resultado es favorable, el consentimiento del fideicomisario se presume para que le aproveche el mismo.

A mi juicio, no sería aplicable a este tipo de resoluciones lo establecido en el artículo 1252.2.º del Código Civil ³²⁷, ya que en las mismas no se discute la validez, o no, de la disposición fideicomisaria, sino la titularidad de determinados bienes que, llegado el día de la delación fideicomisaria, corresponderán al fideicomisario en propiedad.

XIII.4 POSIBLE TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE LAS GARANTÍAS EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

XIII.4.1 Estudio registral de la figura

El planteamiento de un tratamiento registral del fideicomiso de residuo pasa por dar respuesta a una pregunta básica: ¿Debe extenderse lo previsto en el artículo 82 del Reglamento Hipotecario a este tipo de fideicomisos?, ¿o, por el contrario, debemos otorgarle un tratamiento diferenciado?

³²⁶ PUIG FERRIOL, Luis, *obra citada*, pp. 115, 116 y 117. Escribe el autor: «Como heredero que es del fideicomitente, hay que reconocer al fiduciario la facultad de poder ejercitar las acciones hereditarias oportunas en orden al reconocimiento, garantía o reclamación de los derechos que competen a la herencia fideicomitada... Pero importa precisar aquí los efectos que la sentencia recaída en un proceso instado por el fiduciario pueda tener con relación a los fideicomisarios... La inocuidad de la excepción de cosa juzgada para con el heredero fideicomisario fue reconocida por la sentencia de 13 de Febrero de 1916, según la cual, si los fideicomisarios no fueron citados en el pleito anterior, no puede surtir efectos de cosa juzgada para ellos los autos seguidos, en la parte que les perjudique, porque no fueron parte ni traen causa de los que litigaron anteriormente».

³²⁷ Art. 1252.2.º: «En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiese litigado».

Considero que la respuesta a la primera pregunta debe ser afirmativa, apoyando mi postura en dos argumentos que estimo decisivos: Uno que responde a una interpretación literal del artículo 82 del Reglamento. Según la misma, la obligación de constancia registral afectaría a «las sustituciones fideicomisarias de cualquier clase». A mi juicio, el legislador no ha querido entrar en la polémica existente acerca de la calificación del fideicomiso de residuo como figura *per se*, o como tipo de sustitución fideicomisaria, y por ello ha utilizado el término sustitución fideicomisaria en su sentido amplio y globalizador de figuras jurídicas dispares (caso del fideicomiso *si aliquid supererit*).

El otro argumento a favor de su inscripción se relacionaría con el propio efecto de la misma. En el caso del fideicomiso de residuo no existe ese deber de conservar para posteriormente transmitir los bienes (y por ende, no existe una limitación esencial de las facultades dispositivas), pero sí que persiste el deber de entrega de lo que reste tras la extinción de la titularidad del fiduciario, en suma, de lo que constituye el residuo. Por este deber de entregar el residuo, queda, a mi juicio, justificada la constancia registral de la doble institución establecida por el fideicomitente.

Si no constase en el Registro la cláusula que establece el fideicomiso de residuo, el tercero, posible adquirente de bienes fideicomitados a través del fiduciario, no resultaría afectado. Ahora bien, si constase la carga de la disposición de residuo, sólo resultaría afectado el posible tercero en aquel caso en el que el fiduciario hubiera sobrepasado las facultades dispositivas que se le otorgaron testamentariamente. Por ejemplo, que legara una finca, cuando sólo se le permitía donarla en parte. Resulta obvio decir que en caso contrario, de disponer conforme a las facultades integrantes de su titularidad, el tercero adquirente no resultaría afectado (arg. *ex art.* 82 del Reglamento Hipotecario).

Junto a los argumentos señalados, quedaría por decir que del mismo modo que se aplicaban determinados artículos propios de la regulación de la sustitución fideicomisaria al fideicomiso *si aliquid supererit* por el mecanismo sucesorio escogido (*ordo successivus*), en materia registral, ante la ausencia de un precepto de la legislación hipotecaria que, de manera expresa, recoja la inscripción de este tipo de disposiciones testamentarias de residuo, debemos recurrir a aquel precepto donde puede encontrar un mejor encaje la figura.

Aceptada la aplicación del artículo 82 del Reglamento Hipotecario a aquellas disposiciones testamentarias que establecen un fideicomiso de residuo, podemos resaltar un doble plano de relevancia: por un lado, el que se ocupa de la inscripción de la disposición en sí. En este plano, como ya señalábamos con ocasión del tratamiento de la sustitución fideicomisaria (y del fideicomiso *de eo quod supererit*, como figura cercana a la sustitución indicada), la inscripción registral resulta necesaria, puesto que gracias a la misma se viene a cumplir con los principios registrales

de legitimación y tracto sucesivo. No obstante, el estudio de este aspecto no presenta interés para mi investigación.

Mucho más interesante resulta el denominado segundo plano para mi estudio. Así, si la publicidad registral siempre es importante para dar a conocer y salvaguardar, con ello, los derechos reales que ostentan las personas sobre los bienes inmuebles, en el caso del fideicomiso de residuo su publicación ayudará, además, a que terceras personas ajenas al tipo de sucesión operada sobre los bienes puedan obtener información acerca de las facultades jurídicas que integran la titularidad del sucesor. Es decir, terceras personas interesadas en determinados bienes afectos al fideicomiso pueden conocer las facultades de carácter dispositivo otorgadas por el testador a la persona que aparece como titular de los mismos, lo cual resulta de enorme trascendencia para considerar como definitiva y válida una posible transmisión.

Este proceso descrito permite un correcto funcionamiento de la disposición de residuo, ya que, sin la publicidad necesaria y ante la falta de una regulación legal que se ocupe de la figura (*si aliquid supererit*), los mecanismos de protección de la apariencia y del tráfico jurídico provocarían, en muchos casos, la evaporación de la expectativa del postheredero.

XIII.4.2 Posible concurrencia de otro tipo de garantías

La ausencia del deber de conservar en el fideicomiso *si aliquid supererit* condiciona ciertamente la necesidad de unas garantías que, en gran medida, tienen por finalidad facilitar unos mecanismos de control sobre la gestión y disfrute de los bienes por el fiduciario. No obstante, esta finalidad de dichos medios de aseguramiento no debe hacernos caer en el error de pensar en la inexistencia de los mismos en el caso del fideicomiso de residuo.

Como sabemos, el abanico de facultades dispositivas conferidas en el supuesto del fideicomiso *si aliquid supererit* es, o puede ser, muy amplio (*vid.* en este extremo Lacruz)³²⁸. Y en muchas ocasiones, serán estas garantías los únicos instrumentos capaces de contrastar la adecuada utilización de las facultades conferidas al fiduciario³²⁹. De este modo,

³²⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *obra citada*, página citada.

³²⁹ FLORES MICHEO, Rafael, *obra citada*, *Notas sobre el fideicomiso...*, p. 32. El autor cuando se encuentra estudiando el posible control de las actuaciones desarrolladas por el fiduciario de un fideicomiso de residuo, escribe: «El límite se refiere a las facultades dispositivas; el control a los actos concretos de disposición realizados en el ejercicio de aquellas facultades. El límite es abstracto y anterior a las disposiciones singulares. El control es posterior a ellas, a las que en concreto se refiere... Los fideicomisarios de residuo están de cierto legitimados para pedir que judicialmente y *a posteriori* se contrasten las disposiciones del fiduciario con la piedra de toque del fraude o del abuso del derecho».

podría darse el caso de que el fiduciario ostentara facultades para disponer *inter vivos* a título oneroso, o incluso a título gratuito, sin que ello supusiera otorgarle tal libertad a la hora de disponer de los bienes que le permitiera, con una actitud dolosa, privar al fideicomisario de toda expectativa.

Unido al efecto beneficioso, ya indicado, de contemplar algún medio de garantía en la figura fideicomisaria, existe aún otro dato de mayor trascendencia que me inclina a favor de la admisión de alguna de ellas (medidas) en el fideicomiso *si aliquid supererit*. Me refiero a la existencia de un deber de entregar en el primer llamado, para el caso de que quedara «algo». Ese deber de restituir el residuo, así como la posible actuación del mecanismo de la subrogación real en el fideicomiso (en aquellos supuestos en que así se haya establecido), me llevan a considerar la exigibilidad de inventario en este fideicomiso de residuo. Es decir, como sabemos, en el fideicomiso *si aliquid supererit*, el testador configura de tal modo la disposición fideicomisaria que el fideicomisario, llegado el momento de su delación, recibirá el posible residuo existente al término de la titularidad de un fiduciario que pudo disponer (encontrándose facultado para ello) de todos los bienes. Pues bien, si efectivamente quedara un residuo, la existencia de un inventario proporcionaría la información suficiente para concretar los bienes que lo integran (residuo). Pudiendo el fiduciario, tras su determinación, cumplir con el deber de entregar «lo que queda»³³⁰.

Así como considero conveniente el otorgamiento de inventario en este fideicomiso de residuo, estimo que en el mismo (fideicomiso de *si aliquid supererit*) no cabría mantener la exigencia de una caución o fianza al fiduciario, pues ello iría en contra del propio funcionamiento y finalidad de la figura en cuestión. Me explicaré: el exigir una caución al fiduciario sería como hacer resucitar, de modo indirecto, en el fideicomiso *si aliquid supererit* un deber de conservar; algo que es ajeno a la figura. Como sabemos, el que tras la extinción de la titularidad del fiduciario exista, o no, un residuo, dependerá de la propia dinámica y comportamiento del titular, pero en ningún caso, de un control impuesto sobre el mismo.

Solamente cabría plantear la exigencia de fianza para que, en caso de actitud dolosa por el fiduciario, pudiera asegurarse una indemnización al fideicomisario.

³³⁰ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A., *obra citada*, p. 176. Según éste: «la fundamental diferencia entre el llamado fideicomiso de residuo y la sustitución fideicomisaria es que mientras en esta segunda el fideicomisario puede exigir la conservación de la identidad física de los bienes, en el fideicomiso de residuo sólo puede exigir la conservación de la identidad de la masa patrimonial –identidad jurídica le denominamos en adelante– conservación que se efectúa a través del fenómeno de la subrogación real».

XIII.4.3 Participación del fideicomisario en determinados actos

Por otro lado, abordando la cuestión de la posible participación del fideicomisario en determinados actos durante la titularidad del fiduciario, debe indicarse que en el fideicomiso *si aliquid supererit*, dicha participación encuentra una escasa justificación³³¹. Las razones son varias: el derecho del fiduciario es de propiedad, con facultades dispositivas que, por muy reducidas que éstas sean, justifican la plena eficacia para el futuro de la partición realizada por el fiduciario.

En cuanto a otros posibles actos, como la defensa judicial³³², etc., la concurrencia del fideicomisario sólo quedaría justificada, cuando la pasividad del fiduciario pusiera de manifiesto una actitud claramente dolosa. Y aún así, sería cuestionable.

XIV. CONCLUSIONES

A la vista de lo desarrollado en este estudio cabría resaltar aquellas ideas que, sirviendo de pilares fundamentales para su autor, representan unas constantes para aquel lector que se enfrenta por vez primera con el texto. De este modo, con una clara finalidad recopiladora, podríamos señalar:

a) Que la ausencia de una regulación adecuada de la sustitución fideicomisaria provoca la diversidad de interpretaciones en la doctrina sobre artículos que resultan esenciales para la delimitación de la figura. Siendo la atipicidad de algún tipo de fideicomiso de residuo (fideicomiso *si aliquid supererit*) una de sus principales consecuencias.

³³¹ DÍAZ ALABART, Silvia, *obra citada*, pp. 99, 100 y 147. La autora comentando la sentencia de 8 de marzo de 1926, escribe: «... Por mucho que antes de recibir el fideicomiso a la muerte del fiduciario, el fideicomisario, si es puro, tenga todas las expectativas (firmes y transmisibles) que quiera, a heredar, y ser entonces heredero, la protección de las mismas no obliga sino a que la partición que puedan hacer los herederos actuales, sea inoperante frente a él...». Insiste en esta línea la autora, cuando comentando la sentencia de 22 de enero de 1969, sostiene: «...me parece que queda claro que basta repetir ahora la aplicabilidad de lo que dije para la sentencia de 8 de marzo de 1026, de modo que, según eso, sin necesidad de entrar en el tema de si es o no el fideicomisario de residuo un instituido condicionalmente, el caso habría quedado resuelto diciendo que lo sea o no, como lo que con seguridad se puede decir es que no es heredero mientras viva el fiduciario, no tiene que ser citado a efectos del art. 1057; y que otro tema es el de la protección que le corresponda, con vistas a la partición, a su expectativa de ser heredero, protección que le dará derecho a lo que sea, pero no a ser citado como coheredero actual».

³³² ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *obra citada, Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, p. 364. Según el autor, al fideicomisario le resulta aplicable el artículo 1121.1.º del Código Civil, a tenor del cual puede el fideicomisario «ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1896 y 26 de febrero de 1909)».

b) Que dentro de las denominadas figuras fideicomisarias no siempre el primer llamado, o fiduciario, ocupará la misma posición jurídica respecto de los bienes afectos a la sucesión *mortis causa* sucesiva. Algo que nos introduce en la difícil cuestión del tratamiento y calificación de los derechos reales presentes en cada uno de los llamamientos a la herencia –a título de fiduciario o de fideicomisario–.

c) Que la complejidad que entrañan estas figuras desde el punto de vista sucesorio tiene su trasunto en toda una serie de materias que, correspondiendo a lo que se conoce como teoría general del Derecho Civil, pueden presentar alguna especialidad.

d) Que la exigua regulación existente en el Código Civil sobre las construcciones objeto de nuestro estudio no sólo provoca, como dijimos, dificultades a la hora de concretar las notas esenciales que configuran éstas, sino también conduce a la aplicación analógica de numerosos preceptos reguladores de figuras jurídicas con las que se detectan en determinados asuntos una identidad de razón.

e) Que dada la vinculación que entrañan estas figuras sobre un conjunto de bienes, podría decirse que el Ordenamiento, a través de una serie de límites, se muestra enormemente cauteloso con el establecimiento de las mismas en un determinado testamento. Todo lo cual nos lleva a afrontar la tensión existente con un modelo de propiedad liberal y con una legítima pensada para preservar el derecho a suceder de determinadas personas.

Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación)

LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Acaba de aparecer la esperada Ley de Condiciones Generales que tantos años hemos esperado los juristas y que tanto parecía necesitar la sociedad española. El nuevo texto se denomina «Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación» y ha sido publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 14 de abril de 1998. Cualquier Ley atinente a esta materia habría obviamente merecido abundantes comentarios y exégesis; desgraciadamente, esta Ley merece algo más, pues constituye un espectacular ejemplo de cómo no debe hacerse una Ley de Condiciones Generales. Las siguientes líneas sólo pretenden un breve comentario crítico de la citada Ley 7/1998, texto nacido, entre otras razones, para desarrollar la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Inevitablemente saldrá a colación la aún vigente pero transformada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Creo que el modo más claro de clarificar mi opinión sobre la Ley que acaba de aparecer es indicar los rasgos generales que debería tener una Ley aceptable sobre esta materia, rasgos fácilmente detectables en cualquier buen texto vigente de Derecho comparado o en cualquier buen proyecto o borrador, con objeto de contrastarlos con la Ley 7/1998. Pero retrocedamos en el tiempo, trasladándonos a los meses anteriores a abril del presente año: ¿Cómo debía ser una Ley sobre Condiciones Generales razonable? Como punto de partida, antes de abril de 1998, habría lanzado la siguiente idea: hágase una ley que, respetando el marco de la mencionada Directiva 93/13, fuese lo más parecida posible a la Ley alemana

de condiciones generales, de 9 de diciembre de 1976 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, abreviadamente *AGB Gesetz*), naturalmente haciendo algunas convenientes adaptaciones a nuestras circunstancias y suprimiendo algunos preceptos alemanes, como, por ejemplo, el contenido en el núm. 3 del párrafo 6. Obviamente cabía también hacer una ley española original técnicamente aceptable, pero, si no se atrevían los redactores a tanto, quedaba la solución de la prudente imitación de una Ley extranjera, como la apuntada. Lo que sí debía evitarse es gran parte de lo hecho ¿Y qué debió hacerse?

El primer problema al que se enfrenta un redactor o una comisión redactora de una Ley de Condiciones Generales es, a mi juicio, el de la delimitación del supuesto, problema efectivamente delicado, pues pretendemos expulsar de las, en principio razonables, reglas generales de los Códigos civiles y comerciales un conjunto de hipótesis a la vista de sus especiales características: en nuestro caso éstas consisten, como es sabido, en la desigualdad fáctica, económico-social, de las partes contratantes, una que impone, otra que se somete: el caso tipo es el del monopolio o el oligopolio que coloca al modesto consumidor en la tesitura de escoger entre contratar bajo unas cláusulas lesivas para él o no contratar, privándose de un bien o un servicio imprescindible para su vida o, al menos, muy importante; no parece, por ello, contemplado, por ejemplo, el supuesto del cliente que puede elegir entre varias ofertas de diversos empresarios que no suelen comunicarse entre sí pero que predisponen sus cláusulas en formularios o en tabloneros. No olvido que, para algunos autores, aunque quepa elección entre ofertas diferentes, el hecho de que no quepa negociación ya hace aconsejable un régimen especial de protección. Esto es, el problema real consiste en que el Derecho dispositivo de los Códigos sirva, de hecho, para encubrir una desigualdad efectiva que nace de la diferente necesidad de cada contratante y de la posibilidad de prescindir de contratar y de elegir entre contratos diferentes. Ahora bien, el legislador, en aras del principio de seguridad jurídica, se ve impelido a veces a subsumir en el *Tatbestand* de sus normas casos que, en rigor, no desencadenaron su reacción correctora; por esto, en materia de condiciones generales, tal vez sea inevitable, a la vista de la imposibilidad de medir la efectiva capacidad de elección de los adherentes o su grado de necesidad o de urgencia, reputar insertos en la Ley especial todos los casos de predisposición del contenido contractual, ya sea de texto impreso o de cualquier otra índole. Sí cabe excluir determinados contratos que requieren régimen específico, pero no el de seguro, ni los predisuestos por la Administración si ésta opera sometida al Derecho Privado. No creo que sea necesario que el adherente sea consumidor, pues cabe la aparición del problema concurriendo un comerciante económicamente débil que necesite someterse a una imposición para subsistir como tal comerciante y así continuar manteniendo a su familia, pero creo que la cualidad

de consumidor podría ser, a ciertos efectos, relevante, lo que obligaría a definir esa figura, definición que podría hallarse contenida previamente en una Ley, más genérica, de defensa del consumidor, pues la predisposición, por su entidad, complejidad y especificidad –¡Es un procedimiento especial de formación del consentimiento contractual!– merece Ley aparte, separada de esa miscelánea mercantil-administrativa-financiera-fiscal que es el Derecho del Consumidor. Si, habiendo efectiva predisposición, la voluntad contractual se expresa fuera del texto escrito tradicional (*quick hands transactions*, contratación telefónica o electrónica, etc.), convendrá acotar minuciosamente los requisitos de la existencia de contrato en tales casos, así como su régimen: o se prohíbe la eficacia de esos contratos compeliendo a los interesados al texto escrito para así desembocar en la Ley de condiciones generales, o, acotando con claridad los supuestos de su eficacia, se les somete a unos requisitos mínimos de contenido, por supuesto de *ius cogens*, pues de otro modo se eludiría la Ley especial: todo ello, obviamente, sin olvidar el artículo 6.º, núm. 4, del Código Civil.

No reputo inconveniente que una Ley de Condiciones Generales distinga entre requisitos de inclusión y requisitos de contenido, pero siempre que los primeros sean tratados de manera diferenciada de los segundos: sobre éstos podemos plantearnos problemas de interpretación y de validez; sobre aquéllos, una vez resuelto el problema de su no inclusión, nada hay que plantearse: las cláusulas no incluidas no existen, careciendo de sentido hablar, por ejemplo, de declaraciones judiciales de no incorporación como figura específica, de modo similar a que no hay contratos inválidos entre Napoleón Bonaparte y yo, sino que lo que sucede es, sencillamente, que no hemos contratado nunca por motivos obvios. Deberán considerarse no incluidas las cláusulas no comunicadas, no anunciadas o –esto sería lo preferible– no entregadas en mano al adherente antes de la firma. Ahora bien, respecto de las entregadas y comunicadas ya no hay que plantearse el problema de la incorporación: todas ellas *existen* y, por tanto, deberán ser interpretadas para saber si son o no oscuras o ambiguas y si son contrarias o no a la ley, la moral o el orden público o si son abusivas; en contra de alguna autorizada opinión, para llegar a la conclusión de que la cláusula X es oscura –optándose, según los casos, por su no inclusión (para mí, por su nulidad) o por su interpretación *contra proferentem*– es imprescindible interpretarla: obviamente, de lo antes dicho se infiere que, *de iure condendo*, yo propongo que se incluyan todas las cláusulas comunicadas con arreglo a la ley y que, si alguna, tras la pertinente interpretación, resulta ser oscura o ambigua, si no puede recibir un *sentido* favorable al adherente, se la reputa nula como si fuera abusiva, pues la nulidad puede darse por antijuridicidad del contenido de la determinación de una cláusula (oposición al orden público, carácter abusivo, etc.) y por indeterminación, como sucede, por ejemplo, en la hipótesis contemplada en el artículo 1289 del Código Civil. Pero esa

cláusula, comunicada debidamente al adherente (por ejemplo, entregada previamente a él antes de la firma), *existe y se incluye*, pudiendo, por ejemplo, servir, en la parte inteligible, para interpretar otras *ex* artículo 1285 del Código Civil: lo que es filosóficamente imposible es que, por ejemplo, una cláusula incomprensible se ajuste a una normativa específica, como dice el alucinante artículo 7.º, apartado *b*), de la Ley 7/1998. Las cláusulas nulas por falta de claridad generarán siempre nulidad parcial porque nunca acaecerá el hecho de desequilibrios nacidos de su ineficacia, pues ellas no pueden equilibrar nada.

Respecto de las denominadas «cláusulas abusivas», me parece pertinente la solución alemana de que la ley deje claras las pautas para el intérprete mediante la técnica de una fórmula general y de un listado cuidadoso no exhaustivo, sino ejemplificativo: en este sentido, no me parece censurable el primer párrafo del número 1 del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, en la redacción dada por la disposición adicional 1.ª de la Ley 7/1998: sí debería haberse mantenido la expresión «entre otras cosas» del apartado *c*) del núm. 1 del artículo 10 de la versión originaria de la Ley 26/1984, pues la nueva expresión «al menos» del principio de la nueva disposición adicional 1.ª de esa Ley en la versión de 1998 no expresa claramente el carácter orientador de la lista que sigue, sino sólo su carácter mínimo, lo cual es exacto pero insuficiente: no se trata de que, como mínimo, esas cláusulas se reputen abusivas, de modo que *sólo* puedan reputarse también abusivas otras *peores*, sino de que se reputen abusivas éstas y otras *como éstas*, sirviendo las mencionadas como guía para el Juez, por la vía del artículo 4.º, núm. 1, del Código Civil. En relación a la fórmula general, me parece bien que se aluda a la buena fe (obviamente se refiere a la buena fe en sentido objetivo) y al desequilibrio de las prestaciones en perjuicio del adherente: no sobraría una alusión a la naturaleza del contrato como referencia, al estilo del parágrafo 9, núm. 2, de la Ley alemana.

Existiendo una descripción así de lo que son cláusulas abusivas, creo que sobran mecanismos sustitutivos de la ley como pueden ser el Registro de condiciones generales o la eficacia *extra partes* de la sentencia: respecto de esta última, recuérdense las acres y merecidas críticas que recibió (¡No sólo por mi parte!) el peregrino párrafo 3º del artículo 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: repárese en el núm. 4 del artículo 20 de la Ley 7/1998. Respecto del Registro, si la Ley está bien hecha, sobra: es misión de ésta definir, de modo general, lo jurídico y lo antijurídico, siendo misión de los juzgadores aplicar tales definiciones a los supuestos concretos: el Registro, magnífica figura concebida para otras necesidades, naufragará en este cometido como un gran nadador en arenas movedizas: económicamente es un despilfarro de recursos; jurídicamente es un despropósito: si la Ley es buena, sobra; si es deficiente, no es misión del Registro *desfacer entuertos* de esta clase y sólo servirá para crear confusión e inseguridad jurídica, por extraordinarios

que sean los Registradores, eminentes juristas cuyo cometido debe consistir en calificar objetos y hechos, no en aumentar el Ordenamiento. Sólo recomendaría, en todo caso, un Registro en el que constaran las acciones de cesación y las resoluciones correspondientes. Concebido un Registro tal como, pretendiendo aplicar el peligroso artículo 7 de la Directiva, lo concibe la Ley 7/1998 en su artículo 11, se crean más problemas de los que se solucionan, empezando por la trascendencia jurídica de las decisiones del Registrador y de los órganos que resuelvan los recursos *ex* artículo 11, núm. 10, de la Ley.

Respecto de la nulidad que debería establecerse en una Ley de Condiciones Generales, cabe suscitar la duda de si debe darse una *Nichtigkeit* pura o casi pura o si, por el contrario, sería preferible no conceder legitimación al predisponente: yo opto por lo primero, pues esa legitimación, con la salvedad que casi inmediatamente se hace, no perjudica a nadie y tiene la ventaja de no crear categorías extrañas en nuestro Derecho Privado. Ahora bien, tal vez dicha nulidad no deba permitir la declaración de oficio, pues, como ha sido afirmado recientemente, ello parece incompatible con el artículo 24 de la Constitución, en cuanto que el Juez se pronunciaría sobre algo que no ha sido planteado ni discutido en esa Instancia, produciéndose indefensión. Además, jamás debe acoger la Ley –aunque casi todas lo hagan– la posibilidad de que el predisponente pueda –ante la declaración de nulidad de la cláusula abusiva– sustituir la nulidad parcial del contrato por su nulidad total, pues ello implica la pérdida del bien o servicio para el adherente, destruyéndose así la protección que la Ley pretendía brindar: un predisponente astuto puede disponer el clausulado de manera que, activado por el adherente el mecanismo de la nulidad de una cláusula o de varias, quepa provocar la ineficacia total, peligro que he denunciado en anteriores escritos: los artículos 9 y 10 de la Ley 7/1998 (y el artículo 10 bis, núm. 2, de la Ley 26/1984, en su redacción de 1998) permiten esa posibilidad, como la permitía el párrafo 2.º del núm. 4 del artículo 10 originario de la Ley 26/1984. Evidentemente lo deseable es, tras la declaración de la nulidad de una o de varias cláusulas, la integración del contrato con arreglo a pautas claras que la Ley debe señalar: todo menos dejar al adherente sin el bien o el servicio. Es cierto que esta nulidad parcial coactiva pugna con el concepto de contrato como consentimiento, en cuanto que supone la imposición al predisponente de un contenido que probablemente él no habría querido, pero tal consecuencia hoy es inevitable, como lo fue siempre, por ejemplo, la irrelevancia del error no excusable, en virtud del principio de la autorresponsabilidad.

A propósito de una correcta regulación de la nulidad de las condiciones generales, me parece muy provechoso comentar brevísimamente un precepto de la Directiva 93/13 que guarda estrecha relación con el problema, en cuanto que restringe el control jurídico de algunos abusos, pudiendo suscitarse la cuestión de si, al margen de que la citada

Directiva vincule al legislador español (¡Está claro que sí!), prescripciones de esa índole son deseables. Me refiero al núm. 2 del artículo 4.º de la Directiva, que reza así: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles». Al margen de la alusión a la exigencia de claridad, asunto ajeno al enjuiciamiento del contenido justo o injusto, proporcionado o desproporcionado, del contrato, tiene especial importancia el hecho de que el legislador comunitario, obsesionado por la salvaguardia de la libre competencia, permite el desequilibrio entre las prestaciones sin considerar la posibilidad de existencia de verdaderas donaciones o de abusos a través de esta vía. La opción de la Directiva es coherente con los principios del Tratado de Roma y, desde luego, con las convicciones social y políticamente vigentes de la mayoría de los estudiosos de la Microeconomía e incluso de la Macroeconomía: el precio debe fluctuar libremente, debe formarse como consecuencia de la vida regular del mercado, dependiendo, por tanto, de la oferta y la demanda, modo de operar éste que, según estos criterios que no juzgo ahora, implica la máxima eficiencia, en cuanto que provoca la óptima asignación de recursos y evita los despilfarros nacidos del bloqueo de los precios: según el criterio implícito en la Directiva, el precio debe depender sólo de la oferta y de la demanda, y no de criterios de justicia pretendidamente objetivos, al estilo de los principios que inspiran, por ejemplo, la vieja rescisión por lesión. Obsérvese que en la Directiva, no es que, por ejemplo siguiendo el modelo del Código Civil italiano de 1942, se desatienda la justicia y sólo se atienda a la pureza del consentimiento, sino que, más bien, se atiende sólo a unos determinados aspectos de la justicia compatibles con el funcionamiento regular y libre del mercado: no importa que la mercancía sea cara, pero sí importa que reúna unas condiciones mínimas de calidad y de seguridad, lo cual no es mero problema de pureza del consentimiento, sino también de control del contenido, lo que, además, favorece el funcionamiento del circuito económico al estimular la demanda: se trata, en definitiva, de impedir que la cláusula, empleando terminología anglosajona, sea *unfair*: por eso no se impide tener en cuenta las prestaciones para apreciar el carácter abusivo de una cláusula que no las establezca o describa directamente (núm. 1 del mismo artículo). Sin entrar en la valoración ideológico-jurídica de preceptos como éste, no considero censurable que una Ley española lo reproduzca, lo imite o lo desarrolle si la redacción es correcta y precisa.

Por último, me parece pertinente que una Ley de Condiciones Generales contemple, junto a la acción individual de nulidad por las irregularidades antes descritas, una acción colectiva de cesación. Sobra la

acción individual de declaración de no incorporación y sobran acciones colectivas como las de retractación y las declarativas. De ello volveré a hablar pronto.

Y pasemos, a la luz de las notas propuestas, a un breve enjuiciamiento de la Ley 7/1998.

Como primer punto que cabía plantear antes de 1998 figuraba el de si, para regular el fenómeno de la predisposición, lo conveniente era disponer una nueva redacción, más extensa, precisa y sistematizada, del artículo 10 de la Ley 26/1984, manteniendo, por tanto, a ésta íntegramente en vigor y, de este modo, haciendo persistir la unidad del Derecho general de los consumidores; o, por el contrario, si lo conveniente era elaborar una nueva Ley de Condiciones Generales al estilo alemán o británico, derogando limpiamente el artículo 10 de 1984 citado. Las dos opciones eran buenas, si bien yo habría preferido la segunda, por motivos obvios. Cuando se anunció que se preparaba una Ley de Condiciones Generales, yo interpreté que ésa era la elección del Ministerio y del Gobierno, en línea con los borradores que venían circulando desde finales de los años 70, borradores técnicamente aceptables, aunque con algunos inconvenientes que yo mismo había señalado en diversos escritos. Mi sorpresa ha sido muy grande al descubrir que se ha elegido el procedimiento más innecesariamente complicado y asistemático: se elabora un texto que se denomina «Ley sobre condiciones generales de la contratación» en el que existen artículos con sustantividad propia y, al llegar a los puntos cruciales, ese texto se remite... ¡A la Ley de 1984, pero transformada por la de 1998! Nos enfrentamos así a un curioso fenómeno que recuerda a esos hermanos siameses que tienen parte del cuerpo en común: existe, en efecto, una parte de la Ley de 1984 que no es, al mismo tiempo, parte de la Ley de 1998; otra parte de ésta, que no pertenece a aquélla; y, por último, una zona que pertenece a las dos Leyes, pero con la redacción de 1998. El hecho de que, además, haya un «fleco» hipotecario –por cierto, no demasiado censurable– no afecta a lo dicho. El divertido resultado es un soldado romano, en parte, vestido de lagarterana: que la opción ha sido consciente lo demuestra el párrafo 2.º del Preámbulo de la Exposición de Motivos: la expresión «al mismo tiempo» ahí empleada pretende justificar algo que sólo tiene justificación si lo que se pretende es complicar: la simultaneidad no es necesariamente una virtud.

Este mismo Preámbulo de la Exposición de Motivos esboza una clasificación de las figuras más tratadas en el texto legal: dice que una condición general no tiene que ser abusiva, lo cual es correcto, aunque sea obvio; y dice también que cabe que exista una cláusula abusiva que no sea condición general, lo que «... puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares»: esto es conceptualmente posible, como antes apunté –ya lo había sugerido yo en 1979–, pero debemos pre-

guntarnos si tiene sentido asignar a ese hecho una regulación especial: el mismo texto de la Exposición de Motivos nos indica que sí, si estamos ante un contrato con un consumidor, lo cual no es censurable, aunque exceda de una Ley de condiciones generales. No obstante, repárese en que ello implica que será conforme a Derecho la cláusula particular abusiva frente a un no consumidor. Lo que me parece más llamativo es que seguidamente se diga: «... Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual». ¿Cuáles? ¿Las del Código Civil? ¿Encajamos en el artículo 1255 de éste las cláusulas abusivas, en cuanto contrarias al orden público, como autorizadamente se dijo hace casi treinta años? ¿O es que, como seguidamente se indica, con la expresión «normas generales» el texto se refiere a los casos de ausencia de buena fe y desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones? Si es esto lo que se quiere decir, no me parece mal, cargándose, además, de sentido lo antes anunciado sobre una protección de los no consumidores ante las condiciones generales diferente de la de los consumidores; pero suprimase entonces el adjetivo *generales* después de la palabra *normas*. De la Exposición de Motivos debo destacar también la amplificación del concepto de consumidor, que pasa a ser un concepto residual, en cuanto que «... el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional».

Y pasemos al texto legal propiamente dicho. El artículo 1.º, en su núm. 1, define las condiciones generales de manera aceptable. Pero el núm. 2 ha debido ser más explícito al definir el contrato de adhesión como figura diferente, así como al aludir a esa «apreciación global», que debería habernos descrito, en aras de una mínima seguridad jurídica: ¿Deberemos tener en cuenta los artículos 1281 y siguientes del Código Civil para apreciar globalmente si hay contrato de adhesión?

Respecto de los artículos 5.º y siguientes, recuerdo lo advertido precedentemente acerca de la distinción entre requisitos de inclusión o incorporación y requisitos de contenido: no censuro dicha distinción, pero sí el modo en que la Ley la hace: su tratamiento respecto de las cláusulas ambiguas, oscuras o ininteligibles pero comunicadas debería acercarse más al de las abusivas y alejarse del de las no comunicadas. Fijando nuestra atención en el artículo 5.º, núm. 1, adviértase que es un texto reiterativo y reduplicado respecto del artículo 10, núm. 1, apartado *a*), de la Ley de 1984, en su versión actual: su primer inciso sobra, pues realmente carece de contenido, pues viene a decirnos que un contrato existe... cuando se firma. El inciso 2.º del primer párrafo es insuficiente: y, si interpretamos que basta lo dicho, ¡Pobre adherente! Por el contrario, sí es correcta la exigencia del 2.º párrafo de entrega *previa* («no le haya») del ejemplar, aunque sobre la incontrolable obligación de información expre-

sa. *¿Quid* si no se dio? *¿Cómo* se prueba? *¿No* se incluye en la entrega del ejemplar? *¿Por* qué se repite lo dicho en el artículo 10 de la Ley de 1984? El número 2 del artículo 5 es sencillamente peligroso: *¿Cuáles* son esos casos en los que el contrato «no deba formalizarse por escrito»? *¿Se* refiere el texto a que no exista obligación de escrito o a que exista obligación de oralidad? *¿Qué* obligación es ésta? Quizá quiera aludirse a una necesidad fáctica, del tráfico, de prescindir de los formularios y de las firmas, lo que debió expresarse correctamente: se trata de contratos que, por la simplicidad de su contenido, frecuencia y rapidez de ejecución, los usos del tráfico impelen a prescindir de la redacción de un módulo. Pues bien, quedando el precepto como está, astutos predisponentes se acogerán a él, utilizando su contenido, para eludir el deber de comunicación: repárese en la inconveniente expresión legal «que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración» y en la alusión final al «momento de la celebración»: según el texto, el predisponente cumple la Ley entregando un documento simultáneamente a la celebración del negocio jurídico, lo que implica, dadas las características de éste, que ningún adherente se entera hasta que, habiendo regresado a su casa tras la ejecución del contrato, puede leerlas, lo que hará el 1 por 100 de los consumidores: *¿Era* esto lo que realmente se pretendía? Como antes apunté, el modo *real* de proteger al adherente en estos contratos consiste en imponer determinado contenido a las cláusulas y en regular más pormenorizadamente qué es ese «lugar visible» al que alude la Ley de 1998 y al que *necesariamente* debería describir una Ley idónea, como requisito imprescindible: no olvidemos que en la Ley de 1998 es requisito alternativo con otros muy censurables. Respecto del núm. 3 del mismo artículo, habrá que esperar esa anunciada y requerida normativa reglamentaria; pero no se escape ya al lector el curioso 2.º inciso del párrafo, por el que se ordena una comunicación del posible desaguado ya consumado: *¿Qué* relevancia tiene esa comunicación? *¿No* habría tenido sentido establecerla sólo si inmediatamente se establecía un derecho a desistir en un plazo corto? El término «efectuada», contenido en el precepto, no permite equívocos: el legislador se refiere a la información acerca del contrato ya perfeccionado.

Del artículo 6.º, que en sí es aceptable, hablaré en relación con el 7.º: éste es una «joya» de la Historia de la Legislación: no sólo por el hecho, ya comentado, de no incorporar lo que indefectiblemente pertenece al clausulado, debiendo, por tanto, ser interpretado y tenido en cuenta para interpretar lo demás, sino también por otras razones. Nada que oponer al apartado a) en sí mismo. En cuanto al b), lo primero que debo señalar es que es imprescindible que el legislador nos diga, ante la hipótesis de una cláusula oscura, si debo, con arreglo al mencionado artículo 6.º, interpretarla a favor del adherente, o si, con arreglo al artículo 7.º, debo entender que no queda incluida: la diferencia puede ser grande para el adherente. Como apunté, hay criterios para solucionar este problema, pero el legis-

lador debió expresarlos: lo que nunca debe hacer es formular dos soluciones incompatibles para un mismo problema; pudo decir, por ejemplo, que se opta por la interpretación *contra stipulatorem* si es posible, optándose por la no inclusión (puesto que ésta es la –indebida– técnica escogida) en caso contrario. Pero el apartado *b)* merece atención también y sobre todo porque contiene una determinación que deslumbraría al mismo Aristóteles: establece, en efecto, este precepto que no quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e *incomprensibles*, *salvo en cuanto a estas últimas, que hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato*». (Las cursivas son, obviamente, mías). Atiéndase a que se da relevancia jurídica, determinándose su inclusión, a unas cláusulas incomprensibles, en cuanto que han sido aceptadas por el adherente, que se ve así *vinculado* por una aceptación *sobre la nada*. Pero, además, y por si fuera poco, se dice que se da este efecto si estas cláusulas incomprensibles se ajustan a una determinada normativa: algo incomprensible, *ajustándose a una normativa*. Y, si se refiere al tipo de letra, pero es incomprensible el contenido, ¿Qué sentido tiene que se incorpore o no? ¿Qué estaban pensando los redactores y los parlamentarios cuando elaboraron este asombroso precepto? ¿Cuesta tanto trabajo tener más cuidado?

Nada que oponer, en principio, al artículo 8, salvo en lo que concierne a la criticada inserción de la Ley de 1984 dentro de ésta. Y a salvo de que en otro artículo se contradiga o cuestione alguna importante determinación de éste: en concreto, el artículo 8.º empieza diciendo que serán *nulas de pleno derecho* las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley, etc.: que el precepto diga *nulas* no parece impedir que dicha invalidez pueda presentar caracteres propios, algo diferentes de la nulidad *stricto sensu* del Derecho Civil; pero, si dice *de pleno derecho*, cualquier lector entiende que se pretende remachar que se trata precisamente de esa nulidad, de la clásica *Nichtigkeit*: pues bien, el núm. 1 del artículo 9.º restringe –por cierto, no desafortunadamente– la legitimación al adherente: ¿Para qué tanta contundencia en el artículo 8.º, si luego se dispone lo que se dispone en el 9.º? Pero sigamos hablando de éste. Además de lo que pienso acerca de la figura de la declaración judicial de no incorporación (tema ya mencionado), llamo la atención sobre la remisión de la parte final del núm. 1 del artículo en cuestión a «... las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual»: ¿A qué se refiere? ¿A las del Código Civil? Si van a aplicarse esas normas a los casos de cláusulas ambiguas, oscuras e incomprensibles, ¿Para qué se inventó la figura de la no incorporación? Por otra parte, ¿es que se pretende también aplicar esos artículos del Código Civil a las cláusulas no comunicadas? Y, además, ¿Cabe aplicar esas normas, pensadas para la nulidad y la anulabilidad clásicas, para que juegue una

figura como esa «nulidad» que, por muy *de pleno derecho* que sea, es tan peculiar a la vista, por ejemplo, del mismo artículo 9.º? Pero sigamos desentrañando los arcanos jurídicos del insondable artículo 9.º. Dispone su núm. 2: «... La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas (*sic*) o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil». Sobre este precepto, aparte de lo ya dicho acerca de la no incorporación, cabe apuntar que me produce curiosidad el hecho de que imponga al juzgador pronunciarse sobre aspectos cuyo pronunciamiento pudo no solicitarse (esa aclaración sobre la eficacia del resto del contrato), apartándose esta Ley de los criterios contenidos en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: pero advierto que eso no me parece rechazable: al contrario, creo que el Juez debe recibir facultades para ello, e incluso para más, como pronto afirmaré. Pero, por otra parte, debo añadir que me desconcierta la segunda parte de la disposición cuando dice que el Juez decretará la nulidad del propio contrato —esto es, del contrato entero— cuando la nulidad o la no incorporación de las cláusulas impugnadas afectara a los elementos del artículo 1261 del Código: ¿Qué quiere decirse con esto? Si hay vicio o irregularidad en el consentimiento respecto de alguna cláusula, se aplicarán los criterios del Código sin más (nulidad o anulabilidad, total o parcial, según las reglas generales), sobrando este artículo 9, que, interpretado literalmente respecto del consentimiento, carece de sentido: en efecto, si el vicio o la irregularidad afectan al contrato como tal, se produce la pertinente invalidez del Código; y, si afecta a una cláusula, es absurdo que ello acarree, contra el Código, ineficacia total porque lo diga, descoordinadamente, este artículo 9.º de la Ley. Respecto del objeto y de la causa, si la irregularidad provoca la aplicación de los artículos 1271 y siguientes y 1275 del mismo Código, la nulidad deriva de éste, sin necesidad de que lo diga la Ley de 1998. Y, si *afectar* es otra cosa, carece de sentido una ineficacia total que podría perjudicar gravemente al adherente: lo correcto será la invalidez parcial. Aclaro que este artículo merece un juicio menos desfavorable del que podría desprenderse de estas críticas: la restricción de la legitimación al adherente es razonable (aunque no sea la única solución posible) y sus «novedades procesales» no son rechazables: sólo afirmo que debería haberse meditado mejor: ¿No hemos esperado tantos años una Ley de Condiciones Generales? ¿Por qué no un poco más, para disfrutar de algo que, a la vista del material del que podía disponerse, no habría sido tan difícil?

Y del 9.º al 10, que sigue aludiendo a la nulidad parcial y a la total. El núm. 1 del artículo 10 reza: «... La no incorporación al contrato de las

cláusulas de las condiciones generales o la declaración de la nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia». Este precepto debe ser interpretado conjuntamente con el del artículo 10 bis, núm. 2, de la Ley 26/1984, en la redacción dada por la disposición adicional primera, tres, de la Ley 7/1998, que, reformando el núm. 4 del artículo 10 de la versión originaria de la mencionada Ley 26/1984, establece: «... Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.» Este texto final merece la misma crítica que merecía su antecesor de 1984 y su más remoto antecedente, el número 3 del párrafo 6 de la Ley alemana de 1976: ¿Qué hacer si los asesores de un predisponente diseñan las cláusulas abusivas de manera tal que, al ser éstas suprimidas, lo que queda produce esa posición no equitativa en contra de dicho predisponente? ¿No entregamos a éste la posibilidad de desencadenar el proceso que toda Ley de esta índole pretende precisamente evitar? ¿Pretendemos que existan casos en los que, al activar el adherente su propia protección, quede privado del bien o del servicio, tal vez vital para él? Denuncié este peligro muchas veces y se me tachó de exagerado: el dragón, apartado el caballero, vuelve a amenazar a la princesa. No obstante, he de reconocer que la Ley actual aporta algunas lanzas más para el eficaz hostigamiento del citado monstruo legendario: los instrumentos de integración del contrato, consignados tanto en el núm. 2 del artículo 10 de la Ley, como en el transcrito precepto de la disposición adicional primera. Apruebo esos instrumentos, aunque advierto que el legislador podría haber orientado ahí más al Juez, por ejemplo, adjuntando un Anexo de cláusulas que la sentencia podría automáticamente añadir en tales casos. Además, sin ser literalmente incorrecto, el texto del núm. 2 del artículo 10 parece confundir interpretación e integración: ¿Por qué tantas prisas después de hacer esperar tanto?

De los artículos 11 y 22 ya hemos hablado implícitamente: un buen Registro no sobra, pero ¿Es sensato organizar una estructura tan compleja y cara, pudiendo conseguir el 95 por 100 de utilidad con el 5 por 100 de gasto y de esfuerzo? Recuérdense, además, mis advertencias antes hechas. Conste que estoy dispuesto a ser convencido de lo contrario y que reconozco que caben soluciones parciales. Pero, sin perjuicio de medita-

ciones posteriores, creo que lo decidido al respecto equivale a matar gorriones a cañonazos; además, en contra de lo aseverado por el punto III de la exposición de Motivos, el artículo 3.º de la Directiva no exigía tanto.

Respecto de los artículos 12 y siguientes, baste recordar que sólo reputo útil una acción colectiva de cesación: léase, por ejemplo, el ilustrativo núm. 2 del artículo 17, en el que se regula la acción de retractación: es una actividad dirigida... a la nada: compárese con el núm. 2 del artículo 20.

Me produce sorpresa el texto del núm. 3 del artículo 23: textualmente interpretado, el Notario sólo debe hacer constar el carácter de condiciones generales de unas cláusulas determinadas si, además de serlo (¡como si la Ley no bastara y el Notario no supiera interpretarla y aplicarla!), se hallan inscritas: ¿Qué sentido tiene conferir estos efectos a la inscripción? Por otra parte, ¿Qué quiere decir el legislador al aludir a la «manifestación en contrario de los contratantes»? ¿Qué relevancia tiene esa manifestación? Parecidas críticas merece el núm. 6 del artículo 10 de la Ley 26/1984, en su actual redacción, impuesta por el núm. dos de la disposición adicional primera de la Ley 7/1998.

Por cierto, respecto de este citado núm. dos de la disposición adicional primera, llamo la atención, a propósito del núm. 1 del artículo 10 de la Ley 26/1984, acerca de la inserción del inciso «... y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios», inciso que pretende completar la redacción anterior. Por otra parte, ¿Por qué no se aprovechó la ocasión para enviar a otro lugar (de la Ley de 1984, no de la de 1998) el apartado b) del núm. 1 en cuestión, que, como todos decíamos, no habla de condiciones generales? Otro síntoma, éste ostentoso, de precipitación. Mírese también el inciso 2.º del núm. 4, que procede de 1988: «... La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal». Si pensamos con rigor, o el texto quiere decir algo muy distinto de lo que dice o carece de sentido: la celebración del contrato principal es un hecho, un acontecimiento, que puede ser impedido por mil factores aleatorios, entre otros que el consumidor no quiera contratar por padecer dolor de estómago: ¿Cómo se atreve el legislador a decir que algo, una negativa, no puede impedir la *celebración* del contrato? Otra cosa es que, celebrado un contrato, no valga la cláusula irregular o lesiva de arbitraje.

Respecto de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, en su redacción de 1998, en la que se contienen las cláusulas abusivas, exceptuando la expresión «al menos», contenida en el encabezamiento, antes comentada, nada objeto, pues la importancia y complejidad del tema merecería un trabajo independiente. Me parece esta parte la menos defectuosa de la Ley. Apunto sólo la indeterminación de la expresión «de forma inadecuada», contenida en el núm. 12, y la omisión de la escritura matriz y de la plusvalía en el núm. 22.

Respecto de la disposición adicional segunda de la Ley 7/1998, de contenido marcadamente registral, poco digo, pues no me parece especialmente rechazable. Me sorprende, no obstante, el nuevo artículo 253 de la Ley Hipotecaria, en su núm. 1: ¿Todo eso hay que consignar en el título? Por otra parte, lo dicho en el núm. 3, ¿No debería haberse insertado en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, al que se hubiese dado nueva redacción? Y, todavía dentro del Derecho Hipotecario, pero aludiendo a otro asunto: ¿No podría haberse creado una nueva anotación preventiva, retocando el artículo 42 de la mencionada Ley de 1946, por la que se anotasen los documentos privados de adquisición de viviendas, dificultando así las múltiples ventas, preferentemente en zonas costeras, del mismo piso en dos semanas? Al jurista que se rasgue las vestiduras ante tal propuesta le comunico que yo no me las he rasgado tras la lectura de la Ley 7/1998 y que éste no sería el único caso de acceso de un documento privado al Registro de la Propiedad: piénsese, por ejemplo, en el artículo 59 de la Ley Hipotecaria. No obstante, sólo me atrevo a sugerir la idea, pues mis amigos Registradores no celebran dicha sugerencia, advirtiéndome que tal reforma sería impropcedente, más que por afectar a principios civiles e hipotecarios, porque sobrecargaría excesivamente su tarea, añadiendo que el informe británico que motivó la polémica se basaba en daños padecidos por personas que no habían adoptado las más mínimas precauciones: quede, por mi parte, el tema abierto.

Respecto de la disposición final primera, creo que en ella se incurre en un curioso error muy característico del legislador español, que se irroga competencias que no tiene: hace bien en remitirse a los apartados 6 y 8 del núm. 1 del artículo 149 de la Constitución, pues efectivamente esta materia es base de obligaciones contractuales y es, en muchos aspectos, mercantil; pero él no es quien para pronunciarse sobre su propia competencia, sino que debe acatar lo que, sobre ella, digan el constituyente y su intérprete, el Tribunal Constitucional. Y, si lo que quería era justificarse, sobra el texto: no es misión de la ley esa función: en todo caso, lo será de la exposición de Motivos. El legislador ordinario no puede decir que esto o aquéllo tiene tal o cual calificación a efectos de que encaje o no en su competencia exclusiva, sino que esto o aquéllo será previamente de su competencia exclusiva porque lo dice la Constitución o su intérprete, siendo inadmisibles que el legislador ordinario altere el significado de un término constitucional para modular su competencia. En otros términos: una determinada materia no pertenece o deja de pertenecer al artículo 149, núm. 1, de la Constitución *porque* lo diga el legislador ordinario, sino que pertenece o no a ese ámbito *previamente y al margen* de lo que diga dicho legislador, que carece, por tanto, de autoridad para interceptar la actuación del legislador autonómico: el hecho de que éste no pueda legislar sobre determinadas materias no se debe, desde luego, a que lo haya decidido el legislador estatal declarando que aquéllas pertenecen al artículo 149, núm. 1, de la Constitución.

Por último, sobra la disposición final tercera, que nada añade al núm. 1 del artículo 2.º del Código Civil.

¿Qué decir, después de todo lo expresado, acerca de esta Ley? Que, teniendo aciertos parciales, merece una crítica negativa. Sinceramente, creo que estábamos mejor regulados, respecto de esa materia, antes de abril de 1998, a pesar de que entonces tampoco contábamos con un régimen deseable. Se ha solucionado poco y se han creado múltiples problemas interpretativos y mecanismos caros y conflictivos, dañándose gravemente la seguridad jurídica: continuamos progresando en la desventurada línea de los pontífices de la etapa primitiva de la Historia de Roma para quienes el Derecho debía ser cosa de iniciados, siendo conveniente complicarlo hasta el infinito para imposibilitar su comprensión por el pueblo: es cierto que el mundo de hoy es complejo y que debíamos atender a la Directiva de 1993, pero no era necesario hacerlo así: no culpemos a Europa de las precipitaciones, de las antinomias, de los conceptos jurídicos indeterminados innecesarios, de la falta de sistema, de las imprecisiones, de los mecanismos antieconómicos, de las incorrecciones técnico-jurídicas y de los absurdos lógicos que hemos visto. Lo único sensato es derogar esta ley, poner momentáneamente en vigor el Derecho anterior, y elaborar otra nueva aprovechando el buen material, español y extranjero, de que se dispone. Y conste que, desgraciadamente, lo que digo de la Ley 7/1998, podría decirse de muchas otras elaboradas antes de 1996 y de 1982. Y, por supuesto, también de mucho antes. Hacer leyes es muy importante y muy difícil.

La Ley alemana sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido. Estudio comparado con la Directiva europea

Dra. G. BOTANA y Dra. CH. LEBSANFT

Universidad Europea de Madrid

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Finalidad de la regulación*. 3. *Ámbito de aplicación*: 3.1. *Ámbito subjetivo*. 3.2. *Ámbito objetivo*. 4. *Formalidades del contrato*: 4.1. *Folleto*. 4.2. *Contrato escrito*. 4.3. *Lengua*. 4.4. *Consecuencias del incumplimiento de las formalidades*. 5. *Derecho de revocación*: 5.1. *Ejercicio del derecho de revocación*. 5.2. *Efectos del ejercicio del derecho de revocación*. 5.3. *Derecho de revocación en los supuestos de contratos financiados*. 6. *Criterios de Derecho internacional privado*. 7. *Irrenunciabilidad de los derechos conferidos*.

1. INTRODUCCIÓN

La figura objeto de nuestro estudio se caracteriza por un reparto de la posesión en el tiempo de un inmueble; cada uno de los adquirentes tiene la posesión exclusiva del inmueble, pero solamente durante un tiempo determinado del año, a lo largo de un período de años o, incluso, durante toda la vida del inmueble ¹.

El fin perseguido con esta fórmula es ofrecer el uso exclusivo de un inmueble, en particular de pisos o de apartamentos de vacaciones, a lo largo de cada año durante un período de tiempo determinado del mismo. El desarrollo del turismo y el coste elevado de las estancias en hoteles han favorecido esta modalidad hasta el punto de entrar normalmente su compra dentro del plan de vacaciones del adquirente ².

¹ Vid. ORTEGA MARTÍNEZ, *La multipropiedad vacacional*, Madrid, 1991, p. 9.

² Vid. KOHLI, *L'immeuble en temps partagé*, Lausanne, 1990, pp. 22 ss.; FLATTET, «La multipropriété en Suisse», en *Rapports suisses présentés au XIIIème Congrès International de Droit Comparé*, Zurich, 1990, p. 103.

El hecho, siempre más frecuente, de disponer de un alojamiento para pasar una temporada en la playa, en el campo o en la montaña, admite la aplicación de regulaciones muy diferentes, pero sin embargo todas válidas. Lo importante para el consumidor adquirente es saber cuál es la calificación jurídica del sistema que ha elegido y conocer los derechos y los deberes que de dicha opción se derivan.

Si el consumidor es propietario ordinario del apartamento o del chalé, disfrutará de la protección máxima en el supuesto de que celebre el contrato en escritura pública y proceda a su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad. Pero el consumidor puede, igualmente, alquilar el apartamento o el chalé por el período de su estancia vacacional; dada la breve duración de este tipo de estancias, no se beneficiará de la protección ofrecida al arrendatario habitual³. El consumidor puede ser también miembro de una sociedad, de una asociación o de un club que le permita disponer de un chalé o de un apartamento en diferentes lugares del mundo por un período de tiempo determinado cada año: es el «*Time-sharing*». Puede, finalmente, adquirir la copropiedad por un período determinado del año: es propiamente la multipropiedad.

La complejidad existente en este tipo de contratación y la poca comprensión que el consumidor suele tener de sus derechos y obligaciones futuros evidencia la necesidad de su mayor protección, no sólo al contratar sino también durante la ejecución de tales contratos, teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, los adquirentes creen estar consiguiendo, a través de estos contratos, la copropiedad de inmuebles en áreas turísticas, lo que no sucede habitualmente.

Preferimos utilizar el término «*Time-sharing*»⁴ para el caso en que el adquirente es simplemente miembro de una sociedad que es propietaria del inmueble y que concede a sus miembros el derecho de ocuparlo durante un período bien definido del año. El término de multipropiedad se reserva para el supuesto en que los diferentes adquirentes, que utilizan el inmueble durante el año, dispongan de un derecho real de propiedad sobre éste.

³ En el caso, por ejemplo, de la Ley española de arrendamientos urbanos, de 24 de noviembre de 1994, dedica su regulación fundamentalmente al arrendamiento de vivienda, siendo muy escasa la regulación y la protección dedicada a los arrendamientos de temporada, considerados como de uso distinto al de vivienda en su artículo 3.

⁴ Es la denominación habitual de este fenómeno en el mundo anglosajón, cuyo significado literal es «*tiempo compartido*». Este término parece tener su origen en el mundo de la informática, describiendo la posibilidad de que un usuario reciba la conexión a la red informática sólo cuando lo necesite, pagando únicamente el tiempo de conexión que haya usado. En opinión de MUNAR BERNAT, el término fue introducido por F. Chapman, apareciendo el primer complejo en 1976 en la localidad escocesa de Loch Ranock. Vid. MUNAR BERNAT, *Presente y futuro de la multipropiedad*, Madrid, 1992, p. 44.

En el sistema que hemos llamado «*Time-sharing*», es la sociedad, la asociación o el club quien es propietario del inmueble. Para tener el derecho de ocupar el inmueble, el consumidor adquirente debe ser miembro de dicha sociedad, asociación o club. De esta forma el consumidor se hace beneficiario del buen o mal funcionamiento de la persona jurídica. La titularidad de la parte social, que da lugar al derecho a un uso temporal del inmueble, no es inscrita en el Registro de la Propiedad. El consumidor no tendrá la garantía de seguridad jurídica que el Registro otorga. Por ejemplo, en caso de quiebra de la sociedad, después de la liquidación de su patrimonio, el consumidor puede perder su derecho de utilización del inmueble. La falta de seguridad representa, por tanto, uno de los escollos más importantes de esta modalidad jurídica.

También puede producirse la adquisición de la propiedad de un inmueble durante un período determinado del año. Para el consumidor, los aspectos positivos son, a la vez, de orden práctico y financiero. La adquisición de un alojamiento completamente amueblado y equipado a través de la multipropiedad le permite pagar menos que si comprase la plena propiedad del mismo y no soportará, además, las cargas más que por el tiempo de uso. Para el promotor inmobiliario, la división de la propiedad en cortos períodos de uso presenta la ventaja de asegurar una ocupación mucho más densa de los inmuebles en el curso del año. La propiedad queda, de este modo, explotada al máximo. Los inconvenientes de la multipropiedad son los mismos que en todas las comunidades. Un alojamiento de este tipo exige una administración que resuelva los problemas de carácter práctico que se produzcan (conservación, mantenimiento, etc.). Los multipropietarios están obligados a dirigirse a su administración para que tome las decisiones apropiadas para una buena gestión del inmueble.

En definitiva, puede estructurarse bajo cinco modelos jurídicamente distintos este tipo de operaciones inmobiliarias:

- Se trataría de un verdadero desmembramiento temporal del derecho de propiedad ⁵.
- Las estructuras asentadas en un régimen de copropiedad ⁶.

⁵ Éste ha sido, en parte, el modelo escogido por el legislador portugués quien ha regulado esta materia a través de dos Decretos Leyes, el primero, fechado el 31 de diciembre de 1981, y el segundo, de 8 de octubre de 1983, sobre el derecho de habitación periódica que se configura como un nuevo derecho real que recae sobre un inmueble y concede a su titular, como facultad esencial, la de ocuparlo por sí o por otro durante el tiempo pactado a cambio de una contraprestación. Es además un derecho transmisible, aunque no se concede la facultad de adquisición preferente —tanteo o retracto— a los demás multipropietarios. Finalmente, la norma portuguesa prevé su incorporación al Registro de la Propiedad, con la consiguiente certificación.

⁶ La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 4 de marzo de 1993, otorga a esta operación inmobiliaria la naturaleza de derecho real, de

- Otra posibilidad sería la adquisición de un derecho real limitado ⁷.
- Los derechos de estancia puramente contractuales ⁸.
- Por último, nos encontraríamos con las construcciones basadas en el Derecho de sociedades ⁹.

dominio exclusivo del multipropietario, concentrado y medido en unidad de tiempo en un turno, con pleno acceso al Registro de la Propiedad y por ello con eficacia «*erga omnes*». La citada Resolución otorga a esta figura unas características específicas, con una naturaleza distinta a otros tipos de comunidad y con la exclusión en la misma de los derechos de división y del retracto en el caso de venta. Para un comentario sobre la misma, *vid.* MUÑOZ DE DIOS, «Más sobre la multipropiedad. A propósito de la RDGRN de 4 de marzo de 1993», *La Ley*, 1993, pp. 939 ss.; MUNAR BERNAT, «Comentario a la resolución de 4 de marzo de 1993», *CCJC*, núm. 37, pp. 495 ss.; GARCÍA MAS, «En torno a la multipropiedad», *RCDI*, 1994, especialmente pp. 1670 ss.; LETE ACHIRICA, «La multipropiedad y la resolución de 4 de marzo de 1993», *RDJ*, 1995, pp. 523 ss.

⁷ Opción esta escogida por el Proyecto de Ley español sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (texto publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, VI Legislatura, 16 de septiembre de 1997, serie A, núm. 80-1, pp. 1 ss.). En la Exposición de Motivos se explica que se ha optado por esta fórmula por tres razones: primero, porque no es adecuada la configuración de un derecho pleno cuando sus titulares están físicamente alejados del inmueble; segundo, porque las demás fórmulas que existen en la práctica se rigen, convencionalmente, por ordenamientos extranjeros y no se adaptan a figuras reconocidas por nuestro Derecho; y tercero, porque un derecho personal innominado, si pretende ofrecer cierta estabilidad a la relación jurídica, presenta la naturaleza de un verdadero derecho real atípico, o bien se trata de un simple contrato de intermediación, bien es fuente de obligaciones personalísimas, supuestos en que el consumidor no tendría, en principio, la certeza de qué tipo de derecho ha adquirido. Para un primer comentario sobre este Proyecto, *vid.* HUALDE MANSO, «Algunos aspectos del proyecto de Ley de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles y de la reciente jurisprudencia de Audiencias Provinciales sobre multipropiedad», *Aranzadi Civil*, 1997, núm. 13, pp. 9 ss.; PAU PEDRÓN, «El nuevo derecho real de aprovechamiento por turno: su configuración y protección en el Anteproyecto de Ley», *La Ley*, 1997-1, D-65, p. 2092 ss.; TORRENS SÁNCHEZ, «Extracto sobre la multipropiedad y su anteproyecto», *RCDI*, 1997, pp. 2101 ss.; y, especialmente MUNAR BERNAT, «El derecho real de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multipropiedad», *RCDI*, 1998, pp. 1209 ss.

⁸ Grecia ha optado por el modelo contractual a través de la Ley núm. 1652, de 30 de octubre de 1986, sobre el contrato de multinquilinato y disciplina de materias conexas. En virtud del llamado contrato de multinquilinato el arrendador cede al arrendatario el uso de un complejo turístico con todos sus servicios complementarios por el período de tiempo establecido en el contrato y a cambio del correspondiente canon pactado. Dicho contrato no podrá tener una duración inferior a cinco años ni superior a 60 y deberá formalizarse en escritura pública.

⁹ Este sería el caso de Francia que con su Ley núm. 86-18, de 6 de enero de 1986, sobre sociedades de atribución de inmuebles se ocupa únicamente de la multipropiedad societaria: los socios gozan de un derecho puramente personal, por lo que excluye todo derecho de propiedad o cualquier otro derecho de naturaleza real. La característica esencial de la multipropiedad en Francia radica en que varias personas tienen el derecho, en virtud de su pertenencia como socios a la correspondiente sociedad de multipropiedad, a ocupar el edificio del que la propia sociedad es propietaria, durante un período determinado del año.

El término multipropiedad ¹⁰ encajará solamente para los dos primeros modelos, es decir, cuando hay un desmembramiento temporal del derecho de propiedad o se constituyen en copropiedad. Sin embargo, este vocablo resulta manifiestamente insuficiente para englobar todas las modalidades que han surgido en la práctica inmobiliaria. La utilización de dicha expresión debería estar limitada a los supuestos en que los adquirentes que utilizan el inmueble durante un período determinado del año disponen de un derecho real de propiedad sobre el mismo. No obstante, su aplicación se ha generalizado tanto a las estructuras obligacionales como a las formas societarias. En cambio, en la doctrina alemana, parece que se está abriendo paso la expresión «*Time-sharing*» como comprensiva de todas las modalidades que se dan en la práctica alemana. Sin embargo, el Proyecto de Ley español sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles ha preferido utilizar la expresión «*derecho de aprovechamiento por turno*» ¹¹ según se relata en la propia Exposición de Motivos, en primer lugar, porque es menos comprometida, en el sentido de ser una expresión más genérica y más descriptiva y, en segundo lugar, porque se ajusta perfectamente a la regulación que del mismo se hace. En el artículo 8 del citado Proyecto se prohíbe la transmisión de derechos de aprovechamiento por turno con la denominación de multipropiedad o de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad por resultar un término inadecuado por engañoso.

En definitiva, estamos ante un fenómeno que suscita intereses individuales y colectivos, que ha sido analizado en sus múltiples aspectos económicos y jurídicos por numerosa doctrina ¹².

¹⁰ El término de multipropiedad fue registrado, el 20 de abril de 1967, en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial francés, como marca comercial a cargo de la Sociedad «*Grands Travaux de Marseille*». Expresión que fue rescatada por la Sociedad francesa Clubhotel, filial del grupo Club-Mediterráneo. En un principio, esta modalidad estuvo circunscrita a las estaciones de ski. Habrá que esperar hasta 1975 para ver los primeros complejos al borde del mar sobre la Costa Azul o la Bretaña adoptando esta fórmula. Esta nueva modalidad fue exportada al resto del mundo, principalmente a los países receptores de un mayor número de turistas, como es el caso español. Sobre los orígenes de la multipropiedad, *vid.* KOHLI, *ob. cit.*, pp. 27 ss.; MUNAR BERNAT, *ob. cit.*, pp. 35 ss.

¹¹ Expresión adoptada también por el Decreto 117/1997, de 6 de septiembre, por el que se regulan determinados aspectos del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en el ámbito de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, BOCAIB, núm. 117, de 18 de septiembre de 1997, pp. 13946 ss.

¹² El tema de la multipropiedad, que ha surgido en los últimos años, ha suscitado una nutrida bibliografía de la que han sido seleccionadas las siguientes obras de la doctrina alemana y española, además de las ya citadas: GRALKA, *Time-sharing in Ferienhäusern und Ferienwohnungen*, Osnabrücker Rechtswissenschaftliche abhandlungen Bd. 9, Köln u. a., 1986; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad («Time-sharing»)*, Madrid, 1987; HERRERO GARCÍA, *La multipropiedad*, Madrid, 1988; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *La multipropiedad inmobiliaria*, Madrid, 1989; KOH-

La Comisión europea, en su plan de acción comunitaria en favor del turismo ¹³, ha elaborado la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994, referida a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de

LEPP, *Teilzeiteigentum and Ferienwohnungen*, 1989; MUNAR BERNAT, *Regímenes jurídicos de multipropiedad en el Derecho comparado*, Madrid, 1991; ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad. Ponencias y Proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios* (Ponencia de F. Rivero Hernández y P. de Pablo Contreras), Barcelona, 1993; BÖHMER, *Das deutsche Internationale Privatrecht des Timesharing*, Munich, 1993; LANGE, *Dirk Haustürgeschäfte deutscher Spanienurlauber nach spanischem Recht*, Konstanz, 1993; MARTINEK, *Time-Sharing-Verträge*, in «Moderne Vertragstypen», *Bd. III*, München, 1993, pp. 259 ss.; HILDENBRAND, *Vertragsgestaltung und Verbraucherschutz im Time-Sharing-Vertragsrecht*, Frankfurt, 1997; HILDENBRAND, KAPPUS und MÄSCH, *Time-Sharing und Teilzeit Wohnrechtgesetz (TzWRG): Handbuch, Kommentar und Leitentscheidungen*, Stuttgart, 1997; LETE ACHIRICA, *El contrato de multipropiedad y la protección de los consumidores*, Barcelona, 1997; TONNER, *Das Recht des Time-Sharing an Ferienimmobilien*, München, 1997; LEYVA DE LEYVA, «La propiedad cuadrimensional: un estudio sobre la multipropiedad», *RCDI*, 1985, pp. 37 ss.; SCHOBER, «Internationales Time-Sharing von Wohnungen», *D. B.*, 1985, pp. 1513 ss.; SEISEDOS, «Apuntes para la configuración jurídica de la multipropiedad en el Derecho español», *RCDI*, 1990, pp. 423; DE LEÓN ARCE, «De la multipropiedad al Time-Share: proposiciones comunitarias y proyectos de Derecho interno español», *RJN*, 1993, núm. 5, pp. 139 ss.; LOBSIGER, «Time Sharing von Ferienimmobilien aus schweizerischer Internationalprivatrechtlicher und Zivilprozessualer Sicht», *Aktuelle Juristische Praxis*, 1994, núm. 5, pp. 556; MARTINEK, «Das Teilzeiteigentum an Immobilien in der Europäischen Union», *Z. Eup*, 1994, pp. 470 ss.; MIRALLES GONZÁLEZ, «La multipropiedad en el Derecho comunitario y en el anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliario», *Noticias de la Unión Europea*, 1994, núm. 114, pp. 59 ss.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, «De nuevo, sobre la multipropiedad», *AC*, 1994, pp. 2 ss.; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, «El fenómeno de la multipropiedad y del tiempo compartido: estudio práctico en la legislación vigente y en la proyectada legislación», *RCDI*, 1995, pp. 2045 ss.; KAPPUS, «Time-Sharing-Verträge», en *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, F. Graf Westphalen, Stand November 1995; LINDNER, *Time-Sharing-Richtlinie 94/47/EG verabschiedet*, *VuR* 1995, pp. 122 ss.; PEGUERA POCH, «Consideraciones en torno al régimen jurídico de la multipropiedad societaria tras la Directiva 94/67/CE», *RGD*, 1995, pp. 6981 ss.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «La multipropiedad: su problemática ante el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1996, pp. 279 ss.; KAPPUS, «EU-Time-Sharing-Richtlinie und deutsche Umsetzungsgesetzgebund», *E. W. S.*, 1996, pp. 273 ss.; LINARES NOCI, «Algunas consideraciones sobre la multipropiedad», *RDP*, 1996, pp. 635 ss.; MUNAR BERNAT, «Nuevas reflexiones sobre la multipropiedad. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de abril de 1995», *La Ley*, 1996-2, pp. 1379 ss.; BÜTTER, «Haftung von Time-Sharing-Anbietern und Austauschorganisationen für Mängel an Time-Sharing-Anlagen», *VuR*, 1997, núm. 12, pp. 411 ss.; LASS, «Zum Lösungsrecht bei arglistiger Verwendung unwirksamer AGB», *JZ*, 1997, pp. 67 ss.; TONNER K. y TONNER M., «Zur dinglichen Berechtigung der Erwerber durch Dauerwohnrechte beim time-sharing», *W. M.*, 1998, núm. 7, pp. 313 ss.

¹³ A pesar de que el fenómeno de la multipropiedad ha sido enmarcado dentro de la política comunitaria sobre el turismo, éste incide también sobre otros ámbitos comunitarios: protección y defensa de los consumidores, libertad de establecimiento y prestación de servicios, espacio común europeo, el desarrollo económico de las regiones comunitarias menos favorecidas, protección del medio ambiente, etc.

adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido ¹⁴. Fueron las Resoluciones del Parlamento Europeo, de 13 de octubre de 1988 y 11 de junio de 1991, las que pusieron de manifiesto la necesidad de una intervención urgente de la Comisión, así como la Resolución sobre transacciones inmobiliarias transfronterizas, de 14 de septiembre de 1989 ¹⁵. La Directiva ¹⁶ consta de una Exposición de Motivos (con quince apartados), y trece artículos, completándose con un Anexo donde figuran los datos mínimos que debe contener el contrato contemplado en el artículo 4 de la norma.

La Ley alemana sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido ¹⁷ (TzWrG), del 20 de diciembre de 1996, tiene por objeto precisamente la incorporación al Derecho alemán de la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre de 1994. Esta Ley entró en vigor el primer día del mes siguiente a su publicación (§ 12), es decir, el 1 de enero de 1997, no siendo aplicable a aquellos contratos formalizados antes de su entrada en vigor (§ 11).

El sector de la economía dedicado a estas operaciones inmobiliarias en Alemania ha crecido con mucha rapidez. No obstante, el número de adquirentes de un derecho de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido sigue siendo bajo. Estas fórmulas tienen su sitio en el mercado alemán pero con una incidencia marginal todavía ¹⁸. La imagen general sobre el sector no es demasiado buena a causa de la proliferación de prácticas pocas serias en la captación de clientes y ventas que rozan con frecuencia el engaño ¹⁹.

Especial relevancia tiene en Alemania el carácter transfronterizo de este tipo de operaciones, ya que la mayoría de los contratos celebrados por súbditos alemanes tienen como objeto un inmueble situado fuera de

¹⁴ DOCE, número L280, de 29 de octubre de 1994.

¹⁵ Sobre los diversos trabajos e iniciativas parlamentarias en materia de multipropiedad, anteriores a la Propuesta inicial de Directiva, de 2 de julio de 1992, *vid. LETE ACHIRICA, El contrato...*, *ob. cit.*, pp. 37 a 45.

¹⁶ Sobre los diferentes hitos en la elaboración de la Directiva comunitaria, *Vid. MUNAR BERNAT, «La Directiva 94/47 sobre protección de los adquirentes de multipropiedad. Análisis de sus aspectos más relevantes»*, *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, 1994, B-99, pp. 17 ss.

¹⁷ Boletín Oficial del Parlamento alemán, *Bundesgesetzblatt (BGBl) I*, de 31 de diciembre de 1996, p. 2154 ss.

¹⁸ Referencias en MÄSCH, «Das deutsche Time-Sharing-Recht nach dem neuen Teilzeit-Wohnrechte-Gesetz», *DNotZ*, 1997, p. 181.

¹⁹ *Vid. JÄCKEL-HUTMACHER/TONNER, «Mehr Urlaubsbeweglichkeit durch Time-sharing?»*, *VuR*, 1994, p. 10; TONNER/ZANDER-HAYAT, «Das aktuelle Interview: Time-sharing», in *VuR*, 1994, pp. 207 ss.; MÄSCH, «Die Time-Sharing-Richtlinie», *EuZW*, 1995, p. 9; MARTINEK, «Das neue Teilzeit-Wohnrechtsgesetz-miBratener Verbraucherschutz bei Time-Sharing-Verträgen», *NJW*, 1997, p. 1393.

su país, sobre todo en España²⁰. El 92,9 por 100 de los alemanes que son titulares de un derecho de utilización de un inmueble, en régimen de tiempo compartido, lo tienen respecto de un inmueble fuera de su país²¹.

2. FINALIDAD DE LA REGULACIÓN

La Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre, sobre 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, ha de ser situada dentro de las disposiciones elaboradas por las instancias comunitarias con la finalidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior²² y, dado que las disparidades legislativas podían obstaculizar este logro, se imponía la aprobación de una legislación específica que evitase, en la medida de lo posible, los potenciales peligros a que pueden verse sometidos quienes realizan un contrato de estas características.

El objetivo de la norma comunitaria es la creación de una base de normas comunes que permitan garantizar la seguridad jurídica y económica de los adquirentes en un campo en el que éstos se encuentran en situación de inferioridad respecto a las demás partes implicadas. Las instancias comunitarias han considerado que es suficiente con armonizar solamente las normas relativas a los aspectos contractuales de las transacciones.

Por esta razón, la Directiva comunitaria no intenta armonizar a escala comunitaria la naturaleza jurídica de los derechos objeto de los contratos a que se refiere²³. La finalidad de dicha normativa es establecer un sistema de garantías y de contenidos mínimos que aseguren una protección apropiada de los adquirentes, independientemente de la fórmula elegida por el promotor inmobiliario. El considerando noveno precisa que, para establecer una protección eficaz de los adquirentes en este ámbito

²⁰ Vid. SCHOMERUS, «Time-Sharing-Verträge in Spanien im Lichte der EG-Richtlinie über den erwerb von Teilnutzungsrechten an Immobilien», *NJW*, 1995, pp. 3239 ss.; SCHOMERUS, «Gerichtliche Durchsetzung von Rückzahlungsansprüchen aus Time-Sharing-Verträgen in Spanien», *NJW*, 1996, pp. 359 ss.

²¹ Datos tomados de MÄSCH, *ob. cit.*, p. 181.

²² Sobre el mercado inmobiliario europeo, *vid. especialmente*, CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, Madrid, 1994.

²³ Para MUNAR BERNAT, la falta de armonización en este fundamental aspecto se encontraría en el hecho de que las legislaciones de los Estados miembros que han regulado la figura y las propuestas de regulación de otros difieren completamente en cuanto a la caracterización jurídica que conduciría, en el supuesto de pretender una uniformización, al fracaso. *Vid. MUNAR BERNAT, ob. cit.*, p. 18.

conviene precisar las obligaciones mínimas que los vendedores deben cumplir con respecto a los adquirentes. A pesar de que la Directiva no entra en la naturaleza jurídica de los derechos objeto de contrato, entre los datos mínimos que en el Anexo se considera que deben figurar en el contrato se encuentra «*la naturaleza precisa del derecho objeto del contrato...*» (b). No obstante, cualquiera que sea la naturaleza del derecho, las garantías serán las mismas para el adquirente. En consecuencia, se mantiene no sólo la diversidad de soluciones jurídicas entre los Estados miembros, sino que además no habrá impedimento para que, dentro de un determinado ordenamiento, se regulen distintas fórmulas de modo que los interesados puedan elegir de entre ellas la que mejor se adapte a sus intereses ²⁴, opción elegida por Alemania ²⁵ como analizaremos más adelante.

El legislador comunitario, con ocasión de esta Directiva, ha recurrido a la técnica de la armonización de mínimos, como es habitual en los sectores inherentes a los intereses de los consumidores. Dicha técnica supone la imposición a todos los Estados miembros de unas disposiciones obligatorias, pero les deja la posibilidad de adoptar disposiciones más estrictas, tal y como se reconoce en el artículo 11 de la propia Directiva. Las llamadas Directivas de mínimos constituyen el modo más eficaz de resolver los problemas que resultan de la coexistencia de los diferentes niveles nacionales de protección de los consumidores, en relación a la necesidad de una política comunitaria dirigida a la obtención de un aumento progresivo del nivel de protección. Se han sintetizado en tres las ventajas de esta técnica ²⁶:

- 1.^a Supone una elevación del nivel mínimo de protección, sin que ello sea bloqueado por los países que quieran llegar más lejos.
- 2.^a Ofrece una mayor facilidad para obtener el consenso entre los Estados miembros.

²⁴ Para DE PABLO CONTRERAS esta opción resulta la más adecuada, teniendo en cuenta que la óptica fundamental desde la que debe ser contemplado y regulado este fenómeno es la protección de los consumidores en su relación con el promotor y con la sociedad de servicios. Vid. DE PABLO CONTRERAS, *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad. Ponencias y Proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios*, Barcelona, 1993, p. 176.

²⁵ Así como por la Ley austriaca sobre la adquisición de derechos de uso a tiempo parcial de bienes inmuebles, de 27 de marzo de 1997; por el Statutory Instruments irlandés núm. 204, de 13 de mayo de 1997, dedicado precisamente a los contratos sobre *Time sharing*; la Ley del Reino Unido sobre el *Timeshare*, aprobada el 16 de marzo de 1992 y reformada y ampliada por *Timeshare Regulations 1997*, que ha entrado en vigor el 29 de abril de 1997; la Ley sueca de 1997 sobre protección a los consumidores en la adquisición de bienes a tiempo compartido; la regulación contenida en el Título 7.1 del Código Civil holandés dedicado a «*Compra y permuta*» que se modificó a través de la Ley de 26 de marzo de 1997.

²⁶ Vid. KRAMER M., «Uniform legislation in divers legal cultures: experiences from the E.E.C. harmonization process» en *European consumer law*, Louvain-la-Neuve, 1982, pp. 162-163.

- 3.^a Permite el mantenimiento de las reglas nacionales que fueron dictadas con el fin de proteger a los consumidores.

Sin embargo, el hecho de que una de las ventajas principales de la armonización de mínimos sea la de permitir el mantenimiento de los más elevados niveles de protección a los consumidores propios de algunas legislaciones, supone, por otra parte, mantener diferencias entre las distintas legislaciones de los Estados miembros, y, por tanto, la posibilidad de que se introduzca una cierta distorsión en el mercado interior comunitario ²⁷.

En definitiva, con esta nueva Directiva se ha atendido también al principio de subsidiariedad, en virtud del cual los Estados miembros serán los competentes para establecer la naturaleza jurídica de un derecho de este tipo, las garantías jurídicas y financieras para el adquirente, así como las disposiciones relativas a la administración de los inmuebles. Ello ha dado como resultado un texto de contenido más restringido que las propuestas que le dieron origen.

Alemania, a través de la Ley de 20 de diciembre de 1996, sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido, ha incorporado a su ordenamiento interno la Directiva sobre 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.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

3.1 ÁMBITO SUBJETIVO

El artículo 2.º de la Directiva define los sujetos de la relación de uso a tiempo parcial:

El legislador comunitario utiliza el término de adquirente y no el de consumidor ²⁸, aunque por la definición que da de aquél podrían ser asimilables ambas expresiones. El adquirente puede ser sólo «*la persona física*» que adquiere el derecho de utilización de uno o más inmuebles en

²⁷ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, Madrid, 1990, p. 133.

²⁸ En cambio, en la Propuesta de Directiva (DOCE, núm. C222, de 29 de agosto de 1992, pp. 5 ss.), en su artículo 2, se consideraba como adquirente a «*toda persona física que, en las transacciones que entran en el ámbito de la presente Directiva, actúe a título de consumidor, es decir, con fines que no se pueden considerar que entren en el marco de su actividad profesional*». Sin embargo, en la Propuesta modificada de la Directiva (DOCE, núm. C299, de 5 de noviembre de 1993, pp. 8 ss.) se suprimió la expresión «*a título de consumidor*» y se añadió al final «*a las que transfiera el derecho objeto del contrato*».

régimen de tiempo compartido «con fines que se puedan considerar que no pertenecen al marco de su actividad profesional». Con esta definición se quiere proteger solamente a los titulares del derecho de utilización que sean sujetos que usan el inmueble para la finalidad a la cual ha sido destinado, y no como lugar de actividad laboral o profesional.

La noción a la que se acoge la Directiva asimila sistemáticamente el adquirente a la figura del contratante. La doctrina²⁹ llama a este tipo de consumidor, «consumidor jurídico» frente al consumidor material que sin haber adquirido la cosa puede utilizarla. Además la Directiva sigue la técnica de otras normas comunitarias de considerar consumidores sólo a las personas físicas³⁰. Esta limitación parece excesiva, porque adquirente podría ser también un ente colectivo que se podría comprometer a respetar el destino y uso como vivienda, lo que podría permitir el disfrute a más personas³¹. Tal y como observó el Consejo Económico y Social³², podría haberse ampliado el concepto de adquirente consumidor a todas aquellas personas jurídicas que no persiguiesen fines lucrativos.

La TzWrG alemana, siguiendo a la Directiva, contiene una definición legal de las partes del contrato a las que denomina «transmitente»³³ y «adquirente». Este último ha sido definido como la persona física que actúa fuera de su actividad comercial o profesional. Esta definición ha sido objeto de alguna crítica por parte de la doctrina³⁴ alemana en el sentido de que un adquirente que actúe dentro de su ámbito profesional tam-

²⁹ Vid. por todos, CALAIS-AULOY et STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 4.ª éd., París, p. 4.

³⁰ Dentro de esta línea, pueden ser citadas entre otras normas comunitarias, las siguientes: Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990, sobre crédito al consumo; Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia.

En España a diferencia de las Directivas comunitarias, la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU) admite que puedan ser considerados consumidores las personas jurídicas (art. 1.2). En nuestra opinión, parece razonable el reconocimiento de la cualidad de consumidor a una persona jurídica que adquiere bienes o servicios para que sean utilizados o consumidos por personas vinculadas a ella sin que medie relación alguna de mercado.

³¹ Vid. CASELLI, *ob. cit.*, p. 115.

³² DOCE núm. C 108, de 19 de abril de 1993, p. 4.

³³ Parece más acertada la terminología utilizada por la Ley alemana que la empleada por el texto de la Directiva, ya que la expresión vendedor no es del todo exacta, pues no sólo se obliga a transferir el dominio o cualquier otro derecho, sino que debe prestarse una serie de servicios; la principal obligación del vendedor es dar; en cambio, en este tipo de contratos, además de ese dar, está un hacer y un no hacer. Vid. CASELLI, *ob. cit.*, p. 76.

³⁴ Vid. en este sentido, MASCH, *ob. cit.*, p. 191.

bién puede necesitar protección, aunque igual no tan amplia como la otorgada por la ley. A modo de ejemplo, se cita el caso de un empresario titular de una pequeña o mediana empresa que adquiere un derecho de utilización de tiempo compartido para sus trabajadores como incentivo.

La protección del consumidor se basa en la desigualdad entre las partes proveniente de la mayor competencia y pericia del empresario. Desequilibrio que puede producirse, también, cuando el profesional no contrata en el sector de su actividad habitual. Esto tampoco significa que siempre que actúe fuera de su especialidad actúe necesariamente fuera de su profesión. La apreciación de la especialidad profesional puede ser objeto de una interpretación más o menos rigurosa, según el grado de complejidad de la actividad ejercida. De modo que cuando las adquisiciones realizadas por los profesionales no se relacionen con el tráfico peculiar de su profesión, éstos podrían ser considerados como consumidores o usuarios. Tal solución no adolece de lógica si tenemos en cuenta que la protección de los consumidores responde a la necesidad de equilibrar situaciones jurídicas, donde una de las partes está en situación de inferioridad con respecto a la otra parte. Sin embargo, como acertadamente expuso el profesor Bercovitz³⁵, sería excesivamente problemático establecer una distinción como la apuntada, ya que podría dar lugar a una gran inseguridad jurídica, al tener que analizar en cada caso si concurren todas las características que el legislador consideró relevantes para otorgar su protección. Parece que si procedemos a una asimilación sistemática, en este sector de la contratación, de pequeños o medianos empresarios a la situación de consumidores corremos el riesgo de deformar la noción misma de consumidor³⁶.

La definición que de vendedor da la Directiva comunitaria, en su artículo 2, reconoce esta cualidad a cualquier persona física o jurídica que, en los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación y en el marco de su actividad profesional, cree, transfiera o se comprometa a transferir el derecho objeto del contrato. Se aprecia una menor precisión con respecto a la definición contenida en la Propuesta de Directiva, donde

³⁵ Vid. BERCOVITZ A., «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General de Consumidores y Usuarios», *EC*, núm. 3, p. 32.

³⁶ A salvo la opinión mantenida por quienes consideran que las diferentes finalidades de protección de la legislación exigen una concepción también diferenciada, que pudiera ser lo más adecuado para una eficaz protección del consumidor y del mercado y no una única definición aplicable a todos los ámbitos donde tiene incidencia la protección de los consumidores, como pudiera ser el caso español al definir expresamente el consumidor en los apartados segundo y tercero del artículo 1.º de la LGDCU. Vid. en este sentido, REICH, TONNER und WEGENER, *Verbraucher und recht*, Göttingen, 1976, p. 299; ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, p. 173; BERMEJO VERA, «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», *RAP*, 1978, pp. 258-259; MORILLAS JARILLO, «La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea», *AC*, 1994, p. 588.

se preveía que «vendedor» podría ser sólo «el propietario del bien inmueble, al que dicho derecho se refiere, o disponiendo de una autorización del propietario para ello»³⁷. Hubiera sido conveniente incluir una referencia expresa al intermediario profesional³⁸, aunque en el Anexo de la Directiva, al enumerar los datos mínimos que deben incluirse en un contrato de estas características, parece distinguir entre vendedor y propietario del derecho objeto de la transmisión en la letra a) al exigir la «*identidad y domicilio de las partes, con indicación precisa de la condición jurídica del vendedor, en el momento de la celebración del contrato, así como de la identidad y domicilio del propietario*». A pesar de ello, entendemos que la Propuesta de Directiva, en este punto, era ciertamente un modo más eficaz de tutelar a los adquirentes.

El § 1 de la TzWrG alemana especifica que los contratos deben celebrarse entre un transmitente que formaliza tales contratos, en el ejercicio de su actividad comercial o profesional, y un adquirente. No está prevista, al igual que en la Directiva comunitaria, la relación inversa, es decir, que sea el adquirente quien transmita derechos de utilización de inmuebles, en régimen de tiempo compartido, al transmitente. Quedarían excluidos, también, de ambas normas tanto los contratos que tienen lugar entre adquirentes particulares como los celebrados entre transmitentes. La causa de la primera exclusión se encuentra en la finalidad de las normas de protección de los consumidores consistente en defender al adquirente particular que contrata con un transmitente³⁹. Mientras que en el caso de los contratos efectuados entre transmitentes hay que presumir que son expertos en el tráfico mercantil, al dedicarse habitualmente a él, y, por ello, no necesitarían de una protección específica basada precisamente en la inexperiencia de uno de los contratantes.

³⁷ En parecidos términos, se expresaba la Propuesta Modificada de Directiva cuando señalaba que vendedor podría ser no sólo el titular del derecho objeto del contrato sino también aquél que tuviera «*mandato del titular para proceder a dicha transferencia*».

³⁸ Sobre esta cuestión ha llamado la atención PERINET-MARQUET, «La Directive communautaire sur la jouissance à temps partagé», *Rev. Dr. Imm.*, 1995, p. 66.

³⁹ Sin embargo, el Consejo Económico y Social consideró que, al recurrir la Directiva a la denominación genérica «vendedor», se permitiría la aplicación de sus disposiciones a quien, sin ejercer la actividad profesional de vendedor, decidiese revender su «*Time-sharing*». Justificaban esta observación porque, aunque en ese caso el vendedor no sea un profesional, nada justifica que se le niegue al adquirente consumidor la máxima protección a que tiene derecho, y se evita que, por el mecanismo de la reventa, algunas empresas escapen al cumplimiento de la ley (DOCE núm. C 108, de 19 de abril de 1993, p. 3). Postura con la que no estamos de acuerdo ya que con ello se desvirtuaría la propia finalidad de la norma, a pesar de reconocer el riesgo de fraude que puede existir. Lo que sí es criticable es la posibilidad misma abierta por la redacción dada finalmente al texto de la Directiva comunitaria que permitiría la reventa por el empresario o profesional del derecho objeto del contrato a una persona de su confianza, persona física que no sea un profesional, el cual quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, eludiéndose, de este modo, su régi-

3.2 ÁMBITO OBJETIVO

La Directiva se aplicará a los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, pero sus disposiciones se refieren únicamente a los aspectos relativos a:

- La información referente a los elementos constitutivos del contrato y las condiciones de transmisión de dicha información.
- Los procedimientos y formas de resolución ⁴⁰.

Sin embargo, ha incluido una definición sobre el contrato relativo, directa o indirectamente, a la adquisición de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido, en el siguiente sentido: «*Todo contrato o grupo de contratos celebrados para un período mínimo de tres años, por el que, mediante el pago de un determinado precio global, se cree, se transfiera o se establezca compromiso de transferir, directa o indirectamente, un derecho real o cualquier otro derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles, durante un período determinado o determinable del año que no podrá ser inferior a una semana.*».

De la definición de la Directiva cabe destacar:

- Se refiere a un contrato o a un grupo de contratos ⁴¹.
- Es relativo a uno o a varios inmuebles ⁴².
- Por un período mínimo de tres años: es decir, abarca tanto la verdadera multipropiedad perpetua, en el tiempo, como derechos personales o reales de carácter periódico y limitado en el tiempo.
- No podrá ser inferior a una semana: esta limitación temporal figuraba también en la Propuesta de Directiva, pero fue suprimida en

men jurídico. *Vid. en este sentido, PERINET-MARQUET, ob. cit., p. 66; LETE ACHIRICA, ob. cit., p. 62.*

⁴⁰ En opinión de BELLANTUONO, la especial atención que recibe la cuestión procedimental y el lograr la transparencia de la contratación, obedece a que la norma comunitaria sigue el Derecho anglosajón, *vid. BELLANTUONO, Schede di lettura, «Riv. Critica del Diritto Privato», anno XIII, núm. 4, p. 831.*

⁴¹ La expresión «*grupo de contratos*» es nueva en el texto definitivo de la Directiva, tanto la Propuesta inicial como la modificada tan sólo hacían referencia a «*contrato*». Como oportunamente ha señalado LETE ACHIRICA con la nueva redacción «*se intenta así englobar los denominados contratos vinculados o conexos, que constituyen una pluralidad coordinada de contratos al servicio de una operación económica unitaria. En el caso de la multipropiedad, su adquisición puede ir acompañada de un contrato de préstamo que cubra total o parcialmente el precio a pagar por el adquirente, supuesto que regula el artículo 7 de la Directiva, pero también de otros contratos relativos a la utilización de servicios e instalaciones del inmueble o conjunto inmobiliario*». *Cfr. LETE ACHIRICA, ob. cit., p. 96.*

⁴² Ha desaparecido de la definición la distinción de si se trata de un inmueble construido o por construir que figuraba en la Propuesta modificada de la Directiva. Este aspecto quedará, en su caso, incluido entre los datos mínimos que deben figurar en el contrato, *ex letra d) del Anexo.*

- la Propuesta modificada de Directiva donde tan sólo se hacía alusión a que fuera un período del año que podría determinarse.
- Por un precio global: esta exigencia excluye la posibilidad de configurar el tiempo compartido como un contrato de arrendamiento.

Con esta definición de contrato de adquisición de un derecho de utilización, de uno o más inmuebles, en régimen de tiempo compartido se legitiman todos los posibles casos de disfrute a tiempo compartido de un bien inmueble.

La TzWrG alemana, en la misma línea que la Directiva comunitaria, ampara también cualquiera de las formas contractuales existentes a este propósito ⁴³. Según el §1 II, el derecho objeto de este tipo de contratos puede ser un derecho real u otro derecho, señalando a modo de ejemplo, que el mismo puede ser concedido a través del reconocimiento de la condición de miembro de una asociación o como participación en una sociedad. La Ley alemana no emplea la expresión de la Directiva comunitaria «derecho de utilización» sino la de «derecho real u otro derecho», lo que deja más clara la inclusión de aquellos contratos que proporcionan un derecho de propiedad.

Los modelos contractuales más frecuentes con que aparece este fenómeno, en la práctica alemana, son, fundamentalmente, los siguientes ⁴⁴:

- Modelo derecho real. Hay que tener en cuenta que, en el Derecho alemán, la regla general es el «*numerus clausus*» de los derechos reales. Jurídicamente no es posible fraccionar el derecho de propiedad temporalmente. La inscripción en el Registro de la Propiedad inmobiliaria no se admite para una semana determinada del año, tanto si se trata de la propiedad inmobiliaria, según el Código Civil alemán (§ 925 II BGB), como según la Ley de Propiedad Horizontal (§ 4 II, fr. 2 WEG). Sí se admite la posibilidad de que varios propietarios formen una comunidad por cuotas, donde puede haber un acuerdo respecto a la administración y utilización del inmueble.

⁴³ Vid. Proyecto de Ley del Gobierno Federal sobre la transmisión de derechos de utilización de inmuebles dedicados a vivienda en régimen de tiempo compartido (Gesetzesentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes über die Veräußerung von Teilnutzungsrechten an Wohngebäuden –Teilzeit-Wohnrechtgesetz-TzWrG–), BT-Drs. 13/4185, de 21 de marzo de 1996, p. 10.

⁴⁴ Sobre los modelos más habituales en la práctica alemana, *vid.* especialmente, SCHAAF, «Time Sharing-Modell oder Risiko?», *ZIP*, 1984, pp. 912 ss.; HILDENBRAND, «Time-Sharing-Verträge in der Rechtspraxis», *NJW*, 1994, p. 1992 ss.; JÄCKEL-HUTMACHER/TÖNNER, *ob. cit.*, pp. 12 ss.; FAJARDO LÓPEZ, «La multipropiedad en la República Federal Alemana. Doctrina y práctica», *ADC*, 1996, pp. 271 ss.; TÖNNES, «Zivilrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Ferienwohnrechten», *RIW*, 1996, pp. 125 ss.; MÄSCH, *ob. cit.*, pp. 182 ss.

Además, el Derecho alemán conoce, en la Ley de Propiedad Horizontal, un derecho real especial de utilización de un inmueble, el derecho de habitación permanente (§ 31). Según la última jurisprudencia ⁴⁵, cabe constituir una comunidad por cuotas respecto de este derecho de habitación. La determinación del uso, respecto de la semana del año, será un asunto resultado de un acuerdo entre los titulares. Lo que no han aclarado todavía los Tribunales es si se puede inscribir el derecho de cada cotitular refiriéndolo a una determinada semana del año.

- Modelo obligatorio, como derecho de crédito. El adquirente realiza un contrato con el propietario del inmueble o el titular de los derechos de utilización, en virtud del cual adquiere un derecho de utilización del inmueble durante una o varias semanas al año, por un período determinado durante varios años. Adquiere dicho derecho a cambio del pago de un precio. Además, tiene que pagar anualmente, en concepto de administración, reparaciones, etc. Se trata, en definitiva, de un contrato atípico al que se aplican normalmente las normas del arrendamiento por su similitud en sus aspectos esenciales, o las del contrato de viajes ⁴⁶ o de hospedaje ⁴⁷. Una variante de esta modalidad es la no adquisición de un derecho de utilización de un determinado inmueble sino puntos canjeables para la utilización de un inmueble entre varios.
- Modelo fiduciario. En este caso, el titular del derecho de utilización es un tercero. El derecho, en cuestión, es un derecho real. La relación entre el transmitente de este derecho y el tercero constituye un contrato de administración fiduciaria. A través del contrato, el transmitente se obliga a transmitir su posición –o parte de su posición– del fideicomitente al adquirente. Éste, además de celebrar el contrato de adquisición de un derecho de utilización con el transmitente, realiza también un contrato fiduciario con el tercero. El adquirente adquiere, en realidad, un derecho de crédito, una participación de la posición del transmitente frente al tercero, por

⁴⁵ Así lo ha interpretado el Tribunal Federal Supremo alemán, Bundesgerichtshof (BGH), sentencia de 30 de junio de 1995, *NJW*, 1995, p. 2637, habiendo sido denegado anteriormente por el Tribunal Superior de Justicia del Land, Oberlandesgericht (OLG) de Stuttgart, sentencia de 28 de noviembre de 1986, *NJW*, 1987, p. 2023.

⁴⁶ La aplicación analógica de los artículos propios del contrato de viaje (§ 651c ss. del BGB) a esta modalidad inmobiliaria, tiene amparo en cierta jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo alemán, que equipara a estos efectos el contrato de viaje con el alquiler de una vivienda vacacional, cuando haya sido prometido cierto nivel de servicios que finalmente no se presta, o son defectuosamente cumplidos. *Vid.* Bundesgerichtshof (BGH), sentencia de 17 de enero de 1985, *NJW*, 1985, p. 906.

⁴⁷ Para GRALKA, la calificación del «*Time-Sharing*» como contrato de hospedaje ha de producirse en la mayoría de los casos en que se articula el negocio sobre derechos de carácter personal. *Vid.* GRALKA, *ob. cit.*, pp. 75 ss.

tanto, de la posición de fideicomitente. El problema de este modelo es que, muchas veces, aparece la palabra «*real*» o «*derecho real*» en la publicidad o folletos y se da la impresión de que se adquiere un derecho real, mientras el tercero es y sigue siendo el titular del derecho real ⁴⁸.

- Modelo de asociación. El adquirente se hace socio de una asociación a cambio de un precio por el derecho de admisión. Esa cantidad corresponde al precio del derecho de utilización del inmueble en otros modelos. La asociación es propietaria del inmueble o titular de los derechos reales respectivos. Los gastos corrientes se pagan mediante la cuota anual de socio. La forma de asociación de mayor importancia actualmente es la cooperativa registrada con las características jurídicas correspondientes.
- Modelo de sociedad anónima. Se conoce también esta fórmula con la expresión «*Time-sharing flexible*» o «*Hapimag*» –nombre de una entidad titular de derechos de *Time-sharing* en forma de S. A. suiza–. El adquirente adquiere una o varias acciones. En lugar de dividendos se le paga en puntos canjeables por la utilización de uno entre los muchos inmuebles de que disponen en muchas partes del mundo.

Todos estos modelos tienen cabida en la Ley alemana. Incluso los denominados contratos *Time-sharing* flexibles ⁴⁹, aunque el caso más frecuente, en la práctica, corresponde a que una parte del edificio de viviendas sea precisamente una vivienda, ya que, según el § 1 III de la norma alemana, el derecho puede consistir también en la elección de la utilización de un edificio de viviendas, de entre el conjunto de varios complejos.

Frente a la Directiva europea, la Ley alemana no limita el contrato a un período determinado o determinable del año no inferior a una semana. Esta ampliación del ámbito de aplicación se introdujo durante el proceso legislativo ⁵⁰, al principio estaba previsto, también, una semana. La razón de esta ampliación es ofrecer una mayor protección al adquirente. Prever una limitación de una semana podría inducir al vendedor a ofrecer contratos por períodos más cortos para eludir la

⁴⁸ Vid. HILDENBRAND, *ob. cit.*, p. 1993.

⁴⁹ Con el fin de hacer la oferta más atractiva, los promotores organizan también cambios entre los titulares, que pueden, de este modo, ocupar temporalmente unos alojamientos equivalentes a los suyos, en otra estación, en el extranjero, en el mar o en la montaña, conservando todos sus derechos sobre el inmueble. En estos casos, el adquirente puede elegir cada vez el inmueble a utilizar sin adquirir un derecho de utilización de un inmueble determinado.

⁵⁰ BT-Drs. 13/4185, de 21 de marzo de 1996, p. 4 y la Proposición de acuerdo de la Comisión de Justicia (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung), BT-Drs. 13/5865, de 18 de octubre de 1996, p. 2.

norma, siendo en estos casos también manifiesta la necesidad de protección ⁵¹.

La utilización del inmueble, en la Ley alemana, tiene que tener como fin el ocio o la habitación. Sin embargo, la Directiva europea, al definir los contratos de adquisición de un derecho de utilización, de uno o más inmuebles, en régimen de tiempo compartido, no menciona ningún fin. Pero, ya hemos señalado, al analizar la definición de adquirente, que se incluye, en la norma comunitaria, que debe ser excluido un uso laboral o profesional del inmueble. Además de que, en la definición que del inmueble se hace, en esta última norma se tiene por tal «*todo inmueble o parte de un inmueble para uso de vivienda al que se refiere el derecho objeto del contrato*». Queda, por tanto, claro que el uso debe ser de vivienda, excluyendo los locales profesionales, comerciales o industriales ⁵². La Ley alemana, al precisar en su propio título que se trata de inmuebles destinados a vivienda, al referirse a ellos en su §1 IV, se ha limitado a precisar que «*una parte de un inmueble queda equiparada a un inmueble*».

La contraprestación, en la TzWrG alemana, al igual que en la Directiva comunitaria, es el pago de un precio global. De este modo, quedan excluidos los casos de repetida utilización de una vivienda año tras año, pagando cada año ⁵³.

4. FORMALIDADES DE CONTRATO

El derecho a la información se ha convertido, en los últimos años, en un derecho fundamental reconocido a los consumidores. La finalidad de este derecho es facilitar que el consumidor preste un consentimiento contractual claro y reflexivo ⁵⁴. De esta forma, el consumidor decidirá habiendo conocido exactamente el alcance de sus derechos y de sus obligaciones, así como la naturaleza del derecho que adquiere. Pesa sobre los profesionales una obligación de informar porque son quienes disponen de las informaciones precisas de las que normalmente carece el consumidor. Esta carga de informar vendría a paliar el presunto desequilibrio existente en la relación entre consumidor y vendedor ⁵⁵.

⁵¹ BT-Drs 13/5865, p. 4.

⁵² Vid. PERINET-MARQUET, *ob. cit.*, p. 65.

⁵³ BT-Drs. 13/4185, p. 10.

⁵⁴ Vid. ORTÍ VALLEJO y doctrina allí citada, *Comentario al artículo 13*, en «Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios», Madrid, 1992, p. 404. Más recientemente, LLOBET I AGUADO, *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, 1996, pp. 38 ss.

⁵⁵ Vid. GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994, p. 15.

Legislaciones nacionales y Directivas comunitarias sobre protección de los consumidores imponen, para asegurar un eficaz derecho de información, una serie de reglas. Éste ha sido el caso tanto de la Directiva sobre 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, como el de la Ley alemana sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda, en régimen de tiempo compartido, que han adoptado una serie de medidas, con el fin de que el adquirente consumidor esté informado de sus derechos y obligaciones.

4.1 FOLLETO

La norma comunitaria distingue dos momentos a la hora de facilitar la información al adquirente consumidor: un primer momento, que tiene lugar antes de la conclusión del contrato, para permitirle determinar si tiene o no interés en obligarse (art. 3); y, el segundo momento, que está representado por la celebración del propio contrato, con el fin de asegurarse sobre el contenido de todos los elementos de la operación proyectada (art. 4). La misma diferenciación ha sido recogida por la Ley alemana reguladora de esta materia.

En primer lugar, la Directiva impone al vendedor la obligación de proporcionar un documento a cualquier persona que solicite información sobre el inmueble ⁵⁶. Dicho documento deberá contener una descripción general del o los bienes inmuebles, además de, por lo menos, una información precisa y concisa sobre los datos indicados en las letras *a*) a *g*), *i*) y *l*) del Anexo de la Directiva, así como indicaciones sobre la forma de obtener información complementaria ⁵⁷. Además, toda la información contenida en el documento forma parte integrante del contrato ⁵⁸.

⁵⁶ Probablemente, la «*ratio legis*» de la Directiva comunitaria, con esta disposición, sea asegurar que el adquirente, antes de cerrar definitivamente el contrato, haya tenido ocasión de estudiar el objeto del contrato y reflexionar con tiempo suficiente. En este sentido, *vid. MÄSCH, ob. cit.*, p. 194.

⁵⁷ La Directiva, en este punto, ha supuesto una rebaja del nivel de protección respecto al otorgado por el texto propuesto inicialmente. Así, mientras en la Propuesta de Directiva se exigía que constasen en el documento informativo todos los elementos del Anexo, la Directiva sólo se refiere a algunos de ellos en sintonía con la Propuesta Modificada donde se disponía en su artículo 5.1 «...Además de una descripción general del bien al que se refiere el derecho objeto del contrato, dicho documento deberá facilitar al menos información concisa y precisa sobre los elementos indicados en las letras a), c), d), f), g), y k) del Anexo, así como indicaciones sobre la forma de obtener informaciones complementarias».

⁵⁸ Idéntica disposición se recoge en la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Sobre este concreto aspecto, puede ser consultado: GÓMEZ CALLE, *El contrato de*

Se incluye una disposición específica para atender aquellos supuestos donde se quieran introducir cambios, en la información contenida en el documento, que sólo podrán ser resultado de circunstancias ajenas a la voluntad del vendedor. Los cambios introducidos en dicha información deberán comunicarse al adquirente, antes de la celebración del contrato, y deberán hacerse constar en el mismo explícitamente.

El legislador comunitario, consciente de la importancia y de la diversidad de los medios de comunicación, por los que se emite la publicidad, ha dispuesto que «*Cualquier publicidad que se refiera al inmueble de que se trate indicará la posibilidad de obtener el documento, mencionado en el apartado 1, y dónde puede solicitarse dicho documento*»⁵⁹ (art. 3.3). No queda claro a qué tipo de publicidad se refiere, si a una publicidad de simple reclamo o a una publicidad con valor informativo⁶⁰, ya que sólo a esta última se puede otorgar una función integradora en el contrato, en palabras del profesor Lasarte Álvarez⁶¹, «*como derivación de la propia fuerza de obligar del ordenamiento jurídico*» y no por la presunta o tácita intención de las partes. Esta integración se produciría respecto de algún dato informativo no incluido expresamente ni en el documento informativo ni en el contrato. El problema se encontrará cuando esta publicidad informativa no se corresponde con lo recogido por el folleto informativo, en cuyo caso, parece que debería prevalecer este último porque al ponerse a disposición del adquirente ya se le está informando de las «verdaderas» condiciones de la operación inmobiliaria proyectada. Ello no sería obstáculo para que el vendedor fuera objeto de un control general de deslealtad competencial, a causa de su actividad publicitaria, ya que no puede alimentar el proceso de decisión del adquirente consumidor con una información falsa o incorrecta, ni puede interrumpirlo o forzarlo en ninguna de sus fases⁶².

viaje combinado, Madrid, 1998, pp. 108-109; LASARTE ÁLVAREZ, «Protección al consumidor y carácter vinculante del folleto informativo en los viajes combinados», *RCDI*, 1997, pp. 2197 y ss.; SANTOS MORÓN, «El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados», *EC* núm. 42, pp. 23 ss.

⁵⁹ Llama la atención, sobre esta disposición, DE LEÓN ARCE, *ob. cit.*, p. 202.

⁶⁰ Para esta diferenciación, *vid.* Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. I, 5.ª ed., Madrid, 1996, p. 328; MORALES MORENO, «Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8.º de la LGCU)» en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. VIII, Madrid, 1988, pp. 682 a 685; PASQUAU LIAÑO, «Comentario al artículo 8» en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, pp. 139 ss.; GÓMEZ LAPLAZA, *Comentario a artículos 1261 a 1280*, en «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. XVII, vol. 1-B, Madrid, 1993, p. 98; CABALLERO LOZANO, «Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia», *AC*, 1996, p. 294.

⁶¹ *Cfr.* LASARTE ÁLVAREZ, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia de 27 de enero de 1977)», *RDP*, 1980, p. 71.

⁶² *Vid.* por todos, MASSAGUER FUENTES, «Voz: Competencia desleal», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, Madrid, 1995.

El §2 I, fr. 1, de la TzWrG alemana, establece que el transmitente tiene que entregar un folleto a quien manifieste interés⁶³. La obligación establecida se entiende como un auténtico deber de información precontractual. El transmitente tiene esta obligación independientemente de que el interesado exija el folleto⁶⁴. De esta forma, se le impide al transmitente poder alegar que el adquirente no ha exigido un folleto⁶⁵.

Los datos exigidos en el folleto⁶⁶ alemán se corresponden –incluso en parte literalmente y en su orden de exposición– con los exigidos en la

⁶³ El legislador alemán ha entendido la Directiva en este punto en el sentido de «obligación». Pero para MÄSCH no tiene que ser necesariamente así por las siguientes razones: 1.º) la Directiva quiere limitar la libertad contractual respecto al contenido pero no en el aspecto de con quién contratar; si el transmitente puede contratar con quien quiera, tampoco se le puede obligar a entregar un folleto a toda persona que manifieste interés. 2.º) Si se tiene en cuenta la regulación de la lengua del folleto, es absurdo entender el deber como obligación; el transmitente debería de disponer en cada momento de folletos en todas las lenguas de la Unión Europea. 3.º) El legislador alemán tendría que haber tenido en cuenta no sólo las palabras de la Directiva europea, sino la finalidad y podría haber previsto, que a cada adquirente se le tiene que haber entregado, antes de cerrar el contrato, un folleto combinado, además con un plazo de tiempo entre la entrega del folleto y la firma del contrato. *Vid. MÄSCH, ob. cit.*, pp. 194-195.

⁶⁴ BT-Drs 13/4185, p. 10.

⁶⁵ *Vid. MARTINEK, ob. cit.*, p. 1395.

⁶⁶ El folleto tendrá que especificar, según el § 4 I, lo siguiente: 1. Nombre y domicilio del transmitente del derecho de utilización y del propietario del inmueble destinado a vivienda o de los edificios destinados a vivienda, en caso de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, nombre comercial, domicilio social y nombre del representante legal, así como la condición jurídica del transmitente en relación con el o los inmuebles destinados a vivienda. 2. Descripción exacta del derecho de utilización junto con la indicación de los requisitos cumplidos o que han de cumplirse todavía, y que son requeridos para el ejercicio del derecho de utilización según el Derecho del Estado en que está situado el inmueble. 3. Que el adquirente no adquiere la propiedad, ni derecho real de habitación/de uso y disfrute, mientras esto no sea efectivamente el caso. 4. Una descripción exacta del inmueble destinado a vivienda y su ubicación, siempre que el derecho de utilización se refiere a un inmueble destinado a vivienda determinado. 5. En el caso de un inmueble destinado a vivienda que se encuentra en proyecto o en construcción, siempre que el derecho de utilización se refiera a un inmueble determinado: a) estado de las obras y de los trabajos de las instalaciones de servicios comunes como por ejemplo, acometida de gas, electricidad, agua y teléfono; b) estimación razonable de la fecha de terminación; c) nombre y dirección de la autoridad competente para permisos de obra y número de registro del expediente del permiso de obra; mientras según la legislación del Estado federado no se exija un permiso de obra, hay que indicar el día en que según las disposiciones del Estado federado se puede comenzar la obra; d) si existen y cuáles son las garantías para la terminación del inmueble y para la devolución de los pagos realizados por el adquirente en caso de que no se termine. 6. Instalaciones de servicios comunes como, por ejemplo, el mantenimiento y la recogida de basuras, que están o estarán a disposición del adquirente, y sus condiciones de utilización. 7. Elementos comunes como piscina o sauna, a los cuales el adquirente tiene o tendrá acceso y, en su caso, sus condiciones de utilización. 8. Los preceptos básicos conforme a los cuales se realizarán: mantenimiento, reparación, administración y dirección del

Directiva comunitaria, con algunas excepciones. La diferencia más importante la encontramos en el § 4 I, número 3, donde se establece: «*Que el adquirente no adquiere propiedad, ni derecho real de habitación/de uso y disfrute, mientras éste no sea efectivamente el caso*»⁶⁷. La razón de su inclusión hay que buscarla en la importancia de este dato respecto de todas las modalidades contractuales existentes en el mercado, pero especialmente respecto del modelo contractual, en el que un fiduciario actúa para la ejecución del contrato. En estos casos se da muchas veces la impresión de que se adquiere un derecho real, aunque realmente no es así⁶⁸. En definitiva, su inclusión puede ser considerada como una medida importante, en aras a la protección del consumidor, al impedir abusos en este sentido.

Otra diferencia consiste en que, frente a la disposición comunitaria, el folleto alemán no tiene que comprender los datos sobre el adquirente lo cual parece lógico pues tal petición puede resultar superflua, al menos, para el solicitante en la fase de información precontractual.

Como se deduce del § 2 III, los datos comprendidos en el folleto son vinculantes. El folleto debe describir el objeto de un futuro contrato, de acuerdo con la realidad, por lo que: «*Antes de la celebración del contrato el transmitente puede acometer algún cambio con respecto a los datos contenidos en el folleto, siempre y cuando sea necesario, por razón de circunstancias sobre las que no ha podido ejercer su influencia*». Esta disposición tiene su fundamento en el Derecho de la compe-

inmueble o de los inmuebles. 9. El precio que hay que abonar por el derecho de utilización; bases para el cálculo y el importe estimado de los gastos corrientes que habrá de abonar el adquirente por las instalaciones y elementos señalados en los números 6 y 7, al igual que por la utilización del respectivo inmueble destinado a vivienda, en especial por los impuestos y tasas, gastos de administración, mantenimiento, reparación y reservas. 10. Si el adquirente puede participar en una regulación para la permuta y/o enajenación posterior del derecho de utilización en su totalidad o para un período de tiempo determinado, y la cuantía de los gastos que se deriven de ello, caso de que el transmitente o un tercero medien en una permuta y/o una enajenación posterior.

(II) El folleto tendrá, además, que comprender los siguientes datos:

1. Una advertencia en cuanto al derecho de revocación del adquirente conforme al artículo 5; denominación y domicilio del destinatario de la revocación; una advertencia referente al plazo de revocación y, asimismo, que el plazo de revocación queda salvaguardado mediante envío en tiempo oportuno de la manifestación de revocación. El folleto tendrá que señalar, en su caso, los gastos que el adquirente tendrá que satisfacer en el supuesto de revocación, de acuerdo con el artículo 5, párrafo 6, frase 3. 2. Una advertencia referente a cómo solicitar información adicional.

⁶⁷ Este requisito se introdujo durante el proceso legislativo, Cfr. BT-Drs. 13/4185, p. 5; BT-Drs. 13/5865, p. 4.

⁶⁸ Vid. en este sentido, HILDENBRAND, *ob. cit.*, p. 1993. Ésta ha sido también la interpretación dada por la sentencia del Tribunal Federal Supremo alemán, de 30 de junio de 1995, NJW, 1995, p. 2637.

tencia⁶⁹. Las partes podrán acordar, en el contrato, un contenido distinto al del folleto pero sólo cuando haya un acuerdo expreso e indicación manifiesta de la modificación (§ 3 III, fr. 1). Tales modificaciones tendrán que ser comunicadas al adquirente, antes de la formalización del contrato (§ 3 III, fr. 2).

4.2 CONTRATO ESCRITO

Por otra parte, la Directiva comunitaria precisa que el contrato debe hacerse obligatoriamente por escrito, debiendo contener, al menos, los datos que se mencionan en el Anexo⁷⁰. En este último, figuran,

⁶⁹ BT-Drs. 13/4185, p. 10.

⁷⁰ Los datos que figuran en el Anexo son los siguientes: *a)* Identidad y domicilio de las partes, con indicación precisa de la condición jurídica del vendedor en el momento de la celebración del contrato, así como de la identidad y domicilio del propietario; *b)* naturaleza precisa del derecho objeto del contrato, y una cláusula en la que se indiquen las condiciones de ejercicio de ese derecho en el territorio del Estado miembro en el que estén situados el bien o los bienes, y, si estas condiciones han sido cumplidas o, en el caso contrario, las condiciones que todavía deberán cumplirse; *c)* cuando se determine el bien, descripción precisa del bien y de su situación; *d)* si se trata de un inmueble en construcción: 1) fase en que se encuentra la construcción; 2) una estimación razonable del plazo para la terminación del inmueble; 3) si es un inmueble determinado, número del permiso de construcción y nombre y dirección completos de la autoridad o autoridades competentes en la materia; 4) fase en que se encuentran los servicios comunes que permiten la utilización del inmueble (conexiones de gas, electricidad, agua, teléfono); 5) garantías sobre la terminación del inmueble y, en caso de que no se termine, sobre la devolución de cualquier cantidad abonada y, si procede, condiciones en que se ofrecen dichas garantías; *e)* servicios comunes (alumbrado, suministro de agua, mantenimiento, recogida de basuras) de los que puede o podrá disfrutar el adquirente, y condiciones de tal disfrute; *f)* instalaciones comunes, como piscina, sauna, etc., a las que el adquirente tiene o podría tener acceso en su momento y, si procede, condiciones de este acceso; *g)* principios con arreglo a los cuales se organizarán el mantenimiento y su correspondiente servicio, así como la administración y la gestión del inmueble; *h)* indicación precisa del período durante el cual podrá ejercerse el derecho objeto del contrato y, si procede, duración del régimen en vigor; fecha a partir de la cual el adquirente podrá ejercer el derecho objeto del contrato; *i)* precio que deberá pagar el adquirente por el ejercicio objeto del contrato; una estimación del importe que deberá abonar por la utilización de las instalaciones y servicios comunes; base del cálculo de la cuantía correspondiente a los gastos derivados de la ocupación del bien inmueble por el adquirente, de los gastos legales obligatorios (impuestos, contribuciones) y de los gastos administrativos complementarios (gestión, mantenimiento y su correspondiente servicio); *j)* cláusula que estipule que la adquisición no supondrá desembolso, gasto u obligación alguna distintos de los mencionados en el contrato; *k)* si existe la posibilidad de participar en un sistema de intercambio o reventa, o ambas posibilidades, del derecho objeto del contrato, así como posibles costes en caso de que el sistema de intercambio o reventa esté organizado por el vendedor o por un tercero designado por éste en el contrato; *l)* información sobre el derecho de resolución del contrato e indicación de la persona a la que deberá comunicarse la posible resolución, con indicación, asimismo, del modo o los modos de efectuar dicha comunicación; indicación precisa de la naturaleza e importe de los gastos que debería pagar el adquirente con arreglo al

precisamente, los elementos mínimos que el contrato debe contener para que el adquirente pueda decidirse disponiendo de datos de juicio suficientes. Estos datos obligatorios coinciden, básicamente, con los exigidos por la TzWrG alemana. La principal diferencia es que, en el caso de esta última norma, la inclusión de los datos sobre la posibilidad de intercambio o reventa son datos obligatorios, tanto para el folleto como para el contrato, mientras que, en el caso de la norma comunitaria, sólo se exige su inclusión en este último. El § 4 I, número 5 c) contiene una modificación respecto del apartado c) del Anexo de la Directiva debido a una situación normativa parcialmente distinta de la República Federal Alemana ya que, en ésta, no siempre se necesita un permiso de construcción. En estos casos se exige que se indique el día en que, según las normas del Estado Federado de que se trate, se puede comenzar la construcción. Además, el § 4 I, número 9 de la Ley alemana, que se corresponde con el apartado i) del Anexo de la Directiva, incluye las reservas en el importe de gastos corrientes previstos. La crítica realizada a ambas normas, respecto a los datos obligatorios a incluir, tanto en el documento informativo como en el documento contractual es que son demasiado detallistas, pudiendo confundir y no conseguir informar adecuadamente, precisamente, al adquirente, que se ve enfrentado a un «bombardeo» de datos ⁷¹. La enumeración casuística y pormenorizada de informaciones, por muy extensa que se pretenda, nunca podrá ser exhaustiva, en un sector como el de los contratos de transmisión, de un derecho de utilización de inmuebles destinados a vivienda, en régimen de tiempo compartido, máxime si tenemos en cuenta que, tanto la Directiva comunitaria como la Ley alemana, admiten cualquier modalidad. No obstante, aun en defecto de previsión legal, siempre habrá que tener en cuenta el principio de la buena fe ⁷², del que derivan para las partes deberes de conducta leal, entre los cuales se encuentran los de información, tanto en la fase precontractual

apartado 3 del art. 5, en caso de ejercer su derecho de resolución «*ad natum*»; si procede, información sobre las modalidades de resolución del contrato de préstamo vinculado al contrato en cualquiera de los casos de resolución del mismo; m) fecha y lugar de la firma del contrato por cada una de las partes.

⁷¹ Vid. MÄSCH, *ob. cit.*, p. 193.

⁷² El principio de la buena fe fue introducido por la Directiva del Consejo 13/93, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE, 21 de abril de 1993, pp. 29 ss). Este concepto, familiar en los Derechos continentales es, por el contrario, ajeno a los sistemas de los países del *Common Law* y países escandinavos. Es la razón de que se explicita en el Considerando decimosexto de la propia Directiva que la exigencia de la buena fe consiste en «una evaluación global de los distintos intereses en juego», que «en la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes» y que «los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de una manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta».

como después de perfeccionarse el contrato, como, muy acertadamente, ha puesto de manifiesto Gómez Calle ⁷³.

La información sobre el derecho de revocación se regula de forma considerablemente distinta en la Directiva comunitaria y en la TzWrG. El transmitente, en la Ley alemana, está obligado a entregar al adquirente un contrato o copia del mismo (§3 IV, fr. 1). Disposición que se vuelve a reiterar en el § 5 II, pero añadiendo la obligación de entregar al mismo tiempo una información, por escrito, de su derecho de revocación. Esta información tiene que comprender el nombre y domicilio del destinatario de la revocación y, además, los gastos que el adquirente deberá de satisfacer, en el supuesto de que el contrato hubiera requerido la autorización notarial y que ello hubiera estado expresamente previsto por el contrato. Esta información deberá ser presentada con claridad tipográfica. Los datos obligatorios a cumplimentar en esta información se corresponden con los exigidos en el apartado 1) del Anexo de la Directiva.

La novedad de la Ley alemana, con respecto a la Directiva comunitaria, reside, precisamente, en la exigencia de una información aparte del clausulado acerca del derecho de revocación. No obstante, la TzWrG, en el derecho de revocación, sigue los respectivos modelos de otras leyes alemanas de protección al consumidor ⁷⁴ como son: la Ley sobre revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos ⁷⁵ (§ 1 HaustürWiG), la Ley sobre crédito al consumidor ⁷⁶ (§ 7 VerbrKrG). En esta normativa, se dispone, expresamente, que dicha información no debe contener otras declaraciones, con la intención de que sea destacada de tal modo que resulte visible y no pase desapercibida para el consumidor, dentro de un amplio clausulado, aunque no necesitará una hoja aparte ⁷⁷.

La Ley alemana sobre la transmisión de derechos de utilización de inmuebles, destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido, conforme a la Directiva, dispone que el contrato se ha de hacer de forma escrita, pero siempre que no se prevea en otras normas una forma más estricta. Éste es el caso, por ejemplo, del contrato de compraventa sobre inmuebles o una parte en copropiedad de los mismos ya que, según el § 313 del BGB, tiene que realizarse ante Notario.

⁷³ Vid. GÓMEZ CALLE, *ob. cit.*, p. 167.

⁷⁴ BT-Drs. 13/ 4185, p. 12.

⁷⁵ Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, BGBl I, de 16 de enero de 1986, p. 122.

⁷⁶ Verbrauchercreditgesetz, BGBl I, de 17 de diciembre de 1990, p. 2840.

⁷⁷ Ésta ha sido la interpretación dada por la jurisprudencia alemana en las sentencias: OLG Köln, de 19 de diciembre de 1986, *NJW*, 1987, p. 1205; BGH, de 12 de diciembre de 1992, *NJW*, 1993, p. 1013.

4.3 LENGUA

En la Propuesta de Directiva, se obligaba a que el contrato estuviese redactado en una lengua que el adquirente declarase conocer. La Directiva ha completado este punto exigiendo que tanto el contrato como el documento informativo *«deberán estar redactados, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad, en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro en que resida el adquirente, o en la lengua o en una de las lenguas del Estado miembro del que éste sea nacional, a elección del adquirente»* (art. 4). Parece que la redacción final que se le ha dado a la cuestión lingüística, en este tipo de contratos, cumple mejor con la finalidad protectora que tiene la norma, ya que el adquirente difícilmente va a ser protegido si el documento y el contrato están redactados en una lengua que no conoce o que no es la suya propia, sobre todo si tenemos en cuenta que, en muchos casos, el contrato se celebra en otro Estado diferente al suyo de origen. No obstante, se deja la opción a los Estados miembros de imponer la obligación de que el contrato esté redactado, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad, en la lengua o en las lenguas del Estado miembro en que resida el adquirente, y la obligación de que el vendedor facilite una traducción conforme del contrato, en la lengua o en una de las lenguas oficiales, de entre las lenguas oficiales de la Comunidad del Estado miembro en que esté situado el inmueble. Precisamente, esta obligación de entrega de una traducción jurada no es exigida por la Ley alemana, en el supuesto de que el derecho de utilización se refiera a un conjunto de inmuebles ubicados en distintos Estados (§3 IV).

La TzWrG alemana incluye una regulación especial para los supuestos de contratos que son autorizados por un Notario, remitiendo a las normas de la Ley sobre protocolización notarial (BeurkG). Con esta disposición, la Ley alemana ha hecho uso de la posibilidad abierta por la Directiva europea, en su artículo 4, apartado segundo, último inciso, *«El Estado puede imponer la obligación de que el contrato esté redactado en su lengua»*. Según la BeurkG, se elevan las escrituras notariales, principalmente en lengua alemana. No obstante, el Notario puede realizar la autorización también en una lengua distinta, siempre que se le pida y él la domine de manera suficiente (§ 5 BeurkG). Además, si uno de los partícipes no domina la lengua en que se redacta la escritura, se le tiene que traducir (§ 16 BeurkG). En estos casos, además, según la TzWrG, deberá entregarse al adquirente una traducción jurada del contrato, en uno de los idiomas de su elección, que, según el § 3 I, será: *«El contrato sobre la utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido precisa de la forma escrita, siempre que no se prescriba en otras disposiciones una forma más estricta. Si el adquirente tiene su residencia en un Estado miembro de la Unión Europea, el contrato ha de ser redactado en la lengua de ese Estado. Si el adquirente es ciudadano de otro Estado*

miembro, puede elegir, en lugar de la lengua del Estado de su residencia, la lengua del Estado del que es ciudadano. Si en alguno de los Estados a que se refieren las frase 2 y 3 existen varias lenguas oficiales de la Unión Europea, el adquirente puede elegir también como lengua contractual de entre estas lenguas oficiales. Se aplica el § 125 por vía de analogía».

4.4 CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS FORMALIDADES

La Ley alemana, haciendo uso de las facultades que le concede el artículo 10 de la Directiva, ha previsto expresamente, las consecuencias del incumplimiento de las disposiciones relativas a la lengua en que debe estar redactado tanto el folleto como el contrato, remitiendo al § 125 del Código Civil alemán, por vía de analogía⁷⁸, que regula la nulidad (§ 3 I, fr. 5). Igual sanción merece la infracción del § 3 II, relativo a los contratos autorizados por notario, vistos más arriba. La sanción se produce también si se trata de un contrato que se rige por las normas del contrato de arrendamiento⁷⁹. En los contratos de arrendamiento, el incumplimiento de la forma escrita, en ciertos supuestos, tiene el efecto de que el contrato se convierte en contrato indefinido.

En la Propuesta de Ley alemana⁸⁰, se mencionaba la conveniencia de informar al adquirente sobre la cuestión de la lengua y la posibilidad de elegir de que dispone. Sin embargo, esta recomendación no tuvo su plasmación en el texto definitivo del que tampoco se puede deducir una obligación de informar sobre la cuestión lingüística⁸¹. Parece, pues, una sanción muy dura⁸² la prevista para estos supuestos; quizá hubiera sido más adecuado solucionar este problema a través de la concesión de un nuevo plazo, para subsanar el problema de la lengua o la ampliación del plazo de revocación. Con esta sanción entendemos que podría verse gravemente afectada la seguridad del tráfico jurídico.

La TzWrG alemana prevé una inversión de la carga de la prueba a favor del adquirente si no hay conformidad sobre la entrega del folleto en la lengua debida y a su fecha, o a la entrega del contrato o copia del mismo o de la información sobre un dato obligatorio que falta en el contrato (§ 5 V). Esta inversión se produjo durante el proceso legislativo⁸³.

⁷⁸ El BGB considera explícitamente como un caso de nulidad los defectos de forma establecida «*ad solemnitatem*» por el § 125 donde se dispone que «*Un negocio jurídico que falta a la forma prescrita por la ley es nulo. La falta de la forma determinada por el negocio jurídico, en la duda, tiene igualmente por resultado la nulidad*».

⁷⁹ BT-Drs. 13/4185, p. 11.

⁸⁰ BT-Drs. 13/4185, p. 11.

⁸¹ Vid. MÄSCH, *ob. cit.*, p. 203.

⁸² Así ha sido calificada por MÄSCH, *ob. cit.*, p. 202.

⁸³ BT-Drs. 13/4185, p. 6; BT-Drs. 13/5865, p. 2.

Parece, en principio, básica esta medida para dotar al adquirente de un adecuado nivel de protección, en el supuesto de los contratos de transmisión de un derecho de utilización de inmuebles, en régimen de tiempo compartido. De no ser así, resultaría una carga excesivamente gravosa para el adquirente consumidor demostrar el incumplimiento de obligaciones que incumben única y exclusivamente al transmitente ⁸⁴, pudiendo conducirse dicha situación a desistir en la reclamación de sus derechos.

Las consecuencias de la falta de alguno de los datos obligatorios que deben figurar en el contrato, sobre adquisición de un derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido, serán examinadas en el próximo apartado.

5. DERECHO DE REVOCACIÓN

5.1 EJERCICIO DEL DERECHO DE REVOCACIÓN

Debemos aclarar que no vamos a detenernos en la exposición de las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del derecho de revocación, debido a las limitaciones impuestas en el presente trabajo, por lo que nos remitimos a la bibliografía existente sobre el tema ⁸⁵.

⁸⁴ BT-Drs. 13/5865, p. 5.

⁸⁵ Entre la que cabe destacar: LOWE, «Neuerungen im Abzahlungsrecht», *NJW*, 1974, pp. 2259 ss.; REICH, «Abzahlungsrecht und Verbraucherchutz», *JZ*, 1975, pp. 552 ss.; ULMER, *Münchener Kommentar zum BGB III.2*, 2 ed., München, 1986, sub & 1.b) de la AbzG, núm. 10 y sub & 1 de la HWiG, núm. 3; SOERGEL/WOLF, *Bürgerliches Gesetzbuch I*, 12.ª ed., Stuttgart, 1987, sub & 1 de la HWiG, núm. 2; BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, Barcelona, 1993, pp. 244 ss.; ERMAN/KLINGSPORN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I*, 9.ª ed., Münster, 1993, sub & 1.b) de la AbzG, núm. 10 y sub & 1 de la HWiG, núm. 2; MORALES MORENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1.º-B, Madrid, 1993, pp. 320 ss.; PALANDT/PUTZO, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 52.ª ed., München, 1993, sub & 1 de la HWiG, núm. 12; VERGEZ SÁNCHEZ, «Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles» en *Estudios en homenaje al prof. Broseta*, t. III, Valencia, 1995, pp. 4011 ss.; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, «El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991», *RDM*, 1993, núm. 208, pp. 589 ss.; CABALLERO LOZANO, «Una compraventa especial: la venta fuera de establecimiento», *RDP*, 1994, pp. 1047 ss.; PORRES DE MATEO, «Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. En particular, el derecho de revocación del consumidores», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1994, núm. 21, pp. 205 ss.; LLOBET I AGUADO, «El período de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles», *RGD*, 1995, pp. 143 ss.; BECKER y GARCÍA VICENTE, «Ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio y otros negocios análogos», *RDP*,

Con el fin de paliar la rapidez con la que el adquirente se puede obligar así como las agresivas fórmulas de publicidad existentes, la Directiva sobre 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, le concede un plazo de diez días naturales, a partir de la firma del contrato por ambas partes, o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante, durante el cual puede resolver el contrato sin alegar motivos (art. 5.1). La finalidad de este plazo es ofrecer al adquirente consumidor la posibilidad de considerar las obligaciones y derechos que resultan del contrato celebrado. Y, para asegurarse que está informado de dicho plazo de reflexión, se exige que figure, obligatoriamente, tanto en el contenido del documento informativo, como en documento contractual, que dispone de dicha facultad. Se han tomado precauciones para que el adquirente preste un consentimiento libre, reflexivo y veraz ⁸⁶.

La duración del plazo ha variado sensiblemente respecto a la establecida en la Propuesta modificada de la Directiva. En esta última la duración del plazo era de, al menos veintiocho días naturales, a contar desde el momento de la firma del contrato o, en caso de celebración de un contrato preliminar pero jurídicamente vinculante, a partir de la firma de este último ⁸⁷. El texto definitivo de la Directiva ha reducido el plazo de reflexión a diez días naturales ⁸⁸, pero, en el caso de que el último día

1996, pp. 913 ss.; FUSCHS, «Zur disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht», *ACP*, 1996, pp. 313 ss.; RUIZ MUÑOZ, «Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal», *EC*, 1996, núm. 39, pp. 14 ss.; BOEMKE, «Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung», *ACP*, 1997, pp. 161 ss.; GARCÍA VICENTE, *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: El derecho de revocación*, Pamplona, 1997, pp. 111 ss.; KLEIN, *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, 1997, pp. 296 ss.; PARRA LUCÁN, «Comentarios al artículo 10», en *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, 1997, pp. 154 ss.; PASQUAU LIAÑO, *Comentario a los artículos 38 a 48*, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, 1997, pp. 338 ss.; LETE ACHIRICA, «A propósito del derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 y su aplicación en el Derecho español», *AC*, 1998, pp. 529 ss.

⁸⁶ Vid. por todos, GHESTIN, *Traité de Droit civil. Les obligations. Le contrat: formation*, 3 ed., Paris, 1993, pp. 444-445.

⁸⁷ El Dictamen del Parlamento Europeo proponía un plazo por lo menos de 21 días naturales, DOCE núm. C176, de 28 de junio de 1993, p. 101.

⁸⁸ En cambio, tanto la Ley austriaca, sobre la adquisición de derechos de uso a tiempo parcial de bienes inmuebles, de 27 de marzo de 1997, como la Ley del Reino Unido sobre el *Timeshare*, aprobada el 16 de marzo de 1992, y reformada y ampliada en 1997, establecen un plazo de catorce días para desistir del contrato. Mientras que la normativa portuguesa contiene un plazo de 7 días que deberá ser modificado para adaptarse a la Directiva comunitaria.

sea festivo, se prolongará dicho plazo hasta el primer día laborable siguiente. Teniendo en cuenta que el bien inmueble está situado en muchos casos, en otro Estado y sometido a una legislación diferente de la del adquirente, parece que dicha reducción supone una disminución del nivel de protección de este último con respecto a la Propuesta modificada de la Directiva. En muchos casos se celebra un contrato de estas características durante las vacaciones, teniendo que decidir el adquirente sobre la revocación antes de volver a casa, es decir, antes de poder pedir consejo dentro del ámbito de su vida habitual. Una posible solución hubiera podido ser diferenciar, como hacía la Propuesta inicial de Directiva, entre un plazo de catorce días naturales y otro de veintiocho días naturales, a contar desde la fecha de celebración del contrato, en función de que el derecho se ejercite en el mismo o en diferente país del de residencia habitual del adquirente ⁸⁹, aunque quizá con plazos de tiempo más reducidos.

Pero la novedad de esta norma comunitaria no reside en el reconocimiento de un derecho ⁹⁰ para resolver el contrato en el plazo ya mencionado de diez días naturales sino en la regulación de las consecuencias de la falta de los datos obligatorios previstos en su propio Anexo. El legislador comunitario ha dispuesto que, si el contrato no contiene dicha información el adquirente tendrá derecho a resolver el contrato en un plazo de tres meses, a partir de su firma. En caso de que, en el plazo de tres meses se facilitara las informaciones en cuestión, el adquirente dispondrá, a partir de ese momento, del plazo de resolución de diez días naturales. Si transcurrido el plazo de tres meses, el adquirente no ha hecho uso del derecho de resolución y el contrato no contiene la información mencionada en el Anexo, aquél dispondrá del plazo de resolución «*ad nutum*» de diez días naturales, a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de tres meses (art. 5.1).

⁸⁹ Así fue recomendado también en su momento por el Consejo Económico y Social, DOCE núm. C 108, de 19 de abril de 1993, p. 2.

⁹⁰ La terminología utilizada para designar este derecho ha variado a lo largo del *iter* legislativo de la Directiva. La Propuesta inicial hablaba de un derecho de retrocompra; en cambio, tanto el Dictamen del Comité Económico y Social como el Dictamen del Parlamento Europeo establecían que dicho derecho debería llamarse «*derecho de rescisión*», expresión utilizada también por la Propuesta modificada de Directiva. Finalmente, la Directiva ha seguido el mismo criterio que la Posición Común, de 4 de marzo de 1994, utilizando la expresión derecho de resolución, razón por la cual será utilizada en este trabajo para referirnos a dicho derecho en el texto comunitario sin que ello signifique un pronunciamiento acerca de su naturaleza jurídica. Es sabido que las Directivas comunitarias tienden a emplear conceptos lo suficientemente amplios para poder dar cabida a todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, además de las diferencias existentes entre las diversas lenguas oficiales de la Unión Europea y la circunstancia nada despreciable de que estas disposiciones comunitarias salen adelante después de negociaciones a nivel político y diplomático. *Vid.* sobre este aspecto, TIMMERMANS, *How Can One Improve the Quality of Community Legislation?*, *CMLRev.*, 1997, pp. 1232-1233.

Para ejercer el derecho de resolución, el adquirente enviará antes de la expiración del plazo de reflexión, a la persona cuyo nombre y dirección figuren a tal fin en el contrato, una comunicación (art. 5.2). En el Anexo, letra *l*) se indica que debe figurar como elemento mínimo del contrato, el modo o los modos de efectuar la comunicación de la posible resolución del contrato. Parece pues, que dicha comunicación podrá ser realizada de cualquier modo pero siempre que esté prevista en el clausulado del contrato. Lo que sí es cierto es que el adquirente puede elegir la forma que desee para resolver el contrato que ha celebrado, siempre que su declaración de voluntad llegue a conocimiento del vendedor. Puesto que es el adquirente quien se va a beneficiar de la demostración de haber ejercitado el derecho de resolución le corresponde su prueba. Para evitar futuros conflictos y disponer de un medio de prueba eficaz e irrefutable de que ha ejercido dicho derecho en tiempo, es aconsejable que la forma escogida para ejercer dicho derecho tenga una evidencia ⁹¹ (carta con acuse de recibo, documento de revocación con acuse de recibo, etc.).

El último inciso del artículo 5, apartado segundo, añade que si se hiciera por escrito, bastará que se envíe antes de la expiración del plazo aunque se reciba después. La Directiva ha tomado en consideración para probar que se ha ejercido el derecho a resolver el contrato que otorga, el momento de emisión de la comunicación por el adquirente y no el de recepción por el vendedor ⁹², lo que supone claramente una mayor protección para el primero ⁹³.

En cambio, la Ley alemana exige que la revocación se efectúe por escrito en tiempo oportuno. Se echa de menos en la Directiva la exigencia de que sea suministrado al adquirente un documento de revocación, como ocurre en la Directiva, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, o en la propia Ley alemana, sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda, en régimen de tiempo compartido. Una medida de este tipo facilitaría enormemente las cosas ya que la mayor parte de los adquirentes no tendrán conocimientos jurídicos suficientes, pudiendo resultarles la redacción de una

⁹¹ LETE ACHIRICA apunta al télex como un medio seguro desde el punto de vista de probar la notificación al vendedor del ejercicio por el adquirente del derecho de resolución que le asiste, ya que permite a las partes estar en contacto de forma casi inmediata así como recibir el mensaje en papel. A este respecto, recuerda el artículo 13 de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, donde se dispone que la expresión «*por escrito*» comprende el telegrama y el télex. *Vid. LETE ACHIRICA, A propósito...*, *ob. cit.*, pp. 535-536.

⁹² Tanto la Propuesta inicial como la Propuesta modificada de la Directiva establecían que: «... *Por lo que se refiere al respeto del plazo, basta con expedir la notificación, por carta certificada...*».

⁹³ En este sentido, MUNAR BERNAT, *La Directiva...*, *ob. cit.*, p. 23, nota 14; LETE ACHIRICA, *ob. cit.*, p. 536.

carta de renuncia un escollo importante para ejercitar el derecho de resolución de que disponen. Por otra parte, su entrega no debe entenderse como una incitación a renunciar a los contratos celebrados, sino como un instrumento cuyo fin es recordar simplemente al adquirente que dispone de un derecho de resolución durante un determinado período de tiempo.

La TzWrG alemana diferencia entre varios supuestos de revocación. Por un lado, se tiene en cuenta si se cumplen o no con los requisitos de un contrato válido y, si no es así, cuáles son los requisitos incumplidos. Por otro lado, se diferencia entre los plazos para la revocación –según el caso se prevén distintos plazos– y el comienzo de este plazo.

El supuesto básico está recogido en el § 5 I donde se señala que: *«La declaración de voluntad del adquirente dirigida a la formalización del contrato sólo tiene validez si no la revoca por escrito en el plazo de diez días»*. Añade el último inciso de este mismo apartado, si falta la información, sobre el derecho de revocación, que se tiene que entregar con el contrato, el plazo de diez días comenzará a contar solamente tres meses después de la entrega. En el caso de que no se le haya hecho entrega al adquirente del folleto antes de la celebración del contrato, o no se haya hecho en la lengua debida, el plazo para el ejercicio del derecho de revocación será de un mes (§ 5 III). Esto es una sanción especial no prevista por la Directiva comunitaria, lo cual resulta cuando menos oportuno pues el adquirente necesitará más tiempo de reflexión porque no ha tenido el folleto en sus manos o no estaba redactado en una lengua de comprensión fácil para él. Si faltan ciertos datos obligatorios en el contrato, el plazo para el ejercicio del derecho de revocación empezará a contar a partir de la fecha en la que se le comunique por escrito al adquirente dicha información, a más tardar, sin embargo, tres meses después de la entrega del contrato o copia del mismo. En relación a esta diversidad de supuestos de ejercicio del derecho de revocación, la propia doctrina alemana ha manifestado que la TzWrG establece un sistema de derecho de revocación complicado, poco claro que puede llevar más bien a la confusión con la consecuencia que se practicará con dificultad ⁹⁴.

¿A partir de qué momento comienza a discurrir el plazo de reflexión, y en consecuencia, puede ser ejercido el derecho de revocación? El comienzo del plazo se vincula, en el caso de la Directiva, a la firma del contrato, mientras que la Ley alemana lo vincula a la entrega del contrato o una copia. Parece que esta última opción ofrece más garantías al adquirente ya que con la entrega material del contrato éste puede reflexionar sobre su contenido y su decisión de obligarse. Si se toma como referencia la firma del contrato para el cómputo del plazo, puede correrse el riesgo de prácticas abusivas que dilaten el momento de la entrega

⁹⁴ Vid. MARTINEK, *ob. cit.*, p. 1397.

material del documento contractual con cualquier excusa, pieza fundamental en la información y, por tanto, en la protección del adquirente.

Para garantizar el ejercicio del derecho de resolución, la Directiva comunitaria, en su artículo 5, apartado 4, dispone que no podrá exigírsele pago alguno al adquirente ⁹⁵ y serán los Estados miembros quienes en sus legislaciones adoptarán medidas encaminadas a prohibir cualquier pago de anticipos ⁹⁶. Por ello, la TzWrG alemana prohíbe al transmitente exigir o aceptar pagos del adquirente antes de diez días después de la entrega del documento contractual o de una copia del mismo (§ 7). Esta prohibición completa la protección que proporciona el derecho de revocación. Su finalidad consiste en evitar que el adquirente prescinda de considerar el ejercicio de su derecho de revocación porque ha realizado un pago a cuenta y teme dificultades para su devolución ⁹⁷. Sin embargo, hay quien entiende que esta disposición podría llevar a cierta despreocupación por parte del adquirente precisamente porque todavía no se le exige dinero ⁹⁸. Hay legisladores que han exigido un pago a cuenta, como es el caso del suizo, respecto de las ventas a plazos, con la finalidad precisamente de hacer reflexionar a todos los intervinientes en el contrato ⁹⁹.

La Directiva europea no deja claro si se prohíbe el pago a un fiduciario. Sin embargo, del tenor literal de la TzWrG alemana no podemos deducir su exclusión. Una posible interpretación pudiera ser que si se paga a un fiduciario neutro, se puede admitir un pago a cuenta ¹⁰⁰, aunque queda abierto a la discusión si la norma comunitaria es más restrictiva en este punto.

⁹⁵ En la Propuesta Modificada de Directiva se permitía a las partes contratantes acordar un anticipo siempre que lo hiciesen de forma expresa y a condición de que la cuantía del anticipo no excediese del 5 por 100 del precio de venta; los gastos de tramitación incluidos en dicho anticipo no podían exceder del 1 por 100 del precio de venta y debían indicarse por separado en el contrato. El vendedor debía ofrecer garantías suficientes para el caso de que debiese reembolsar un anticipo. Esta posibilidad fue el resultado de la Enmienda de transacción núm. 58 introducida con ocasión del Dictamen del Parlamento Europeo, DOCE núm. C255, de 20 de septiembre de 1993, p. 70. Nos parece más acertado, en aras a una mejor protección del adquirente, la redacción definitiva que se ha dado al texto de la Directiva que le garantiza totalmente el ejercicio del derecho de resolución, ya que cualquier tipo de pérdida económica por pequeña que fuese puede suponer una cortapisa a su utilización por el adquirente.

⁹⁶ Para HERNÁNDEZ ANTOLÍN, éste es uno de los puntos más discutibles de la Directiva, por los perjuicios que ello va a suponer a las empresas dedicadas a comercializar este tipo de operaciones inmobiliarias. En su opinión, podría haberse protegido igualmente al consumidor, pero de forma menos perjudicial para el promotor, estableciendo la obligación de éste de prestar cauciones o garantías que aseguren al adquirente la devolución de las cantidades recibidas a cuenta. *Vid.* HERNÁNDEZ ANTOLÍN, *ob. cit.*, p. 2060.

⁹⁷ BT-Drs. 13/4185, p. 13.

⁹⁸ *Vid.* MÄSCH, *ob. cit.*, p. 198.

⁹⁹ *Vid.* TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 2 éd., Zurich, 1995, p. 123.

¹⁰⁰ A favor de esta interpretación estaría MÄSCH, *ob. cit.*, p. 199.

5.2 EFECTOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE REVOCACIÓN

Según el artículo 5 de la Directiva, apartado tercero, serán las legislaciones nacionales quienes determinarán los efectos del ejercicio del derecho de resolución por parte del adquirente. En algunos ordenamientos jurídicos, la perfección de los contratos de consumo se pospone hasta el transcurso del plazo de revocación. Éste es el caso de la Ley alemana sobre la transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda, en régimen de tiempo compartido, donde: «*La declaración de voluntad del adquirente, dirigida a la formalización del contrato, surtirá efectos únicamente si no es revocada por escrito en el plazo de diez días*» (§5 I). Es decir, si se revoca no se perfecciona el contrato ¹⁰¹.

La extensión de la facultad revocatoria hasta tres meses después de la ejecución completa del contrato en los casos de incumplimiento del deber informativo del derecho de resolución impuesta por la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre, a la que se ha adaptado la TzWrG alemana, dificulta enormemente el entendimiento de la fórmula legal adoptada: perfección diferida o aplazamiento de la perfección al transcurso de los diez días en este caso ¹⁰². Medicus ¹⁰³, refiriéndose a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, señala que esta construcción resulta indefendible, y exige una interpretación correctora, porque si antes del transcurso del plazo ha sido entregado el objeto, el cliente debe estar legitimado para poseerlo. La técnica utilizada por la norma alemana supone regular en contra de lo que es la norma general sobre la eficacia del silencio en el Derecho privado ¹⁰⁴.

Conforme a los principios generales del Derecho, se establece que, en el caso de revocación cada una de las partes está obligada a devolver las prestaciones recibidas (§5 VI, fr. 1). Pero además se regula expresamente:

- La exclusión de una indemnización por servicios prestados así como por la cesión de la utilización de inmuebles destinados a viviendas (§5 VI, fr. 2).
- En el supuesto de que el contrato hubiera requerido la autorización notarial, el adquirente ha de sufragar al transmitente los gastos de protocolización, si así se determina de forma expresa en el contra-

¹⁰¹ Parece que con la solución adoptada por el Derecho alemán se quiere evitar los problemas de calificación jurídica del derecho de revocación, así como a causa del amplio desarrollo que ha adquirido la culpa *in contrahendo*, que propicia la extensión de los efectos del contrato más allá de sus fronteras. Vid. FUCHS, «La Ley alemana sobre la revocación de negocios a domicilio», *ADC*, 1987, pp. 207 y 209; HILDENBRAND, «Time-Sharing-Verträge in der Rechtspraxis (II) (1994-1996)», *NJW*, 1996, pp. 3255 ss.

¹⁰² Vid. RUIZ MUÑOZ, *ob. cit.*, p. 19, nota 43.

¹⁰³ Vid. MEDICUS, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 6 ed., München, 1992, p. 253.

¹⁰⁴ Vid. RUIZ MUÑOZ y las referencias allí citadas, *ob. cit.*, p. 20.

to ¹⁰⁵. Pero tal obligación no existirá cuando no se haya hecho entrega del folleto antes de celebrar el contrato o no se haya redactado en la lengua debida; así como cuando falte uno de aquellos datos obligatorios que tiene el efecto de retrasar el comienzo del plazo de revocación (§5 VI, fr. 4, remitiendo a los apartados III y IV).

5.3 DERECHO DE REVOCACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATOS FINANCIADOS

Según el Considerando 13 de la Directiva, «*en caso de resolución de un contrato de adquisición de un derecho de utilización en régimen de tiempo compartido de uno o más inmuebles cuyo precio esté total o parcialmente cubierto por un préstamo concedido al adquirente por el vendedor o por un tercero sobre la base de un acuerdo celebrado entre éste y el vendedor conviene prever que el contrato de préstamo sea resuelto sin penalidad*». Así, en el caso de que el precio haya sido cubierto en todo, o en parte, por un préstamo concedido por el vendedor o por un tercero, previo acuerdo con el vendedor ¹⁰⁶, el contrato de préstamo quedará resuelto sin penalización, en caso de que el adquirente ejerza el derecho de resolución previsto en el artículo 5 de la Directiva (art. 7). Con esta disposición, se quiere evitar, también, la penalización económica que podría suponer el mantenimiento del contrato de financiación suscrito por el adquirente para poder llevar a cabo la operación inmobiliaria, haciendo uso para ello de la conexión funcional de contratos ¹⁰⁷.

El contrato de crédito quedará resuelto directamente para el supuesto de que sea el proveedor quien financia directamente, no así cuando dicha financiación provenga de un tercero, en cuyo caso se requiere un «*previo acuerdo*» entre ese tercero y el proveedor. Esto último significa que no cabe la resolución del contrato de crédito si el consumidor obtiene el préstamo de persona o entidad que no ha concertado previamente con el proveedor la financiación del contrato de adquisición de un dere-

¹⁰⁵ Es la única salvedad que se ha hecho respecto a los contratos celebrados ante Notario, por lo demás no se diferencia entre contratos hechos ante Notario o no, hecho que normalmente tiene relevancia. Vid. MÄSCH, *ob. cit.*, p. 197; MARTINEK, *ob. cit.*, p. 1397. Así, la HWiG alemana excluía expresamente del derecho de revocación los contratos documentados por un Notario. Exclusión que parece adecuada si se tiene en cuenta el § 17 de la BeurkG alemana que establece que un Notario tiene que informar a las partes contratantes comprensiblemente respecto a los derechos y deberes resultantes de su obligación contractual.

¹⁰⁶ En opinión de HERNÁNDEZ ANTOLÍN, no parece que pueda extenderse al préstamo concedido por entidad financiera al comprador directamente. Vid. HERNÁNDEZ ANTOLÍN, *ob. cit.*, p. 2062.

¹⁰⁷ Vid. sobre esta materia, LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994; RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998.

cho de utilización de inmueble a tiempo compartido. El contrato así celebrado debe permanecer como *res inter alios acta*, dada la «separación causal» entre éste y el que da lugar a la adquisición del mentado derecho ¹⁰⁸.

La TzWrG alemana, siguiendo a la Directiva, dedica una norma a la protección del adquirente en los supuestos de financiación del contrato de transmisión de un derecho de utilización de inmuebles, en régimen de tiempo compartido, a través de un contrato de crédito (§ 6). El efecto de la declaración de revocación del primer contrato se extiende por mandato legal al contrato de crédito. Los dos contratos correrán la misma suerte. En otras palabras, la declaración de voluntad del consumidor dirigida a la firma del contrato de crédito tendrá validez únicamente si éste no revoca el contrato de transmisión de un derecho de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido.

La Ley alemana utiliza el término de «contrato de crédito» que comprende cualquier contrato que tiene por fin financiar el contrato principal regulado. En consecuencia, se tiene que interpretar de forma amplia, noción que corresponde a la del § 2 II de la Ley de crédito al consumo. Por tanto, se extenderá también la noción de contrato de crédito a un simple préstamo o a un aplazamiento de pago ¹⁰⁹.

La TzWrG alemana se extiende tanto a los supuestos en que el crédito es concedido directamente por el transmitente como los financiados por un tercero. Lo que se exige a diferencia de la Directiva donde tan sólo se habla de «acuerdo», es que tanto el contrato de utilización del inmueble, destinado a vivienda en régimen de tiempo compartido, como el contrato de crédito formen una «unidad económica». A modo de ejemplo explica la Ley alemana que se da esta unidad cuando el prestamista se sirve de la intervención del transmitente en la preparación o formalización del contrato de crédito (§ 6 II). Esta forma de entender la relación entre ambos contratos corresponde a la de la Ley sobre el crédito al consumidor donde se determina en qué casos un contrato de crédito, para financiar el pago de una compraventa constituye un negocio vinculado al contrato de compraventa en cuestión (§ 9 I VerbrKrG).

Respecto a los efectos, se dispone que cada una de las partes tendrá la obligación de restituir a la otra parte las prestaciones recibidas (§ 6 I, fr. 2). Siguiendo la exigencia de la norma comunitaria de que el contrato de financiación quedará resuelto sin penalización se añade, en el último inciso del § 6, apartado primero, que «*Quedan excluidas las pretensiones por pagos de intereses y gastos contra el adquirente*».

¹⁰⁸ Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Observaciones críticas al Proyecto de Ley de crédito al consumo», *RDBB*, 1995, núm. 56, pp. 1046-1047.

¹⁰⁹ BT-Drs. 13/4185, p. 13.

Han sido regulados de forma específica los supuestos en que el importe del crédito ya hubiera sido abonado al transmitente en el momento de perfeccionarse la revocación, en cuyo caso el tercero quedará subrogado en los derechos y obligaciones del transmitente frente al adquirente y en cuanto a las consecuencias jurídicas de la revocación (§ 6 II, fr. 3). Se tiene que entender como una «*cessio legis*» de los derechos y obligaciones del transmitente al tercero. La intención del legislador es que el adquirente no tiene que enfrentarse al transmitente y además al tercero en caso de revocación, sino sólo a uno de los dos ¹¹⁰. En consecuencia, si al adquirente ya se le ha transmitido un derecho de utilización, él a su vez tiene que transmitírselo al tercero y éste tiene que devolver al adquirente un eventual pago. Nos preguntamos: ¿no habría sido mejor establecer el mecanismo al revés, es decir, que el transmitente ingrese mediante cesión legal en los derechos y las obligaciones del tercero? Al fin y al cabo es la otra parte contratante y en la mayoría de los casos el transmitente quien prepara el contrato de crédito y el adquirente no conoce ni trata con quien le otorga el crédito.

6. CRITERIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La Directiva exige que los Estados miembros adopten las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga, en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro ¹¹¹ (art. 9). Con esta disposición el legislador comunitario pretende evitar que se prive al adquirente de la protección que le brinda la ley, a través de un acuerdo sobre la ley aplicable de un Estado extracomunitario ¹¹², lo cual

¹¹⁰ BT-Drs. 13/4185, p. 13.

¹¹¹ El criterio habitual en los contratos de consumidores es el establecido por el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales que mantiene el criterio de elección de la Ley aplicable, salvo que se trate de alguno de los supuestos taxativamente mencionados (oferta precontractual en país extranjero; petición a entidad extranjera no establecida en el país de residencia habitual del consumidor; compra de bienes muebles corporales en el país extranjero mediante viaje organizado por el propio vendedor para tal fin), donde cedería la elección a la ley de residencia habitual del consumidor en todos aquellos aspectos cuyo tratamiento sea más favorable, siempre que se trate de una regulación traducida en leyes imperativas. Sobre esta cuestión, *Vid.* especialmente, DE LEÓN ARCE, *Contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid, 1995, pp. 41 y ss.

¹¹² *Vid.* MÄSCH, *ob. cit.*, p. 11; DOWNES, «A propósito del Proyecto de Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: una aproximación crítica a sus aspectos de Derecho Internacional Privado», *La Ley*, 1998, núm. 4503, 19 de marzo de 1998, p. 3.

no significa que se excluya esta posibilidad ¹¹³. Lo que hay que impedir, en definitiva, es que la protección que normalmente recibiría el consumidor, en el caso de que el contrato estuviera conectado exclusivamente al Derecho interno, no sea tenida en cuenta por el hecho de que existan conexiones con otros ordenamientos ¹¹⁴.

Es bastante habitual en la práctica que el transmitente incluya una cláusula respecto a la ley aplicable que resulta favorable a sus intereses. Frecuentemente se acuerda el Derecho de la Isla de Man, ya que muchas empresas dedicadas a estas operaciones inmobiliarias tienen su sede allí, donde se prescinde del derecho de revocación ¹¹⁵.

La TzWrG alemana en este punto va más allá de la Directiva europea. En su § 8 I, se establece que a los contratos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido o contratos para la financiación de los anteriores, que están sometidos a Derecho extranjero, se les aplique, no obstante, la Ley alemana, si el inmueble está situado en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. La norma alemana extiende su aplicación también a contratos que se cierran como consecuencia de una actividad publicitaria o una actividad comercial similar que el transmitente desarrolla en un Estado miembro de la Unión Europea o en otro Estado firmante del Convenio sobre el Espacio Económico Europeo y si, además el adquirente reside en un Estado miembro de la Unión Europea o en otro Estado signatario del citado Convenio del Espacio Económico Europeo.

Sin esta última disposición, la protección de la Ley alemana no se produciría, si el inmueble se encuentra fuera de los ámbitos territoriales referidos —el caso del *Time-sharing* flexible—, si se refiere a un conjunto de inmuebles que se encuentran sólo parcialmente dentro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo. Pero, si hay una estrecha relación con el Derecho de la UE o del EEE, es adecuado dar la protección que otorga la TzWrG alemana ¹¹⁶. Los requisitos para determinar si la relación es estrecha son los arriba citados: la residencia del adquirente y que el contrato sea resultado de una actividad publicitaria o una actividad comercial similar.

Finalmente, el mencionado artículo 9 de la Directiva comunitaria no hace ninguna referencia a la competencia judicial internacional en la materia. Pero siempre que el inmueble afectado por un derecho de utilización de inmuebles, en régimen de tiempo compartido, se encuentre en cualquier Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo,

¹¹³ Vid. DOWNES, *ob. cit.*, p. 2.

¹¹⁴ Vid. VISCHER, «The antagonism between legal security and search for justice in the field of contracts», *R. C. A. D. I.*, 1973, núm. 142, p. 42.

¹¹⁵ Vid. JÄCKEL-HUTMACHER/TONNER, *ob. cit.*, p. 15.

¹¹⁶ BT-Drs. 13/4185, p. 14.

la competencia judicial internacional para conocer de acciones reales que se susciten, se determinará por el artículo 16, apartado primero, del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas, el 27 de septiembre de 1968 o el paralelo, hecho en Lugano, el 16 de septiembre de 1988, según proceda, y corresponderá al Juez del lugar de situación del inmueble. Pero debe tenerse en cuenta que la exclusividad de la competencia se limita a los supuestos de ejercicio de acciones reales y que, para fijar su exacta extensión, se debe atender al Informe oficial Schlosser ¹¹⁷, así como a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que ha venido siendo muy restrictiva respecto de lo que debe entenderse por acciones reales ¹¹⁸. Asimismo, el Informe Schlosser mantiene que las acciones mixtas no están sujetas al artículo 16-1 del Convenio de Bruselas, citando a título de ejemplo, las acciones de nulidad, resolución o anulación de una venta de inmueble y, en general, todas las que no estén dirigidas a determinar la extensión y el contenido de la propiedad y posesión de un bien inmueble.

La doctrina ¹¹⁹ alemana ha centrado su crítica en dos aspectos fundamentales: el primero, es el relativo a la falta de una norma de Derecho Internacional procesal, sobre todo falta una regulación del fuero. Pero dicho fallo lo achacan sobre todo a la Directiva comunitaria. En lo que se refiere al segundo aspecto, se señala que parece que el legislador alemán ha malentendido el mandato del legislador comunitario. Este último no dice que los Estados miembros apliquen siempre su Derecho nacional, independientemente de si el supuesto tiene relación con el Estado respectivo. Aplicando la TzWrG alemana, se podría dar el caso de que un Juez alemán tuviera que aplicar la Ley alemana en un litigio entre un transmitente británico y un adquirente francés respecto de un inmueble en Portugal. Esto no tiene ninguna justificación sobre todo si la aplicación –lo que no está excluido– del Derecho francés, británico o portugués resultara más favorable ¹²⁰.

Para concluir, señalar que en la Propuesta inicial de Directiva el artículo 9 tenía un contenido muy similar al artículo 5 del Convenio de Roma. Las posteriores etapas de su tramitación han dado como resultado su actual redacción que, en palabras de Downes ¹²¹, «a fuerza de querer decir poco, ya no dice casi nada, porque se limita a incluir un reforzamiento de la imperatividad de las normas materiales estatales frente a Estados no comunitarios».

¹¹⁷ DOCE C 189, de 28 de julio de 1990.

¹¹⁸ Vid. DOWNES y referencias allí citadas, *ob. cit.*, p. 2.

¹¹⁹ Vid. MARTINEK, *ob. cit.*, p. 1399.

¹²⁰ Vid. MÄSCH, *ob. cit.*, pp. 206 ss.

¹²¹ Cfr. DOWNES, *ob. cit.*, p. 3.

7. IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS CONFERIDOS

Para asegurar la eficacia de la Directiva, se dispone que las cláusulas, por las que el adquirente renuncie a los beneficios que se derivan de la propia Directiva o por las que el vendedor se exima de cumplir las obligaciones que en la misma se establecen, no vincularán al adquirente (art. 8). La justificación de esta declaración se encuentra fundamentalmente en el deseo de proteger al adquirente. Cualquier norma que tenga por finalidad la protección de determinados grupos de personas que se encuentran en determinadas situaciones jurídicas de desigualdad, inferioridad, etc., quedaría en papel mojado si el protegido por ella pudiera renunciar eficazmente a la protección que brinda la norma.

Disposición a la que se ha adaptado la TzWrG alemana a través de su § 9 donde se establece, en su primer apartado, que: «*El acuerdo que difiera de los preceptos de la presente Ley en perjuicio del adquirente es ineficaz*». Sin embargo, si la justificación de la declaración del carácter irrenunciable de los derechos conferidos por la norma, hemos dicho que era la protección del adquirente, carecería de sentido que se prohibiesen las cláusulas que pretenden beneficiarle. Por ello habrá que considerar válidas las cláusulas que sean más beneficiosas para el adquirente que contrata. Con ello no se quiere decir que han de ser cláusulas que amplíen los derechos del adquirente. El beneficio que reciba el adquirente puede ser precisamente la ampliación de sus derechos, pero también pudiera consistir en que los deberes u obligaciones que pesan sobre él sean menos gravosos.

La violación de la norma imperativa puede tener como efecto la nulidad del contrato. ¿Pero habrá que plantearse si interesa anular todo el contrato o solamente considerar nula una determinada cláusula, que se tendrá por no puesta y sustituir su contenido por lo preceptuado por la Ley? La aplicación del principio de la conservación del contrato lleva consigo la incomunicabilidad de la nulidad, en el sentido de que no pueden extenderse esos efectos de la nulidad más allá de lo querido por la Ley. Es decir, «*utile per inutile non vitiatus*». Se habla en estos casos de nulidad parcial puesto que se salva parte del negocio ¹²². Al adquirente consumidor pudiera interesarle más la conservación del contrato que su anulación completa, y querer la sustitución del contenido de la cláusula nula por lo establecido en la ley. De otro modo, el transmitente, como

¹²² Vid. entre otros, MARÍN PADILLA, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos «utile per inutile non vitiatur»*, Barcelona, 1990, pp. 93 ss.; RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la protección de los consumidores*, Valladolid, 1993, pp. 30 ss.; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, 1995, pp. 22 ss.

consecuencia de la nulidad provocada por él mismo, tendría la posibilidad de anular el contrato para su propio beneficio.

De máxima importancia para el Derecho alemán en esta materia ¹²³ es la disposición contenida en el § 6 de la Ley alemana, para la regulación del derecho de las condiciones generales del contrato ¹²⁴ (AGBG). Tal precepto dispone que «(I) Si las condiciones generales del contrato llegaran a formar parte del mismo total o parcialmente, o resultaran ineficaces, el resto del contrato será válido. El contrato será ineficaz si el mantenimiento del mismo produjera un daño desproporcionado para una parte, aun considerando la modificación prevista en el apartado segundo. (II) En la medida en que las estipulaciones no devienen parte integrante del contrato o son ineficaces, el contenido del contrato se rige por las disposiciones legales. (III) No obstante, el contrato mismo será ineficaz cuando la vinculación al mismo bajo la variación prevista en el apartado II, pueda representar una carga no equitativa para una de las partes» ¹²⁵. La finalidad de esta disposición es proteger al contratante débil y evitar el fraude. Utilizando la terminología empleada por Delgado Echeverría ¹²⁶ se trataría de una «ineficacia parcial con sustitución imperativa de cláusulas» y no de una «ineficacia parcial en atención a la voluntad de las partes». Es decir, la nulidad de algunas cláusulas no acarrea la del resto del contrato, continuando obligadas las partes por aquél. La finalidad de esta disposición es proteger al contratante débil y evitar el fraude. Por tanto, la conservación del contrato se apoya, en estos supuestos, en la voluntad de la ley. Si rigiese la voluntad de los

¹²³ Para ULMER la Ley alemana sobre condiciones generales de los contratos ocupa un puesto central en el Derecho civil alemán, *vid.* ULMER, «Diez años de la ley alemana de condiciones generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas», *ADC*, 1988, pp. 763 ss. Pueden ser consultados también, entre la abundante bibliografía existente, los siguientes autores: HEINRICHS, LOWE, ULMER (Hrsg.), *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, Verlag Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern, Köln, 1987; LINDACHER, HORN und WOLF, *AGB-Gesetz Kommentar*, 3 ed., Munich, 1994; HEINRICHS, «AGB-Gesetz Kommentar», en *Palandt BGB*, Munich, 1995; GARCÍA AMIGO, «Ley alemana occidental sobre “condiciones generales”», *RDP*, 1978, pp. 384 ss.; BRANDNER und KUMMER, «10 Jahre Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz in der Rechtsprechung des BGH», *Verbraucher und Recht*, 1987/3, pp. 121 ss.; KLEIN, «La propuesta de anteproyecto de ley de condiciones generales de la contratación a la luz de la ley alemana (AGB-G)», *RJN*, 1989, núm. 8, pp. 119 ss.

¹²⁴ Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BGBl I, de 9 de diciembre de 1976, pp. 3317 ss.

¹²⁵ Con esta norma se modificó el sistema alemán tradicional sobre nulidad parcial, pasando a ser esta última ante condiciones generales la regla general y la excepción los casos de nulidad total. Sobre este aspecto, *vid.* especialmente RUIZ MUÑOZ, *La nulidad...*, *ob. cit.*, pp. 56-58 y 256 ss.; PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, 1998, p. 115, nota 24.

¹²⁶ *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 2, 2.ª ed., Barcelona, pp. 372 y ss.

contratantes, el proveedor podría colocar al consumidor en la tesitura de escoger entre, por una parte, soportar las cláusulas abusivas y las inteligibles, y por otra, impugnarlas y resignarse a la plena ineficacia del contrato, perdiendo de este modo el uso y disfrute a tiempo parcial del inmueble del que tenía verdadero interés ¹²⁷.

Otro instrumento legal que debe servir como medio de integración de las cláusulas inválidas o ineficaces, lo tenemos en la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ¹²⁸ que no aporta al Derecho alemán en esta materia ninguna gran novedad ¹²⁹. En Alemania se desató precisamente una polémica en torno al desarrollo o transposición de la Directiva 93/13/CEE. La opción se planteaba entre una nueva ley sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores o una reforma de la AGBG. La doctrina parecía inclinarse por la segunda de estas alternativas ¹³⁰. Opción esta última por la que se ha inclinado finalmente el legislador alemán que con la Ley de modificación de la AGBG ¹³¹, que entró en vigor en julio de 1996, se ha ampliado de manera consi-

¹²⁷ Vid. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Comentario al artículo 10.4 de la LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, p. 341.

¹²⁸ Sobre esta Directiva, vid. especialmente, PAGADOR LÓPEZ, *ob. cit.*; HEINRICH, «Die EG-Richtlinie über mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen», *NJW*, 1993, pp. 1817 ss.; RUIZ MUÑOZ, «Cláusulas abusivas en la CEE: ámbito de aplicación», *Cuadernos Jurídicos*, 1993, núm. 11, pp. 58 ss.; DAMM, «Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht», *JZ*, 1994, pp. 161 ss.; EMPARANZA, «La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con los consumidores», *RDM*, 1994, pp. 477 ss.; GARCÍA AMIGO, «Las cláusulas abusivas en el Derecho comunitario: su aplicación a los servicios financieros», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil en homenaje a Evelio Verdura*, t. I, Madrid, 1994, pp. 914-915; RUIZ MUÑOZ, «Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la CE*, 1994, núm. 134, pp. 91 ss.; HABERSACK, KLEINDIEK und WIEDENMANN, «Die EG-Richtlinie über mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung», *NJW*, 1995, pp. 153 ss.; VATTIER FUENZALIDA, «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», *RCDI*, 1995, pp. 1523 ss.

¹²⁹ El artículo 6 de la Directiva desarrolla esta materia al establecer: «1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

¹³⁰ Vid. HEINRICH, «Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung», *NJW*, 1995, pp. 153 ss.; SCHMIDT-SALZER, «Das textliche Zusatz-Instrumentarium des AGB-Gesetzes gegenüber der EG-Richtlinie über mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen», *NJW*, 1995, pp. 1641 ss.; SCHMIDT-SALZER, «Recht der AGB und der mißbräuchlichen Klauseln: Grundfragen», *JZ*, 1995, p. 223 ss.; SCHMIDT-SALZER, «Transformation der EG-Richtlinie über mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen in deutsches Recht und AGB-Gestz», *BB*, 1995, pp. 733 ss.

¹³¹ BGBl I 1996, pp. 1013 ss.

derable el ámbito de aplicación del control del contenido y ha acentuado el fin protector de dicha normativa ¹³².

Se añade, en el segundo apartado del § 9 de la TzWrG que: «*Esta Ley se aplicará también si sus preceptos se eluden mediante otras configuraciones*». Esta prohibición de fraude a la ley se encuentra en otras leyes de protección al consumidor ¹³³. Es suficiente un fraude objetivo sin necesidad de un ánimo de eludir. Con la expresión «*otras configuraciones*» se trata de extender el fraude a la ley no sólo a construcciones jurídicas sino también a circunstancias de hecho provocadas por la otra parte contratante ¹³⁴.

¹³² Vid. para un primer comentario, ECKERT, «Das neue Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen», *ZIP*, 1996, núm. 29, pp. 1238 ss.; HEINRICH, «Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes. Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen durch den Bundesgesetzgeber», *NJW*, 1996, pp. 2190 ss.; HEINRICH, «Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1996», *NJW*, 1997, pp. 1407 ss.; BÖRNER, «Die «Heilung» von AGB durch die Berücksichtigung vertragsabschlußbegleitender Umstände nach § 24 a Nr. 3 AGBG», *JZ*, 1997, núm. 12, p. 595 ss.; LASS, «Zum Lösungsrecht bei arglistiger Verwendung unwirksamer AGB», *JZ*, 1997, pp. 67 ss.; SCHUHMAN, «Waisenkind des AGB-Gesetzes: der Mustervertrag im Kaufmännischen Individualgeschäft», *JZ*, 1998, núm. 3, pp. 127 ss.

¹³³ Cfr. § 7 de la AGBG, § 5 de la HWiG, § 18 de la VerbrKrG.

¹³⁴ Vid. sobre esta cuestión, ULMER/BRADNER/HENSEN, *Kommentar zum AGB-Gesetz*, 6 ed., Köln, 1990, sub § 7.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

CONSUMIDORES

1. **Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los *precios de los productos ofrecidos a los consumidores*, DOCE, L, núm. 80, de 18 marzo de 1998.**

Vid. la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, DOCE, C, núm. 249, de 27 de agosto de 1996, y el comentario aparecido en el núm. 15 de la Crónica publicada en el ADC, 1997, fascículo I. La Directiva regula la indicación del precio de venta y del precio por unidad de medida de los productos ofrecidos por los comerciantes a los consumidores finales, para facilitar así la comparación de los precios. Los conceptos clave son el de «precio de venta» (precio final de una unidad del producto o de una cantidad determinadas del producto, incluidos el IVA y todos los demás impuestos) y el de «precio por unidad de medida» (el precio final, incluidos IVA y todos los demás impuestos, por un kilogramo, un litro, un metro, un metro cuadrado... o cualquier otra cantidad única cuando se utilice de manera generalizada y habitual para la comercialización de productos específicos en un determinado Estado miembro). Los precios de venta y por unidad de medida deberán ser inequívocos, fácilmente identificables y claramente legibles.

2. **Directiva 98/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, que modifica la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamenta-**

rias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, DOCE, L, núm. 101, de 1 de abril de 1998.

Vid. la Propuesta de Directiva del parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 87/102/CEE (modificada por la Directiva 90/88/CEE) en el núm. 13 de la Crónica aparecida en el ADC, 1997, fascículo I; la Propuesta modificada en el núm. 31 de la Crónica aparecida en el ADC, 1997, fascículo III; y, asimismo, la Posición común (CE) núm. 31/97 aprobada por el Consejo, el 7 de julio de 1997, con vistas a la adopción de presente Directiva en el núm. 31 de la Crónica anterior. La Directiva contiene modificaciones meramente técnicas.

3. Recomendación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, DOCE, L, núm. 115, de 17 de abril de 1998.

La Recomendación de la Comisión cuenta con antecedentes en diversos actos de las instituciones comunitarias (Conclusiones del Consejo de consumidores, celebrado el 25 de noviembre de 1996, Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de noviembre de 1996, y Libro verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único), y constituye un paso más en el intento de generalizar en lo posible la vía arbitral para solucionar los conflictos de consumo que en buen número de casos se caracterizan por una desproporción entre el valor económico del asunto y el coste de su eventual solución por vía judicial. La Recomendación se refiere únicamente a la solución del conflicto por la intervención activa de una tercera persona que propone o impone una solución (lo que estrictamente va más allá del arbitraje), pero no a los mecanismos puramente contractuales de solución de controversias como la transacción, ni a los procedimientos de mediación que suponen el simple intento de aproximar a las partes para que encuentren una solución adecuada.

La Recomendación establece una serie de principios que habrán de respetar los mecanismos arbitrales y que expresamente son: el principio de independencia, que se trata de asegurar tanto para el órgano decisorio constituido por una persona física individual, como para el órgano colegial; el principio de transparencia del procedimiento, a través de la garantía de informaciones suficientes y adecuadas a los interesados; el principio de contradicción, por el que se ha de posibilitar a las partes interesadas la manifestación de su punto de vista y el conocimiento del punto de vista de la otra parte, o en su caso, de los expertos; el principio de eficacia, concretado fundamentalmente en la no obligatoriedad de representación legal (aunque se expresa también el principio de representación, que da derecho al consumidor a hacerse acompañar por un tercero en todas las etapas del procedimiento), la gratuidad o, al menos, el coste modera-

do del procedimiento, la rapidez de la decisión; el principio de legalidad, por el que no se podrá ver privado al consumidor de la protección brindada por las normas imperativas que sean de aplicación al asunto controvertido; y el principio de libertad por el que se trata de garantizar tanto la voluntariedad del procedimiento arbitral, como la no privación del derecho del consumidor a recurrir a los órganos jurisdiccionales (aunque no se deja claro en qué medida, ya que una admisión total implicaría que el laudo arbitral dejaría de tener, como le es propio, efectos de cosa juzgada).

4. **Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, DOCE, L, núm. 166, de 11 de junio de 1998.**

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, fascículo III; 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), reseñada en el núm. 30 de la Crónica aparecida en el ADC, 1997, fascículo III; y la Posición común (CE) núm. 48/97, aprobada por el Consejo, el 30 de octubre de 1997, con vistas a la adopción de la presente Directiva en el núm. 29 de la Crónica anterior. Objetivo de la presente Directiva es la articulación de un procedimiento que tienda a hacer cesar toda acción, práctica, acto, etc., contrario a las Directivas que figuran en el Anexo (publicidad engañosa, contratos negociados fuera del establecimiento mercantil, crédito al consumo, ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, viajes combinados, publicidad de los medicamentos para uso humano, cláusulas abusivas, contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, contratos a distancia) y que atente contra los intereses colectivos de los consumidores. A tal fin se reconoce, entre otros aspectos, la legitimación activa de las entidades habilitadas para la defensa de los intereses protegidos por las directivas aludidas.

COMPETENCIA

5. **Reglamento (CE) núm. 447/98, de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) núm. 4064/89, del Consejo, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DOCE, L, núm. 61, de 2 de marzo de 1998.**

Vid. en el núm. 2 de la Crónica anterior el 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. Reglamento eminentemente técnico que regula los aspectos relativos a las notificaciones en materia de concentración de empresas (personas facultadas, presentación, información y documentos, fechas...), plazos (comienzo, fin, recuperación de días festivos, suspensión de los plazos, cumplimiento), audiencia a los interesados y terceros y compromisos para hacer compatible la operación de concentración.

6. **Decisión del Consejo y de la Comisión, de 29 de mayo de 1998, por la que se celebra el Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América sobre observancia de los principios de cortesía positiva en la aplicación de sus normas de competencia, DOCE, L, núm. 173, de 18 de junio de 1998.**

El Acuerdo, que se incorpora a la Decisión, encuentra su base en el Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia, de 23 de septiembre de 1991, y tiene por objeto contribuir a garantizar que los flujos comerciales y de inversión entre las Partes, así como la competencia y el bienestar de los consumidores en sus territorios respectivos no se verán obstaculizados por actividades anticompetitivas a las que puedan poner remedio las normas de competencia de una o ambas Partes; asimismo, trata de establecer los procedimientos de cooperación para lograr una aplicación más efectiva de las normas de competencia, permitiendo a las autoridades de competencia de cada Parte no tener que utilizar recursos para hacer frente a las actividades anticompetitivas que tengan lugar principalmente en el territorio de la otra Parte y estén dirigidas, principalmente a dicho territorio, cuando las autoridades de la otra Parte puedan y estén dispuestas a examinar y adoptar sanciones efectivas en el marco de su legislación con respecto a estas actividades. El Acuerdo se aplicará cuando una Parte demuestre a la otra que existen razones para creer que concurren las dos circunstancias siguientes: *a*) en la totalidad o en una parte sustancial del territorio de una de las Partes se realizan actividades anticompetitivas que afectan a los intereses de la otra parte; y *b*) que dichas actividades están prohibidas en virtud de las normas de competencia de la Parte en cuyo territorio se están llevando a cabo.

DATOS PERSONALES Y PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD

7. **Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los *datos***

personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, DOCE, L, núm. 24, de 31 de enero de 1998.

La presente Directiva tiene como objeto completar la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas frente al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de esos datos, en lo que respecta, fundamentalmente, a la protección del derecho a la intimidad de las personas físicas en relación con las telecomunicaciones, aunque también pretende la protección de los intereses legítimos de las personas jurídicas.

La Directiva trata de garantizar la confidencialidad de las comunicaciones (prohibiendo la escucha, la grabación, el almacenamiento u otros tipos de interceptación o vigilancia de las comunicaciones por personas distintas de los usuarios, sin el consentimiento de éstos, salvo que exista autorización legal), la destrucción de los datos utilizados para el tráfico y la facturación, la limitación de la identificación de la línea llamada y la conectada, la posibilidad de poner fin al desvío automático de llamadas, la limitación de los datos personales recogidos en las guías a lo estrictamente necesario para identificar a un abonado concreto, a menos que exista consentimiento inequívoco del abonado o la necesidad de previo consentimiento para recibir llamadas no solicitadas.

La Directiva habrá de ser cumplida por los Estados miembros, a más tardar, el 24 de octubre de 1998, con excepción del artículo 5 (relativo a la confidencialidad de las comunicaciones) cuya ejecución se difiere al 24 de octubre del año 2000.

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

8. Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, DOCE, L, núm. 14, de 20 de enero de 1998.

Vid., en el núm. 35 de la Crónica anterior, la 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. El objetivo de la presente Directiva, como consagra en su artículo 1, 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; para ello los Estados miembros habrán de adoptar las disposiciones para que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

LIBERTADES

9. **Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el *ejercicio permanente de la profesión de abogado* en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, DOCE, L, núm. 77, de 14 de marzo de 1998.**

Vid., en el núm. 23 de la Crónica anterior, la Posición común (CE) núm. 35/97 aprobada por el Consejo, el 24 de julio de 1997, DOCE, C, núm. 297, de 29 de septiembre de 1997; *vid.* también el núm. 18 de la Crónica aparecida en el ADC, 1995, fascículo III. La directiva 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.

10. **Directiva 98/21/CE de la Comisión, de 8 de abril de 1998, por la que se modifica la Directiva 93/16/CEE del Consejo destinada a facilitar la *libre circulación de los médicos* y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos, DOCE, L, núm. 119, de 22 de abril de 1998.**

Vid. ya la 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, de la que dimos cuenta en el núm. 5 de la Crónica anterior. Esta es una mera modificación técnica que afecta a diversos aspectos relacionados con la medicina del trabajo.

TRANSPORTES

11. **Reglamento (CE) núm. 11/98, del Consejo, de 11 de diciembre de 1997, que modifica el Reglamento (CEE) núm. 684/92 por el que se establecen normas comunes para los *transportes internacionales de viajeros* efectuados con autocares y autobuses, DOCE, L, núm. 4, de 8 de enero de 1998.**

Vid. los núms. 59 y 60 de la Crónica aparecida en el ADC, 1997, fascículo III, donde dimos cuenta de la Propuesta modificada de Reglamento (CE) del Consejo que modifica el Reglamento (CEE) núm. 684/92 y de la Posición común (CE) núm. 21/97, de 14 de abril de 1997, aprobada por el Consejo, en relación con el mismo tema. Se regula la

licencia comunitaria, el acceso al mercado, el procedimiento de autorización, el régimen de sanciones y asistencia mutua, entre otros aspectos.

12. **Reglamento (CE) núm. 12/1998, del Consejo, de 11 de diciembre de 1997, por el que se determinan las condiciones de admisión de los transportistas no residentes a los transportes nacionales de viajeros por carretera en un Estado miembro, DOCE, L, núm. 4, de 8 de enero de 1998.**

Vid. la Propuesta de Reglamento (DOCE, C, núm. 60, de 29 de febrero de 1996) en el núm. 20 de la Crónica aparecida en el ADC, 1996, fascículo III, y la Posición común (CE) núm. 22/97, de 14 de abril de 1997, aprobada por el Consejo (DOCE C, núm. 164, de 30 de mayo de 1997) en el núm. 61 de la Crónica aparecida en el ADC, 1997, fascículo III.

TELECOMUNICACIONES

13. **Directiva 98/10/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, DOCE, L, núm. 101, de 1 de abril de 1998.**

Vid. la Propuesta de Directiva citada en el núm. 33 de la Crónica aparecida en el ADC, 1997, fascículo I, y en el núm. 52 de la Crónica aparecida en el ADC, 1997, fascículo III. La presente Directiva tiene por objeto la armonización de las condiciones para un acceso y una utilización abiertos y eficaces de las redes públicas de telefonía fija y de los servicios públicos de telefonía fija, en el marco de unos mercados abiertos y competitivos que garanticen en toda la Comunidad servicios de buena calidad a precios asequibles. La Directiva regula, entre otros muchos aspectos, la disponibilidad de los servicios, los sistemas de financiación, servicios de guía telefónica, régimen de los teléfonos públicos de pago, contrato de acceso a las redes públicas de telefonía fija y móvil, publicación de información y acceso a la misma, calidad de los servicios, protección de datos, facturación detallada, restricción selectiva de llamadas, tarifas y un detallado elenco de disposiciones relativas a los procedimientos de conciliación y de resolución de litigios a nivel nacional.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS, TRABAJOS LEGISLATIVOS

ASOCIACIONES Y FUNDACIONES

14. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión sobre el fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa, DOCE, C, núm. 95, de 30 de marzo de 1998.**

COMPETENCIA

15. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros, DOCE, C, núm. 108, de 7 de abril de 1998.**

Vid. la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, aparecida en el núm. 20 del ADC, 1996, fascículo I, así como el Dictamen del Comité Económico y Social sobre dicha propuesta, reseñado en el núm. 14 de la Crónica aparecida en el ADC, 1996, fascículo III. Las modificaciones integran gran parte de las enmiendas del Parlamento Europeo, sin que afecten a las disposiciones más importantes de la propuesta de Directiva.

16. **Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, DOCE, C, núm. 116, de 16 de abril de 1998.**

A través de la presente propuesta se trata de codificar y perfeccionar la abundante práctica que la Comisión ha ido generando en los últimos años en torno al problema de la compatibilidad de las Ayudas de Estado con el mercado común. El Reglamento tendría la virtud de incrementar la transparencia y acrecentar la seguridad jurídica y, a tales efectos, regula el procedimiento aplicable a las ayudas notificadas, a las ayudas ilegales, a los regímenes de ayudas abusivas y a los regímenes de ayudas existentes.

17. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 93/6/CEE sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito, DOCE, C, núm. 118, de 17 de abril de 1998.**

Vid. en el núm. 39 de la Crónica aparecida en el ADC, 1997, fascículo III, la Posición común (CE) núm. 8/97, de 16 de diciembre de 1996, aprobada por el Consejo, y la Propuesta de Directiva en el núm. 21 de la Crónica anterior. *Vid.*, asimismo, la reseña de la Directiva que pretende modificarse en el núm. 26 de la Crónica aparecida en el ADC, 1993, fascículo III. La Propuesta trata de actualizar los mecanismos de control del riesgo dentro de la dinámica de la supervisión bancaria.

CONSUMIDORES

18. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre «Los Consumidores en el mercado de seguros», DOCE, C, núm. 95, de 30 de marzo de 1998.**

El CES se pronuncia sobre la normativa comunitaria de la actividad de intermediación de los seguros para su liberalización y de la libre pres-

tación de servicios; la institución de un derecho de acción directa para las víctimas de accidentes en el extranjero contra el asegurador de la parte responsable; una vigilancia suplementaria de las compañías de seguros integradas en un grupo de seguros; propone el comienzo de estudios y trabajos referentes a la definición, a escala comunitaria, de normas específicas para la publicidad transfronteriza de los seguros y la creación de un observatorio europeo de reclamaciones en materia de seguros.

19. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco general de las actividades comunitarias a favor de los consumidores, DOCE, C, núm. 108, de 7 de abril de 1998.

Se trata de construir un marco jurídico para la financiación de las acciones emprendidas en virtud del artículo 129 A del Tratado CE. Las actividades que pueden recibir subvenciones se encuadran en una serie de ámbitos prioritarios: salud y seguridad de los consumidores, especialmente respecto a los productos y a los servicios; protección de los intereses económicos de los consumidores, en particular en las transacciones internacionales, la publicidad y la resolución de litigios; educación e información de los consumidores en cuanto a su protección y a sus derechos; fomento, intensificación y desarrollo de la representación de los intereses de los consumidores con el fin de ayudar a la Unión en el diseño de las correspondientes políticas. Estas actividades se refieren a tres tipos de operaciones: las actividades propias de la Comisión destinadas a completar y a controlar las distintas acciones de los Estados miembros, una ayuda financiera a las actividades de organizaciones europeas de consumidores, así como una ayuda financiera a proyectos específicos destinados a promover los intereses de los consumidores.

20. Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 295/91, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular, DOCE, C, núm. 120, de 18 de abril de 1998.

La propuesta se dirige a modificar el Reglamento (CEE) núm. 295/91 del Consejo por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque, (DOCE, L, núm. 36, de 8 de febrero de 1991) aumentando las compensaciones financieras debidas por las compañías aéreas a los viajeros que, habiendo adquirido su título de viaje, no pueden efectuarlo debido al «overbooking», suprimiendo la distinción entre vuelos regulares y no regulares en las condiciones de reserva y de indemnización en caso de denegación de embarque, y reforzando la información de los pasajeros en lo tocante a los derechos que les asisten en los casos de «sobrerreserva».

21. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, DOCE, C, núm. 148, de 14 de mayo de 1998.

Vid. en el núm. 34 de la Crónica aparecida en el ADC, 1995, fascículo I, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios posventa (DOCE, C, núm. 295, de 22 de octubre de 1994); *vid.* también el comentario que realizamos a la Propuesta de Directiva (DOCE, C, núm. 307, de 16 de octubre de 1996) en el núm. 17 de la Crónica aparecida en el ADC, 1997, fascículo I. Las propuestas de modificación inciden en un mayor ámbito de protección para el consumidor; entre ellas destacamos la inclusión de los bienes inmuebles dentro de la categoría de «bien de consumo» (realmente lo que se produce es la eliminación de la exclusión de tales bienes en la Propuesta de Directiva), la inclusión dentro de la materia protegida, no sólo de la venta de bienes, sino también del suministro a cambio de otro valor patrimonial en vez de precio de venta; la eliminación del parámetro «precio pagado» como medida de conformidad del bien, la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad, incluso si en el momento de la celebración del contrato el consumidor conociera o no pudiere ignorar la falta de conformidad; la posibilidad de suspender el pago de los plazos hasta que se haya subsanado la falta de conformidad denunciada; la supresión del artículo 4 en el que se establecía la obligación del consumidor de denunciar al vendedor cualquier falta de conformidad dentro del plazo de un mes a partir del momento en que el consumidor comprobó dicha falta o hubiera normalmente debido comprobarla...

COOPERACIÓN JUDICIAL

22. Resolución del Consejo, de 18 de diciembre de 1997, sobre el establecimiento de las prioridades de la cooperación en materia de justicia y asuntos de Interior para el período comprendido entre el 1 de enero de 1998 y la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, DOCE, C, núm. 11, de 15 de enero de 1998.

Entre otros aspectos es de destacar el conjunto de medidas tendentes a la mejora en la cooperación judicial: en materia civil: a) finalización del proyecto de convenio «Bruselas II» (asuntos matrimoniales y custodia de los hijos, que ya ha sido publicada y será objeto de la próxima crónica); b) título ejecutivo europeo; c) coordinación entre los Estados miembros para la revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988; d) lanzamiento de los trabajos sobre la necesidad y la posibilidad de establecer un convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II); e) preparación de la adhesión de los Estados candidatos a

la adhesión al Convenio de Lugano; f) manual relativo a la aplicación del Convenio sobre la transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales en asuntos civiles y mercantiles (en función del número de ratificaciones del Convenio); g) estudio del futuro de la cooperación en materia judicial civil en relación con el Tratado de Amsterdam. En materia civil y penal: a) aplicación de la Acción común sobre magistrados de enlace y creación de una red judicial europea (recuérdese la Acción común, de 22 de abril de 1996, adoptada por el Consejo en virtud del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea, DOCE, L, núm. 104, de 27 de abril de 1996, de la que dimos cuenta en el núm. 11 de la Crónica aparecida en el ADC, 1996, fascículo III); b) estudio de las modalidades de puesta en práctica del espacio de libertad, seguridad y justicia previsto en el Tratado de Amsterdam y determinación de las condiciones necesarias para su realización; c) informes explicativos sobre los convenios adoptados; d) estudio y, en su caso, adaptación de los instrumentos existentes sobre otras formas de cooperación judicial.

23. **Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (versión consolidada). Primer Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 1980 (versión consolidada). Segundo Protocolo por el que se atribuye al Tribunal de Justicia competencia para interpretar el Convenio de 1980 (versión consolidada), DOCE, C, núm. 27, de 26 de enero de 1998.**

La firma, el 29 de noviembre de 1997, del Convenio de adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia al Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como a los dos Protocolos relativos a su interpretación por el Tribunal de Justicia ha hecho necesaria la elaboración de una versión codificada para facilitar la labor de los operadores jurídicos. La versión, que carece del valor legal que sólo poseen los textos publicados en diversos Diarios Oficiales (que esta versión relata), se acompaña de tres declaraciones; dos de las cuales ya habían sido efectuadas en 1980 y una tercera (relativa al procedimiento previsto en el artículo 23 del Convenio, a propósito del transporte de mercancías por carretera) efectuada en 1996.

24. **Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de Resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión consolidada). Primer Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 1968 (versión consolidada), DOCE, C, núm. 27, de 26 de enero de 1998.**

La firma, el 29 de noviembre de 1997, del Convenio de adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de Resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, ha hecho necesario, a la manera de las adhesiones precedentes, que sea puesta a disposición de los operadores jurídicos una versión codificada del Convenio y del Protocolo, actualizada con relación a la que se publicó el 28 de julio de 1990. No obstante, es conveniente señalar que este texto carece de valor legal, encontrándose los textos oficiales de los instrumentos codificados en diversos Diarios Oficiales a los que también se alude en esta versión.

25. **Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «hacia una mayor eficacia en la obtención y la ejecución de las Resoluciones judiciales en la Unión Europea», DOCE, C, núm. 33, de 31 de enero de 1998.**
26. **Propuesta de Acto del Consejo por el que se establece el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución, en los Estados miembros de la Unión Europea, de Resoluciones judiciales en materia civil o mercantil, DOCE, C, núm. 33, de 31 enero de 1998.**

La presente propuesta supone una fuerte intervención en las soluciones particulares del Convenio de Bruselas, que no responde a las vías de modificación (tras negociación) que las anteriores modificaciones habían seguido cuando un nuevo Estado se incorporaba al Convenio. Por emplear las palabras de dos comentaristas cualificados del presente instrumento y de la comunicación que le precede (Rafael Arenas García y Pilar Jiménez Blanco) las características más relevantes del Texto que comentamos serían las siguientes: no recoge ajustadamente el debate doctrinal existente en torno al Convenio y las reformas que introduce no van en la dirección que parece más conveniente a partir del estudio de la práctica jurisprudencial del Convenio. La consecuencia de todo ello es un Texto que no resuelve los «pequeños» problemas de funcionamiento del Convenio (necesidad de conexión entre las causas en el art. 6.1, consideración de los arts. 21 a 23 en el art. 4.º, etc.), en los que la unanimidad doctrinal y jurisprudencial ha impedido que la ambigüedad del tenor convencional llevara a soluciones inadecuadas. No afronta tampoco los problemas estructurales del Convenio de Bruselas (quizá como más relevante, la posibilidad de flexibilizar la regulación convencional para las relaciones con Estados no parte); y, finalmente, se introduce de manera poco equilibrada en los debates abiertos en torno a determinados aspectos de la regulación convencional (foro en materia contractual, regulación del contrato individual de trabajo, articulación de la sumisión tácita...).

LIBERTADES

27. **Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 3295/94, por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas, DOCE, C, núm. 108, de 7 de abril de 1998.**

Sobre la base de un informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 3295/94, se propone ampliar el ámbito de aplicación del reglamento para adaptarlo a la evolución de la normativa en materia de derechos de propiedad intelectual, incluyendo en él algunas patentes de invención. Asimismo, se pretende extender las posibilidades de intervención de los servicios aduaneros a las zonas francas y depósitos francos, así como a todas las mercancías sospechosas, a partir del momento en que se hallen bajo vigilancia aduanera, al tiempo que se simplifica el procedimiento de protección aduanero para los titulares de marcas comunitarias mediante la instauración de una solicitud única válida para varios Estados miembros.

28. **Propuesta modificada 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. 203, de 30 de junio de 1998.**

Vid. el comentario realizado a la Propuesta de Directiva reseñada en el núm. 20 de la Crónica anterior.

29. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales, DOCE, C, núm. 168, de 3 de junio de 1998.**

Dentro de la política en la que se inscriben documentos como la Recomendación de la Comisión, de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales (DOCE, L, núm. 127, de 10 de junio de 1995), comentado en el núm. 21 de la Crónica aparecida en el ADC, 1995, fascículo III (*vid.* también la reseña que efectuamos a la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Recomendación de la Comisión relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales, DOCE, C, núm. 211, de 22 de julio de 1996, aparecida en el núm. 36 de la Crónica correspondiente al ADC, 1997, fascículo I), la actual Propuesta trata de establecer un régimen en el cual las consecuencias de la morosidad sean disuasorias para el deudor y, en su caso, se indemnice plenamente al acreedor de los gastos causados. A tales efectos se incide

en la regulación de la cláusula de reserva de dominio como medio de acelerar el pago, estableciendo la necesidad de que una única cláusula sea reconocida por todos los Estados (interesante art. 4.º completado por el Anexo); también se regulan los aspectos relativos al procedimiento acelerado de cobro y a los pagos efectuados por administraciones públicas.

PROPIEDADES ESPECIALES

30. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de los regímenes jurídicos de protección de las invenciones mediante el *modelo de utilidad*, DOCE, C, núm. 36 de 3 de febrero de 1998.**

Vid. el comentario que hicimos al Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Libro Verde-Protección de los modelos de utilidad en el mercado interior» (DOCE, C, núm. 174, de 17 de junio de 1996), en el núm. 29 de la Crónica aparecida en el ADC, 1996, fascículo III.

31. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los *derechos de autor y derechos afines* en la sociedad de la información, DOCE, C, núm. 108, de 7 de abril de 1998.**

Vid. en el núm. 28 de la Crónica aparecida en el ADC, 1996, fascículo III, el Dictamen del Comité Económico y social sobre el Libro Verde «Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información»; y en el núm. 24 de la Crónica aparecida en el ADC, 1997, fascículo I, la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde «Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información». La propuesta de directiva recoge las consultas que se realizaron a partir del Libro verde (1995), y respeta las obligaciones que se derivan de los tratados adoptados sobre la protección de los autores, artistas intérpretes y productores de fonogramas, en diciembre de 1996, dentro de la OMPI. Adapta y desarrolla la actual normativa regulando los nuevos productos y servicios objeto potencial de derechos de propiedad intelectual: CD, CD-ROM, videodiscos digitales... Establece la necesidad de armonizar las normas sobre el derecho de reproducción, el derecho de comunicación al público, incluyendo la puesta a disposición de material protegido a través de Internet, el derecho de distribución, la protección legal de los sistemas contra la copia y los derechos de gestión de la información. Junto a ello, determina una serie de excepciones a la aplicación de lo regulado a propósito de los derechos de reproducción y de comunicación al público, fuera de los cuales no se permiten otras excepciones.

32. **Posición común (CE) núm. 19/98, aprobada por el Consejo, el 26 de febrero de 1998, con vistas a la adopción de la Directiva**

98/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de..., relativa a la *protección jurídica de las invenciones biotecnológicas*, DOCE, C, núm. 110, de 8 de abril de 1998.

La posición común incide en la necesidad de armonizar las legislaciones en materia de protección de las invenciones biotecnológicas, partiendo de que para ello no se precisa un global régimen específico que sustituya completamente al Derecho nacional de patentes, ya que dicho Derecho de patentes deberá ser la referencia básica de la protección. El marco jurídico de protección de las invenciones biotecnológicas debe circunscribirse, según esta Posición común a la definición de determinados principios aplicables a la patentabilidad de la materia biológica como tal, principios cuyo objetivo principal consiste en determinar la diferencia entre invenciones y descubrimientos en relación con la patentabilidad de determinados elementos de origen humano, el alcance de la protección conferida por una patente sobre una invención biotecnológica, a la posibilidad de recurrir a un sistema de depósito que complete la descripción escrita y, por último, a la posibilidad de obtener licencias obligatorias no exclusivas por dependencia entre variedades vegetales e invenciones, y a la inversa. *Vid.* los núms. 22 y 23 de la Crónica aparecida en el ADC, 1997-I, y Propuesta modificada de Directiva, en el núm. 37 de la Crónica anterior.

RESPONSABILIDAD POR LOS PRODUCTOS DEFECTUOSOS

33. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de *responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*, DOCE, C, núm. 95, de 30 de marzo de 1998.**

El Dictamen se muestra favorable a la Propuesta de modificación de la Directiva 85/374 en el sentido de incluir dentro de su ámbito de aplicación las materias primas agrícolas y los productos de la caza, lo que a su juicio contribuirá a una mayor protección de la salud de los consumidores.

Aprovecha el Comité para apreciar que, con posterioridad a la aprobación de la indicada modificación, debería procederse a un examen global del sistema establecido en la Directiva 85/374, teniendo en cuenta el estado actual del Derecho comunitario y los informes de aplicación de la misma, examen que debería afectar sobre todo a la carga de la prueba, los riesgos de desarrollo, los límites económicos y los plazos de prescripción en relación con determinados productos.

II. PREGUNTAS ESCRITAS CON RESPUESTAS

34. **Pregunta escrita E-3008/97, de Gerhard Hager (NI) a la Comisión (1 de octubre de 1997). Asunto: Rango jurídico de protocolos y declaraciones. Respuesta del Sr. Santer en nombre de la Comisión (1 de diciembre de 1997). DOCE, C, núm. 134, de 30 de abril de 1998.**

Pregunta: El derecho de la Unión Europea se divide en «derecho primario», que se establece como derecho internacional entre los Estados miembros y está sometido en cada uno de ellos a un proceso de ratificación, y «derecho secundario», que establecen los órganos como emanación del carácter supranacional de las Comunidades y afecta directamente a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

El desarrollo de la última fase de la integración ha generado, a la hora de revisar los Tratados constitutivos, la necesidad cada vez más frecuente de, además de modificar y ampliar dichos Tratados (derecho primario), introducir protocolos y declaraciones con objeto de establecer disposiciones de excepción. Sobre el rango jurídico de dichos protocolos y declaraciones se plantean las siguientes cuestiones:

1. ¿Qué rango jurídico tienen los protocolos y cuáles son los criterios que presiden su clasificación?
2. ¿Qué rango tiene, en contraposición a lo anterior, una «declaración adoptada por la Conferencia» y cuáles son los criterios que presiden su clasificación?
3. ¿Qué rango jurídico atribuye la Comisión a una «declaración registrada en el acta final de un Tratado de derecho primario»?
4. En el caso de una declaración unilateral de un Estado miembro, ¿qué efecto tiene ésta?
5. ¿En qué medida está obligado el Tribunal de Justicia a tener en cuenta los protocolos y declaraciones del derecho primario en su práctica judicial?
6. Concretamente, ¿qué significado jurídico tiene la «Declaración de Austria y Luxemburgo sobre las entidades de crédito» en el Tratado de Amsterdam?

Respuesta: Del artículo 239 del Tratado CE y de las disposiciones equivalentes de los Tratados CECA y EURATOM se desprende que los protocolos adjuntos a los Tratados forman parte integrante de los mismos. El valor jurídico de los protocolos es pues idéntico al de los Tratados. A partir de 1956, el Tribunal de Justicia concluyó que las disposiciones contenidas en todos estos textos (Tratados, Anexos y protocolos) tienen incluso fuerza imperativa «... no se trataría de oponerlos entre sí, sino de contemplarlos simultáneamente para hacer una aplica-

ción adecuada» (sentencia Agrupación de las industrias luxemburguesas c/Alta Autoridad-asuntos 7 y 9/54, Rec. 1956-II-p. 91).

A diferencia de los protocolos, las declaraciones no forman parte integrante del Tratado CE. El Tribunal de Justicia aún no se ha manifestado sobre el valor jurídico de las declaraciones hechas en la firma de un Tratado. Conviene, no obstante, observar que el Tribunal tiene en cuenta las declaraciones recogidas en el acta del Consejo con motivo de la adopción de un acto de Derecho derivado, en la medida en que dan fe de una intención común de los Estados miembros y que su contenido está plasmado en el Derecho comunitario aplicable. Es decir, una declaración no puede añadir nada a los textos ni contradecir el espíritu o la letra (véase sentencia Antonissen C-292/89, Rec. 1991 p. I-773, apartados 17 y 18, con respecto a una declaración recogida en el acta del Consejo con ocasión de la adopción del Reglamento núm. 1612/68). En cambio, (*sic*) una declaración se tendrá en cuenta cuando permita aclarar el alcance de un texto. (véase sentencia Grimaldi, C-322/88, Rec. 1989, p. I-4407; sentencia Eale, C-310/90, Rec., 1992, p. I-177).

Gracias a la declaración sobre las entidades de crédito en Alemania, la Conferencia Intergubernamental tuvo conocimiento de la opinión de la Comisión, según la cual el Derecho comunitario en vigor permite tomar en consideración los servicios de interés general garantizados por dichos establecimientos. Por otra parte, invitó a la Comisión a examinar si existen casos similares en otros Estados miembros Y, cuando proceda, a aplicarles las mismas normas comunitarias. La declaración unilateral de Austria y Luxemburgo, de la que la Conferencia Intergubernamental tomó nota, se inscribe en la invitación antes mencionada, que corresponde a la Comisión aplicar.

35. **Pregunta Escrita E-3215/97 de Mark Watts (PSE) a la Comisión (16 de octubre de 1997). Asunto: Adquisiciones de bienes inmuebles en otros Estados miembros. Pregunta escrita E-3216/97 de Mark Watts (PSE) a la Comisión (16 de octubre de 1997). Asunto: Restricciones a la adquisición de bienes inmuebles en Estados miembros de la UE. Respuesta común a las preguntas escritas E-3215/97 y E-3216/97 dada por el Sr. Monti en nombre de la Comisión. (18 de noviembre de 1997). DOCE, C, núm. 134, de 30 de abril de 1998.**

Pregunta: ¿Cuál es la situación en relación con la adquisición de bienes inmuebles en otros Estados miembros de la UE? ¿Tienen los no nacionales de otros Estados miembros derecho a las mismas condiciones que los residentes locales?

Pregunta: ¿Existe alguna limitación a la adquisición de bienes inmuebles en Estados miembros de la UE por parte de nacionales de otros Estados miembros?

Respuesta común: Las preguntas de Su Señoría se refieren, sin citar un Estado miembro particular, a la adquisición de bienes inmuebles en un Estado miembro por nacionales de otro Estado miembro. La Comisión quisiera recordar preguntas parlamentarias anteriores en relación con la adquisición de bienes inmuebles en Estados miembros particulares

En términos generales, los principios de igualdad de trato de los ciudadanos y la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 6.º de Tratado CE) en la esfera de aplicación de la legislación comunitaria comprenden la adquisición de bienes inmuebles por nacionales de otros Estados miembros.

Las restricciones a la adquisición y utilización por un nacional de un Estado miembro de terrenos y edificios situados en otro Estado miembro se abolieron para permitir la realización de la libre circulación de los trabajadores, de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de servicios y capitales. El acceso a la posesión y al arrendamiento de bienes raíces constituye el corolario de estos derechos y del derecho a residir en otro Estado miembro de conformidad con el artículo 8 A de Tratado CE.

Aunque el Tratado CE no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros (art. 222), las reglas seguirán sujetas al principio fundamental de no discriminación que subyace a los artículos 6, 48, 52 y 59 y a las medidas para dar efecto a algunos de estos artículos, así como a la prohibición de toda restricción, con la salvedad de las excepciones habituales, al movimiento transfronterizo de capitales (que incluye la adquisición de propiedad inmobiliaria) según lo dispuesto en el artículo 73 B.

Por lo que respecta a la adquisición de residencias secundarias, el Acta Final de Adhesión de 1994 contiene la siguiente declaración conjunta: «Nada en el acervo comunitario impide que los Estados miembros de forma individual adopten medidas de carácter nacional, regional o local, relativas a residencias secundarias, siempre que ello sea necesario para la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente, y se apliquen sin discriminación directa o indirecta entre los nacionales de los Estados miembros, de conformidad con el acervo». Varios Estados miembros (Dinamarca, Austria, Finlandia y Suecia) tienen legislación específica sobre residencias secundarias.

La Comisión sigue de cerca la aplicación de la legislación nacional sobre la adquisición de propiedad inmobiliaria para asegurar que no infrinja el principio arriba citado.

36. **Pregunta escrita P-3665/97, de Maria Berger (PSE) a la Comisión (10 de noviembre de 1997). Asunto: Directiva sobre los viajes a precio global. Respuesta de la Sra. Bonino en nombre de la Comisión (1 de diciembre de 1997). DOCE, C, núm. 134, de 30 de abril de 1998.**

Pregunta: 1. ¿Prevé la Comisión completar la Directiva sobre los viajes a precio global, en el sentido de que también los hoteles deben obligatoriamente contar con un seguro de insolvencia o anulación, lo cual ya podría ponerse en práctica en todos los países con carácter voluntario? Prácticas tales como la retención de los pasaportes o el equipaje no parecen el instrumento apropiado para solucionar problemas ni son coherentes con los objetivos de la Directiva en cuestión.

2. ¿Prevé la Comisión definir más concretamente el concepto de «gastos necesarios para el viaje de retorno» en la Directiva, con objeto de evitar que, por ejemplo, los clientes de los hoteles deban abonar una segunda vez los gastos de hotel y de estancia para que se les permita abandonar el hotel?

Respuesta: 1. Los viajes que entran dentro del ámbito de la Directiva relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados deben incluir, conforme al primer párrafo del artículo 2, la combinación previa de, por lo menos, dos elementos. En la mayor parte de los casos, éstos son el transporte y el alojamiento en el hotel. El viajero abona al organizador el coste de la estancia en el hotel, de manera que el consumidor no tiene ninguna obligación particular para con el operador del hotel. Parece que, en la mayoría de las ocasiones, el organizador abona al operador hotelero las cantidades correspondientes también por adelantado, de manera que, en este sentido, no hay ningún motivo para la retención del equipaje o de los pasaportes. No obstante, hay constancia de que, en algunas ocasiones, esto no sucede así y de que el operador hotelero trata de presionar –y de hecho presiona– al consumidor para que satisfaga los costes de alojamiento todavía pendientes de cobro. Según el Derecho Civil, normalmente una actuación de este tipo es inadmisibles y, dependiendo de la legislación de cada Estado miembro, podría tener también implicaciones penales.

No obstante, hasta ahora la Comisión sólo ha tenido constancia de un número reducido de actuaciones de este tipo, de manera que no debe tratarse de un fenómeno muy extendido. El hecho de que los hoteleros contaran con un seguro de insolvencia tampoco sería una medida que cubriese directamente los riesgos asociados al consumidor como fuente de costes, de manera que debería quedar fuera del propio ámbito de aplicación de la Directiva sobre viajes combinados. Por esta razón no se prevé una modificación al respecto de dicha Directiva.

2. Tampoco se prevé definir más concretamente, en el sentido arriba mencionado, el concepto de gastos necesarios para la repatriación, incluido en el artículo 7 de la Directiva. En principio, está prohibido que el hotelero repercuta sobre el turista o el usuario los riesgos de reembolso. La existencia de casos aislados de abusos por parte de los hoteleros no debería conducir a una solución global mediante la exigencia de un seguro, que implicaría previsiblemente un aumento de los precios de este tipo de viajes combinados. Por otra parte, esta cuestión es objeto de un

recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Asunto C 364/96).

37. **Pregunta escrita E-2468/97, de Cristiana Muscardini (NI) a la Comisión. (16 de julio de 1997). Asunto: Protección legal de los diseños y los modelos. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (18 de septiembre de 1997). DOCE, C, núm. 102, de 3 de abril de 1998.**

Pregunta: A la hora de aprobar el informe Medina sobre la Directiva de referencia, el Parlamento Europeo, con una inteligente obra de mediación entre los intereses de los productores originales y los no originales, propuso que estos últimos pasasen una remuneración justa y razonable por el uso de los diseños originales (art. 14).

En «su posición común», el Consejo ha eliminado el artículo 14.

¿No cree la Comisión que esto:

1. ¿Perpetúa políticas proteccionistas que anulan los beneficios derivados de la existencia de mercados alternativos?
2. ¿Trastoca las normas del mercado interior dando lugar a 15 mercados nacionales distintos, cerrados y protegidos, y haciendo el juego a los fabricantes de vehículos que encargan piezas de recambio a voluntad a precios bajísimos, en los países en desarrollo, revendiéndolas, después, en régimen de monopolio, a precios muy altos?
3. ¿Penaliza a los consumidores sometidos a los precios más elevados de los recambios y, por consiguiente, de las reparaciones y de las primas de los seguros?
4. ¿Comportará, por los motivos expuestos, el cierre de una miríada de pequeñas empresas que producen piezas de recambio?

Respuesta: La Comisión ruega a Su Señoría se remita a las respuestas que esta institución ofreció a las preguntas escritas E-891/97 del Sr. Marset Campos y E-1455/97 del Sr. Stenmarck en las que indica que la propuesta de Directiva del Consejo y el Parlamento sobre la protección jurídica de los diseños y modelos debería establecer un equilibrio justo entre la consecución de un alto grado de protección de los derechos de propiedad intelectual para los titulares de los mismos y el respeto de una competencia leal en el mercado interior. Esta posición, que está en consonancia con la política de la Comisión en materia de empleo, pequeñas y medianas empresas y protección de los consumidores, se había plasmado concretamente en el artículo 14 («cláusula de reparación»), que el Consejo ha decidido no recoger en su posición común.

Por consiguiente, y por cuanto se refiere precisamente al mercado de piezas de recambio, la Comisión podría compartir algunas de las inquietudes expresadas por Su Señoría de no figurar en el texto definitivo de la Directiva una cláusula de reparación relativa a las partes

visibles de los productos complejos. Ello podría romper el equilibrio que se pretende lograr entre, por una parte, los intereses de los fabricantes de vehículos automóviles y, por otra, los de los fabricantes de piezas de recambio, las compañías de seguros y, especialmente, los consumidores.

No obstante, la Comisión desea que todo el asunto avance positivamente, habida cuenta de la importancia que este proyecto de Directiva tiene para la industria y la economía europeas en su conjunto. Así pues, desea que, tras la segunda lectura del Parlamento, se pueda alcanzar una solución global de compromiso, con objeto de que no se entre en una dinámica, aún más perniciosa, que podría culminar en el abandono o la suspensión de la totalidad del proyecto.

38. **Pregunta escrita E-1446/97, de Nikitas Kaklanianis (UPE) a la Comisión (28 de abril de 1997). Asunto: *Derechos de la propiedad intelectual en la Unión Europea*. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (2 de julio de 1997). DOCE, C, núm. 21, de 22 de enero de 1998.**

Pregunta: Numerosos artistas de toda Europa piden que se establezca un derecho único de recaudación de los derechos de la propiedad intelectual por parte de los herederos de un artista.

¿Puede la Comisión indicar cuál es su posición sobre este tema y si piensa que dicha armonización favorecerá los intereses de los artistas de toda la Unión Europea?

Respuesta: La pregunta de Su Señoría se refiere al problema de la transmisión de los derechos patrimoniales de los autores y otros derechohabientes a sus herederos. Por regla general, estas cuestiones se consideran competencia de los Estados miembros, que las regulan en sus normas de Derecho Civil.

No obstante, la Comisión desea precisar que la duración de la protección de los derechos de autor y derechos afines ha quedado armonizada a nivel comunitario en la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993. Esta Directiva fija un plazo de protección uniforme en toda la Comunidad para todas las obras y otros objetos protegidos. En el caso de las obras, este plazo finaliza a los setenta años de la muerte del autor. Los derechos de los artistas intérpretes expiran cincuenta años después de la fecha de ejecución. No obstante, este instrumento no armoniza en modo alguno los aspectos sucesorios, que vienen regulados por las legislaciones nacionales.

39. **Pregunta escrita E-1888/97, de Amedeo Amadeo (NI) a la Comisión (2 de junio de 1997). Asunto: *Marca comunitaria-registro internacional de marcas*. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión. DOCE, C, núm. 60, de 25 de febrero de 1998.**

Pregunta: En relación con la «Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 40/94, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, con objeto de llevar a efecto la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas adoptado en Madrid, el 27 de junio de 1989» (COM(96)0372-96/0198CNS) y a la «Propuesta de Decisión del Consejo por la que se aprueba la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, adoptado en Madrid, el 27 de junio de 1989» (COM(96)0367-96/0190CNS), cabe señalar que el 20 de diciembre de 1993, el Consejo adoptó el Reglamento (CE) núm. 40/94 relativo a la marca comunitaria (en adelante «el Reglamento»).

El Reglamento establece un sistema comunitario que proporciona una protección unitaria a las marcas (de productos y servicios) dentro del territorio de la Comunidad Europea en función de una única solicitud de registro.

El 1 de enero de 1996, la Oficina de Armonización del Mercado Interior, con sede en Alicante, empezó a aceptar solicitudes de registro de marcas comunitarias y, el 1 de abril de 1996, empezó a ser plenamente operativo.

En dicha fecha, comenzó a ser operativo, también, el Protocolo de Madrid, que había entrado en vigor, el 1 de diciembre de 1995.

1. Estando a favor de la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas.
2. Y, apoyando la introducción del Título XIII del Reglamento (CE) núm. 40/94 de Consejo, ¿podría la Comisión proponer iniciativas para armonizar las legislaciones en el sector de los diseños y modelos?

Respuesta: La Comisión agradece a Su Señoría el apoyo prestado a las dos propuestas relativas a la adhesión de la Comunidad al Protocolo de Madrid y a la modificación del Reglamento sobre la marca comunitaria como consecuencia de dicha adhesión.

En cuanto al deseo de que la Comisión proponga iniciativas con el fin de armonizar las legislaciones en el sector de los diseños y modelos, la Comisión tiene la satisfacción de informar a Su Señoría de que en diciembre de 1993, se hicieron dos propuestas en la materia. La primera es una propuesta de reglamento del Parlamento y del Consejo por el que se crea un sistema comunitario de protección jurídica de diseños y modelos. La segunda es una propuesta de directiva del Parlamento y del Consejo sobre la protección jurídica de diseños y modelos, destinada a armonizar algunos aspectos de las legislaciones nacionales en la materia. La primera sigue estando en estudio en el Parlamento para su dictamen. Sobre la segunda, se adoptó una posición común, el 16 de junio de 1997. El texto será remitido al Parlamento para la segunda lectura.

40. **Pregunta escrita E-3103/97, de Hitrud Breyer (V) a la Comisión (13 de octubre de 1997). Asunto: *Contradicción entre la jurisprudencia de la OEP (Oficina Europea de Patentes) y el proyecto de directiva relativa a las patentes.* Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión (6 de enero de 1998). DOCE, C, núm. 174, de 8 de junio de 1998.**

Pregunta: El considerando 17 ter (nuevo) del Informe Rothley sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (A4-0222/97), que la Comisión quiere hacer suyo, establece que un conjunto vegetal caracterizado por la presencia de un gen determinado no está excluido de la patentabilidad, aun, el caso de que este conjunto abarque variedades vegetales. Esta afirmación es absolutamente contraria a la jurisprudencia de la Oficina Europea de Patentes como, por ejemplo, la decisión T 356/93 (Diario Oficial de la OEP 1995, p. 545).

¿Cómo se piensa solucionar esta contradicción y la consiguiente inseguridad jurídica que suscita?

Respuesta: En respuesta a la pregunta planteada por Su Señoría, la Comisión desea señalar que no se le ha pasado inadvertido que la redacción del considerando 17 ter (nuevo), en el que se recoge la enmienda núm. 20 aprobada por el Parlamento, está en contradicción con la decisión T 356/93, de 21 de febrero de 1995, de la sala de recurso técnico de la Oficina Europea de Patentes (OEP). Lo mismo cabe decir del apartado 2 del artículo 4 de la propuesta modificada, en el que se recoge la enmienda núm. 47 aprobada por el Parlamento. Así, el Parlamento ha considerado que no debía seguirse la interpretación dada por la sala de recurso técnico de la OEP sobre la exclusión de la patentabilidad de las variedades vegetales, a efectos de la aplicación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia de patentes de invención que comportan también esta exclusión de la patentabilidad. La Comisión ha optado por atenerse a esta postura.

III. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE

AGRICULTURA

41. **STJCE de 15 de enero de 1998, Asunto C-125/96. *Hartmut Simon/Hauptzollamt Frankfurt am Main.* Agricultura. Cuestión Prejudicial. Tasa suplementaria sobre la leche. Expiración. Apartado 4 del artículo 15 del Reglamento (CEE) núm. 1546/88. Concepto de «tasa que en su caso se adeude».**

42. STJCE de 29 de enero de 1998, Asunto C-346/96. *Belgisch Interventie-en Restitutiebureau/Prolacto NV*. Agricultura. Cuestión Prejudicial. Política Agrícola Común. Ayuda alimentaria. Suministro de leche desnatada en polvo. Incumplimiento por parte del adjudicatario. Pérdida de la fianza. Pago de los costes adicionales ocasionados por una nueva licitación. Acumulación.
43. STJCE de 29 de enero de 1998, Asunto C-161/96. *Südzucker Mannheim/Ochsenfurt AG/Hauptzollamt Mannheim*. Agricultura. Cuestión Prejudicial. Organización común de mercados en el sector del azúcar. Incumplimiento de las formalidades aduaneras relativas a la exportación fuera de la Comunidad. Consecuencias. Principio de proporcionalidad.
44. STJCE de 29 de enero de 1998, Asunto C-61/95. *República Helénica/Comisión de las Comunidades Europeas*. Agricultura. Liquidación de cuentas del FEOGA. Ejercicio de 1991.
45. STPICE de 4 de febrero de 1998, Asunto T-246/93. *Günther Bühring/Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*. Agricultura. Recurso de indemnización. Responsabilidad extracontractual. Leche. Tasa suplementaria. Cantidad de referencia. Compromiso de reconversión. Venta forzosa de la explotación. Daños. Relación de causalidad. Prescripción.
46. STPICE de 4 de febrero de 1998, Asunto T-93/95. *Bernard Laga/Comisión de las Comunidades Europeas*. Agricultura. Recurso de anulación. Indemnización a los productores de leche. Reglamento (CEE) núm. 2187/93. Oferta de indemnización. Actos de las autoridades nacionales. Control. Competencia. Recurso de indemnización. Admisibilidad.
47. STPICE de 4 de febrero de 1998, Asunto T-94/95. *Jean-Pierre Landuyt/Comisión de las Comunidades Europeas*. Agricultura. Recurso de anulación. Indemnización a los productores de leche. Reglamento (CEE) núm. 2187/93. Oferta de indemnización. Actos de las autoridades nacionales. Control. Competencia. Recurso de indemnización. Admisibilidad.
48. STJCE de 19 de febrero de 1998, Asunto C-4/96. *Northern Ireland Fish Producers' Organisation Ltd. (NIFPO) y Northern Ireland Fishermen's Federation/Department of Agriculture for Northern Ireland*. Agricultura. Pesca. Preferencias de La Haya.

TAC. Bacalao y merlán. Facultad discrecional del legislador comunitario. Estabilidad relativa. Principios de proporcionalidad y de no discriminación.

49. **STJCE de 10 de marzo de 1998. Asuntos acumulados C-364/95 y C-365/95. *T. Port GmbH & Co./Hauptzollamt Hamburg-Jonas*. Agricultura. Cuestión Prejudicial. Plátanos. Organización común de mercados. Régimen de importación. Acuerdo marco sobre los plátanos. GATT. Artículo 234 del Tratado CE.**
50. **STJCE de 12 de marzo de 1998, Asunto C-344/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. Agricultura. Incumplimiento. No adaptación del Derecho interno a las Directivas 93/62/CEE, 93/63/CEE, 93/64/CEE, 93/78/CEE, 93/79/CEE y 94/3/CE (comercialización de plántones de hortalizas y de materiales de multiplicación de hortalizas, distintos de las semillas; comercialización de los materiales de reproducción de las plantas ornamentales y de plantas ornamentales; comercialización de materiales de multiplicación de frutales y de plántones de frutal destinados a la producción frutícola; notificación de interceptación de envíos u organismos nocivos procedentes de terceros países que presenten un peligro fitosanitario inminente).**
51. **STJCE de 26 de marzo de 1998, Asunto C-324/96. *Odette Nikon Petridi Anonymos Kapnemporiki AE/Athanasia Simou y otros*. Agricultura. Cuestión Prejudicial. Organización común de mercados. Tabaco crudo. Régimen de cantidades máximas garantizadas. Validez de los Reglamentos (CEE) números 1114/88, 1251/89 y 1252/89 del Consejo y del Reglamento (CEE) núm. 2046/90 de la Comisión.**
52. **STJCE de 5 de mayo de 1998, Asunto C-157/96. *The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte: National Farmers' Union y otros*. Agricultura. Cuestión Prejudicial. Agricultura. Policía sanitaria. Medidas de emergencia contra la encefalopatía espongiiforme bovina. Enfermedad denominada «de las vacas locas».**
53. **STJCE de 5 de mayo de 1998, Asunto C-180/96. *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte/Comisión de las Comunidades Europeas*. Agricultura. Agricultura. Policía sanitaria. Medidas de emergencia contra la encefalopatía espongiiforme bovina. Enfermedad denominada «de las vacas locas».**

54. STJCE de 19 de mayo de 1998, Asunto C-132/95. *Bent Jensen y otros/Landbruksministeriet-EF-Direktoratet*. Agricultura. Cuestión Prejudicial. Derecho comunitario. Principios. Compensación entre créditos de un Estado miembro y cantidades pagadas en virtud del Derecho comunitario. Política Agrícola Común. Reglamento (CEE) núm. 1765/92. Régimen de apoyo a los productores de determinados cultivos herbáceos.
55. STJCE de 9 de junio de 1998. Asuntos acumulados C-129/97 y C-130/97. *Yvon Chiciak y Fromagerie Chiciak y otros*. Agricultura. Cuestión prejudicial. Reglamento (CEE) núm. 2081/92 del Consejo relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios. Competencia exclusiva de la Comisión. Alcance de la protección de las denominaciones que comprenden varios términos.
56. STJCE de 11 de junio de 1998. Asunto C-41/97. *Belgische Staat/Foodic BV (en faillite) y Peter Nyssen y otros*. Agricultura. Cuestión prejudicial. Interpretación del Reglamento (CEE) núm. 1767/82. Exacciones reguladoras específicas a la importación para determinados productos lácteos. Designación del queso Kashkaval. Certificado IMA 1 expedido por la autoridad competente sin cumplir los requisitos establecidos en el Reglamento núm. 1767/82.

APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES

57. STJCE de 10 de febrero de 1998, Asunto C-263/95. *República Federal de Alemania/Comisión de las Comunidades Europeas*. Aproximación de las legislaciones. Productos de construcción. Comité permanente de la construcción.
58. STJCE de 12 de febrero de 1998, Asunto C-139/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 94/2/CE (etiquetado energético de frigoríficos, congeladores y aparatos combinados electrodomésticos).
59. STJCE de 12 de febrero de 1998, Asunto C-144/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento de Estado. Directiva 92/74/CEE (medicamentos veterinarios).
60. STJCE de 12 de marzo de 1998, Asunto C-163/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Aproximación de

las legislaciones. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 92/74/CEE (medicamentos veterinarios y disposiciones complementarias para los medicamentos homeopáticos veterinarios).

61. STJCE de 2 de abril de 1998, Asunto C-127/95. *Norbrook Laboratories Ltd./Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión Prejudicial. Directivas 81/851/CEE y 81/852/CEE. Medicamentos veterinarios. Autorización de comercialización.
62. STJCE de 7 de mayo de 1998, Asunto C-145/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento de Estado. Obligación de notificación previa en virtud de la Directiva 83/189/CEE, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, en su versión modificada por la Directiva 88/182/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, al haber aprobado el Decreto, de 9 de noviembre de 1993, del Gobierno de la Región Bruselas-Capital, sobre normas de calidad y de seguridad para el arrendamiento de las viviendas amuebladas.
63. STJCE de 14 de mayo de 1998, Asunto C-364/96. *Verein für Konsumenteninformation/Österreichische Kreditversicherungs AG*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión Prejudicial. Directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Alcance de la protección contra el riesgo de insolvencia del organizador.
64. STJCE de 28 de mayo de 1998, Asunto C-298/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento. Directiva 91/157/CEE (pilas y a los acumuladores que contengan determinadas materias peligrosas). No adopción, por el Estado miembro, de los programas previstos en el artículo 6 de la Directiva.
65. STJCE de 16 de junio de 1998, Asunto C-226/97. *Johannes Martinus Lemmens*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión Prejudicial. Directiva 83/189/CEE (información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas). Procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. Efecto directo de la Directiva.

AYUDAS DE ESTADO

66. STPICE de 27 de enero de 1998, Asunto T-67/94. *Ladbroke Racing Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Recurso de anulación. Ayudas de Estado. Mercado de recogida de apuestas. Apartados 1 y 3 del artículo 92 del Tratado CE. Concepto de ayuda. Medidas fiscales. Obligación de devolución.
67. STJCE de 29 de enero de 1998, Asunto C-280/95. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana*. Ayudas de Estado. Bonificación fiscal relativa a diversos impuestos. Recuperación de la ayuda. Inexistencia de imposibilidad absoluta.
68. STJCE de 19 de febrero de 1998, Asunto C-309/95. *Comisión de las Comunidades Europeas/Consejo de la Unión Europea*. Ayudas de Estado. Ayuda extraordinaria a los productores de vinos de mesa en Francia.
69. STPICE de 17 de febrero de 1998, Asunto T-107/96. *Pantochim S. A./Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Recurso por omisión. Sobreseimiento. Recurso de indemnización. Pretensión de que se obligue a un Estado miembro a modificar las modalidades de concesión de una ayuda ya otorgada. Circunstancias de hecho. Incompetencia de la Comisión.
70. STPICE de 31 de marzo de 1998, Asunto T-129/96. *Preussag Stahl AG/Comisión de las Comunidades Europeas*. CECA. Ayudas de Estado a la siderurgia. Notificación de un proyecto de ayudas. Expiración de la validez de las disposiciones aplicables del Código de ayudas CECA. Ejecución del proyecto de ayudas. Decisión por la que se declara la incompatibilidad de la ayuda y se ordena su devolución. Confianza legítima.
71. STJCE de 2 de abril de 1998, Asunto C-367/95. *Comisión de las Comunidades Europeas/Chambre syndicale nationale des entreprises de transport de fonds et valeurs (Sytraval) et Brink's France SARL*. Ayudas de Estado. Recurso de casación. Denuncia de un competidor. Obligaciones de la Comisión relativas al examen de una denuncia y a la motivación de su desestimación.
72. STPICE de 30 de abril de 1998, Asunto T-214/95. *Het Vlaamse Gewest (Región de Flandes)/Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Recurso de anulación. Transportes aéreos. Ayuda de Estado. Escasa cuantía. Distorsión de la

competencia. Perjuicio para los intercambios comerciales entre Estados miembros. Motivación.

73. STPICE de 30 de abril de 1998, Asunto T-16/96. *Cityflyer Express Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Recurso de anulación. Transportes aéreos. Ayuda de Estado-Préstamo sin interés. Importe de la ayuda. Principio del inversor en una economía de mercado. Principio de proporcionalidad. Error manifiesto de apreciación. Motivación. Necesidad de un debate contradictorio entre la Comisión y el denunciante.
74. STJCE de 7 de mayo de 1998, Asuntos acumulados C-52/97 a C-54/97. *Epifanio Viscido y otros/Ente Poste Italiane*. Ayudas de Estado. Cuestión Prejudicial. Ayudas otorgadas por los Estados miembros. Concepto. Ley nacional que prevé que un solo organismo de interés público esté dispensado de observar una norma de aplicación general en materia de contratos de trabajo de duración determinada.
75. STPICE de 25 de junio de 1998. Asuntos acumulados T-371/94 y T-394/94. *British Airways plc y otros/Comisión de las Comunidades Europeas. British Midland Airways Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Transportes aéreos. Compañía aérea en situación de crisis financiera. Autorización de una ampliación de capital.

COMPETENCIA

76. STJCE de 31 de marzo de 1998. Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95. *República Francesa/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Control comunitario de las operaciones de concentración entre empresas. Posición dominante colectiva.
77. STJCE de 28 de abril de 1998, Asunto C-306/96. *Javico International y Javico AG/Yves Saint Laurent Parfums S. A. (YSLP)*. Competencia. Cuestión Prejudicial. Artículo 85 del Tratado. Competencia. Productos cosméticos de lujo. Sistema de distribución selectiva. Obligación de exportación a un país tercero. Prohibición de reimportación y de comercialización en la Comunidad.
78. STJCE de 30 de abril de 1998, Asunto C-230/96. *Cabour SA y Nord Distribution Automobile S. A./Arnor SOCO. SARL, en présence de: Automobiles Peugeot S. A. y Automobiles Citroën S. A.*

Competencia. Cuestión Prejudicial. Distribución de automóviles. Validez del contrato de concesión en exclusiva. Apartados 1 y 3 del artículo 85 del Tratado CE. Reglamento (CEE) núm. 123/85. Reglamento (CE) núm. 1475/95.

79. **STJCE de 7 de mayo de 1998, Asunto C-401/96. *Somaco SARL/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Recurso de casación. Competencia. Inexistencia de comportamiento contrario a la competencia en Martinica a causa de presiones irresistibles de la Administración local. Desnaturalización de los elementos de prueba.**
80. **STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-334/94. *Sarrió S. A./Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Concepto de infracción única. Intercambio de información. Orden conminatoria. Multa. Determinación de la cuantía. Método de cálculo. Motivación. Circunstancias atenuantes.**
81. **STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-347/94. *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Concepto de acuerdo. Intercambio de información. Orden conminatoria. Multa. Determinación de la cuantía. Motivación. Circunstancias atenuantes. Derechos de defensa. Cooperación durante el procedimiento administrativo. Principio de igualdad de trato.**
82. **STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-295/94. *Buchmann GmbH/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Prueba de la participación en colusiones. Multa. Determinación de la cuantía. Motivación.**
83. **STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-304/94. *Europa Carton AG/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Prueba de la participación en colusiones. Multa. Volumen de negocios. Determinación de la cuantía. Circunstancias atenuantes.**
84. **STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-308/94. *Cascades S. A./Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Imputabilidad de la conducta infractora. Multa. Motivación. Circunstancias atenuantes.**

85. STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-309/94. *NV Koninklijke KNP BT/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Imputabilidad de la conducta infractora. Multa. Motivación.
86. STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-310/94. *Gruber + Weber GmbH & Co. KG/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Prueba de la participación en colusiones. Multa. Determinación de la cuantía. Motivación. Productos afectados por la infracción.
87. STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-311/94. *BPB de Eendracht NV, antes Kartonfabriek de Eendracht NV/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Derechos de defensa. Prueba de la participación en colusiones. Intercambio de información. Orden conminatoria. Multa. Motivación. Determinación de la cuantía. Cooperación durante el procedimiento administrativo.
88. STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-317/94. *Moritz J. Weig GmbH & Co. KG/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Concepto de acuerdo. Orden conminatoria. Multa. Determinación de la cuantía. Motivación. Circunstancias atenuantes.
89. STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-319/94. *Fiskeby Board AB/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Multa. Determinación de la cuantía. Circunstancias atenuantes. Motivación.
90. STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-327/94. *SCA Holding Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Imputabilidad de la conducta infractora. Multa. Motivación. Circunstancias atenuantes.
91. STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-337/94. *Enso-Gutzeit Oy/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Infracción. Prueba.
92. STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-338/94. *Finnish Board Mills Association. Finnboard/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Intercambio de información. Orden conminatoria.

Multa. Determinación de la cuantía. Motivación. Cooperación durante el procedimiento administrativo.

93. **STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-348/94. *Enso Española S. A./Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Derecho a un tribunal independiente e imparcial. Derechos de defensa. Motivación. Multa. Determinación de la cuantía. Método de cálculo. Circunstancias atenuantes. Principio de igualdad de trato. Principio de proporcionalidad.**
94. **STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-352/94. *Mo och Domsjö AB/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Imputabilidad de la conducta infractora. Mercado del producto afectado. Intercambio de información. Orden conminatoria. Multa. Determinación de la cuantía. Motivación. Circunstancias atenuantes.**
95. **STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-354/94. *Stora Kopparbergs Bergslags AB/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE. Reconocimiento de elementos de hecho o de Derecho durante el procedimiento administrativo. Consecuencias. Imputabilidad de la conducta infractora. Intercambio de información. Orden conminatoria. Multa. Motivación. Circunstancias atenuantes.**
96. **STPICE de 14 de mayo de 1998. Asuntos acumulados T-339/94 a T-342/94. *Metsä-Serla Oy y otros/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 2 del artículo 15 del Reglamento núm. 17. Responsabilidad solidaria para el pago de la multa.**
97. **STJCE de 28 de mayo de 1998, Asunto C-7/95. *John Deere Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Recurso de casación. Admisibilidad. Cuestión de Derecho. Cuestión de hecho. Competencia. Sistema de intercambio de información. Restricciones a la competencia. Denegación de exención.**
98. **STJCE de 28 de mayo de 1998, Asunto C-8/95. *New Holland Ford Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Recurso de casación. Admisibilidad. Cuestión de Derecho. Cuestión de hecho. Competencia. Sistema de intercambio de información. Restricción a la competencia. Denegación de exención.**

99. STJCE de 18 de junio de 1998, Asunto C-35/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana*. Competencia. Recurso por incumplimiento. Práctica colusoria. Fijación de tarifas profesionales. Agentes de aduanas. Legislación que refuerza los efectos de la práctica colusoria.

CONVENIO RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL

100. STJCE de 19 de mayo de 1998, Asunto C-351/96. *Drouot assurances S. A./Consolidated metallurgical industries (CMI industrial sites) y otros*. Convenio relativo a la competencia judicial/ejecución de Resoluciones judiciales. Cuestión Prejudicial. Convenio de Bruselas. Interpretación del artículo 21. *Lis alibi pendens*. Concepto de «las mismas partes». Compañía de seguros y su asegurado.

DERECHO DE SOCIEDADES

101. STJCE de 15 de enero de 1998, Asunto C-44/96. *Mannesmann Anlagenbau Austria AG y otros/Strohal Rotationsdruck GesmbH*. Derecho de sociedades. Cuestión Prejudicial. Contratos públicos. Procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de obras. Imprenta del Estado. Filial que ejerce actividades mercantiles.
102. STJCE de 19 de febrero de 1998, Asunto C-8/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Helénica*. Derecho de sociedades. Incumplimiento de Estado. Directiva 90/434/CEE (régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros). No adaptación del Derecho interno.
103. STJCE de 12 de mayo de 1998, Asunto C-367/96. *Alexandros Kefalas y otros/Elliniko Dimosio (État hellénique) y otros*. Derecho de sociedades. Cuestión Prejudicial. Derecho de sociedades. Sociedad anónima en dificultades financieras. Aumento del capital social por vía administrativa. Ejercicio abusivo de un derecho derivado de una disposición comunitaria. Apreciación por parte del Juez nacional.

DERECHO INSTITUCIONAL

104. STPICE de 29 de enero de 1998, Asunto T-113/96. *Édouard Dubois et Fils/Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*. Derecho institucional. Responsabilidad

- extracontractual (no). Acta Única Europea. Comisionista de aduanas.
105. STPICE de 6 de febrero de 1998, Asunto T-124/96. *Interporc Im- und Export GmbH/Comisión de las Comunidades Europeas*. Derecho institucional. Decisión 94/90/CECA, CE, Euratom de la Comisión sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión. Decisión por la que se deniega el acceso a unos documentos. Protección del interés público (procedimientos judiciales).
 106. STPICE de 19 de marzo de 1998, Asunto T-83/96. *Gerard van der Wal/Comisión de las Comunidades Europeas*. Derecho institucional. Acceso a la información. Decisión 94/90/CE de la Comisión sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión. Denegación de acceso. Alcance de la excepción relativa a la protección del interés público. Procedimientos judiciales. Artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos.
 107. STJCE de 5 de mayo de 1998, Asunto C-386/96. *Société Louis Dreyfus/Cie./Comisión de las Comunidades Europeas*. Derecho institucional. Ayuda de urgencia de la Comunidad a los Estados de la antigua Unión Soviética. Préstamo. Crédito documentario. Recurso de anulación. Admisibilidad. Requisito de que la decisión comunitaria afecte directamente al demandante.
 108. STJCE de 5 de mayo de 1998, Asunto C-391/96. *Compagnie Continentale (France) S. A./Comisión de las Comunidades Europeas*. Derecho institucional. Ayuda de urgencia de la Comunidad a los Estados de la antigua Unión Soviética. Préstamo. Crédito documentario. Recurso de anulación. Admisibilidad. Requisito de que la decisión comunitaria afecte directamente al demandante.
 109. STJCE de 5 de mayo de 1998, Asunto C-403/96. *Glencore Grain Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas*. Derecho institucional. Ayuda de urgencia de la Comunidad a los Estados de la antigua Unión Soviética. Préstamo. Crédito documentario. Recurso de anulación. Admisibilidad. Requisito de que la decisión comunitaria afecte directamente al demandante.
 110. STJCE de 5 de mayo de 1998, Asunto C-404/96. *Glencore Grain Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas*. Derecho institucional. Ayuda de urgencia de la Comunidad a los Estados de la antigua Unión Soviética. Préstamo. Crédito documentario. Re-

curso de anulación. Admisibilidad. Requisito de que la decisión comunitaria afecte directamente al demandante.

111. STJCE de 28 de mayo de 1998, Asunto C-22/96. *Parlamento Europeo/Consejo de la Unión Europea*. Derecho institucional. Decisión 95/468/CE del Consejo. IDA. Redes telemáticas. Base jurídica.
112. STPICE de 17 de junio de 1998, Asunto T-174/95. *Svenska Journalistförbundet/Consejo de la Unión Europea*. Derecho institucional. Acceso a la información. Decisión 93/731/CE del Consejo. Denegación de una solicitud de acceso a documentos del Consejo. Recurso de anulación. Admisibilidad. Título VI del Tratado de la Unión Europea. Alcance de la excepción relativa a la protección de la seguridad pública. Secreto de las deliberaciones del Consejo. Motivación. Publicación del escrito de contestación en la red Internet. Abuso de procedimiento.

ENERGÍA

113. STJCE de 14 de mayo de 1998, Asunto C-48/96. *P. Windpark Groothusen GmbH & Co. Betriebs KG/Comisión de las Comunidades Europeas*. Energía. Recurso de casación. Apoyo financiero en el sector de la energía. Programa Thermie. Derecho a una tutela judicial completa. Obligación de motivar los actos. Derecho a ser oído. Facultad de apreciación.

ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS

114. STPICE de 13 de enero de 1998, Asunto T-176/96. *Cornelis Volger/Parlamento Europeo*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Recurso de anulación. Admisibilidad. Declaración en situación de excedencia forzosa. Artículo 41 del Estatuto. Deber de asistencia y protección.
115. STPICE de 22 de enero de 1998, Asunto T-98/96. *Mario Costacurta/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Decisión de cambio de destino. Artículo 7 del Estatuto. Anexo X del Estatuto.
116. STPICE de 29 de enero de 1998, Asunto T-62/96. *Willy de Corte/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Invalidez permanente parcial. Accidente. Relación de causa a efecto.

117. STPICE de 29 de enero de 1998, Asunto T-157/96. *Paolo Salvatore Affatato/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Concurso general. Exclusión de la lista de aptitud. Escrito por el que se rectifica la comunicación enviada anteriormente al aspirante. Relación jurídica entre la Institución y el aspirante en un concurso. Obligación de motivación. Indemnización de perjuicios materiales y morales. Admisibilidad.
118. STPICE de 17 de febrero de 1998, Asunto T-91/96. *Nicole Hankart/Consejo de la Unión Europea*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Concurso general. Modalidades prácticas de organización. Pérdida de una prueba escrita. No admisión a la siguiente prueba.
119. STPICE de 17 de febrero de 1998, Asunto T-183/96. *E/Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Libertad de expresión frente a los superiores jerárquicos. Deber de lealtad y dignidad de la función. Sanción disciplinaria. Descenso de escalón. Principio de proporcionalidad.
120. STPICE de 19 de febrero de 1998, Asunto T-142/96. *Anne-Marie Toller/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Dictamen de la comisión de invalidez. Incompetencia profesional. Decisión de separación del servicio. Petición de nuevo examen. Elemento nuevo y sustancial. Caducidad del plazo. Admisibilidad.
121. STPICE de 19 de febrero de 1998, Asunto T-169/96. *Jean-Pierre Pierard/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Representación de los funcionarios y agentes de la Comisión en los órganos administrativos y estatutarios. Personal destinado fuera de la Unión Europea. Sobreseimiento.
122. STPICE de 19 de febrero de 1998, Asunto T-3/97. *Anna Maria Campogrande/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Convocatoria para proveer puesto vacante. Nivel del puesto que debe proveerse. Nombramiento para un puesto de jefe de unidad clasificado en los grados A 4/A 5. Ilegalidad de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 1988. No admisión de candidatura.
123. STPICE de 19 de febrero de 1998, Asunto T-196/97. *Donato Continolo/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de

los funcionarios. Funcionarios. Cura termal. Artículo 59 del Estatuto. Licencia por enfermedad. Licencia especial.

124. STPICE de 4 de marzo de 1998, Asunto T-146/96. *Maria da Graça De Abreu/Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios en prácticas. Nombramiento de un antiguo agente temporal. Conservación de la antigüedad de escalón. Principio de igualdad de trato. Excepción de ilegalidad.
125. STPICE de 5 de marzo de 1998, Asunto T-221/96. *Immacolata Manzo-Tafaro/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Denegación de promoción. Examen comparativo de los méritos. Consideración de la edad y de la antigüedad.
126. STPICE de 17 de marzo de 1998, Asunto T-183/95. *Giuseppe Carraro/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Artículo 24 del Estatuto. Deber de asistencia. Decisión denegatoria presunta.
127. STPICE de 19 de marzo de 1998, Asunto T-74/96. *Georges Tzoanos/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Decisión de separación del servicio. Recurso de anulación. Existencia conjunta de un procedimiento disciplinario y de acciones penales. Errores de apreciación. Derecho de defensa. Artículos 12, 13, 14, 21 y 86 del Estatuto. Principio de proporcionalidad. Principio de igualdad de trato. Desviación de poder.
128. STPICE de 2 de abril de 1998, Asunto T-86/97. *Réa Apostolidis/Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Suspensión del procedimiento de promoción. Procedimiento disciplinario.
129. STPICE de 30 de abril de 1998, Asunto T-205/95. *Giampaolo Cordiale/Parlamento Europeo*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Intercambio de funcionarios entre el Parlamento y las Administraciones nacionales. Asignación para gastos de estancia. Gastos de viaje. Reclamación. Denegación expresa. Inadmisibilidad del recurso.
130. STJCE de 14 de mayo de 1998, Asunto C-259/96. *Consejo de la Unión Europea/Lieve de Nil et Christiane Impens*. Estatuto de los funcionarios. Recurso de casación. Funcionarios. Concurso interno. Medidas para el cumplimiento de una sentencia de anu-

lación. Promoción a una categoría superior, por medio de un concurso, sin efecto retroactivo. Perjuicios materiales y morales.

131. STPICE de 12 de mayo de 1998, Asunto T-184/94. *Martin O'Casey/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Anulación de la decisión por la que se desestima la candidatura del demandante al puesto de asistente del Director adjunto del centro de trabajo común ITER en Naka (Japón). Oferta del puesto. Ruptura del acuerdo. Petición de indemnización.
132. STPICE de 12 de mayo de 1998, Asunto T-159/96. *Rüdiger Wenk/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Selección. Puesto de jefe de delegación de la Comisión. Convocatoria para proveer plaza vacante. Legalidad. Decisión de desestimación de la candidatura. Obligación de motivación. Examen comparativo de los méritos de los candidatos. Facultad de apreciación de la AFPN. Protección de la confianza legítima. Deber de asistencia y protección.
133. STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-165/95. *Arnaldo Lucaccioni/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Recurso de indemnización. Enfermedad profesional. Perjuicio. Cómputo de las prestaciones percibidas con arreglo al artículo 73 del Estatuto. Duración del procedimiento de reconocimiento de una enfermedad profesional. Acto ilícito.
134. STPICE de 14 de mayo de 1998, Asunto T-21/97. *Sofia Goycoolea/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Agentes temporales. Datos falsos en el impreso de candidatura. Apartado 1 del artículo 50 del Régimen aplicable a otros agentes. Párrafo tercero del apartado 1 del artículo 5 del Estatuto. Requisitos de forma de la reclamación.
135. STJCE de 28 de mayo de 1998, Asunto C-62/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/María Lidia Lozano Palacios*. Estatuto de los funcionarios. Recurso de casación. Funcionarios. Antiguo experto nacional en comisión de servicios. Indemnización por gastos de instalación.
136. STPICE de 26 de mayo de 1998, Asunto T-177/96. *Mario Costacurta/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Retribución. Coeficiente corrector. Disposiciones que establecen particularidades y excepciones

aplicables a los funcionarios destinados a terceros países. Violación de los principios de equivalencia del poder adquisitivo y de igualdad de trato.

137. STPICE de 26 de mayo de 1998, Asunto T-205/96. *Roland Bieber/Parlamento Europeo*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Incorporación tardía. Responsabilidad. Perjuicio.
138. STPICE de 28 de mayo de 1998, Asuntos acumulados T-78/96 y T-170/96. *W/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Recurso de anulación y de indemnización. Admisibilidad. Cambio de destino. Interés del servicio. Deber de asistencia y protección. Desviación de poder. Motivación. Responsabilidad. Falta disciplinaria.
139. STJCE de 11 de junio de 1998. Asunto C-291/97 P. *H/Comisión de las Comunidades Europeas*. Estatuto de los funcionarios. Recurso de casación. Funcionarios. Procedimiento de invalidez. Apreciación de hecho.

FISCALIDAD

140. STJCE de 15 de enero de 1998, Asunto C-37/95. *Belgische Staat/Ghent Coal Terminal NV*. Fiscalidad. Cuestión Prejudicial. Impuesto sobre el Valor Añadido. Sexta Directiva IVA. Artículo 17. Derecho a deducción. Regularización de las deducciones.
141. STJCE de 12 de febrero de 1998, Asunto C-346/95. *Elisabeth Blasi/Finanzamt München I*. Fiscalidad. Cuestión Prejudicial. Sexta Directiva sobre el IVA. Exención. Operaciones de arrendamiento de bienes inmuebles. Excepción para el alojamiento efectuado en el marco del sector hotelero o en sectores que tengan una función similar.
142. STJCE de 19 de febrero de 1998, Asunto C-318/96. *SPAR Österreichische Warenhandels AG/Finanzlandesdirektion für Salzburg*. Fiscalidad. Cuestión Prejudicial. Artículo 33 de la Sexta Directiva. Impuestos sobre el volumen de negocios. Cotización a las Cámaras de Comercio («Kammerumlage»).
143. STJCE de 5 de marzo de 1998, Asunto C-347/96. *Solred S. A./Administración General del Estado*. Fiscalidad. Directiva 69/335/CEE. Impuesto sobre el documento por el que se formaliza una aportación parcial de capital.

144. STJCE de 2 de abril de 1998, Asunto C-296/95. *The Queen/Commissioners of Customs and Excise, ex parte: EMU Tabac SARL, The Man in Black Ltd., and John Cunningham*. Fiscalidad. Cuestión Prejudicial. Directiva 92/12/CEE del Consejo relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales. Estado miembro en el que se devenga el impuesto especial. Adquisición a través de un agente.
145. STJCE de 30 de abril de 1998, Asuntos acumulados C-37/96 y C-38/96. *Sodiprem SARL y otros y Roger Albert S. A./Direction générale des douanes*. Fiscalidad. Cuestión Prejudicial. Octroi de mer. Régimen fiscal de los departamentos franceses de Ultramar. Decisión 89/688/CEE. Exacciones de efecto equivalente a un derecho de aduana. Tributos internos.
146. STJCE de 7 de mayo de 1998, Asunto C-390/96. *Lease Plan Luxembourg SA/Belgische Staat*. Fiscalidad. Cuestión Prejudicial. Sexta Directiva IVA. Arrendamiento financiero de vehículos. Establecimiento permanente. Modalidades de devolución del IVA a los sujetos pasivos no establecidos en el interior del Estado. Principio de no discriminación.
147. STJCE de 7 de mayo de 1998, Asunto C-124/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España*. Fiscalidad. Incumplimiento. Directiva 77/388/CEE del Consejo, Sexta Directiva IVA. Exención de determinadas prestaciones relacionadas con la práctica del deporte o de la educación física. Restricciones injustificadas.
148. STJCE de 28 de mayo de 1998, Asunto C-3/97. *John Charles Goodwin, Edward Thomas Unstead*. Fiscalidad. Cuestión Prejudicial. Disposiciones fiscales. Armonización de las legislaciones. Impuestos sobre el volumen de negocios. Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido. Sexta Directiva 77/388/CEE. Ambito de aplicación. Entrega de perfumes falsificados.
149. STJCE de 17 de junio de 1998, Asunto C-68/96. *Grundig Italiana SpA/Ministero delle Finanze*. Fiscalidad. Cuestión Prejudicial. Artículo 95 del Tratado CE. Impuesto nacional sobre los productos audiovisuales y foto-ópticos. Tributo interno. Posible incompatibilidad con el Derecho comunitario.
150. STJCE de 18 de junio de 1998, Asunto C-43/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*. Fiscalidad. Incum-

plimiento. Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo. Apartados 2 y 6 del artículo 17. Derecho a deducción. Exclusiones previstas por normas nacionales anteriores a la Sexta Directiva.

151. STJCE de 11 de junio de 1998. Asunto C-361/96. *Société générale des grandes sources d'eaux minérales françaises/Bundesamt für Finanzen*. Fiscalidad. Cuestión prejudicial. Impuesto sobre el Valor Añadido. Interpretación de la letra a) del artículo 3 de la Octava Directiva 79/1072/CEE. Obligación, para el sujeto pasivo no establecido en el país, de adjuntar a la solicitud de devolución del impuesto los originales de las facturas o de los documentos de importación. Posibilidad de adjuntar un duplicado en caso de pérdida del original no imputable al sujeto pasivo.
152. STJCE de 11 de junio de 1998. Asunto C-283/95. *Karlheinz Fischer/Finanzamt Donaueschingen*. Fiscalidad. Cuestión prejudicial. Disposiciones fiscales. Sexta Directiva IVA. Aplicación a la organización de juegos de azar ilícitos. Determinación de la base imponible.

JUSTICIA Y ASUNTOS INTERNOS

153. STJCE de 12 de mayo de 1998, Asunto C-170/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Consejo de la Unión Europea. Justicia y Asuntos Internos*. Acto del Consejo. Acción común sobre el régimen de tránsito aeroportuario. Base jurídica.

LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

154. STJCE de 15 de enero de 1998, Asunto C-80/96. *Quelle Schickedanz AG und Co./Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main*. Libre circulación de mercancías. Cuestión Prejudicial. Arancel Aduanero Común. Clasificación de una composición de mercancías. Validez del número 6 del Anexo del Reglamento (CE) núm. 1966/94 de la Comisión.
155. STJCE de 15 de enero de 1998, Asunto C-292/96. *Göritz Intransco International GmbH/Hauptzollamt Düsseldorf*. Libre circulación de mercancías. Cuestión Prejudicial. Código Aduanero Comunitario. Régimen de tránsito comunitario. Procedimientos simplificados. Expedidor autorizado. Requisitos para su concesión.
156. STJCE de 29 de enero de 1998, Asunto C-315/96. *Lopex Export GmbH/Hauptzollamt Hamburg-Jonas*. Libre circulación de mer-

cancias. Cuestión Prejudicial. Derecho de aduana. Clasificación de las mercancías. Reglamento por el que se modifica la clasificación. Información arancelaria vinculante anterior. Validez.

157. STJCE de 19 de febrero de 1998, Asunto C-212/96. *Paul Chevassus-March/Conseil régional de la Réunion*. Libre circulación de mercancías. Cuestión Prejudicial. Octroi de mer. Régimen fiscal de los departamentos franceses de Ultramar. Decisión 89/688/CEE. Exacciones de efecto equivalente a un derecho de aduana. Tributos internos.
158. STJCE de 19 de febrero de 1998, Asunto T-42/96. *Eyckeler & Malt AG/Comisión de las Comunidades Europeas*. Libre circulación de mercancías. Recurso de anulación. Importación de carne de vacuno de alta calidad («Hilton Beef»). Reglamento (CEE) núm. 1430/79. Artículo 13. Decisión de la Comisión por la que se deniega la condonación de los derechos de importación. Derecho de defensa. Error manifiesto de apreciación.
159. STJCE de 12 de marzo de 1998, Asunto C-270/96. *Laboratoires Sarget S. A./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 antiasténicos. Clasificación arancelaria.
160. STJCE de 19 de marzo de 1998, Asunto C-1/96. *The Queen/Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Compassion in World Farming Ltd.* Libre circulación de mercancías. Cuestión Prejudicial. Artículos 34 y 36 del Tratado CE. Directiva 91/629/CEE. Convenio Europeo sobre la protección de los animales en las ganaderías. Recomendación relativa al ganado bovino. Exportación de terneros de un Estado miembro que garantiza el nivel de protección establecido por el Convenio y la Recomendación. Exportación a Estados miembros que cumplen la Directiva, pero no observan las normas del Convenio y de la Recomendación y practican sistemas de cría intensivos prohibidos en el Estado de exportación. Restricciones cuantitativas a la exportación. Armonización exhaustiva. Validez de la Directiva.
161. STJCE de 2 de abril de 1998, Asunto C-213/96. *Outokumpu Oy*. Libre circulación de mercancías. Cuestión Prejudicial. Artículo 95 del Tratado CEE. Impuesto especial sobre la electricidad. Tipos impositivos diferenciados según el modo de producción de la electricidad de origen nacional. Tipo único para la electricidad importada.

162. STJCE de 28 de abril de 1998, Asunto C-120/95. *Nicolas Decker/Caisse de maladie des employés privés*. Libre circulación de mercancías. Cuestión Prejudicial. Artículos 30 y 36 del Tratado CE. Reembolso de los gastos médicos producidos en un Estado miembro. Autorización previa de la Caja competente. Compra de gafas.
163. STJCE de 28 de abril de 1998, Asunto C-200/96. *Metronome Musik GmbH/Music Point Hokamp GmbH*. Libre circulación de mercancías. Cuestión Prejudicial. Derecho de autor y derechos afines. Derecho de alquiler y de préstamo. Validez de la Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

164. STJCE de 15 de enero de 1998, Asunto C-15/96. *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou/Freie und Hansestadt Hamburg*. Libre circulación de personas. Cuestión Prejudicial. Libre circulación de personas. Convenio Colectivo para los trabajadores de la Administración Pública. Ascenso por antigüedad. Experiencia profesional adquirida en otro Estado miembro.
165. STJCE de 12 de febrero de 1998, Asunto C-163/96. *Silvano Raso y otros*. Libre circulación de personas. Cuestión Prejudicial. Libre prestación de servicios. Competencia. Derechos especiales o exclusivos. Empresas concesionarias de una terminal portuaria.
166. STJCE de 12 de febrero de 1998, Asunto C-366/96. *Louissette Cordelle/Office national des pensions (ONP)*. Libre circulación de personas. Cuestión Prejudicial. Seguridad Social. Apartado 2 del artículo 12 y artículo 46 bis del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Normas nacionales que prohíben la acumulación. Prestaciones de la misma naturaleza.
167. STJCE de 5 de marzo de 1998, Asunto C-160/96. *Manfred Molenaar, Barbara Fath-Molenaar/Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg*. Libre circulación de personas. Cuestión Prejudicial. Libre circulación de trabajadores. Prestaciones destinadas a cubrir el riesgo de necesidad de asistencia.

168. STJCE de 5 de marzo de 1998, Asunto C-194/96. *Hilmar Kulzer/Freistaat Bayern*. Libre circulación de personas. Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Trabajador que no ha ejercido el derecho a la libre circulación. Funcionario jubilado. Artículo 73. Prestaciones familiares. Institución alemana competente. Artículo 77. Legislación nacional.
169. STJCE de 12 de marzo de 1998, Asunto C-187/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Helénica*. Libre circulación de personas. Incumplimiento de Estado. Libre circulación de trabajadores. Artículo 48 del Tratado CE. Artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68. Persona que trabaja en la Administración Pública de un Estado miembro. Reconocimiento mutuo de los períodos de servicio prestados en la Administración Pública de otro Estado miembro.
170. STJCE de 28 de abril de 1998, Asunto C-118/96. *Jessica Safir/Skattemyndigheten i Dalarnas län, antes Skattemyndigheten i Kopparbergs län*. Libre circulación de personas. Cuestión Prejudicial. Libre prestación de servicios. Libre circulación de capitales. Tributación del ahorro constituido en forma de seguro de vida. Legislación de un Estado miembro por la que se establecen distintos regímenes impositivos según el lugar de establecimiento de la empresa que presta el servicio.
171. STJCE de 28 de abril de 1998, Asunto C-158/96. *Raymond Kohll/Union des caisses de maladie*. Libre circulación de personas. Cuestión Prejudicial. Libre prestación de servicios. Reembolso de los gastos médicos producidos en otro Estado miembro. Autorización previa de la Caja competente. Salud pública. Cuidados dentales.
172. STJCE de 30 de abril de 1998, Asunto C-215/97. *Barbara Bellone/Yokohama SpA*. Libre circulación de personas. Cuestión Prejudicial. Directiva 86/653/CEE. Agentes comerciales independientes. Normativa nacional que prevé la nulidad de los contratos de agentes comerciales celebrados por personas que no estén inscritas en el Registro de agentes. Contrariedad con el Derecho comunitario.
173. STJCE de 30 de abril de 1998, Asunto C-24/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. Libre circulación de personas. Incumplimiento de Estado. Artículos 48, 52 y 59 del Tratado CE. Artículo 4 de la Directiva 68/360/CEE del Consejo. Artículo 4.º de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973.

174. STJCE de 7 de mayo de 1998, Asunto C-113/96. *Manuela Gómez Rodríguez y Gregorio Gómez Rodríguez/Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz*. Libre circulación de personas. Cuestión Prejudicial. Interpretación de los artículos 6 y 78 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971. Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Prestaciones de orfandad.
175. STJCE de 7 de mayo de 1998, Asunto C-350/96. *Clean Car Autoservice GesmbH/Landeshauptmann von Wien*. Libre circulación de personas. Cuestión Prejudicial. Libre circulación de trabajadores. Normativa nacional que obliga a las personas jurídicas a nombrar un gerente que resida en el país. Discriminación indirecta.
176. STJCE de 12 de mayo de 1998, Asunto C-85/96. *María Martínez Sala/Freistaat Bayern*. Libre circulación de personas. Cuestión Prejudicial. Artículos 8 A, 48 y 51 del Tratado CE. Concepto de «trabajador». Artículo 4 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Prestación de crianza. Concepto de «prestación familiar». Apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68. Concepto de «ventaja social». Requisito de posesión de un permiso de residencia.
177. STJCE de 12 de mayo de 1998, Asunto C-336/96. *Esposos Robert Gilly/Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*. Libre circulación de personas. Cuestión Prejudicial. Artículos 6, 48 y 220 del Tratado CE. Obligación de igualdad de trato. Convenio bilateral para evitar la doble imposición. Trabajadores fronterizos.
178. STJCE de 11 de junio de 1998. Asunto C-297/96. *Vera LA. Partridge/Adjudication Officer*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad Social. Prestaciones especiales de carácter no contributivo. Apartado 2 bis del artículo 4, artículo 5, artículo 10 bis y Anexo VI del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Subsidio de ayuda para minusválidos. No exportabilidad.
179. STJCE de 11 de junio de 1998. Asunto C-275/96. *Anne Kuusijärvi/Riksförsäkringsverket*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad Social. Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Ámbito de aplicación personal. Subsidios por maternidad. Derecho a seguir percibiendo las prestaciones después de haber trasladado la residencia a otro Estado miembro.

MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

180. STJCE de 12 de febrero de 1998, Asunto C-92/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento. Directiva 76/160/CEE. Calidad de las aguas de baño.
181. STPICE de 17 de febrero de 1998, Asunto T-105/96. *Pharos S. A./Comisión de las Comunidades Europeas*. Medio ambiente y consumidores. Reglamento (CEE) núm. 2377/90. Inclusión del somatosalm en la lista de sustancias no sujetas a un límite máximo de residuos. Recurso por omisión. Recurso de indemnización.
182. STJCE de 17 de marzo de 1998, Asunto C-45/96. *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG/Edgar Dietzinger*. Medio ambiente y consumidores. Cuestión Prejudicial. Protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Fianza. El primer guión del artículo 2 de la Directiva 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores, en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, debe interpretarse en el sentido de que un contrato de fianza celebrado por una persona física que no actúe en el marco de una actividad profesional está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva, cuando garantiza el reembolso de una deuda contraída por otra persona que actúe en el marco de su actividad profesional.
183. STJCE de 19 de mayo de 1998, Asunto C-3/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de los Países Bajos*. Medio ambiente y consumidores. Conservación de las aves silvestres. Zonas de protección especial.
184. STJCE de 28 de mayo de 1998, Asunto C-213/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Portuguesa*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Directivas 86/280/CEE y 88/347/CEE (residuos de determinadas sustancias peligrosas). No adaptación del Derecho interno dentro del plazo establecido.
185. STJCE de 17 de junio de 1998, Asunto C-321/96. *Wilhelm Mecklenburg/Kreis Pinneberg. Der Landrat y otros*. Medio ambiente y consumidores. Cuestión Prejudicial. Medio ambiente. Acceso a la información. Directiva 90/313/CEE. Medida administrativa de gestión del medio ambiente. Investigación preliminar.

186. STJCE de 17 de junio de 1998, Asunto C-214/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Portuguesa*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Directiva 75/440/CEE (calidad requerida para las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable). No adaptación del Derecho interno dentro del plazo establecido.
187. STJCE de 18 de junio de 1998, Asunto C-81/96. *Burgemeester en wethouders van Haarlemmerliede en Spaarnwoude y otros/Gedeputeerde Staten van Noord-Holland*. Medio ambiente y consumidores. Cuestión Prejudicial. Directiva 85/337/CEE del Consejo (evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente). Nueva autorización de un plan de ordenación territorial.
188. STJCE de 18 de junio de 1998, Asunto C-183/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Portuguesa*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 80/68/CEE (protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas).
189. STJCE de 18 de junio de 1998, Asunto C-208/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Portuguesa*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Directiva 84/156/CEE (valores límite y a los objetivos de calidad para los vertidos de mercurio de los sectores distintos de la electrólisis de los cloruros alcalinos). No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado.
190. STJCE de 11 de junio de 1998. Asuntos acumulados C-232/95 y C-233/95. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Helénica*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento. Directiva 76/464/CEE. Contaminación de las aguas. No adaptación del Derecho interno.
191. STJCE de 11 de junio de 1998. Asunto C-206/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Gran Ducado de Luxemburgo*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 76/464/CEE.
192. STJCE de 25 de junio de 1998. Asunto C-192/96. *Beside BV y otros/Minister van Volkhuysvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*. Medio ambiente y consumidores. Cuestión Prejudicial. Gestión, traslado y almacenamiento de residuos urbanos y domésticos. Tráfico ilícito.

193. STJCE de 25 de junio de 1998. Asunto C-203/96. *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV y otros/Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*. Medio ambiente y consumidores. Cuestión Prejudicial. Traslado de residuos destinados a la valorización. Principios de autosuficiencia y de proximidad.
194. STPICE de 25 de junio de 1998. Asunto T-120/96. *Lilly Industries Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas*. Medio ambiente y consumidores. Reglamento (CEE) núm. 2377/90. Solicitud de inclusión de una somatotropina bovina recombinante (BST) en la lista de sustancias que no están sujetas a un límite máximo de residuos. Denegación por la Comisión. Recurso de anulación.

POLÍTICA COMERCIAL

195. STPICE de 29 de enero de 1998, Asunto T-97/95. *Sinochem National Chemicals Import & Export Corporation/Consejo de la Unión Europea*. Política comercial. Antidumping. Furfural. Datos que justifican la apertura de una investigación. Principio de proporcionalidad. Perjuicio. Negativa a aceptar un compromiso. Reglamento (CEE) núm. 2423/88.
196. STJCE de 10 de febrero de 1998, Asunto C-245/95. *Comisión de las Comunidades Europeas/NTN Corporation et Koyo Seiko Co. Ltd.* Política comercial. Recurso de casación. Dumping. Rodamientos de bolas originarios de Japón.
197. STPICE de 19 de febrero de 1998 Asuntos acumulados T-369/94 y T-85/95. *DIR International Film Srl/Comisión de las Comunidades Europeas*. Política comercial. Recurso de anulación. Decisiones de la European Film Distribution Office (EFDO). Instrucciones impartidas por la Comisión. Decisiones imputables a la Comisión. Programa de fomento de la industria audiovisual europea (MEDIA). Financiación de la distribución de películas. Criterios de apreciación. Motivación.

POLÍTICA REGIONAL

198. STJCE de 2 de abril de 1998, Asunto C-321/95. *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) y otros/Comisión de las Comunidades Europeas*. Política regional. Recurso de casación. Personas físicas o jurídicas. Acto que las afecta directa e individualmente. Ayudas para la construcción de centrales nucleares.

POLÍTICA SOCIAL

199. STJCE de 17 de febrero de 1998, Asunto C-249/96. *Lisa Jacqueline Grant/South West Trains Ltd.* Política social. Cuestión Prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Denegación de una reducción en el precio de los transportes a personas del mismo sexo que conviven maritalmente. Discriminación (no).
200. STJCE de 12 de marzo de 1998, Asunto C-319/94. *Jules Dethier Équipement S. A./Jules Dassy y Sovam SPRL, en liquidation.* Política social. Cuestión Prejudicial. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, centros de actividad o partes de centros de actividad. Transmisión de una empresa en liquidación voluntaria o judicial. Facultad del cedente o del cesionario para despedir trabajadores por razones económicas, técnicas o de organización. Trabajadores despedidos poco antes de la transmisión y de los que no se hace cargo el cesionario.
201. STJCE de 30 de abril de 1998, Asunto C-136/95. *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS)-Évelyne Thibault.* Política social. Cuestión Prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Directiva 76/207/CEE. Permiso por maternidad. Derecho de calificación.
202. STJCE de 30 de abril de 1998, Asuntos acumulados C-377/96 a C-384/96. *August De Vriendt y otros.* Política social. Cuestión Prejudicial. Directiva 79/7/CEE. Igualdad de trato. Pensión de vejez y de jubilación. Modo de cálculo. Edad para percibir la pensión de jubilación.
203. STJCE de 12 de mayo de 1998, Asunto C-106/96. *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte/Comisión de las Comunidades Europeas.* Política social. Programa de acción comunitaria contra la exclusión social. Financiación. Base legal.
204. STJCE de 17 de junio de 1998, Asunto C-243/95. *Kathleen Hill y Ann Stapleton/The Revenue Commissioners y Department of Finance.* Política social. Cuestión Prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Funcionarios. Régimen de trabajo compartido. Ascenso basado en el criterio de tiempo efectivamente trabajado. Discriminación indirecta.
205. STJCE de 17 de junio de 1998, Asunto T-135/96. *Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises*

(UEAPME)/Consejo de la Unión Europea. Política social. Acuerdo sobre la política social. Anulación de una Directiva. Admisibilidad. Estatuto de los interlocutores sociales en el proceso de adopción de la Directiva. Representatividad de los interlocutores sociales.

RECURSOS PROPIOS DE LA COMUNIDAD

206. STJCE de 12 de mayo de 1998, Asunto C-366/95. *Landbrugsministeriet. EF-Direktoratet/Steff-Houlberg Export I/S y otros*. Recursos propios de las Comunidades. Cuestión Prejudicial. Ayudas comunitarias indebidamente pagadas. Recuperación. Aplicación del Derecho nacional. Requisitos y límites.

RELACIONES EXTERIORES

207. STJCE de 15 de enero de 1998, Asunto C-113/97. *Henia Babahenini/État belge*. Relaciones exteriores. Cuestión Prejudicial. Acuerdo de Cooperación CEE-Argelia. Apartado 1 del artículo 39. Principio de no discriminación en materia de Seguridad Social. Efecto directo. Ambito de aplicación. Asignación para minusválidos.

208. STJCE de 10 de marzo de 1998, Asunto C-122/95. *República Federal de Alemania/Consejo de la Unión Europea*. Relaciones exteriores. Acuerdo marco sobre los plátanos. GATT 1994. Decisión de celebración.

209. STJCE de 12 de marzo de 1998, Asunto C-314/96. *Ourdia Djabali/Caisse d'allocations familiales de l'Essonne*. Relaciones exteriores. Cuestión Prejudicial. Acuerdo de Cooperación CEE-Argelia. Apartado 1 del artículo 39. Principio de no discriminación en materia de Seguridad Social. Subsidio para minusválidos adultos. Procedimiento prejudicial.

210. STPICE de 28 de abril de 1998, Asunto T-184/95. *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH/Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*. Relaciones exteriores. Responsabilidad extracontractual por un acto lícito. Reglamento (CEE) núm. 2340/90. Embargo comercial contra Irak. Perjuicio equivalente a una expropiación. Responsabilidad por un acto ilícito. Perjuicio.

211. STJCE de 16 de junio de 1998, Asunto C-53/96. *Hermès International/FHT Marketing Choice BV*. Relaciones exteriores.

Cuestión Prejudicial. Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Acuerdo ADPIC. Artículo 177 del Tratado. Competencia del Tribunal de Justicia. Artículo 50 del Acuerdo ADPIC. Medidas provisionales.

212. STJCE de 16 de junio de 1998, Asunto C-162/96. *A. Racke GmbH & Co./Hauptzollamt Mainz*. Relaciones exteriores. Cuestión Prejudicial. Acuerdo de Cooperación CEE/Yugoslavia. Suspensión de concesiones comerciales. Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Cláusula *rebus sic stantibus*.

TRANSPORTES

213. STJCE de 5 de marzo de 1998, Asunto C-175/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*. Transportes. Directiva 93/89/CEE relativa a la aplicación por los Estados miembros de los impuestos sobre determinados tipos de vehículos utilizados para el transporte de mercancías por carretera, así como de los peajes y derechos de uso percibidos por la utilización de determinadas infraestructuras. No adaptación del Derecho interno a la Directiva.
214. STJCE de 12 de marzo de 1998, Asunto C-313/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana*. Transportes. Incumplimiento de Estado. Directiva 94/57/CE (reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y peritaje de buques y para las actividades correspondientes de las administraciones marítimas). No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado.
215. STJCE de 17 de marzo de 1998, Asunto C-387/96. *Anders Sjöberg*. Transportes. Cuestión Prejudicial. Disposiciones sociales en el sector del transporte por carretera. Excepción para los vehículos utilizados por las autoridades públicas para servicios públicos que no compitan con los transportistas profesionales. Obligación del conductor de tener un extracto del registro de servicio.
216. STJCE de 30 de abril de 1998, Asunto C-47/97. *E. Clarke & Sons (Coaches) Ltd./D. J. Ferne*. Transportes. Cuestión Prejudicial. Disposiciones sociales en el sector de los transportes por carretera. Obligación de utilizar un tacógrafo. Excepción para los vehículos destinados al transporte de viajeros mediante servicios regulares cuya línea tenga un recorrido no superior a 50 km.

217. STJCE de 14 de mayo de 1998, Asunto C-368/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Transportes. Incumplimiento. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 94/57/CE (reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y peritaje de buques y para las actividades correspondientes de las administraciones marítimas).
218. STJCE de 18 de junio de 1998, Asunto C-266/96. *Corsica Ferries France S. A./Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, y otros*. Transportes. Cuestión Prejudicial. Libre prestación de servicios. Transportes marítimos. Empresas titulares de derechos exclusivos. Operaciones de amarre de barcos en los puertos. Respeto de las normas sobre la competencia. Sistema de tarifas.
219. STJCE de 11 de junio de 1998. Asuntos acumulados C-176/97 y C-177/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica y Gran Ducado de Luxemburgo*. Transportes. Incumplimiento. Reglamento (CEE) núm. 4055/86. Libre prestación de servicios de transportes marítimos. Acuerdo marítimo celebrado con un país tercero. Cláusula de reparto de cargamentos.

INFORMACIÓN LEGISLATIVA*

**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. ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. Se reforma el de la Región de Murcia

Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio («B. O. E.» del 16 de junio).

a) Exposición:

Mediante la presente Ley Orgánica se ha procedido a modificar el Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia –aprobado mediante la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XXXV, fascículo III, núm. 5–, con la finalidad de ampliar el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma y reforzar el funcionamiento y papel de su Parlamento regional.

b) Comentario:

Por su relación con el Derecho Privado, resulta adecuado destacar los siguientes aspectos de la norma:

1.º La nueva redacción dada al artículo 8 mantiene la llamada a los poderes públicos autonómicos para que presten especial atención al derecho consuetudinario de la Región, conservando las costumbres de la

* Comprende las disposiciones publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* durante el segundo trimestre de 1998.

misma y respetando sus variantes locales y comarcales. En este sentido, nada parece haber variado y parece lógico entender que los órganos autonómicos no ejercen potestad normativa alguna ni pueden transformar las costumbres regionales en normas de Derecho escrito, generalizar costumbres locales o resucitar derechos consuetudinarios históricos que hubieran perdido vigencia —como destacara Elizalde y Aymerich en «El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía», publicado en el tomo XXXVII, fascículo II de esta revista, páginas 389-436—.

Pero además, en la nueva redacción del artículo 8 del Estatuto murciano se incluye una especial referencia a los tribunales consuetudinarios y tradicionales en materia de aguas —como objeto de la especial atención de los poderes públicos autonómicos—, al tiempo que los artículos 13.h y 35.1.a) quedan inalterados, atribuyendo a la Comunidad competencia normativa procesal en relación con las peculiaridades del Derecho consuetudinario y del que en el futuro pueda dictarse en la Región, y encomendando a los órganos jurisdiccionales del territorio la resolución de los recursos de casación y revisión en materias civiles sobre instituciones consuetudinarias.

En el artículo citado, ya se advirtió que las consecuencias derivadas del tenor literal de los artículos 13.h y 35.1.a) resultaban desproporcionadas, y que su interpretación ajustada a la Constitución pasaba por entender que dichos preceptos pretenden asegurar la pervivencia de las normas sobre riegos y del Consejo de Hombres Buenos como Tribunal consuetudinario y tradicional, enmarcando las citadas especialidades procesales murcianas en los límites del artículo 125 de la Constitución. No habría estado de más que la reforma del Estatuto de Autonomía incluyera alguna alusión clarificadora en relación con los citados aspectos, pero quizá sea pedir demasiado cuando nos referimos a unos textos cuya ambigüedad se considera una virtud y no una infracción del principio de seguridad jurídica.

2.º De acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 12, apartado dos, del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, el nombramiento de los Notarios, Registradores de la propiedad y mercantiles, y Corredores de comercio, corresponde al Consejo de Gobierno de conformidad con las Leyes del Estado, debiendo participar la Comunidad Autónoma en la fijación de las demarcaciones correspondientes a las notarías y registros en Murcia, así como en las correspondientes a los corredores de comercio, siempre de acuerdo con lo previsto en las leyes generales del Estado. En este sentido, se aplican a las mencionadas actividades profesionales dos previsiones contempladas ya para notarios y registradores en algunos Estatutos de Autonomía, omitiendo la atribución de preferencia para quienes acrediten la especialización en el Derecho regional que se establece en otros —sobre estas previsiones y su relación con la normativa estatal pueden consultarse las páginas 432-434 del citado trabajo y la bibliografía referida en el mismo.

DERECHO DE OBLIGACIONES

2. CONTRATOS. Se regula la contratación mediante condiciones generales y los contratos de adhesión

Ley 7/1998, de 13 de abril («BOE» del 14).

La presente disposición ha sido promulgada en ejercicio de las competencias atribuidas al Estado, con carácter exclusivo, por el artículo 149.1.a y 8.a de la Constitución Española, y persigue el doble objetivo de trasponer al Ordenamiento Jurídico español la Directiva comunitaria 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, (modificando a tal efecto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XXXVII, fascículo IV, núm. 4), y regular, con un alcance más general, las condiciones generales de la contratación.

En este sentido, la Ley comprende dos niveles de protección: uno general, frente a condiciones generales predispuestas por un profesional que actúe dentro del marco de su actividad, ya sea pública o privada, y cualquiera que sea la condición del adherente –consumidor o profesional, actúe éste o no en el marco de su actividad–, y otro especial, destinado a proteger a los consumidores de las cláusulas abusivas, tanto si estas cláusulas constan en condiciones generales como si han sido predispuestas para un contrato particular, bastando el dato de que no hayan sido objeto de negociación individual. Pareciéndonos excesivamente ambicioso el intento de exponer y comentar el contenido íntegro de una norma tan fundamental para el Derecho Privado, nos centraremos en algunos aspectos concretos de la Ley, simultaneando la exposición de dichos apartados con algún breve apunte sobre la solución adoptada por el Legislador.

En relación con el nivel general de protección, las novedades más destacables de la Ley son las siguientes:

1.º El artículo primero de la Ley define las condiciones generales sobre dos pilares básicos: se trata de condiciones predispuestas, cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes, y redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos: no importa su apariencia externa, extensión u otras circunstancias, y tampoco la autoría material de las mismas. Creemos que, al hablar de «autoría material», el legislador quiere referirse al supuesto de que un profesional utilice las cláusulas establecidas por otro u otros, supuesto calificado con mayor precisión como «autoría intelectual» por Díez Picazo –en «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», Madrid 1996, p. 35–. Como la protección del consumidor se articula frente a las cláusulas no negociadas particularmente –sean generales o no–, el concepto de condición general puede recuperar toda su pureza conceptual y

exigir ese uso generalizado que la Ley describe a partir de la finalidad del predisponente.

2.º Los requisitos para la incorporación de las condiciones generales al contrato, recogidos en el artículo 5 de la Ley, parten de la necesidad de aceptación por el adherente, lo cual supone la información expresa acerca de su existencia y la facilitación de un ejemplar de las mismas. Si el contrato no ha de formalizarse por escrito, se contemplan mecanismos para hacer constar dichas condiciones, orientados por la exigencia genérica de que se garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de celebrar el contrato. Pero además, esa incorporación exige que la redacción de las cláusulas generales se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez –artículos 5 y 7.b).

3.º El artículo 6 de la Ley establece los principios de prevalencia de la condición más beneficiosa para el adherente cuando exista contradicción entre las condiciones generales y particulares, y el de interpretación de las condiciones oscuras a favor del adherente. En este sentido, y puesto que la Ley no delimita correctamente la sanción aplicable a las cláusulas oscuras –el artículo 7.b las considera no incorporadas mientras que el 6.2 aplica el remedio de la interpretación *contra stipulatorem* incurriendo en notoria antinomia–, habrá que entender –como destaca Díez Picazo en el artículo anteriormente citado– que si este criterio interpretativo proporciona al adherente una protección suficiente se aplicará de manera prioritaria, acudiendo a la no incorporación –supuesto este que, por cierto, tampoco se diferencia suficientemente de la nulidad regulada en el artículo 8 del texto presentado– cuando las cláusulas sean, en palabras del prestigioso autor, «especialmente incomprensibles y no puedan salvarse mediante una interpretación correctora».

4.º Una de las soluciones más curiosas de la Ley consiste en la creación de un Registro de Condiciones Generales de la Contratación, al menos en la cabecera de cada Tribunal Superior de Justicia y puesto a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil. La inscripción de las condiciones generales en ese Registro es voluntaria –salvo que el Gobierno la imponga con carácter obligatorio para sectores específicos–. También se inscribirán en el mismo las ejecutorias en que se recojan sentencias estimatorias de las acciones individuales y colectivas reguladas por la Ley, cuya interposición será objeto de anotación preventiva al igual que la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general. El citado Registro será público, pudiendo solicitar la inscripción el predisponente. El adherente y los legitimados para interponer las acciones colectivas sólo pueden solicitar esa inscripción en los supuestos contemplados en el artículo 7.b) de la Ley. La facultad calificadora del Registrador no se extiende a la nulidad de las cláusulas, reservada a la autoridad judicial.

5.º Para defenderse de las condiciones generales que contradigan lo dispuesto en la Ley se contemplan los tradicionales controles conocidos por la doctrina como concreto y abstracto. El primero se opera mediante la acción ejercitada por el adherente de acuerdo con las reglas reguladoras de la nulidad contractual, y la sentencia estimatoria habrá de decidir entre la nulidad parcial –considerada como regla general según la redacción del artículo 10– o la ineficacia total del contrato, si la nulidad de las cláusulas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del contrato en los términos del artículo 1261 del Código Civil –artículo 9.2–.

Para el control abstracto se prevén las acciones de cesación, retractación y declarativa, cuyo objeto se regula en el artículo 12 de la Ley y para cuya promoción están legitimadas las entidades relacionadas en el artículo 16 de la misma. La acción declarativa es imprescriptible, pero las de cesación y retractación prescriben a los dos años desde la inscripción de las condiciones en el Registro. Sin embargo, las acciones prescritas «renacen» durante el año siguiente a la declaración firme de nulidad o no incorporación subsiguiente al ejercicio de una acción individual –artículo 19 de la Ley–. Resulta importante destacar que la sentencia dictada en recurso de casación –admisible siempre en las acciones colectivas cualquiera que sea su cuantía–, vinculará a todos los jueces en ulteriores procesos relativos a nulidad de cláusulas idénticas, una vez que constituya doctrina legal y siempre que se trate del mismo predisponente –artículo 20.4 de la norma presentada–. Además el fallo de las sentencias relativas a acciones colectivas, una vez firmes, puede ser publicado, junto con el texto de la cláusula afectada y por decisión judicial, en el BORM, en un periódico de mayor circulación de la provincia del Juzgado donde se dictó, o en ambos. Si prosperara una acción individual o colectiva, el Juez ordenará la inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Además el artículo 13 prevé que el Registrador emita un dictamen de conciliación no vinculante sobre la conformidad con la Ley de las cláusulas controvertidas, pero para ello las partes han de plantear la cuestión en un plazo de quince días hábiles. Parece que el *dies a quo* es el de la inscripción de la cláusula en el Registro –así se deduce de la Exposición de Motivos–, pero entonces no se entiende que el dictamen se refiera también a la acción declarativa, pues el objeto de la misma es, precisamente, reconocer una cláusula como condición general y promover su inscripción cuando ésta sea obligatoria.

6.º Los Notarios, Registradores y Corredores de Comercio, han de advertir sobre la aplicación de esta Ley. En especial se impone a los Notarios el deber de velar por el cumplimiento de los requisitos de incorporación en los documentos que autoricen y advertir de la obligatoriedad de la inscripción en los casos legalmente previstos, haciendo constar, en todo caso, el carácter de condiciones generales de las inscritas en el

Registro, o la manifestación en contrario de los contratantes –artículo 23 de la norma presentada–.

En cuanto al nivel especial de protección –aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios–, la Ley presentada viene a introducir algunas modificaciones en el contenido de la Ley 26/1984. Los aspectos más relevantes de esta reforma son los siguientes:

1.º Las condiciones generales contenidas en los contratos celebrados con los consumidores y usuarios quedan también sometidas a las prescripciones contenidas en la Ley respecto a aquéllas –o sea, que también resulta aplicable el que hemos llamado nivel general de protección–.

2.º Sin embargo, la protección dispensada a los consumidores no exige que las cláusulas tengan la condición de condiciones generales, bastando con que no hayan sido negociadas individualmente.

3.º Se introduce un nuevo artículo 10 *bis* en la Ley 26/1984. En dicho precepto se contiene una nueva definición abstracta de las «cláusulas abusivas», entendiéndose por tales: «Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Dichas cláusulas se consideran nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, integrándose la parte del contrato afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil.

En cuanto al criterio para decidir los supuestos en que la nulidad de las cláusulas abusivas puede conllevar la ineficacia total del contrato, la nueva regulación convierte el supuesto en algo mucho más excepcional, al otorgar al juez facultades moderadoras de los derechos y obligaciones de las partes cuando subsista el contrato. Así, solamente cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa que no pueda ser subsanada a través de dicha moderación se podrá declarar la ineficacia o nulidad total del contrato.

Además, siguiendo con las cláusulas abusivas, es importante destacar que la protección frente a las mismas se limita a los contratos celebrados con los consumidores y usuarios, que incumbe al profesional la prueba de que una determinada cláusula abusiva ha sido negociada individualmente, y que, junto a la definición abstracta, se incorpora una relación de concretas cláusulas abusivas –las extraídas de la Directiva y alguna otra cuyo carácter abusivo se ha considerado evidente–.

4.º La disposición adicional segunda de la norma presentada modifica los artículos 222, 253 y 258 de la Ley Hipotecaria con la finalidad de retocar las obligaciones profesionales de los Registradores de la Propiedad, adaptando las funciones de calificación, información y publicidad formal a la normativa sobre protección al consumidor, condiciones generales y protección de datos.

Especialmente interesante resulta la llamada al Registrador para que deniegue la inscripción de las cláusulas declaradas nulas según lo dis-

puesto en el párrafo segundo del artículo 10 *bis*, referido, como vimos, a las cláusulas abusivas. El problema planteado por este precepto es interesante, ya que no se sabe si el Registrador –que carece de competencia para calificar la nulidad de una condición general a efectos de su inscripción en el Registro de Condiciones Generales–, la tiene, en cambio, para calificar la nulidad de una cláusula por su carácter abusivo –tenga o no tenga el carácter de condición general–, a efectos de denegar su inscripción cuando se ha incorporado a un contrato con trascendencia inmobiliaria.

La respuesta afirmativa, entender que el Registrador de la Propiedad puede rechazar la inscripción de un documento por su carácter abusivo, plantea un problema: ¿inscribe el resto del clausulado o deniega la inscripción de todo el documento? Recordemos que las facultades de moderar los derechos y obligaciones de las partes, cuando el contrato haya de subsistir, se atribuye –por el nuevo artículo 10 *bis* 2– al Juez que declara la nulidad civil de la cláusula abusiva, pero que el Registrador no dispone de semejante facultad, que puede resultar imprescindible para reequilibrar el contrato.

Por el contrario, entender que el Registrador de la Propiedad sólo puede rechazar las cláusulas que hayan sido declaradas judicialmente como abusivas plantea otros problemas: el artículo 22 de la Ley impone la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de las sentencias que declaren la nulidad o no incorporación de dichas condiciones, pero el efecto vinculante sólo se predica expresa e inequívocamente de la sentencia recaída en recurso de casación, como consecuencia de acciones colectivas y que constituya doctrina legal, sin olvidar, además, que esa vinculación sólo se establece cuando se trate del mismo predisponente y respecto de los jueces. Demasiadas dudas para un tema tan trascendental y que, sin duda, comenzará pronto a plantear problemas, interpretativos de las condiciones generales

3. CONSUMIDORES Y USUARIOS. Se promulga su Estatuto en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares

Ley del Parlamento de las Islas Baleares 1/1998, de 10 de marzo («BOE» del 12 de mayo).

La presente disposición se dedica principalmente a regular la actuación administrativa que compete a la Comunidad Autónoma en relación con la defensa de los consumidores y usuarios, adecuando, además, esa actuación al contenido de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLVI, fascículo I, núm. 7–.

Entre las medidas adoptadas en la norma autonómica pueden citarse –como se indica en la propia exposición de motivos– la proclamación de una protección prioritaria para determinados colectivos, el establecimiento de un modelo único de hoja de reclamación, la regulación de la lengua a utilizar en la información facilitada al consumidor –imponiendo que figure, al menos, en alguna de las dos lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma y, si los datos de etiquetado tienen relevancia para la salud o seguridad y no son fácilmente inteligibles en la lengua autonómica, en la lengua oficial del Estado–, el fomento de la educación del consumidor –integrándola en el sistema ordinario de enseñanza–, la promoción de la participación de las asociaciones de consumidores y el apoyo de las instituciones públicas en el Sistema Arbitral de Consumo, y la creación de una red de oficinas de información al consumidor.

Además la Ley regula la actividad administrativa de control e inspección –incluyendo la imposición de medidas cautelares y la amonestación como medida represora de las infracciones menores– y, por último, contempla un completo régimen sancionador que busca el equilibrio entre el respeto al principio de proporcionalidad y la exigencia de que la imposición de las sanciones pecuniarias no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas, método que viene siendo moneda corriente en el Derecho Administrativo sancionador y que evita la necesidad de acudir a remedios de Derecho Privado tan insatisfactorios en el plano de la equidad como las llamadas «indemnizaciones compensatorias», calculadas no en atención al daño efectivamente causado sino a ese mismo daño multiplicado por la probabilidad estadística de que el dañante haya sido descubierto y condenado a su indemnización.

DERECHOS REALES

4. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se modifica el régimen del suelo y las valoraciones

Ley 6/1998, de 13 de abril («BOE» del 14).

a) Exposición:

Como se indica en su artículo 1, la presente disposición ha sido promulgada con la finalidad de definir el contenido básico del derecho de propiedad del suelo, regulando las condiciones que aseguren la igualdad esencial de su ejercicio en todo el territorio nacional. Más allá de la genérica proclamación de los derechos de los propietarios –que se hacen depender de la concreta clasificación urbanística de sus predios– y de sus deberes básicos –los tradicionales de ceder, distribuir equitativa-

mente los beneficios y cargas, costear y en su caso ejecutar la urbanización, y edificar los solares manteniéndolos en adecuado estado de conservación—, las novedades principales de la Ley presentada son las siguientes:

1.º En el apartado 4.3 de la Ley se admite la posibilidad de que en los supuestos de actuación pública la Administración promueva, en el marco de la legislación urbanística, la participación de la iniciativa privada aunque ésta no ostente la propiedad del suelo. Con ello se está otorgando carta de naturaleza a la figura del urbanizador de terrenos, surgida en la legislación valenciana.

2.º En relación con las clases de suelo, la Ley sólo contempla tres categorías: urbano, urbanizable y no urbanizable —o clases equivalentes reguladas por la legislación urbanística. Desaparece, al menos en teoría, la distinción entre suelo urbanizable programado y no programado, y también entre suelo no urbanizable común —el que no era clasificado expresamente como perteneciente a otra categoría— y suelo no urbanizable de especial protección —el calificado expresamente como tal por la concurrencia de circunstancias que hagan aconsejable su preservación. Además, el carácter residual que tenía el suelo no urbanizable común pasa a tenerlo ahora el suelo urbanizable —lo es todo el que no sea expresamente calificado como urbano o no urbanizable, mientras que el suelo no urbanizable ha de ser expresamente calificado como tal precisamente por estar sometido a un régimen especial de protección o por resultar aconsejable su preservación— con lo que pasa a asimilarse al suelo no urbanizable de especial protección de la legislación anterior.

3.º De acuerdo con el artículo 15, los propietarios de suelo urbanizable, además del derecho a usar, disfrutar y disponer de los terrenos conforme a la naturaleza rústica de los mismos, tienen derecho a promover su transformación instando de la Administración la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo, de conformidad con lo que establezca la legislación urbanística —autonómica, se entiende—. Sin embargo, ese derecho a promover la transformación o desarrollo urbanístico del suelo, tiene las siguientes peculiaridades:

— Según el artículo 16.1 de la Ley, si el suelo urbanizable en cuestión está incluido en ámbitos delimitados por el planeamiento general para su desarrollo urbanístico o se han establecido las condiciones para su desarrollo en ese planeamiento, pueden promoverse los planes de iniciativa particular inmediatamente y de acuerdo con esas directrices del planeamiento general —la sombra del suelo urbanizable programado es alargada y se proyecta sobre este supuesto de manera evidente—.

— Si no está incluido en tales ámbitos ni existen condiciones para su desarrollo a nivel de Plan general, el derecho se somete al requisito de que las Comunidades Autónomas regulen la tramitación, determinaciones y contenido de la documentación precisa para esa transformación. La

consulta vinculante, que aparecía en el proyecto gubernamental, se convierte –en el artículo 16.2 de la Ley estatal– en una llamada al legislador autonómico para que regule los efectos derivados del derecho de consulta de los propietarios sobre los criterios y previsiones de ordenación y las obras que habrán de realizar para asegurar la conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación proyectada –sin duda, porque otra regulación resultaría difícilmente compatible con las competencias autonómicas en materia de gestión urbanística, según la amplísima interpretación de tales competencias llevada a cabo por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/97–.

4.º En el trascendental apartado de las cesiones –que, junto con la universalización del carácter urbanizable, era una de las medidas orientadas a abaratar el suelo–, la ley establece la cesión en concepto de participación en plusvalías de un máximo del 10 por 100 del aprovechamiento correspondiente al propietario –pudiendo ser reducido ese porcentaje por la legislación autonómica–, así como de todo el suelo destinado a sistemas generales y dotaciones locales que se incluyan en el ámbito correspondiente a efectos de gestión. Los porcentajes de cesión en concepto de participación en plusvalías se aplican incluso a planes en ejecución, siempre que no se hubieran aprobado definitivamente los expedientes de equidistribución correspondientes –proyectos de compensación o reparcelación–.

Para evitar el déficit originado a las arcas municipales con tales medidas –y para impedir, de paso, que la medida abarate el suelo en modo alguno–, se afirma la posibilidad de que la legislación autonómica incluya dos medidas que, como observamos en estas páginas de Información Legislativa, vienen efectivamente contemplando todas las normas autonómicas que limitan al 10 por 100 la participación de la Comunidad en las plusvalías urbanísticas:

– La reducción de la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan al suelo cedido como participación en plusvalías –la tendencia es a eliminar esa participación totalmente, de modo que, en lugar del 15 por 100 sin urbanizar, la Administración obtenga el 10 por 100 pero ya urbanizado a cargo de los propietarios–.

– La cesión de todo el suelo destinado a sistemas generales que el planeamiento general incluya en el ámbito de gestión correspondiente; –nótese que los sistemas generales, por definición, están al servicio de todo el municipio, no de un ámbito de gestión concreto, y de ahí que no opere ese criterio limitador –el servicio de los propietarios que ceden suelo para instalar el sistema–.

5.º En el apartado relativo a las valoraciones, aplicables cualquiera que sea la finalidad que motive la expropiación, destaca la valoración del suelo no urbanizable por el método de comparación a partir de fincas aná-

logas y, sólo cuando tal método no sea utilizable, mediante la capitalización de las rentas reales o potenciales del suelo conforme a su estado en el momento de la valoración –artículo 26 de la Ley–.

– En relación con el suelo urbanizable, y como lógica consecuencia de la intrínseca debilidad de este «derecho a transformar urbanísticamente el suelo urbanizable» y de la permanencia latente del suelo urbanizable programado, el valor de esta clase de suelo a efectos expropiatorios se determina con los mismos criterios que el del suelo no urbanizable, salvo cuando se den las circunstancias contempladas en el artículo 16.1, en cuyo caso se aplicará al aprovechamiento urbanístico que le corresponda el valor básico de repercusión derivado de las ponencias catastrales, o, en su defecto, los valores derivados del método residual –artículo 27 de la Ley–.

– El valor del suelo urbano depende de que tenga urbanización consolidada o no: en el primer caso se aplica al aprovechamiento establecido por el planeamiento el valor de repercusión en parcela o calle de las ponencias catastrales o el obtenido por el método residual. En el segundo, el aprovechamiento de referencia es el del ámbito de gestión en que está incluido el terreno, con el límite del aprovechamiento resultante de la edificación existente cuando se trate de actuaciones de reforma o renovación urbana.

– Si no existe planeamiento o cuando ese planeamiento no atribuya aprovechamiento alguno al terreno no incluido en un determinado ámbito de gestión –caso de los terrenos destinados a sistemas generales–, el problema se resuelve considerando el aprovechamiento resultante de la media ponderada de los aprovechamientos, referidos al uso predominante, del polígono fiscal en que, a efectos catastrales esté incluido el mismo –artículo 29–.

– Puede observarse que la normativa descrita no aplica deducción alguna por razón del destino del suelo expropiado –el Texto Refundido de 1992 lo hacía cuando se trataba de terrenos destinados a sistemas generales o dotaciones locales–. Sin embargo sí que se contempla la deducción de los gastos de urbanización pendientes –artículo 30 de la Ley presentada–.

b) Comentario:

La presente disposición parece ser el resultado de una cierta obsesión por concluir una tarea legislativa iniciada desde una perspectiva y concluida bajo la influencia de dos hechos incontrovertibles: los Ayuntamientos no pueden ni quieren reducir los ingresos que obtienen a través de la actividad urbanística, y el Estado carece –al menos según el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo– de competencia sustancial alguna para regular este sector del ordenamiento, salvo en los aspectos relativos a la Expropiación Forzosa

y a la proclamación de genéricos y huecos deberes y derechos cuyo verdadero alcance dependerá siempre de los mecanismos de gestión —que parecen ser competencia autonómica—.

Puestas así las cosas, la inicial intención simplificadora del ordenamiento, reductora de cargas que encarecen el suelo, e incrementadora del suelo en oferta —mediante la «universalización» del suelo urbanizable—, ha concluido con la promulgación de una Ley retroactivamente aplicable y que se opone al contenido de normas autonómicas promulgadas tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 —con lo cual, lejos de clarificar el ordenamiento urbanístico agrava la situación de inseguridad jurídica, suponiendo, claro está, que eso sea posible—. Una Ley que, además, asume los niveles de cargas a que están sometidos los propietarios bajo el régimen anterior —se cede el 10 por 100 urbanizado en lugar del 15 por 100 sin urbanizar, y, además, todos los sistemas generales adscritos a un ámbito de gestión—. Y una Ley, que consagra la decisiva intervención administrativa en los procesos urbanísticos —admitiendo los planes de iniciativa particular o rechazándolos, sin una vía rápida para impugnar un rechazo improcedente y sin que pueda regularse por el legislador estatal esa etérea «consulta vinculante» para la Administración—.

Si a esto añadimos que no basta con calificar el suelo como urbanizable —porque tal cualidad depende, en la realidad, de la proximidad a los sistemas generales y a la potencial demanda—, que la intervención llevada a cabo en sede de valoraciones expropiatorias viene a encarecer tales operaciones, que el propietario de suelo tiene ahora el convencimiento psicológico de que su terreno es urbanizable y por lo tanto vale más —lo cual le lleva a pedir más dinero a un promotor que ha de soportar los mismos trámites que antes para su efectiva urbanización—, y que nos encontramos ante un mercado de bienes de primera necesidad con una endémica escasez relativa de oferta, no resulta raro el encarecimiento producido en el precio del suelo ante la reducción de los créditos hipotecarios: los constructores sustituyen a los bancos en la apropiación de esas cantidades, puesto que al incrementarse la demanda de edificaciones —no de suelo—, pueden elevar los precios.

Por poner un solo ejemplo de la contradicción latente entre la nueva Ley estatal y las competencias de gestión autonómicas, podemos referirnos a la valoración del suelo urbano con edificación consolidada: la diferencia existente entre los artículos 14.1 y 14.2 de la Ley estatal —que regula los deberes puestos a cargo de los propietarios de suelo urbano consolidado y no consolidado, respectivamente— parece abonar la exoneración de los primeros respecto de los deberes de ceder y equidistribuir. Lo mismo parece deducirse de la redacción dada al artículo 28.3 de la Ley presentada, según el cual el aprovechamiento de referencia para valorar el suelo urbano consolidado es el establecido por el plan para cada terreno concreto, o sea el aprovechamiento real que el Plan general atribuye

pormenorizadamente a cada parcela urbana, sea por aplicación de coeficientes de zona, sea por establecimiento de las condiciones fundamentales de la edificación (línea de edificabilidad y fondo, altura máxima, coeficiente de ocupación de suelo, etc.).

Esta interpretación lleva a entender que la Ley estatal prohíbe al Legislador autonómico el establecimiento de ámbitos de equidistribución en esta clase de suelo –por ejemplo, las áreas de reparto, contempladas en el Texto Refundido de 1992 y en numerosas normas autonómicas como mecanismo aplicable también al suelo urbano consolidado–, y ello porque tal establecimiento se ampara precisamente en los deberes de cesión y equidistribución –que se entienden aplicables a los dueños de suelo urbano consolidado–, y porque como consecuencia de la delimitación de dichos ámbitos no se atribuye a cada propietario de suelo el aprovechamiento contemplado por el Plan –que, por cierto, puede ser superior al efectivamente materializado y al permitido cuando nuestro propietario compró–, sino el que históricamente venía disfrutando la parcela o bien el resultante de aplicar a la misma el aprovechamiento medio o tipo del área de reparto o ámbito de equidistribución en que se incluya –solución, por cierto, que el Legislador estatal entiende correcta cuando, en el artículo 29 de la norma presentada, aplica un mecanismo similar para valorar los terrenos destinados a sistemas generales a los cuales, lógicamente, el plan vigente no atribuye aprovechamiento real alguno–.

Pero si la Ley estatal está prohibiendo la delimitación de áreas de reparto o ámbitos de equidistribución en suelo urbano consolidado, está afectando de manera fundamental a las facultades de gestión urbanística –que son rotundamente consideradas como competencia autonómica por la STC 61/1997–. Simplemente estará haciendo lo mismo que se hacía en el Texto Refundido de 1992, pero en sentido contrario –recuérdese que en dicha norma se obligaba a incluir todo el suelo urbano de los municipios en los cuales su regulación resultaba de aplicación plena, en una o varias áreas de reparto y que esas previsiones en concreto fueron consideradas inconstitucionales–. La interpretación respetuosa con las competencias autonómicas puede intentarse entendiendo que el principio de equidistribución es de aplicación general para los propietarios de toda clase de suelo –según se dispone en el artículo 5 de la Ley presentada–, que es a la norma autonómica a la que incumbe garantizar la satisfacción efectiva de ese principio, que el derecho a edificar de los propietarios de suelo urbano ha de ejercitarse «en las condiciones que en cada caso establezca la legislación urbanística» –artículo 13 de la Ley presentada–, y que el aprovechamiento base para valorar el suelo urbano consolidado es, al fin y al cabo, el «establecido por el planeamiento para cada terreno concreto», lo cual, puede interpretarse como el que resulte de la aplicación del aprovechamiento medio o tipo a la superficie de cada terreno concreto –aunque hemos de reconocer que la Ley parece referirse al aprovechamiento real

de la parcela—. Una Ley que proyecta dudas como la planteada, ¿realmente contribuye a clarificar el Derecho Urbanístico?

Centrándonos algo más en el Derecho Privado, resultan especialmente interesantes dos previsiones de la Ley presentada cuya conflictividad latente es mucho mayor que la delatada por su aparente intrascendencia, y que han sido abordados por López Fernández, en «La incidencia de la Ley 6/98 en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio», publicado en el número 161 de la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. La primera de ellas es la contenida en el artículo 21, dedicado a regular la tradicional subrogación *ex lege* de los adquirentes de terrenos en los compromisos asumidos por el transmitente —antes contemplada en el artículo 22 del Texto Refundido de 1992—: la subrogación se limita a los compromisos asumidos por el transmitente «con la Administración urbanística competente y hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales compromisos se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real»; en apariencia se trata de compatibilizar el principio hipotecario de fe pública con la subrogación del adquirente, pero la desafortunada redacción del precepto no permite saber, entre otras cosas, qué ha de entenderse por mutación jurídico-real —¿también la alteración de la estructura del objeto?—, ni si esa mutación ha de limitarse a la parcela que se transmite o puede extenderse a otras —por ejemplo, el compromiso de ceder o urbanizar otra parcela distinta de la que es objeto de transmisión—.

La segunda de las previsiones —contenida en el artículo 38 de la Ley presentada— prevé la suficiencia de la aprobación del documento de adjudicación de las futuras parcelas en que se hubiera concretado el pago en especie para proceder a la ocupación de las fincas expropiadas. López Fernández, en el artículo citado, señala que resulta difícil saber si el legislador se refiere a una parcela «futura» —o en formación— en el momento de aceptarse el pago en especie, pero que en el momento de adjudicarse ya está perfectamente definida e individualizada, o si se está asumiendo que la posibilidad de expropiar con pago en terrenos cuando media el acuerdo del expropiado —reconocida en el artículo 37 de la Ley presentada—, incluye la de expropiar mediante lo que no es más que el reconocimiento de un crédito a la futura y efectiva adjudicación de una parcela de determinadas características, cuestión que permitiría a la Administración Local endeudarse con infracción de la legislación reguladora de las Haciendas Locales y que resulta asumida y facilitada por la extensión del mecanismo de ocupación directa llevada a cabo, con dudosa legalidad e infracción del principio de especialidad, por el artículo 44 de las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario aprobadas mediante el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio —presentado en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo L, fascículo IV, disposición núm. 9—.

5. TELECOMUNICACIONES. Se establece su nueva regulación general

Ley 11/1998, de 24 de abril («BOE» del 26).

La presente disposición viene a incorporar los criterios establecidos por el Derecho Comunitario en relación con este sector, incorporando las sucesivas modificaciones operadas en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLI, fascículo I, núm. 4–, y el contenido de las leyes sectoriales que introdujeron un régimen distinto para determinados ámbitos como la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite o la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable. Pese a su denominación de Ley General, queda excluido de su ámbito de aplicación el régimen básico de radio y televisión, que habrá de regirse por las disposiciones vigentes salvo en los aspectos relativos a las infraestructuras de red usadas como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisión.

Inspirada en los principios de competencia, no discriminación y transparencia en la prestación de los servicios, la norma contempla un sistema de autorizaciones generales y licencias individuales para la prestación de servicios e instalación o explotación de redes que adapta nuestro esquema de concesiones y autorizaciones al régimen de otorgamiento de títulos habilitantes contemplado en las Directivas Comunitarias.

Para garantizar la protección del interés general en un mercado liberalizado se establecen –en el título III de la Ley– las llamadas obligaciones de servicio público, a cargo de explotadores de redes públicas y prestadores de servicios. Entre esas obligaciones destaca la inclusión de un servicio universal cuyo acceso se garantiza a todos los ciudadanos y cuyo contenido mínimo se recoge en el artículo 37, pudiendo ser ampliado por el Gobierno en función de la evolución tecnológica, la demanda, o consideraciones de política social o territorial.

En el capítulo II del Título III se regulan los siguientes derechos de los operadores titulares de licencias individuales para la instalación de redes públicas a los cuales les sean exigibles obligaciones de servicio público:

1.º Derecho a la ocupación del dominio público: Las autorizaciones oportunas habrán de concederse por las Administraciones titulares previo informe del órgano competente del Ministerio de Fomento y de acuerdo con condiciones y requisitos transparentes y no discriminatorios. Cuando se trate de dominio público local las autorizaciones deberán otorgarse de acuerdo con la legislación de régimen local y será obligatoria la canalización subterránea si así se estableciera en el planeamiento aprobado. Además se prevé la necesidad de que los órganos encargados de la redacción de instrumentos de planificación territorial recaben del Ministerio de Fomento

informe relativo a las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones, incluyendo las previsiones correspondientes en dichos instrumentos.

2.º Derecho a exigir la expropiación o la constitución de servidumbre sobre la propiedad privada cuando sea necesario para la instalación de la red: Los operadores tendrán la condición de beneficiarios en los expedientes que se tramiten y la aprobación del proyecto técnico por el Ministerio de Fomento llevará implícita la declaración de utilidad pública y de necesidad de ocupación, debiendo recabarse antes de dicha aprobación el informe de la Comunidad Autónoma competente en materia de ordenación del territorio. En el artículo 47 de la Ley se prevé un trámite para que, antes de la resolución del órgano competente autorizando la ocupación de bienes públicos o privados, otros operadores de redes públicas puedan manifestar su interés en la utilización compartida de dichos bienes, abonando para ello el precio que se fije por la utilización.

3.º También se contempla la posibilidad de que las normas de desarrollo de la Ley presentada impongan limitaciones y servidumbres para proporcionar protección radioeléctrica a las instalaciones referidas en el artículo 48.2 de la norma. Tales limitaciones y servidumbres habrán de respetar —cuando se establezcan por vía reglamentaria— los límites máximos contemplados en la disposición adicional tercera de la Ley, y podrán referirse a la altura máxima de los edificios y a la distancia mínima de industrias e instalaciones eléctricas de alta tensión, líneas férreas electrificadas, o transmisores radioeléctricos —con dichas previsiones legales se pretende satisfacer la reserva relativa de Ley establecida, en materia de propiedad, por la redacción conjunta de los artículos 33 y 53 de la Constitución Española—.

Además, la Ley adapta a la normativa comunitaria el régimen aplicable a la certificación de aparatos de telecomunicaciones y a la gestión del dominio público radioeléctrico. También distribuye las competencias entre los distintos entes de la Administración General del Estado y unifica el régimen de tasas y cánones aplicable a los servicios de telecomunicaciones. Otras previsiones de interés son la actualización del sistema de infracciones y sanciones, el establecimiento de un régimen de transición hacia el nuevo sistema para los títulos habilitantes otorgados al amparo de la normativa hasta ahora vigente, o la autorización al Gobierno para dictar un texto refundido de las normas relativas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y a la televisión y radiodifusión.

6. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se adoptan medidas urgentes en materia de Suelo y Urbanismo en Madrid

Ley de la Asamblea de Madrid 20/1997, de 15 de julio («BOE» del 7 de mayo de 1998).

La presente disposición, como otras de las cuales venimos dando cuenta en las páginas de Información Legislativa pero publicada en el

«B. O. E.» con un retraso mucho más notable, pretende resolver la grave inseguridad jurídica producida por la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 1997. Sus líneas generales son las siguientes:

1.^a La delimitación de áreas de reparto de beneficios y cargas se configura como necesaria en suelo urbanizable y potestativa en suelo urbano, sin diferenciar, en este último caso, entre suelo urbano sistemático y asistemático. Los criterios para tal delimitación coinciden con los que establecía la regulación estatal declarada inconstitucional.

2.^a Se contemplan las transferencias de aprovechamientos urbanísticos como mecanismo de gestión para las actuaciones asistemáticas en suelo urbano incluido en áreas de reparto —con la finalidad de equilibrar la edificabilidad o aprovechamiento real de los solares con el resultante de aplicar el aprovechamiento-tipo correspondiente—. La regulación de estas operaciones coincide también, en sus líneas generales, con la que se contenía en la normativa estatal afectada por la Resolución del Tribunal Constitucional, si bien la actuación mediadora de la Administración está regulada más deficientemente y no se contempla la existencia de un Registro Municipal de Transferencias de Aprovechamientos, derivándose los mecanismos de intervención administrativa precisos para hacer viables estas operaciones a lo que se establezca a nivel de planeamiento.

3.^a Los aprovechamientos urbanísticos susceptibles de apropiación son los siguientes:

— En suelo urbano asistemático —es decir, no incluido en una unidad de ejecución—: el resultante de aplicar el aprovechamiento-tipo si se han delimitado áreas de reparto, o el resultante de la aplicación directa de las determinaciones del planeamiento si dichas áreas no han sido delimitadas.

— En suelo urbano incluido en una unidad de ejecución y en suelo urbanizable: el resultante de aplicar a la superficie del terreno el 90 por 100 del aprovechamiento-tipo del área de reparto en la que se encuentre incluido, y, de no estar incluido en áreas de reparto, el 90 por 100 del aprovechamiento medio de la unidad de ejecución o del sector —según se trate, respectivamente, de suelo urbano o urbanizable—.

4.^a En cuanto al Derecho Transitorio, hay que decir que los planes definitivamente aprobados se ejecutarán o continuarán ejecutando conforme a lo dispuesto en la Ley presentada sin necesidad de adaptación alguna, manteniéndose en su integridad las determinaciones ya ejecutadas en el momento de su entrada en vigor y los convenios urbanísticos ya formalizados. Los planes cuya aprobación inicial o provisional se haya producido entre el 25 de abril de 1997 y la entrada en vigor de la Ley presentada habrán de adaptarse a la misma, pero si tales aprobaciones recayeran antes, continuarán tramitándose y se aprobarán según la normativa aplicada para la aprobación inicial —excepto en lo relativo a las áreas de

reparto y aprovechamiento-tipo en suelo urbano, donde se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley—.

— Uno de los aspectos más discutibles de la Ley, a primera vista incompatible con el contenido de la Ley estatal 6/98, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones —presentada en estas mismas páginas de Información Legislativa—, es la aplicación de los porcentajes de aprovechamientos contemplados en la legislación estatal declarada inconstitucional —75 ó 60 por 100 del aprovechamiento-tipo del área de reparto correspondiente, según se encuentren situados en suelo urbano o urbanizable para las actuaciones expropiatorias relativas a terrenos destinados a sistemas generales, dotaciones locales o usos de interés social, dado que, según la Ley presentada, tales porcentajes son aplicables siempre que se trate de la ejecución de planes aprobados o en tramitación a la entrada en vigor de la Ley presentada y, al parecer, con independencia de que aún no haya sido fijado definitivamente el justiprecio en vía administrativa.

5.^a En cuanto a los deberes de cesión impuestos a los propietarios, la norma presentada sigue la misma tendencia marcada por las Comunidades Autónomas gobernadas por el Partido Popular: la reducción del porcentaje de cesión a la Administración en concepto de participación en plusvalías desde el 15 al 10 por 100 se convierte en dogma indiscutible, pero se compensa más que sobradamente a las Corporaciones locales estableciendo en el artículo 8.3 que: «La Administración no participará en los gastos de urbanización correspondientes al porcentaje de aprovechamientos que le corresponda en concepto de recuperación de plusvalías», y en el artículo 1.3.a) que: «En suelo urbano podrán ser incluidos los terrenos destinados a sistemas generales adscritos a, o incluidos en él». En resumen: la administración recibe un 10 por 100 de suelo urbanizado a costa de los propietarios en lugar de un 15 por 100 cuya urbanización ha de costear, y los suelos destinados a sistemas generales —cuyo aprovechamiento lucrativo es cero pero cuya superficie suele ser elevada— reducen el coeficiente aplicable para calcular el aprovechamiento susceptible de apropiación privada.

DERECHO DE FAMILIA

7. MENORES. Se regula su protección en La Rioja

Ley de la Diputación General de La Rioja 4/1998, de 18 de marzo («BOE» del 2 de abril).

La presente disposición autonómica pretende, de acuerdo con su artículo primero, establecer los derechos del menor y regular el procedimiento de la declaración de desamparo y las restantes medidas de pro-

tección reconocidas en la legislación estatal y autonómica. En este sentido viene a desarrollar el contenido de otras normas generales, en especial de la ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados artículos del Código Civil en materia de adopción y acogimiento –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLI, fascículo I, núm. 6–, y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero; de Protección Jurídica del Menor –presentada por Ramos Charro en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLIX, fascículo II, núm. 1–.

El contenido concreto de la norma incluye, en su capítulo primero, el innecesario reconocimiento de una serie de derechos del menor que ya están consagrados en la Constitución y en otras normas estatales e internacionales, incluyéndose las prohibiciones relativas a las imágenes, mensajes, publicaciones y materiales audiovisuales que sean contrarios a los derechos fundamentales o inciten a la violencia y delincuencia. También se incluye una relación abierta de las medidas de protección que pueden ser aplicadas a las situaciones de riesgo y las causas de su cesación.

Los siguientes capítulos de la Ley desarrollan la regulación relativa a la prevención de situaciones de riesgo y el apoyo familiar, la situación de desamparo y la tutela, la guarda, el acogimiento familiar, los aspectos competenciales relativos a la adopción de menores –incluida la internacional–, el procedimiento administrativo aplicable al acogimiento y la adopción, el acogimiento residencial y, por último, el régimen sancionador aplicable a las conductas consideradas como infracciones a la Ley.

En relación con la situación de desamparo, resulta especialmente destacable el establecimiento de una relación de circunstancias determinantes del mismo que se cierra con una cláusula general quizá demasiado amplia, dado que incluye «cualquier forma de incumplimiento o ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos por las leyes para guarda y educación de los menores» –artículo 45.3.g) de la norma presentada–. No obstante, la regulación de los procedimientos a seguir en la aplicación de las medidas de protección resulta coherente con la preocupación manifestada en la Exposición de Motivos por garantizar los derechos de los sujetos interesados en los mismos, evitando la inseguridad jurídica y la indefensión.

DERECHO MERCANTIL

8. BANCO DE ESPAÑA. Se modifica su Ley reguladora

Ley 12/1998, de 28 de abril («BOE» del 29).

La presente disposición viene a modificar la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLVII, fascículo III,

núm. 11–, con la finalidad de garantizar la integración del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales, reconociendo las potestades del Banco Central Europeo en la definición de la política monetaria del área del euro y las facultades de la Comunidad Europea en relación con la política de tipo de cambio.

En relación con la potestad normativa del Banco de España, resulta interesante la distinción terminológica entre las circulares monetarias, que guardan relación con el ejercicio de las funciones previstas en los artículos 7.3 y 15 de la Ley 13/1994 –según la nueva redacción dada a los mismos por la norma presentada–, y las demás circulares, dictadas para el adecuado ejercicio del resto de las competencias atribuidas al Banco de España. Ambas clases de disposiciones han de publicarse en el «Boletín Oficial del Estado» y entran en vigor de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 2 del Código Civil, no resultándoles aplicable el trámite previsto en el artículo 24 de la Ley 60/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo LI, fascículo I, núm. 1–, pero en la tramitación de las circulares se exige que sean oídos los sectores interesados.

9. TITULIZACIÓN DE ACTIVOS. Regulación de los fondos y las sociedades gestoras de los mismos

Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo («BOE» del 15 de mayo).

La norma objeto de presentación ha sido promulgada al amparo de la habilitación contenida en la Ley 3/1994, de 14 de abril, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLVII, fascículo III, núm. 8–, y responde a las necesidades derivadas de la progresiva difusión del mecanismo financiero consistente en la titulización de derechos de crédito, inicialmente circunscrito a los créditos hipotecarios y posteriormente extendido a los derivados de operaciones de arrendamiento financiero y, en general, de las actividades de las pequeñas y medianas empresas, sin olvidar la modalidad específica de los fondos de titulización de la moratoria nuclear, contemplados en la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional.

El esquema normativo adoptado en el presente Real Decreto se mantiene fiel al esquema fiduciario, según el cual el fondo es un patrimonio separado sin personalidad jurídica cuya constitución, administración y representación legal –así como la representación y defensa de los intereses de los titulares de los valores emitidos con cargo a los Fondos– vienen atribuidos a una sociedad gestora, sometida a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y cuyo objeto social, obliga-

ciones y procedimiento de autorización, vienen regulados en el Capítulo II de la norma presentada.

Las principales notas configuradoras del régimen jurídico de los fondos son las siguientes:

1.^a El activo de los fondos puede integrar activos financieros u otros derechos, admitiéndose la cesión al fondo de créditos presentes y futuros, siempre que constituyan ingresos o cobros de magnitud conocida o estimada y que su transmisión se formalice contractualmente, probando, de forma inequívoca, la cesión de la titularidad.

2.^a En relación con el pasivo, la regla general es su financiación mediante valores de renta fija negociables en un mercado secundario organizado y cuyo riesgo financiero haya sido previamente calificado y conste en el folleto de emisión y la publicidad del fondo. No obstante, se admite la financiación a través de préstamos concedidos por entidades de crédito siempre que la primera fuente represente más del 50 por 100 del pasivo, salvo que se acredite, en el momento de constituirse el fondo, la concurrencia de causas que justifiquen un porcentaje menor de financiación mediante valores. Además se regula un tipo específico de pasivos constituido por las aportaciones de inversores institucionales, a los cuales les corresponderá el remanente que, en su caso, pueda quedar con ocasión de la liquidación del fondo. Por último, y con objeto de proteger a los inversores, la Comisión Nacional del Mercado de Valores puede condicionar la oferta pública de ciertos pasivos a que únicamente puedan ser adquiridos por inversores institucionales.

3.^a La norma contempla la posibilidad de que se constituyan dos modalidades de fondos: los cerrados –que se caracterizan por la imposibilidad de modificar el activo o el pasivo una vez constituidos–, y los abiertos –llamados a posibilitar la titulización de flujos a corto y medio plazo y en los cuales tanto activo como pasivo pueden ser modificados en alguna de las formas establecidas por el artículo 4 del Real Decreto–.

4.^a Los requisitos subjetivos, objetivos y formales que se exigen para la cesión de créditos a un fondo de titulización vienen desarrollados en el artículo 2.2 de la norma presentada. Entre ellos podemos destacar los siguientes:

- La cesión ha de ser plena, incondicionada y por la totalidad del plazo restante hasta el vencimiento.

- El cedente no puede conceder ninguna garantía al cesionario ni asegurar el buen fin de la operación.

- Salvo pacto en contrario, el cedente conservará la administración y gestión del crédito cedido.

- La cesión habrá de formalizarse en documento contractual que acredite el negocio.

OTRAS DISPOSICIONES**10. MONOPOLIO DEL TABACO. Se procede a una nueva regulación del sector**

Ley 13/1998, de 4 de mayo («BOE» del 5).

Mediante la presente disposición se procede a suprimir los monopolios de fabricación, importación y comercio al por mayor para las labores de tabaco no procedentes de los Estados Miembros de la Unión Europea, extendiendo a los terceros países el régimen existente para los productos comunitarios desde la entrada en vigor de la Ley 38/1985, de 22 de noviembre –presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XXXIX, fascículo I, núm. 22–. Las líneas generales de la regulación contenida en la Ley objeto de presentación son las siguientes:

1.º Se mantiene el monopolio del comercio al por menor de labores de tabaco a favor del Estado a través de la Red de Expendedurías de Tabaco y Timbre, por considerarse un instrumento fundamental habida cuenta de los intereses tributarios, aduaneros, y de los consumidores que se implican en la distribución del tabaco.

2.º Se prohíbe la realización de actividades promocionales por fabricantes, importadores o mayoristas a los expendedores de tabaco y timbre o a los puntos autorizados para la venta con recargo, al efecto de evitar cualquier presión contraria a los principios sanitarios que presiden la lucha contra el tabaquismo.

3.º Se establece que el acceso a la titularidad de una expendeduría ha de realizarse previa convocatoria de concurso con bases no discriminatorias, objetivas y transparentes basadas en criterios comerciales, de rentabilidad, de servicio público, de población y de distancias entre expendedurías.

4.º Se crea el Comisionado para el Mercado de Tabacos como Organismo autónomo que sustituye a la Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos. Las funciones de dicho organismo son reguladoras y de vigilancia, para salvaguardar la aplicación de la libre competencia efectiva entre los operadores del sector, y también de interlocución y relación con dichos operadores y las organizaciones que les representen.

5.º Por último, se procede a la tipificación de las infracciones por violación de los preceptos contenidos en la Ley y se establecen las sanciones aplicables a su comisión, sin incidir en las infracciones contenidas en normas de otro carácter aplicables al sector y sin que la Ley presentada venga a alterar, en modo alguno, la legislación vigente en materia de publicidad y venta de tabacos ni la Ley Orgánica 12/1985, de Represión del Contrabando.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar: *El derecho moral del autor (Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Colección Estudios de Derecho Privado, ed. Comares, Granada, 1998, 441 pp.

La autora de esta monografía, ya en el primer apartado de introducción, bajo el epígrafe «plan general de la obra», pone de manifiesto no sólo cuál va a ser la estructura del trabajo que presenta, sino que también nos descubre brevemente y avanza los interrogantes de difícil solución a los que se enfrenta. Una manifestación de los mismos es el de si el derecho moral se extingue o se transmite en su conjunto tras la muerte del autor. Cuestión que encuentra respuesta en la primera parte, capítulo tercero. Inicia así la obra con una fórmula que lleva necesariamente al placer de leer. El lector se introduce en un trabajo donde se abordan múltiples cuestiones que se van resolviendo a lo largo de este trabajo, en el que se ponen de manifiesto cómo en algunas ocasiones las soluciones que se venían admitiendo no son irrefutables y la incidencia que tiene el que se asuman fórmulas dogmáticas que llevan a respuestas miméticas.

Ello no sucede en este estudio, en el que nada se da por supuesto. Así, cada uno de los fundamentos que se asumen provienen de una exposición clara de las distintas opiniones doctrinales y del conocimiento de los textos positivos implicados, al objeto de obtener solución a los problemas que la autora va planteando.

También, cuando ello es posible, se atiende a la doctrina jurisprudencial, ya sea española, francesa o italiana. A su vez, cabe destacar la capacidad crítica que late en el trabajo y la búsqueda de una coherencia que en ocasiones es difícil de lograr. Esta afirmación se hace más patente en el objeto de estudio elegido.

Un repaso no exhaustivo por cada uno de los capítulos que integran esta monografía avalan lo que anteriormente he expuesto.

En la primera parte, y dentro de la introducción a la que ya he hecho referencia, de forma breve y clara, se ponen de manifiesto las opiniones mantenidas por las tesis monista y dualista, al objeto de proporcionar un instrumento (entre otros que se advierten en los sucesivos capítulos) de interpretación de las normas reguladoras del derecho moral tras la muerte del autor. Se advierte que la Ley de Propiedad Intelectual española parece mantener una concepción dualista, pero desleída o inconsecuente, y ello se refleja en los preceptos relativos a la transmisión y el ejercicio de los derechos morales *post mortem*.

También en la primera parte, se aborda la duración del derecho moral y la transmisión de los derechos de autor. En relación con la primera de las cuestiones, se parte del artículo 14 de nuestro texto legal y se compara con la regulación de otras legislaciones europeas, con el fin de constatar la disparidad existente y la fórmula que se acoge en el artículo 6 *bis* del Convenio de Berna. Nos encon-

tramos ante una enumeración de los denominados derechos morales, cuyo régimen jurídico no es uniforme. Así, unos se extinguen transcurridos setenta años tras la muerte del autor; otros, con su propia muerte y de dos de ellos: derecho de paternidad y de integridad, se predica su perpetuidad atendiendo a lo que disponen los artículos 15.1 y 41 de la Ley de Propiedad Intelectual española. La autora, en esta ocasión, nuevamente efectúa un repaso sobre las distintas opiniones doctrinales en torno a cuál sea la justificación de esa predicada perpetuidad, para concluir que se trata de preservar el interés cultural o el patrimonio cultural y que la defensa de esos derechos, que se entienden como perpetuos, adolece en la realidad de efectividad en el marco legal del derecho de autor. Ello le lleva a establecer un cierto paralelismo, aunque advirtiendo también otras deficiencias que surgirían, con la protección que existe en el marco legal de la Ley de Patrimonio Histórico y la Ley Orgánica de Protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, en cuanto al ejercicio de las acciones cuando el lesionado ha fallecido.

En esta misma línea de problemas, se destacan las peculiaridades que reviste el derecho de divulgación. A este respecto, la relación entre el artículo 15.2 y 40 permite afirmar que, si bien su duración es de setenta años *post mortem*, los derechohabientes tienen un poder limitado en virtud de la intervención judicial, que se contempla en el citado artículo 40.

La transmisión de los derechos de autor se estructura en dos apartados. Uno referido a los derechos patrimoniales y otro a los derechos morales. En el primero de ellos, se diferencia la transmisión *inter vivos* y la *mortis causa*. Se entra a conocer el alcance del término cesión dentro de nuestra Ley de Propiedad Intelectual (arts. 42 a 57) y su naturaleza jurídica, así como si cabe la enajenación del derecho patrimonial mediante negocio *inter vivos*. La solución dada a este último interrogante es la negativa a la posibilidad de venta y, seguidamente, se enlaza con el apartado referido a los principios básicos de la transmisión patrimonial en sede de la Ley de Propiedad Intelectual y que difieren del derecho general de los contratos (arts. 43 y 51 LPI).

Respecto de la transmisión *mortis causa* de los derechos patrimoniales, se parte del artículo 42, en el que se reconoce esta transmisión de los derechos de explotación. Es esa referencia a los derechos de explotación lo que lleva a preguntarse si se transmiten otros derechos de carácter económico que no se integran en los de la explotación. Éste es el caso de la remuneración compensatoria (art. 25 LPI) y el denominado *droit de suite* (art. 24 LPI).

Dentro de este ámbito patrimonial, se plantea la autora la cuestión de si la voluntad del autor, una vez que éste ha fallecido, puede ser efectiva al objeto de impedir que su obra tenga determinadas utilizaciones incardinadas en los derechos de explotación. Cuestión que se resuelve acudiendo a los artículos 781 y 785 CC.

La primera parte de la monografía, enlazando con la transmisión *mortis causa*, se cierra con el capítulo referido a la transmisibilidad del derecho moral de autor. En él se estudian los artículos 15, 16 y 40. En esta ocasión, la letra de la Ley encierra dudas en torno a si los derechos morales que perviven tras la muerte del autor son transmisibles, ya que, literalmente, el artículo 15 habla de ejercicio de los derechos mencionados. Al objeto de resolver si hay o no transmisión, se realiza un estudio de otras disposiciones legales como el artículo 121.1 de la Ley francesa, el parágrafo 28 de la Ley alemana, artículos 23 y 24 de la Ley

italiana. Junto a ello, se recuerda el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de protección al honor, intimidad e imagen y se exponen la distintas teorías y soluciones dadas por la doctrina nacional y de los países citados, acudiendo, siempre que es posible, a la solución ofrecida por los tribunales. La respuesta viene instrumentalizada, a su vez, por la búsqueda del interés protegido, y por la observación de quiénes son los sujetos a los que se remite la Ley para el ejercicio de esos derechos morales. Así, se llega a la conclusión de que los citados derechos se extinguen y que la legitimación de los sujetos mencionados en los artículos 15 y 16 de la Ley responde a situaciones de poder distintas. El que está legitimado, porque fue designado por el autor, tiene una posición similar al albacea, los herederos reciben *ex novo* un derecho similar al del autor y las entidades públicas, su posibilidad de actuación se corresponde con la noción de potestad.

La segunda parte se inicia y enlaza directamente con los sujetos a los que se refieren los citados artículos 15 y 16. A lo largo de los capítulos cuarto, quinto y sexto, se estudia el supuesto de ejercicio de los derechos morales tras la muerte del autor por los sujetos a los que se refieren las normas anteriormente mencionadas. A lo largo de estos tres capítulos, se aprecia la gran minuciosidad con la que la autora ha trabajado y la exhaustividad del trabajo al ir trasladando en cada caso no sólo las dificultades propias del derecho de autor, sino también las de nuestro Derecho sucesorio a cada cuestión planteada. Así, en primer término, se atiende al supuesto en que el autor haya confiado expresamente a una persona natural o jurídica por disposición de última voluntad el ejercicio de los derechos de paternidad, integridad y divulgación.

Como en todos los casos posteriores, y como ya se advierte en la primera parte, el último de los derechos citados tiene un régimen peculiar. Se afirma que en este caso se está ante un ejercicio funcional de las facultades morales. De ahí que se adentre en el estudio de la naturaleza jurídica de esa misión y se pregunte acerca de cuáles son las reglas a las que tiene que someterse esa misión.

Tomando como punto de partida el de que nuestra ley asume el criterio básico de la voluntad del difunto (art. 15.1), pasa a estudiar la naturaleza jurídica para concluir que la figura más próxima a la que describe el artículo 15 es la del albacea. A esta conclusión se llega no sólo una vez que se exponen las distintas opiniones de la doctrina española y extranjera, sino tras reconocer cuáles son los puntos débiles de esta afirmación y las críticas que pueden derivarse. Por ello, realiza un repaso por las normas reguladoras del albaceazgo y del mandato. En definitiva, la similitud se reconduce a la función que efectúa el albacea y el sujeto al que el autor encomienda el ejercicio de determinados derechos para cuando él haya fallecido.

También se estudian los requisitos de legitimación, la capacidad que se requiere para llevar a efecto esa encomienda, cuál debe ser el régimen en el supuesto de que se designe a una pluralidad de sujetos y si cabe la remoción, como en el supuesto del albacea.

Esquema análogo al descrito se sigue en el caso de que el ejercicio de los derechos a los que se hace referencia corresponda a los herederos, según la terminología del artículo 15.1 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual. El cúmulo de cuestiones que se suceden en este apartado y que se enlazan con las tradicionales de nuestro Derecho sucesorio resaltan la trascendencia del objeto de estudio elegido. Desde la perspectiva concreta del texto regulador de la propiedad intelectual, el primer tema que se plantea la autora es el de cuáles son las razo-

nes que justifican el llamamiento a los herederos del autor y hasta dónde alcanza el llamamiento. Aún más: si la tesis que se mantiene es que los derechos morales se extinguen por la muerte del autor, ¿por qué se efectúa este llamamiento en el artículo 15.1 de nuestra Ley?

A través del estudio del Derecho comparado y enlazando estos interrogantes con la primera parte de la monografía dedicada a la transmisibilidad o no de los derechos morales, la autora manifiesta que los intereses personales del difunto no necesitan la figura del heredero para quedar debidamente protegidos y que el artículo 15 no es propiamente un sistema sucesorio.

Entrando en el ámbito propio del Derecho de sucesiones, surgen nuevos interrogantes: ¿cabe el llamamiento a determinados parientes con independencia de que sean herederos? Se plasma la polémica de si son o no herederos los legitimarios, las dudas que se arguyen respecto a si el cónyuge viudo puede ser entendido como heredero cuando su legítima se concreta en un derecho de usufructo, qué ocurre cuando en el testamento el autor satisface la legítima del legitimario por vía de legado. Es decir, ¿entran en el artículo 15 aquellos legitimarios en los que no se da la condición de heredero por voluntad del autor y les nombra en su testamento por vía de legado para satisfacer la legítima? Así mismo, se cuestiona si entran en esa condición de heredero, a la que alude el artículo 15, el legatario de parte alícuota o qué hacer cuando la herencia está toda ella distribuida en legados.

Este cúmulo de interrogantes es sólo una muestra de otros muchos que van surgiendo al hilo del Derecho de sucesiones y que llevan al estudio de los artículos, entre otros, 930, 834, 807, 851 CC. Igualmente, se plantea la autora si el heredero al que se atiende en la Ley de propiedad intelectual es sólo el directo del causante y no el de la segunda o ulterior generación. La respuesta la encuentra en la interpretación del artículo 16: no tendría sentido dicho precepto si en el término heredero del artículo se incluyeran los herederos del heredero.

Igualmente, dentro del apartado dedicado a los herederos, estudia la autora los criterios de actuación en el caso de que existan una pluralidad de herederos. En él insiste en la diferencia que se da según el ejercicio se corresponda con los derechos de paternidad e integridad o con el de divulgación que deviene más complejo.

Los últimos sujetos legitimados para el ejercicio de los derechos a los que se viene haciendo referencia, son las entidades públicas del artículo 16 de nuestra Ley, cuyo estudio se asemeja, en cuanto a la estructura, a los supuestos tratados anteriormente. Se busca el fundamento de esta legitimación legal y se traslada al papel que juega el interés público en la protección del derecho moral de autor. Se recuerda en este sentido no sólo la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 (art. 27), sino también los artículos 44, 148.17 y 149.2 CE. Se está ante una potestad de carácter público.

El texto de la Ley de Propiedad Intelectual atribuye el ejercicio de esas facultades morales a las entidades públicas y no a otras. Sin embargo, se cuestiona la autora si es admisible la legitimación de otros sujetos cuando la obra ha caído en el dominio público. En la búsqueda de una solución a este interrogante se acude especialmente al estudio de la legislación francesa, artículos 121.3 y 133.1, así como de su doctrina y jurisprudencia. Seguidamente, entra a conocer cuáles son los presupuestos para la legitimación, centrándose en el aspecto que más dificultades puede ofrecer, como es el del ignorado paradero de los herederos.

ros y qué sucederá en aquellos casos en los que intervienen las entidades públicas y aparece la persona que estaba legitimada. Se entiende que decae la legitimación que venían ostentando estas entidades, pero ¿qué solución dar respecto de lo actuado por ellas? Finalmente, se cierra este apartado reconociendo cuáles son los problemas prácticos respecto de la legitimación de las citadas entidades.

Una vez abordado el estudio de los sujetos a quienes se les reconoce por ley el ejercicio de los derechos morales subsistentes tras la muerte del autor, la autora se ocupa de los derechos morales de paternidad, integridad y divulgación (capítulos 7 a 9). Es común en el objeto del estudio de estos tres derechos o facultades morales el conocer cómo quedan configurados tras la muerte del autor. Para ello, previamente se atiende a cada uno de ellos y a su régimen jurídico en vida del autor. Con esta fórmula se hacen más perceptibles las modificaciones que acontecen tras el fallecimiento de su titular.

Posteriormente, la monografía se cierra con un capítulo dedicado a la indemnización por la lesión del derecho moral tras la muerte del autor.

Como se decía, se estudian separadamente cada una de las facultades morales que perviven tras la muerte del autor, siendo diverso el régimen respecto del denominado derecho de divulgación frente al derecho de integridad y de paternidad.

El primero de los derechos que se estudia es el derecho a la integridad, contemplado en el artículo 14.4 LPI. Por una parte, se observa su configuración en vida del autor y se efectúa una comparación entre el régimen recogido en el artículo 6 *bis* del Convenio de Berna y el texto español. Así mismo, el estudio comparativo se extiende a otras legislaciones cercanas a la nuestra. Con esta fórmula se pone de manifiesto que el límite al ejercicio de este derecho difiere en el sistema español y el francés. En nuestra ley se hace referencia, para que exista atentado a este derecho, a que se menoscaben los legítimos intereses de los autores o su reputación. En el ámbito convencional, el límite se encuentra en que se cause perjuicio al honor o reputación del autor.

El primer problema es determinar cuándo una modificación o alteración de la obra protegida lleva a perjudicar los legítimos intereses y cuándo no. Se diferencia así entre cambios que suponen una modificación sustancial y cambios que implican la transformación, tras un estudio detallado de la doctrina, se manifiesta que la modificación será sustancial cuando es susceptible de transmitir un sentido diferente al que el autor buscaba con su obra.

Posteriormente, se estudia este derecho en relación con los contratos de explotación y al hecho de que, con ocasión de ellos, puedan producirse atentados a este derecho. El máximo de fidelidad a la obra se plasma en sede de edición (art. 41 LPI) y de representación teatral (art. 78.2); la cara opuesta en el ámbito contractual será la del contrato de transformación.

Se critica por la autora el segundo límite al que alude nuestro artículo 14, referido al menoscabo a la reputación del autor, porque puede suceder que se mejore una obra sin consentimiento del autor y no por ello dejará de existir un atentado al derecho moral, ya que se pueden perjudicar los legítimos intereses del autor. Así mismo, se destaca la relevancia de la voluntad del autor para excluir la lesión del derecho moral, estableciéndose un paralelismo con la Ley Orgánica de Protección del Honor.

Igualmente importante es el estudio que se realiza en el derecho a la integridad y su relación con el derecho de propiedad. Se abordan las peculiaridades que

se producen cuando se enajena una obra plástica y la relación derecho moral y derecho del adquirente. Los problemas que se derivan de la destrucción de la obra. Es en esta sede donde se recogen todas las sentencias de Audiencias y del Tribunal Supremo español que existen al respecto, sin olvidar casos famosos de los tribunales franceses e italianos.

El panorama que se describe se ceñía al momento en que vivía el autor, seguidamente la autora se ocupa del momento *post mortem*. Respecto de él manifiesta unas pautas que deben de ser tomadas en consideración, como son que este derecho se predica como temporalmente ilimitado, la protección del interés social en la obra y que desaparece el derecho de modificación de la obra que correspondía al autor ya fallecido. En esta ocasión, nuevamente se hace preciso recurrir a la Ley Orgánica de Protección al Honor, a efectos de solucionar la cuestión de si se puede actuar o no tras la muerte del autor cuando la modificación de su obra se efectuó estando vivo y el mismo guardó silencio frente a esa alteración. La voluntad del autor es observada desde múltiples vertientes; entre ellas, baste citar el supuesto en el que el autor haya ordenado que se destruya su obra. Al objeto de solucionar el problema se recurre a la Ley 16/85 de Patrimonio Histórico (art. 36) y el predicado interés social.

Se cierra el capítulo haciendo referencia a aquellas modificaciones que son admisibles tras la muerte del autor, piénsese en la restauración de una obra.

El segundo derecho moral es el de la paternidad, que se describe en el artículo 14.3 como el derecho a exigir que se le reconozca al autor su condición de tal. Ahora bien, las manifestaciones de este derecho no se agotan aquí. Se incluye dentro de su órbita la posibilidad del seudónimo y del anonimato, así como la posibilidad de que el autor desee revelar su identidad (art. 14.2). Entre los aspectos más conflictivos está el de la revelación de la identidad una vez muerto el autor y la identificación del autor en la divulgación.

El problema de la revelación *post mortem* se centra en determinar si esa revelación se incluye en el artículo 14.2 de nuestra Ley o si es reconducible al 14.3 del mismo texto legal.

Si se incluye en el primer precepto, el derecho se extingue con la muerte del autor; si consideramos que la revelación de la identidad forma parte de la condición de autor del 14.3, no tiene lugar la extinción. A su vez, la respuesta incide en cuanto a la duración del plazo de protección de los derechos de explotación. Así, el artículo 27.1 de nuestra ley dispone, respecto de estos derechos, que en las obras anónimas o seudónimas el plazo es de setenta años desde su divulgación. Sin embargo, si antes de ese plazo se conoce el autor, bien porque el seudónimo «no deje dudas sobre su identidad, bien porque el mismo autor la revele», el plazo se computa desde la muerte o declaración de fallecimiento del autor.

El último de los derechos morales objeto de estudio es el de divulgación. Éste es el que más peculiaridades presenta desde la perspectiva de su ejercicio *mortis causa*. Su duración se limita a setenta años *post mortem* y los derechohabientes tienen limitado su ejercicio si existe interés social en acceder a la obra, junto a ello, las dificultades también provienen de su conexión con el derecho patrimonial. Su estudio se estructura en tres apartados. Uno referido a cómo se configura y ejerce en vida del autor, otro el relativo a los problemas tras su muerte (art. 40 LPI) y, el último, que atiende a la divulgación de la obra inacabada.

En primer término, se atiende a los elementos que integran este derecho y se recurre al artículo 4 de nuestra ley, en el que se define como la facultad de deci-

dir si su obra ha de ser hecha accesible al público o no. Esta facultad le corresponde exclusivamente al autor (art. 14 LPI). Éste sería el aspecto positivo del derecho. La vertiente negativa se encuentra en el inédito. En tanto vive el autor, la discrecionalidad del derecho se hace patente, siempre que no se entre en el ámbito de los contratos, en los que sí es posible que esa voluntad pueda llevar al abuso del derecho.

Cuestión importante es conocer cuándo se agota este derecho en vida del autor y la respuesta que se nos ofrece es que para ello es preciso que la obra haya accedido efectivamente y por primera vez al público con consentimiento del autor. A este respecto, se plantea el caso de venta de obra y cómo no siempre ese acto dispositivo supone divulgación.

Desde la perspectiva de este derecho, una vez fallecido el autor, se nos revelan dos aspectos que ponen de manifiesto la transformación del derecho. Así se introduce el interés general como límite al ejercicio de este derecho por los denominados derechohabientes y la diferencia más trascendental se da respecto del derecho de inédito. Se destaca cómo ese límite del interés general que opera en nuestro derecho difiere de la forma en que el mismo es contemplado por la Ley francesa que influyó en nuestra regulación. Ciertamente, en ambas legislaciones se permite la divulgación por la intervención del Juez. Sin embargo, en el caso galo el Juez interviene cuando de forma abusiva los representantes del autor determinan la divulgación o no de la obra (121.3). En la regulación española, contenida en el artículo 40, la intervención del Juez es ajena a los intereses del autor. De ahí que se pregunte la autora hasta qué punto sería posible desconocer la prohibición de divulgar impuesta por el autor.

Otro aspecto destacable del presente trabajo es el referido a la divulgación de la obra inacabada. Este supuesto, primero es observado desde un punto de vista general o global para luego hacer referencia a supuestos especiales. Desde la perspectiva primera, como en los apartados anteriores, en primer lugar se hace una incursión hacia el momento en el que el autor vive y, posteriormente, se atiende a la fase en la que el mismo ya ha fallecido, al objeto de resaltar las diferencias. La autora manifiesta que la obra, aunque no esté acabada, se protege por el derecho de autor y ello se reconoce desde el pórtico de nuestra ley (art. 1). El problema será el de determinar cuándo se considera que una obra ha sido creada. Posteriormente, se explica la protección y, para ello, se acude a dos preceptos concretos de la Ley francesa y la Ley italiana.

El primero de ellos (111.2) declara que la divulgación de la obra inacabada sin el consentimiento del autor no sólo es un atentado el derecho de divulgación, sino también al de la integridad, en la medida en que con esa divulgación se ofrece una imagen deformada de la obra. Desde el enfoque de la Ley italiana de Derechos de autor (el art. 121.2) y refiriéndose al contrato de edición, se postula una protección similar.

En vida, el autor no tiene que manifestar una prohibición para la no divulgación, ya que se trata de una decisión que a él sólo compete.

Fallecido el autor, la situación sufre modificaciones. Sin embargo, el supuesto de la obra inacabada parece que debe ser distinto del caso de la obra finalizada y que los principios también serán diferentes. Asimismo, es preciso distinguir el caso en que el autor no lleva a término la obra por propia voluntad del supuesto en que no la finaliza por imposibilidad, como es el caso de la muerte. Partiendo de estas dos hipótesis, la autora manifiesta que, en el primer caso,

prima la voluntad del autor sobre el interés social, aunque, con su meticulosidad acostumbrada, manifiesta que más cuestionable es esta respuesta cuando la obra haya caído en el dominio público. En cuanto a la segunda hipótesis, en la que al autor le ha sobrevenido la muerte, considera que la no intervención de la voluntad del autor en cuanto a la no finalización de la obra hace pensar en la licitud de que la misma sea accesible al público. Aunque cabe que los derechohabientes del autor se opongan a ello, por entender que se afecta la reputación del autor fallecido. Todas estas cuestiones enlazan, a su vez, con la posibilidad de que la obra inconclusa sea finalizada y con los supuestos especiales que se plantean en relación con la obra audiovisual (art. 91 LPI) y el contrato de obra cuya sede se encuentra en los artículos 1588 y siguientes CC.

Finaliza la monografía atendiendo a la indemnización que se deriva por lesión del derecho moral tras la muerte del autor. El estudio aborda en qué medida un atentado contra estos derechos da lugar a la indemnización, si daño moral equivale a lesión del derecho moral de autor, la posibilidad de acudir a la acción de cesación y quiénes son los beneficiarios de la misma. A estos aspectos se suma la cuestión de si se justifica la indemnización una vez que el autor ha fallecido, planteándose la autora la viabilidad de la acción y quiénes son los destinatarios. A este fin se distingue según el atentado se haya producido en vida del autor o tras su fallecimiento.

Se establece un paralelismo, para el primer caso, entre este supuesto y el contemplado en la Ley Orgánica de Protección al Honor, y la indemnización se entiende comprendida en el haber hereditario. La solución deviene distinta para la segunda de las hipótesis planteadas, ya que se enlaza necesariamente con quiénes sean los sujetos a quienes corresponde el ejercicio de este derecho *post mortem*. Así, si estamos ante la persona que el autor hubiera designado para el ejercicio del derecho tras su muerte o ante las entidades públicas a las que se refiere la ley, éstas no actuarían en interés propio sino del autor, en un caso, o de la colectividad. La conclusión es que no son beneficiarias de la indemnización.

En último término, se estudia la posibilidad de que el atentado al derecho moral entrañe al tiempo una lesión de los derechos de explotación. En cuanto a la lesión del derecho patrimonial, la indemnización que de ella se derive pasará a los titulares de tal derecho, con independencia de lo que suceda con la indemnización del daño moral producido.

Este repaso por algunos de los temas y problemas que, encadenadamente, se plantea la autora no representa sino una muestra de otros muchos que se recogen en las páginas de esta monografía. Ello, no es sino una constatación del esfuerzo y del serio trabajo que se encierra, en esta obra. Ninguna cuestión, por muy ardua que sea ha sido eludida. Así como tampoco se han obviado las tesis doctrinales en los aspectos más discutidos, el manejo de los textos legales nacionales y extranjeros que aporten soluciones y la jurisprudencia extranjera, junto con la propia, en las ocasiones que se cuenta con ella. La claridad expositiva en cada uno de sus apartados, que encierra una virtud pero que, en ocasiones, entraña mayores riesgos y que es plausible.

Nazareth PÉREZ DE CASTRO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Alcalá

DÍAZ ROMERO, María del Rosario: *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1997, 267 pp.

La liquidación del estado posesorio es una cuestión eminentemente práctica, que requiere un estudio detallado. Ese estudio puede realizarse tanto desde la óptica del análisis de los distintos preceptos aplicables, como desde la perspectiva de los distintos supuestos de hecho que pueden desembocar en un conflicto de intereses entre el poseedor vencido y el vencedor en la posesión. María del Rosario Díaz Romero ha desarrollado este trabajo conjugando ambas líneas de investigación. El resultado es esta monografía, que no puede dejar de calificarse como sistemática y doctrinal. De la obra merecen mención, al menos, dos aspectos: la ya citada sistemática, realmente meritoria dada la multiplicidad de normas y de supuestos de hecho que se manejan en ella y que la autora consigue ordenar de modo admirable, y, de otro lado, la coherencia con que se extrae y aplica una serie de principios en orden a resolver los conflictos en materia de gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio.

La monografía es bipartita. En la primera parte, el estudio es más teórico. Se dedica a la definición de los conceptos de gastos y mejoras, matizando sus múltiples modalidades, y al análisis de la finalidad y fundamento de los preceptos que regulan la materia en el contexto de la liquidación posesoria (arts. 453 ss. CC). En la segunda parte, la autora despliega toda la casuística que da lugar a situaciones de liquidación posesoria, ordena los supuestos y estudia el régimen aplicable. En cuanto a éste último, unas veces se aplicarán las reglas generales, que, a juicio de la autora, están contenidas en sede de posesión (arts. 453 ss. CC); otras veces, reglas especiales; y, en muchos casos, será posible acudir a soluciones intermedias o en las que el régimen posesorio se aplica subsidiariamente, como régimen común.

Ésta es la primera observación que hace la autora: las reglas posesorias *son la base o fondo común en el que coinciden o del que han partido todas las disposiciones específicas, en su caso, de determinadas materias*, tanto si se encuentran recogidas en el CC como si lo están en leyes posteriores especiales (p. 3). Viene, a continuación, la definición de conceptos y el análisis de las normas a que nos referíamos antes, con la consiguiente elaboración de criterios y reglas de aplicación. A juicio de la autora, el concepto de gasto abarca tanto la inversión de capital como el esfuerzo personal o la actividad humana que sería susceptible de remuneración (p. 4). En cuanto a las mejoras, comprende este concepto tanto la actividad mejorativa humana (que puede calificarse –señala– de acto jurídico) o de la naturaleza o el tiempo, como el resultado de esa actividad o la ventaja patrimonial estable (hecho jurídico) (pp. 6-9). Estos conceptos son distintos de otras figuras que, a juicio de la doctora Díaz Romero, son afines, tales como la accesión (aunque podría incluirse en el concepto de mejora, p. 13), o la adición (figura relevante en Italia, no en España, donde se incluye en el concepto de mejora, p. 13). En cuanto a la clasificación de los gastos y mejoras, la autora opta por emplear un criterio de funcionalidad, que lleva a agruparlos en *necesarios, útiles y suntuarias*, y a los que se une la categoría de *sociales*, apuntada –indica– por la doctrina actual (p. 15).

En el segundo capítulo de la primera parte, entramos en el estudio detallado de los artículos 453 ss. CC, reguladores de la liquidación del estado posesorio. A partir de estos preceptos la autora extrae una serie de reglas generales. Define los gastos necesarios como los *hechos para la conservación de la cosa* (art. 455 CC; p. 18), y distingue, dentro de ellos, entre los gastos ordinarios (los relacionados con el uso y disfrute de la cosa, que quedan excluidos de la aplicación del art. 453 CC; pp. 19 y 34-35) y los extraordinarios (dedicados a la conservación y reparación de la cosa; p. 23), que reciben distinto tratamiento. La autora se detiene en diversos tipos de gastos que pueden calificarse de necesarios, para detallar el régimen que les corresponde (por ejemplo, gastos civiles, gastos dirigidos a conservar el valor económico o el mantenimiento de la función...). El derecho al abono de estos gastos necesarios, cuando exista (en la monografía se especifican las circunstancias), tiene su fundamento, señala la doctora Díaz Romero, en el principio general que prohíbe el enriquecimiento injusto (p. 35). Se trata, a su juicio, de una deuda de valor que es más de enriquecimiento que indemnizatoria, por lo que debe actualizarse en el momento en que se fije la cuantía (p. 44).

En el mismo capítulo, que es extenso, se definen el concepto, los tipos y el régimen jurídico de las mejoras útiles. Estos gastos útiles son, señala la autora, siguiendo al profesor Miquel, aquellos que incrementan *la rentabilidad o productividad de la cosa, y por ello aumentan su valor desde el punto de vista de la función económica a que está destinada. También son los que aumenten su valor en venta si la cosa estaba destinada a ser vendida, aunque no aumenten su productividad* (p. 49). En orden al distinto tratamiento que reciben el poseedor de buena fe y el de mala fe y que han realizado este tipo de gastos, la autora señala como fundamento del derecho al abono de los mismos no sólo el principio del enriquecimiento sin causa, sino también y sobretodo el principio de protección de la buena fe (pp. 53-54). Esto justifica que no se le reconozca ese derecho al poseedor de mala fe. La posición de la autora acerca del tratamiento jurídico de este último supuesto, es desfavorable para quien poseyó de mala fe, en el sentido de que manifiesta su oposición a otras posturas que intentan flexibilizar ese régimen alegando motivos de carácter económico-social... (pp. 55-56; en relación al *ius tollendi*, que la autora niega al poseedor de mala fe, pp. 57-59). Sin embargo, si el poseedor fuera de buena fe, no sólo reconoce la autora la justicia de la opción que le ofrece el CC en orden a la liquidación, sino que trata además de ampliar las posibilidades, apuntando hacia la facultad de ejercicio del *ius tollendi* (pp. 63-66). De otro lado, se trata con precisión el régimen de las mejoras útiles civiles al distinguir diversas hipótesis de extinción de hipotecas (pp. 66-68).

La autora trata, también en el capítulo al que nos venimos refiriendo, de las mejoras suntuarias o de lujo y recreo, de las mejoras sociales, y de las provenientes de la naturaleza o del tiempo. En relación con las primeras, explica que esas mejoras suntuarias no son abonables porque prima el principio de la accesión (y, por tanto, la protección del interés del vencedor en la posesión, a quien no se puede obligar al abono de unos gastos que no son ni útiles ni necesarios, pp. 74 y 79). No obstante, el mejorante puede ejercitar el *ius tollendi*, es decir, puede retirar la mejora cuando esto no suponga un detrimento de la cosa mejorada, facultad que se reconoce con independencia de la buena o mala fe del mejorante. Y, si bien el tenor literal del CC pudiera llevar a que en algún caso

saliera más beneficiado el poseedor de mala fe que el de buena fe cuando, para evitar el *ius tollendi*, opte el vencedor en la posesión por abonar el importe de los gastos, la autora sostiene, siguiendo a Lacruz, que siendo de buena fe, debe aplicársele siempre el régimen más favorable, aunque éste resulte ser en ocasiones el tipificado para el poseedor de mala fe (p. 82). En cuanto a las mejoras sociales, que aparecen en leyes especiales, opina la autora que podrían incluirse entre las útiles, aunque se cataloguen como figura autónoma (pp. 84-85). Las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo se atribuyen siempre al poseedor de la cosa, puesto que no hay un enriquecimiento injusto sino que se trata de accesiones naturales (pp. 85-87). En cualquier caso, el abono de las mejoras, cuando proceda, requiere la prueba de la subsistencia del resultado mejoraticio en el momento en que se restituye la posesión (pp. 90-94). El derecho al abono de los gastos queda garantizado por otro derecho, de retención (pp. 94 ss.).

La segunda parte de la monografía se dedica al análisis casuístico, es más práctica. El régimen general de la liquidación del estado posesorio, sostiene la autora, es derecho común de las liquidaciones posesorias cualquiera que sea su origen, y por esta razón no encuentra inconveniente alguno para que se extienda su aplicación, no sólo a situaciones de derechos reales, sino también cuando tratamos del Derecho de las obligaciones (pp. 108-110). Para el estudio sistemático de todas esas situaciones de liquidación que pueden presentarse, la doctora Díaz Romero las ha clasificado en dos grandes grupos, según fuera el poseedor en concepto de dueño o no, teniendo en cuenta también el origen de la posesión (el mero *ius possessionis* o bien un *ius possidendi*).

Habiendo sido la posesión en concepto de dueño, se analizan los supuestos del cobro de lo indebido, los poseedores con título que deviene ineficaz por defecto inicial o sobrevenido (nulidad y anulabilidad del contrato, rescisión, resolución y cumplimiento de condición resolutoria y suspensiva, saneamiento por evicción y redhibición de la venta, retracto, revocación de donaciones, reaparición del declarado fallecido, condición potestativa del heredero, nulidad de la delación, reducción del legado inoficioso, y, en general, cualquier otro tipo de ineficacia en materia sucesoria), las situaciones de posesión sucesiva (sustitución fideicomisaria e institución de heredero a término, reserva viudal, y reserva lineal o troncal y reversión lineal), partición hereditaria, y compraventa (la obligación de conservar del art. 1094 CC y la obligación de entregar la cosa con sus accesorios según el art. 1097 CC).

Si la posesión hubiera sido en concepto distinto del de dueño, también se abre en la monografía un amplio abanico de posibilidades, cuyo tratamiento se analiza, como antes, caso por caso: la situación de precario, la extinción de situaciones en las que se había cedido temporalmente la posesión (reaparición del ausente, usufructo, arrendamiento, comodato, depósito y prenda), y, por último, la imposición testamentaria.

A través del estudio de todos estos supuestos, se va delineando el orden de aplicación del régimen común (arts. 453 ss. CC), así como su ámbito, a la vez que se analizan los distintos preceptos previstos con carácter especial para situaciones concretas. Los criterios que pueden extraerse a partir de ese análisis, quedan plasmados a modo de síntesis en un último apartado de *Consideraciones finales*, que enriquece, a modo de cierre valioso, la monografía. A mi juicio, es justo felicitar a María del Rosario Díaz Romero por la extensa labor de investi-

gación realizada, que ha dado lugar a esta obra tan sistemática y ordenada que facilitará, sin duda, criterios suficientes que contribuyan a solucionar los distintos casos de liquidación del estado posesorio, especialmente en lo que se refiere a los gastos y mejoras.

Carmen JEREZ DELGADO

PLAZA PENADÉS, Javier: *El derecho de autor y su protección en el artículo 20.1.b) de la Constitución*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 407 pp.

A quienes no se encuentren muy familiarizados con la literatura española sobre propiedad intelectual, puede llamarles la atención el título de esta monografía, pues resulta sin duda chocante proclamar la protección en el artículo 20.1.b) de la Constitución Española (CE) de una materia, como es el derecho de autor, que se halla conocidamente regulada desde hace años mediante una ley ordinaria.

En efecto, a nadie escapa que hacer radicar la fundamentación constitucional del derecho de autor en el artículo 20.1.b) CE, tendría como probable consecuencia la inconstitucionalidad, cuando menos parcial, de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), dado que su carácter ordinario contravendría el mandato que se deriva del artículo 81 CE. Pese a todo, esta primera consecuencia podría neutralizarse si, como propone Plaza Penadés (pp. 264-265), se atiende a la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) acerca del carácter orgánico de las leyes, a saber: para merecer tal carácter no basta con que una disciplina legal afecte a un derecho fundamental, sino que es preciso que desarrolle directamente los elementos esenciales del mismo. Dado que, en el mejor de los casos –es decir, para los partidarios de hacer radicar la protección constitucional del derecho de autor en el artículo 20.1.b) CE–, sólo una pequeña parte de la materia que regula la LPI es desarrollo directo de dicho derecho fundamental, resultaría de todo punto desaconsejable congelar su rango.

Junto a la anterior, señala Plaza Penadés una segunda consecuencia derivada de ubicar la sede constitucional del derecho de autor en el artículo 20.1.b) CE (p. 185). Y es que, de conformidad con el artículo 53.2 CE, cabría entonces la posibilidad de articular su protección por medio, primero, de un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en última instancia a través del recurso de amparo ante el TC.

Sea como fuere, el hecho es que el legislador evitó dar a la LPI el rango de ley orgánica. Posteriormente el TC –al que no le han faltado oportunidades para hacerlo– ha declinado pronunciarse sobre el tema. Ello, en lugar de ser interpretado unánimemente como una expresión de su aquiescencia hacia el rango de la Ley, ha propiciado la aparición de una corriente doctrinal favorable a fundamentar el derecho de autor, o parte del mismo, en el artículo 20.1.b) CE. Las tesis de Plaza Penadés se inscribirían dentro de esa corriente.

La monografía se estructura en tres partes. En la primera se analizan, por un lado la evolución histórica, y por otro la naturaleza jurídica del derecho de autor. Los objetivos que se marca Plaza Penadés difieren sustancialmente en uno y otro caso.

Con el análisis de la evolución histórica, como él mismo señala, no pretende describir sin más las distintas etapas en la evolución del derecho de autor, sino ante todo demostrar «que la preocupación por la defensa de los intereses personales o morales ha estado siempre presente en la mente de los distintos autores, con independencia de su mayor o menor reconocimiento en el orden jurídico» (p. 44). Sin duda es éste un propósito ambicioso. Es obvio que, con carácter previo al reconocimiento de ciertos derechos morales en la revisión del Convenio de Berna (CRB), que tuvo lugar en Roma en el año 1928, se había ido gestando un estado de opinión doctrinal y jurisprudencial al respecto. En este sentido, me parece correcto traer a colación algunos de los fallos emanados de tribunales franceses, o las opiniones de teóricos como Gierke (pp. 90-93). Considero, sin embargo, bastante más arriesgado defender que también durante la etapa de los privilegios de impresión, o en los primeros compases de la protección del derecho de autor como un derecho subjetivo, se hallaba presente una clara preocupación por los intereses morales de los autores (pp. 86-89).

Por lo que se refiere al examen de la naturaleza jurídica del derecho de autor, Plaza Penadés confiesa que su única pretensión es la de repasar algunas de las más importantes teorías formuladas al respecto, con el ánimo de destacar los aciertos de cada una y descubrir su grado de influencia en la legislación actual (p. 105). El estudio de la naturaleza jurídica le lleva a reflexionar, de forma especialmente intensa, sobre el debate en torno al carácter monista o dualista del contenido del derecho de autor, es decir, en torno al carácter homogéneo o heterogéneo de las facultades que lo integran.

En este último aspecto, Plaza Penadés maneja un importante grado de eclecticismo (pp. 172-173), que se complace mal con sus tesis de fondo. En efecto, si —como afirma en su conclusión VII (p. 383)— algunas de las facultades que integran el derecho moral de autor tienen su sede constitucional en el artículo 20.1.b) CE, ello determinaría —según creo— una separación lo suficientemente irreconciliable entre facultades morales y patrimoniales como para sostener cualquier concepción dogmática distinta del dualismo.

El tema principal de la monografía comienza a centrarse a partir de la segunda parte del libro. Seis son los aspectos examinados en ella, de todos los cuales se quiere extraer la conveniencia de entender protegido el derecho de autor en el artículo 20.1.b) CE: la protección del derecho de autor en los Convenios internacionales, y señaladamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); el reconocimiento del derecho de autor en constituciones de otros países; los trámites parlamentarios relativos a la gestación del artículo 20.1.b) CE; la interpretación jurisprudencial del mismo; la interpretación doctrinal del mismo; el problema del carácter orgánico de la LPI.

El artículo 27.2 DUDH prescribe la salvaguarda de los intereses, morales y materiales, que correspondan a toda persona por razón de las producciones literarias, científicas o artísticas de que sea autora. Se trata de un precepto sistemáticamente invocado por los partidarios de encuadrar el derecho de autor en el artículo 20.1.b) CE, a fin de respaldar sus argumentos. En el caso de Plaza Penadés, sin embargo, tal invocación se presenta, en gran medida, como algo

inocuo. De hecho, en su conclusión I (p. 379) sostiene que el artículo 27.2 DUDH «debe guiar *cualquier interpretación* sobre la protección constitucional del derecho de autor» [la cursiva es mía].

Frente a esta conclusión, sucede que el artículo 10.2 CE ordena tener en cuenta la DUDH para interpretar las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales y libertades, es decir, que no serviría para interpretar el artículo 33 CE, caso de que se considerase (como consideramos algunos) que allí radica la protección constitucional del derecho de autor. ¿Debe tenerse en cuenta, entonces, para interpretar el 20.1.b) CE? De hacerse así, se estaría juzgando que el contenido de ambas normas es coincidente, lo cual representa una primaria tarea interpretativa que, desde mi punto de vista, supone forzar excesivamente la literalidad del artículo 20.1.b) CE.

En todo caso, más allá del mandato del 10.2 CE, lo cierto es que el artículo 27.2 DUDH obliga porque forma parte del ordenamiento jurídico español. Lo importante, por tanto, no es si tal precepto sirve o no para interpretar el artículo 20.1.b) CE. Lo importante es que su mandato se cumpla. Y no me cabe duda de que en España se cumple, por más que la LPI sea una ley ordinaria y la sede constitucional del derecho de autor se ubique en el artículo 33 LPI. Baste, si no, comprobar las exigencias que, según Plaza Penadés, se derivan del 27.2 DUDH (pp. 193-194), y dígase honestamente si tales exigencias no están perfectamente salvaguardadas de conformidad con nuestra normativa actual sobre derecho de autor. ¿A qué, pues, postular la necesidad de su ubicación en el artículo 20.1.b) CE?

En cuanto al reconocimiento del derecho de autor en las constituciones de otros países, no debe olvidarse que lo que Plaza Penadés trata fundamentalmente de combatir no es la opinión de que el derecho de autor carezca *por completo* de reconocimiento constitucional, sino la de que su protección sea la misma que corresponde a la propiedad ordinaria. Por eso, mejor que certificar el reconocimiento que se produce en las constituciones de Estados Unidos, Argentina, Venezuela, Brasil o «algunos *Länder* de Alemania» (pp. 197-198), hubiera sido ahondar en aquellos sistemas en los que la protección constitucional del derecho de autor se escinde en diversos preceptos, que es lo que en definitiva viene a sostener el autor de esta monografía. En particular, ése parece ser el caso alemán. Lo que ocurre es que, tal y como Plaza Penadés lo refiere (p. 200), no termina de quedar claro en qué medida se trata de una interpretación propia, de una construcción de Hubmann y algún otro representante de la doctrina alemana, o de una conclusión alcanzada por el TC alemán. Se echa en falta un examen de las decisiones de este órgano a las que Plaza Penadés alude, sin citarlas, en una nota a pie de página. En conjunto, no creo que del estudio comparativo realizado por Plaza Penadés se deduzca de manera incontestable que, en España, la sede más lógica para el derecho de autor, o para algunas de las facultades que lo integran, sea el artículo 20.1.b) CE.

La tramitación parlamentaria del artículo 20.1.b) CE es el siguiente de los elementos que Plaza Penadés aporta para apuntalar su tesis. Especialmente caro le resulta al autor de la monografía el texto que rezaba en el artículo 20.2 del Anteproyecto de Constitución, cuya literalidad aparece mucho más próxima a sus posiciones. Por eso pormenoriza el rechazo de las enmiendas que a dicho precepto se propusieron, pero atribuye a razones sistemáticas sin trascendencia el abandono de la redacción que originariamente poseía, para seguidamente subra-

yar que «el verdadero significado del derecho a la creación y producción intelectual (...) debe encontrarse en la redacción originaria del texto del Anteproyecto» (p. 204). Lo que es más, del texto del Anteproyecto deduce que en el ánimo de los redactores de la Constitución estaba el constitucionalizar tan sólo aquellos derechos de propiedad intelectual inherentes al autor, lo que por cierto considera acorde con lo preceptuado en el artículo 27.2 DUDH. ¿Quiere decir con esto que los intereses materiales de los autores –de los que también habla el artículo 27.2 DUDH– tendrían igualmente su fundamento constitucional en el artículo 20.1.b) CE? Volveré sobre esta inaceptable (pero lógica) consecuencia más adelante.

En el apartado relativo a la interpretación judicial del artículo 20.1.b) CE, son objeto de análisis las muy conocidas Resoluciones del Tribunal Supremo (TS) –de 21 de julio de 1965 y 9 de diciembre de 1985– y del TC –35/1987, de 18 de marzo– recaídas en el caso del escultor Pablo Serrano, así como la sentencia del TS, de 3 de junio de 1991. Ni qué decir tiene que la primera de todas estas Resoluciones, aunque importante para comprender la problemática del caso Serrano, queda en realidad al margen de la cuestión que se trata de resolver, por cuanto recayó con anterioridad a la promulgación de la CE.

De la del año 1985 se examinan separadamente los aspectos de forma y los de fondo. Por lo que respecta a los primeros, Plaza Penadés nos convence de que no fue acertada la decisión del Alto Tribunal cuando rechazó la posibilidad de proteger en la vía civil, mediante el procedimiento regulado en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (LPJDFP), el derecho recogido en el artículo 20.1.b) CE (pp. 213-222). Lo que, por otra parte, no significa que en dicho artículo radique la sede constitucional del derecho de autor.

En cuanto a los aspectos de fondo (pp. 224-228), Plaza Penadés se muestra perplejo ante la distinción que el TS trazó entre la libertad para crear o producir obras, y el derecho que surge sobre el resultado de tales actividades de creación o producción. Le parece inaceptable fijar el momento de la creación intelectual como frontera entre sendos bienes jurídicos. Su perplejidad no es en absoluto compatible, pues resulta evidente que los poderes públicos –a quienes, no se olvide, va primariamente dirigido el mandato del artículo 20.1.b) CE– pueden recortar con sus actuaciones el ámbito de libertad que los creadores intelectuales necesitan para desarrollar su actividad (*v. gr.*, promoviendo o vetando ciertas formas, géneros o temas de creación).

Las opiniones vertidas por el Magistrado Fernández Rodríguez en su voto particular a la sentencia, de 9 de diciembre de 1985, se hallan más próximas a la postura defendida por Plaza Penadés. Para aquel Magistrado el artículo 20.1.b) CE constitucionaliza el *núcleo esencial* del derecho de autor a la protección de sus intereses morales y patrimoniales. Plaza Penadés opina que dicho «núcleo esencial» equivale a lo que la LPI llama en su Exposición de Motivos «núcleo esencial del objeto de la presente Ley». Sin embargo, me temo que la expresión está utilizada, en ambos casos, con acepciones bien diferentes. A lo que el legislador ha querido referirse con la expresión «núcleo esencial» es a los derechos de autor (regulados en el Libro I de la LPI), por oposición a los otros derechos de propiedad intelectual (regulados en el Libro II de la misma), fundamentalmente los de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores fonográficos y audiovisuales y entidades de radiodifusión. Por otro lado, no se comprende que Plaza

Penadés suscriba aquí esta interpretación cuando más adelante va a proponer que el objeto de protección del artículo 20.1.b) CE se extienda a los artistas, en la medida en que también éstos son titulares de algunas facultades de índole moral (p. 363).

En relación con las diversas teorías doctrinales que se han formulado a propósito del contenido que quepa atribuir al artículo 20.1.b) CE, Plaza Penadés las agrupa en tres grandes conjuntos: el primero de ellos sería el de quienes defienden que el derecho a la creación y producción intelectual del artículo 20.1.b) CE es un derecho de libertad, ligado a la más genérica libertad de expresión, y por lo tanto netamente distinto del derecho de autor; en segundo lugar, está el grupo de los que consideran que todo el derecho de autor está íntegramente protegido en el artículo 20.1.b) CE; por último, aparece el sector doctrinal partidario de escindir en dos la protección constitucional del derecho de autor, de manera que en el artículo 20.1.b) CE radicaría el fundamento de los derechos morales, y en el 33 CE el de los derechos de índole patrimonial.

Como era previsible, los argumentos esgrimidos por los autores pertenecientes al primer grupo son meticulosamente rebatidos (pp. 240-247). Destaca sobre todo el argumento relativo a la censura previa. Tratándose, como se trata con todos los recogidos en las cuatro letras del artículo 20.1 CE, de derechos de libertad, el artículo 20.2 CE prohíbe la instauración de cualquier tipo de censura previa. Pues bien, Plaza Penadés acude –siguiendo a M. González López, *El derecho moral de autor en la Ley española de propiedad intelectual*– a la STC 52/1983, de 17 de junio, para recordar que la censura previa puede consistir en una medida limitativa tanto de la elaboración como de la difusión de una obra intelectual, lo que apuntaría en la dirección de que el derecho de autor debe hallar su sede en el artículo 20 CE.

En conexión con este aspecto, nuevamente se extiende (en nota a pie de página núm. 418) a propósito de lo paradójico que resulta desvincular –como hizo el TS en su sentencia, de 9 de diciembre de 1985– el derecho a crear y producir obras, y el derecho de autor sobre las obras una vez creadas. Recuperando una opinión de Rodríguez Tapia, Plaza Penadés considera que, entendido así, el derecho del artículo 20.1.b) CE estaría vacío de contenido, puesto que «nadie puede impedir *a priori* que alguien cree una obra. Lo que sí puede impedirse es la difusión de la obra ya terminada (...)». La insistencia de Plaza Penadés (y otros) en considerar carente de contenido, y por ende imposible de vulnerar, la libertad de creación intelectual como tal, ciega su imaginación –o, lo que es más preocupante, su memoria– a situaciones en las que aquella libertad puede verse recortada por los poderes públicos.

Desde mi punto de vista no se trata de un problema de separación entre fases creativas, esto es, de que la libertad de creación proteja la obra intelectual *in fieri*, y el derecho de autor la obra ya terminada. Claro que la libertad de creación puede verse afectada una vez la obra ha sido terminada (como lo ilustra la persecución de Salman Rushdie por la publicación de su célebre novela *Versos satánicos*), y claro que el derecho de autor puede proyectarse sobre obras inacabadas, tales como ensayos o bocetos [*vid.* artículo 10.1.e) LPI]. Garantizar la libertad de creación a los ciudadanos de un país es asegurarles que los poderes públicos no van a poner obstáculos para que su capacidad creativa e inventiva se manifieste libremente, así como que tampoco se producirán represalias por el ejercicio de dicha libertad. Garantizar, en cambio, los derechos de autor es asegurar que la

explotación de una obra devengará unos rendimientos económicos en favor de su autor, así como que éste podrá controlar determinados aspectos de la utilización de su obra, incluso una vez ésta haya sido puesta en circulación.

Tampoco coincide plenamente Plaza Penadés con los partidarios de ubicar en el artículo 20.1.b) CE el contenido completo del derecho de autor, es decir, los intereses tanto morales como patrimoniales. La razón es que estos últimos carecerían de la nota de inherencia a la persona del autor (p. 250). Curiosamente, aquí no se observa ningún reparo en acudir a la sentencia del TS, de 9 de diciembre de 1985, buscando auxilio interpretativo, siendo así que con anterioridad hemos leído por dos veces (en pp. 214 y 228) que los pronunciamientos sobre el fondo que hacía el TS en este fallo merecían considerarse *obiter dicta*.

No puedo dejar de llamar la atención, asimismo, sobre la particular visión que Plaza Penadés ofrece de los derechos de explotación de los autores (p. 250), los cuales no serían sino «creación artificial del Derecho» o «creación discrecional del Derecho para incentivar la producción de creaciones intelectuales». Me pregunto qué otra cosa podrían ser, y sobre todo qué otra cosa cree Plaza Penadés que son las normas que regulan los derechos morales de autor, la Constitución Española o cualquier otra norma jurídico-positiva.

Pues bien, según él, no se puede predicar la ubicación en el artículo 20.1.b) CE de estos derechos patrimoniales de autor porque no serían inherentes ni esenciales a la persona. Pero páginas atrás ha sostenido cumulativamente que: (a) el significado del artículo 20.1.b) CE ha de encontrarse en el texto del Anteproyecto de la Constitución, lo que quiere decir que sólo se querían constitucionalizar allí los derechos inherentes al autor (p. 205); (b) eso es coherente con el artículo 27.2 DUDH (p. 205); (c) de lo dispuesto en este último se deduce también, entre otras cosas, la exigencia de atribuir originariamente al autor derechos de índole patrimonial (p. 194). Así pues, es legítimo que surja la duda: si los intereses patrimoniales son inherentes también en algún grado a la persona del autor, ¿por qué no aceptar que su sede constitucional sea también el artículo 20.1.b) CE?

La inocuidad de apelar al artículo 27.2 DUDH a la que antes me he referido, tal vez llegue a su grado máximo cuando Plaza Penadés pasa a analizar las opiniones del tercer grupo doctrinal, es decir, las de aquellos que piensan que la fundamentación constitucional del derecho de autor estaría fragmentada en dos preceptos: los derechos morales en el artículo 20.1.b) CE; los de explotación en el 33 CE. Resulta que donde la DUDH no distingue, la CE sí puede distinguir. Después de haber sido persuadidos de que el artículo 27.2 DUDH tenía que estar regulando algo muy diferente del artículo 33 CE, porque para eso está en la DUDH el artículo 19 que se refiere a la propiedad (p. 241), nos enteramos de que parte del contenido del artículo 27.2 DUDH sí que puede ir a parar sin problemas al artículo 33 CE (p. 254).

Una buena muestra –dice el autor de la monografía, en p. 271– de que los derechos patrimoniales deben reconducirse al artículo 33 CE es que allí se menciona la función social de la propiedad, como límite que modula el ejercicio de este derecho. Expresión directa de esa función social serían los límites a los derechos de autor que la LPI regula en sus artículos 31 ss. Olvida Plaza Penadés que también hay allí, por ejemplo, un límite (el del art. 40 LPI) que afecta en la línea de flotación a los derechos morales (en concreto al derecho de divulgación). Su argumento podría entonces utilizarse para sostener

que también los derechos morales, o algunos derechos morales, o el ejercicio de ciertos derechos morales por determinados sujetos, tiene su fundamento constitucional en el artículo 33 CE.

Termina así, prácticamente, esta segunda parte de la monografía, rematada con un epígrafe relativo al problema del carácter orgánico de la LPI, cuya solución fue apuntada al comienzo de esta recensión. Este epígrafe tiene un valor autónomo con respecto al resto de cuestiones abordadas, y sirve para apoyar la tesis de Plaza Penadés, a fin de sostener que aunque parte de la materia regulada por la LPI afecta al artículo 20.1.b) CE, de acuerdo con la doctrina del TC sobre esta cuestión eso no obliga a dotar de carácter orgánico a la Ley en su conjunto, en la medida en que toda ella no es un desarrollo directo de un derecho fundamental.

En el comienzo de la tercera parte, Plaza Penadés –en coherencia con su concepción de que la libertad de creación, aisladamente considerada, constituye un bien jurídico inexistente– afirma que el sujeto titular del derecho regulado en el artículo 20.1.b) CE sólo puede ser el creador y no cualquier persona, porque si nada se ha creado (ni siquiera un boceto) no habría nada que proteger. Esto es como decir que la libertad de reunión no se debe proteger hasta tanto los sujetos titulares de la misma no se hayan reunido. Para reforzar su tesis Plaza Penadés llega a apelar incluso a la falta de protegibilidad de las ideas, como si defender la existencia de una libertad de creación, en tanto bien jurídico distinto y separado del derecho de autor, fuese equivalente a sostener que las ideas merecen protección por el derecho de autor.

La exégesis se dirige a continuación a las expresiones «creación» y «producción». Para Plaza Penadés, no sólo nos hallamos ante dos sustantivos concretos, y no abstractos (es decir, que aluden al resultado de una actividad y no a la actividad en sí), sino que también se trata de dos términos sinónimos. Intenta eludir, de este modo, que puedan tener amparo en el artículo 20.1.b) CE actividades de financiación y sostenimiento económico de la labor de creación intelectual y técnica, lo que sería obviamente aniquilador de su tesis, pues no tendría sentido proteger al mismo nivel los derechos de los productores (que siempre son patrimoniales y adquiridos derivativamente) y los de los autores. En cambio, si se observa el derecho del artículo 20.1.b) CE como lo que es –un derecho de libertad–, no hay el menor inconveniente en abrazar juntos los intereses de esos dos grupos de sujetos. Yo, sinceramente, me pregunto qué necesidad tenía el constituyente de incluir en el artículo 20.1.b) dos términos sinónimos.

Resulta significativo que Plaza Penadés evite referirse en este punto a otro concepto que también está presente en el artículo 20.1.b) CE, como es el derecho a la libre creación y producción *técnica*, cuarto y último de los adjetivos mencionados en el precepto. No es precisamente beneficioso para su tesis la presencia de esta última forma de creación y producción, dado que los inventores carecen de derechos morales. Así es que se decanta sencillamente por dejarlo fuera de su campo de análisis (p. 32).

Un escollo más que Plaza Penadés ha de superar para sacar adelante su línea de argumentación es el siguiente: como –según él– el derecho al que se refiere el artículo 20.1.b) CE es –siquiera sea en parte– el derecho de autor, el objeto protegido no puede ser en última instancia sino la obra intelectual. Pero, claro, el derecho de autor no protege todas las obras, sino únicamente aquellas que

constituyan creaciones originales, en vista de lo cual decide sumergirse en la labor de interpretar qué debe entenderse por «creación original».

Tras exponer, con acierto, en qué consisten la concepción subjetiva y objetiva de originalidad, Plaza Penadés considera que ambos criterios son en el fondo insuficientes para llevar a cabo una valoración de la originalidad, y que por tanto hay que buscar otros criterios complementarios que «permitan cuantificar el grado de esfuerzo creador o de aportación personal del autor» (p. 299).

El primer *criterio complementario* propuesto por Plaza Penadés tiene que ver con el principio de la falta de protegibilidad de las ideas: todo lo que se aleje de las puras ideas, en el sentido de ser sólo una de las varias formas posibles de expresar una idea, merece ser considerado original. Subyugado por este principio, Plaza Penadés cree haber encontrado la manera de superar la clásica discusión entre originalidad objetiva y originalidad subjetiva. Nada más lejos, sin embargo. Se trata de debates diferentes. La falta de protegibilidad de las ideas queda en un nivel previo a la discusión acerca de la originalidad de una obra. La noción de «idea» se contrapone a la de «forma expresiva», pero a dicha forma expresiva (alejada de lo que es mera idea) le faltará todavía superar el test de la originalidad. Para ser original una obra tiene que ser, pues, algo más que una de las posibles formas de expresión de una idea.

El segundo *criterio complementario* se conecta con el hecho de que la originalidad también puede radicar en la selección y disposición de los elementos de la obra, o sea, no sólo o no necesariamente en la expresión. Habrá originalidad si la forma elegida de disposición/selección de los elementos que componen la obra no es la única posible. De acuerdo, pero el interrogante sigue siendo el mismo: ¿qué sucede si semejante selección o disposición de los elementos de una obra ya ha sido utilizada por otro sujeto? ¿Basta apelar a la espontaneidad o desconocimiento de esa obra anterior? En el fondo, como se ve, Plaza Penadés no resuelve nada a propósito de las dos posibles formas –subjetiva u objetiva– de entender la originalidad. Su excursión a propósito de que la originalidad puede radicar bien en la forma de expresión, bien en la estructuración, no añade nada que no se supiera al debate en torno al concepto de originalidad.

Después de este examen sobre la noción de «creación original», Plaza Penadés se centra definitivamente en el análisis del contenido del derecho del artículo 20.1.b) CE.

Las páginas dedicadas a trazar la distinción entre la libertad de expresión y la libertad de creación y producción intelectual están, a mi juicio, entre lo mejor de esta monografía. Diría que Plaza Penadés casi convence al decir que no se trata sólo de proteger la libertad de elegir el tema a expresar, sino la de elegir la forma de expresarlo. No estoy de acuerdo, en cambio, en que esa libertad perdure más allá de creada la obra con el contenido que él pretende asignarle, es decir, que sirva para proteger intereses como el respeto a la integridad de la obra o similares.

Ésa es, en definitiva, la tesis de Plaza Penadés, y a la que dedica las últimas cincuenta páginas del libro: el artículo 20.1.b) CE sería el fundamento *tan sólo de algunas* de las facultades morales del autor, en concreto de aquellas que se pueden considerar nucleares, inherentes a la persona del autor. ¿Cuáles son ésas? A tenor de lo que Plaza Penadés nos dirá en su conclusión VIII (p. 384), las que asisten al autor para decidir, tanto antes como después

de la creación, cuál debe ser la forma y contenido de su obra, así como para exigir el debido respeto a la misma.

¿La facultad de decidir cuándo y en qué forma divulgar su obra? Sí, aunque con el matiz de que violar el derecho de inédito del autor, es decir, su decisión de no divulgar, constituiría también un ataque a su intimidad, y por lo tanto protegible a través del procedimiento instaurado por la Ley 1/1982 y reconducible en última instancia al artículo 18 CE. La protección constitucional prevista para el derecho a decidir la divulgación debe hacerse extensiva, a juicio de Plaza Penadés, al derecho a divulgar la obra anónimamente o bajo seudónimo o signo.

¿*Quid* del derecho de modificación y arrepentimiento (retirada de la obra del comercio)? Parece que ambos tendrían su sede en el artículo 20.1.b) CE, si bien el segundo de ellos cumulativamente hallaría fundamento en la libertad ideológica (art. 16 CE).

En cuanto al derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra, en principio parece que lo encuadra preferentemente dentro de la protección al honor, es decir, bajo el refugio del artículo 18 CE. Y lo mismo sucede con el derecho a exigir el respeto de la condición de autor (derecho de paternidad), si bien Plaza Penadés es un tanto ambiguo en uno y otro caso.

Por último, el derecho de acceso al ejemplar raro o único de la obra aparece conceptualizado como un derecho moral *pero menos*. ¿Cuál sería su fundamento constitucional? Para Plaza Penadés el de aquel derecho cuyo ejercicio se trata de poner en práctica con el acceso a tal ejemplar (es decir, el de divulgación o alguno de los derechos de explotación).

Sobre el derecho moral de los artistas intérpretes o ejecutantes ya adelanté que Plaza Penadés es partidario de hacer extensivas, en lo pertinente, las anteriores consideraciones, esto es, el artículo 20.1.b) CE sería también la sede constitucional del derecho moral de los artistas (p. 363), aunque no obstante su vulneración podría considerarse sin problemas una lesión de su derecho al honor. En su ánimo parece estar el borrar, de forma un tanto heterodoxa, toda frontera entre la condición de artista y la de autor. Creo que, de ser tomadas al pie de la letra, afirmaciones como la de que «cuando su interpretación es original, fruto de su ingenio creativo, se genera un vínculo entre el artista intérprete y su representación o interpretación, (...) que debe gozar (...) de un grado de protección equivalente al que tiene el autor sobre su obra» (p. 355), determinarían la necesidad de que el Libro II de la LPI comenzase en el artículo 114, en lugar de en el artículo 105.

En resumen, nos hallamos ante un libro enormemente sugerente, cuyo autor se ha pertrechado de numerosos recursos argumentativos a fin de apuntalar sus tesis, y que obligará a un notable esfuerzo de reflexión y persuasión a contradictores menos urgentes que el que suscribe estas páginas. Es digno de alabanza que alguien se haya tomado tan en serio un tema, como es el de la protección constitucional del derecho de autor, que había sido objeto de numerosos artículos o comentarios de poca extensión, pero nunca hasta ahora de una monografía. Espero, sin embargo, que la propuesta de Plaza Penadés no encuentre demasiado eco entre los operadores jurídicos, y se evite así una avalancha –a mi juicio innecesaria– de recursos de amparo ante el TC.

QUESADA GONZÁLEZ, María Corona: *La Vivienda Familiar Arrendada*, ed. Cedecs, Barcelona, 1998, 231 pp.

1. La vivienda familiar en nuestro Derecho goza de un régimen jurídico especial (art. 1320 CC.). A ello debemos unir que cuando la vivienda familiar sea arrendada, entonces habrá que aplicar la legislación especial en materia de arrendamientos, en concreto, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU). Como consecuencia del mandato constitucional, recogido en el artículo 39 CE, en virtud del cual los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, la LAU en su articulado ha establecido una serie de medidas encaminadas a conseguir el objetivo mencionado: la protección de la familia. Quesada González, en la obra objeto de la presente recensión, se centra en el análisis de distintas situaciones que pueden afectar al contrato de arrendamiento de la vivienda familiar [entre otras, desistimiento o no renovación del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario (cónyuge o conviviente *more uxorio*), crisis matrimoniales].

La estructura de la obra es la siguiente: tras una introducción en la que Quesada González nos expone, de forma breve, cuál es el tema objeto de estudio, así como los objetivos que persigue con su obra, existen cuatro capítulos, abordando cada uno de ellos el examen de las diferentes situaciones que pueden producirse a lo largo de la vigencia del contrato de arrendamiento de la vivienda que constituye el hogar familiar. En concreto, el capítulo I, que lleva por título «El arrendamiento destinado a satisfacer la necesidad permanente de vivienda de la familia», analiza el artículo 7 LAU. El capítulo II titulado «No renovación o desistimiento del contrato de arrendamiento y abandono de la vivienda familiar arrendada por el arrendatario», se ocupa del examen del artículo 12 LAU. El capítulo III se titula «Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario» y está dedicado al análisis pormenorizado del artículo 15 LAU. Por último, el capítulo IV, que lleva por título «Aplicación de los artículos 12 y 15 a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985», se ocupa del estudio de la DT 2.^a apartado A) 2. LAU.

2. Como ya se ha mencionado, el capítulo I se dedica al análisis del artículo 7 LAU. La primera cuestión que aborda Quesada González es la de la finalidad del mencionado precepto. Según la autora la finalidad del artículo 7 LAU es despejar las posibles dudas que pudieran existir respecto al mantenimiento de la condición de arrendamiento de vivienda sometido a la LAU cuando el arrendatario ya no tenga su residencia permanente y habitual en el inmueble arrendado. Quesada González afirma que si nos atenemos a una interpretación literal del artículo 2 LAU en virtud del cual, «Se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario», una persona sólo podría ser titular de un contrato de arrendamiento de vivienda. Sin embargo, gracias al artículo 7 LAU, se puede mantener que una misma persona puede ostentar la condición de arrendatario respecto de más de un contrato de arrendamiento de vivienda. Ello, sin duda, es positivo, pues si tenemos en cuenta la actual configuración de la familia española no es extraño que los miembros de una misma familia residan en localidades diferentes ya sea

por motivos de trabajo (en el caso de los cónyuges) o de estudios (en el caso de los hijos). La autora mantiene que por arrendamiento de vivienda sometido a la LAU debe entenderse todo arrendamiento destinado a satisfacer la necesidad de vivienda del arrendatario y/o de las personas que se mencionan en el artículo 7 LAU (cónyuge no separado legalmente o de hecho y los hijos dependientes), sin perjuicio de que en la vivienda arrendada puedan convivir otras personas (familiares o amigos). Por todo ello, Quesada González afirma que estaremos ante un arrendamiento de vivienda regido por la LAU aunque el arrendatario no tenga en la finca arrendada su vivienda permanente, siempre que en dicho inmueble tengan su vivienda permanente el cónyuge no separado legalmente o de hecho y/o los hijos dependientes del arrendatario. Por otra parte, Quesada González entiende que para que se cumpla el deber de convivencia (arts. 68 y 69 CC) es suficiente con que exista voluntad o *animus* de los cónyuges de convivir en una misma vivienda con vocación de permanencia.

A continuación, la autora intenta determinar la naturaleza jurídica del artículo 7 LAU. Se pregunta si las partes de un contrato de arrendamiento pueden excluir la aplicación del artículo 7 LAU. Para obtener una respuesta analiza dos supuestos [a) validez de una cláusula que excluya, de forma directa, la aplicación del art. 7 LAU; b) validez de una condición resolutoria que suponga la resolución del arrendamiento para el caso de que se produzca la situación prevista en el artículo 7 LAU]. La conclusión a la que llega Quesada González es que nos encontramos ante una norma imperativa y, por ello, las partes no pueden excluir su aplicación.

2.1. Por lo que se refiere al ámbito de aplicación del artículo 7 LAU, la autora afirma que sólo se prevé su aplicación para los arrendamientos de vivienda, sin perjuicio de que las partes, en virtud del artículo 4.3 LAU, puedan pactar su aplicación a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda. Realiza una interpretación teleológica del precepto afirmando, pese al tenor literal del mismo, que en el artículo 7 LAU se incluyen los siguientes supuestos: a) arrendatario que convive con su cónyuge no separado legalmente o de hecho y/o sus hijos dependientes y deja de tener (el arrendatario) su vivienda permanente en el inmueble arrendado; b) arrendatario que celebra un contrato de arrendamiento de vivienda para que vivan en ella su cónyuge no separado legalmente o de hecho y/o sus hijos dependientes.

2.2. Presupuesto necesario para la aplicación del artículo 7 LAU es que el arrendatario no tenga su vivienda permanente en el inmueble arrendado. Esto se producirá, en opinión de Quesada González, cuando resida más tiempo fuera que dentro de la finca arrendada, o cuando acuda a ella sólo de forma esporádica (los fines de semana o en vacaciones). La autora señala, con buen criterio, que el artículo 7 LAU será aplicable siempre que la no permanencia del arrendatario en la vivienda no se deba a un abandono del hogar familiar (sería aplicable el art. 12 LAU) o a la adopción por el Juez de medidas previas, provisionales o definitivas en un proceso matrimonial (sería aplicable el art. 15 LAU). Asimismo señala Quesada González que la aplicación del artículo 7 LAU sólo tiene sentido cuando el cónyuge que deja de tener su vivienda permanente en el inmueble arrendado es el único titular del contrato de arrendamiento (¿qué ocurriría si los dos cónyuges son titulares del arrendamiento y ambos dejan de tener su vivienda permanente en el inmueble arrendado? ¿No sería aplicable en tal supuesto el artículo 7 LAU en favor de los hijos dependientes?)

Especial atención dedica a los supuestos en los que el arrendatario es una persona jurídica. Se plantea si las personas jurídicas pueden ser arrendatarios de un contrato de arrendamiento de vivienda sometido a la LAU. En principio, Quesada González es reacia a admitir dicha posibilidad, pues afirma que las personas jurídicas no tienen que satisfacer la necesidad permanente de vivienda. Pese a ello, la autora, con apoyo en los artículos 1255 y 1257 CC, admite que una persona jurídica suscriba como arrendataria un contrato de arrendamiento de vivienda sometido a la LAU en favor de tercero (persona física designada en el contrato). En tales casos, no hay inconveniente alguno para entender aplicable el artículo 7 LAU a las personas físicas que habitan en el inmueble arrendado.

2.3. Tras interpretar la expresión del artículo 7 LAU «cónyuge no separado legalmente o de hecho», Quesada González intenta determinar si el mencionado precepto es aplicable a las parejas de hecho. El artículo 7 LAU guarda un absoluto silencio sobre la cuestión. La autora una vez que ha examinado los argumentos a favor [a) interpretación sistemática de la LAU; b) la concepción de la familia en la Constitución de 1978; c) la doctrina que emana de las sentencias del TC] y en contra [a) interpretación literal del artículo 7 LAU; b) los antecedentes parlamentarios de la norma; c) la inexistencia de una obligación jurídica de vivir juntos en las parejas de hecho] de incluir en el artículo 7 LAU a las parejas de hecho, se inclina por considerar que dicho precepto no es aplicable a las parejas de hecho, salvo que existan hijos dependientes que vivan en el inmueble arrendado.

A pesar de la postura que adopta con relación a este tema, la autora pone de manifiesto la falta de lógica y de coherencia de la LAU. Señala que si los artículos 12 y 16 LAU reconocen determinados derechos al conviviente *more uxorio* del arrendatario, lo correcto sería que el artículo 7 LAU reconociese el derecho del conviviente *more uxorio* del arrendatario a continuar en la vivienda arrendada para el caso en que el arrendatario deje de tener en ella su vivienda permanente por motivos distintos a la ruptura afectiva de la pareja de hecho.

2.4. Posteriormente, Quesada González centra sus esfuerzos en la interpretación de la expresión «hijos dependientes» que aparece en el artículo 7 LAU. Dicha expresión puede tener diversos significados. Utilizando un criterio estrictamente jurídico por «hijos dependientes» debemos entender los que están sometidos a la patria potestad. Sin embargo, la autora, teniendo en cuenta la realidad social actual, realiza una interpretación amplia y considera que por «hijos dependientes», a los efectos del artículo 7 LAU, debe entenderse todos los hijos que no se hayan independizado económicamente, estén o no sujetos a la patria potestad. Considera Quesada González, con criterio acertado, que en la expresión «hijos dependientes» deben incluirse, en virtud del principio de igualdad y con independencia de que se trate de hijos comunes del arrendatario y su cónyuge (o convivientes *more uxorio*) o sólo de uno de los dos, siempre que dependan económicamente del arrendatario, a los hijos matrimoniales, a los no matrimoniales y a los adoptivos. Afirma que también deben considerarse incluidos en el artículo 7 LAU aquellos descendientes que aunque no sean hijos (por ejemplo, los nietos) dependen económicamente del arrendatario. Esta postura es cuestionable ya que no encuentra apoyo alguno en el tenor del precepto analizado.

2.5. Finaliza el capítulo I con las consecuencias jurídicas que se derivan de la inobservancia del artículo 7 LAU. Quesada González señala que cuando el inmueble arrendado deje de estar destinado a satisfacer la necesidad permanente

de vivienda del arrendatario, del cónyuge no separado legalmente o de hecho y/o de los hijos dependientes, el arrendador podrá instar, en base al artículo 27.2 f) LAU, la resolución del contrato de arrendamiento.

3. Quesada González dedica el capítulo II al análisis del artículo 12 LAU. Al igual que en el capítulo anterior comienza examinando la finalidad y la naturaleza jurídica del mencionado precepto. Por lo que se refiere a la finalidad del artículo 12 LAU, la autora manifiesta que es proteger la estabilidad de la vivienda familiar permitiendo la subrogación en el contrato de arrendamiento del cónyuge o conviviente *more uxorio* del arrendatario cuando este último manifieste al arrendador que desiste del contrato de arrendamiento, que no renueva el contrato de arrendamiento o bien cuando el arrendatario abandone la vivienda familiar. En cuanto a la naturaleza jurídica del precepto analizado, Quesada González afirma que se trata de una norma imperativa. Mantiene que la renuncia del arrendatario a la facultad de subrogación en el arrendamiento reconocida por el artículo 12 LAU en favor de su cónyuge o conviviente *more uxorio* carecerá de validez (por ser un derecho en beneficio de un tercero). También carecerá de validez la renuncia que realice el cónyuge o conviviente *more uxorio* del arrendatario si ésta se produce antes de que se den las circunstancias previstas en dicho precepto (desistimiento del arrendamiento por el arrendatario, no renovación del arrendamiento por el arrendatario, abandono de la vivienda familiar por el arrendatario). Asimismo declara la autora que se podrá ejercitar la facultad prevista en el artículo 12 LAU aunque el arrendamiento se otorgase en atención a la persona del arrendatario.

3.1. En lo referente al ámbito de aplicación del artículo 12 LAU, en principio, tan sólo es aplicable a los arrendamientos de vivienda. Aunque, como afirma Quesada González, dicho precepto puede ser también aplicable a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda siempre que las partes pacten su aplicación, en virtud de la libertad de pacto reconocida en el artículo 4.3 LAU. Asimismo el artículo 12 LAU es aplicable tanto a las parejas casadas como a las de hecho. Presupuesto común, en ambos casos, es que sea titular del arrendamiento uno solo de los cónyuges o de los convivientes *more uxorio*. Sin embargo, el resto de las circunstancias necesarias para la aplicación del artículo 12 LAU varían según se trate de un matrimonio o de una pareja de hecho. Es por ello por lo que la autora examina por separado los mencionados dos supuestos. En cuanto a las parejas casadas realiza una interpretación sistemática y lógica del precepto, afirmando que para que sea aplicable el artículo 12 LAU en estos casos es suficiente con que los cónyuges hayan convivido en la vivienda arrendada. Defiende que aunque los cónyuges estén separados de hecho será aplicable el artículo 12 LAU (siempre que la separación sea posterior a la celebración del contrato de arrendamiento). En lo concerniente a la aplicación del artículo 12 LAU a las parejas de hecho, Quesada González analiza, de forma detallada, la cuestión de la prueba de la convivencia efectiva durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono exigidos por el mencionado precepto, salvo que la pareja de hecho haya tenido descendencia común (ya sea biológica o adoptiva), en cuyo caso no es necesario acreditar período de convivencia alguno. Afirma la autora que quien pretenda ejercer el derecho reconocido en el artículo 12 LAU debe probar la duración de la convivencia, así como la existencia de descendencia común. Destaca la importante labor que pueden desempeñar en este tema los Registros de parejas de hecho existentes en algunos Ayuntamientos.

3.2. Posteriormente, la autora examina cada uno de los actos que permiten al cónyuge o conviviente *more uxorio* del arrendatario subrogarse en el contrato de arrendamiento, sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador. Quesada González intenta por medio de la investigación que realiza, clarificar y en definitiva determinar qué debemos entender por «no renovación del arrendamiento», por «desistimiento del arrendamiento» y por «abandono de la vivienda arrendada» por parte del arrendatario.

Quesada González señala que cuando se dé alguno de los actos que se acaban de mencionar, el cónyuge o conviviente *more uxorio* del arrendatario podrá subrogarse en el contrato de arrendamiento, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 12 LAU. De una lectura del mencionado precepto se deduce que los requisitos exigidos para que se produzca la subrogación son distintos según se trate de un caso de no renovación o de desistimiento o de un caso de abandono. Ésta es la razón por la que la autora analiza en dos subapartados los supuestos mencionados. En el primero de los subapartados se ocupa de los casos de no renovación y de desistimiento del contrato de arrendamiento (art. 12.2 LAU). Aborda Quesada González en dicho subapartado los siguientes temas: a) la forma que debe utilizar el arrendador para realizar el requerimiento y plazo para realizarlo; b) la forma que debe utilizar el cónyuge o conviviente *more uxorio* del arrendatario para contestar al requerimiento del arrendador y el plazo para contestar; c) el alcance de la obligación impuesta al cónyuge o conviviente *more uxorio* del arrendatario de abonar la renta, diferenciando dos variantes, según que el arrendamiento continúe o no en la persona del requerido (cónyuge o conviviente del arrendatario inicial). En el segundo subapartado Quesada González analiza el caso de abandono de la vivienda arrendada por el arrendatario (art. 12.3 LAU). En este supuesto, al contrario que en el anterior, la notificación debe realizarla el cónyuge o conviviente *more uxorio* del arrendatario al arrendador. La autora dedica especial atención a las siguientes cuestiones: a) el cómputo del plazo para efectuar la notificación; b) pago de la renta por parte del cónyuge o conviviente *more uxorio* del arrendatario.

3.3. Quesada González finaliza el capítulo II haciendo alusión a los efectos que se derivan de la aplicación del artículo 12 LAU. Señala que cuando el cónyuge o conviviente *more uxorio* del arrendatario ejercite la facultad que le reconoce dicho precepto se producirá una novación modificativa del contrato de arrendamiento, de carácter subjetivo (cambio en la persona del arrendatario). Dicho cambio se efectúa según los esquemas de una subrogación legal, no de una cesión, pues ni el arrendador ni el arrendatario inicial intervienen en el acto de subrogación. Por último, la autora afirma que la subrogación en el arrendamiento realizada en virtud del artículo 12 LAU puede acceder al Registro de la Propiedad, siempre que el contrato de arrendamiento esté inscrito.

4. El capítulo III está dedicado al estudio del artículo 15 LAU. Quesada González afirma que la finalidad de dicho precepto es que los Tribunales, en los casos de crisis matrimoniales (nulidad, separación o divorcio), atribuyan la vivienda familiar arrendada al cónyuge que represente el interés familiar más necesitado de protección. La autora se plantea si en los casos en los que exista más de un inmueble arrendado con el carácter de vivienda familiar es aplicable el artículo 15 LAU, llegando a la conclusión de que en tales casos resulta aplicable el mencionado precepto. También se cuestiona si el artículo 15 LAU es

aplicable a los elementos complementarios de la vivienda familiar (plazas de garaje, trasteros, etc.). En un principio Quesada González se muestra contraria a admitir dicha posibilidad. Sin embargo, más tarde, con apoyo en el artículo 2.2 LAU, admite la aplicación del artículo 15 LAU al mencionado supuesto.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del precepto mencionado (art. 15 LAU), la autora afirma que nos encontramos ante una norma imperativa, en base al artículo 6 LAU. Por ello las partes no pueden excluir su aplicación por medio de un pacto.

4.1. A continuación, Quesada González se enfrenta con la tarea de determinar la titularidad jurídica del contrato de arrendamiento de la vivienda familiar. Para la autora ambos cónyuges serán arrendatarios de la vivienda familiar, con independencia del régimen económico matrimonial, en los siguientes casos: a) cuando el arrendamiento se haya suscrito conjuntamente por los dos cónyuges; b) cuando el arrendamiento se haya suscrito por uno solo de los cónyuges, actuando en su propio nombre y en representación del otro cónyuge. Asimismo, si el régimen económico matrimonial es el de gananciales y uno solo de los cónyuges, vigente dicho régimen económico, celebra un contrato de arrendamiento destinado a satisfacer la necesidad de vivienda familiar, la autora afirma, en base al artículo 1347. 3 CC., que la titularidad de ese arrendamiento será común a ambos cónyuges. Por el contrario, si el régimen económico que rige el matrimonio es el de separación de bienes (o el de participación), el arrendamiento suscrito por uno solo de los cónyuges será privativo de dicho cónyuge, en virtud del artículo 1437 CC.

4.2. En cuanto a la cuestión de la atribución judicial de la vivienda familiar arrendada en los casos de crisis matrimonial (art. 15 LAU), Quesada González analiza en profundidad todos y cada uno de los supuestos que pueden darse.

4.2.1. Se ocupa, en primer lugar, de la atribución judicial de la vivienda a cualquiera de los cónyuges titulares del arrendamiento. Examina con detalle las siguientes cuestiones: a) quién ha de pagar la renta; b) quién puede ejercitar los derechos de tanteo y retracto; c) quién puede disponer del derecho arrendaticio.

4.2.2. Menciona, sin profundizar en detalles, el supuesto de atribución judicial de la vivienda al cónyuge titular del arrendamiento.

4.2.3. Especial atención dedica Quesada González al supuesto de atribución judicial de la vivienda al cónyuge no titular del arrendamiento. La autora, en relación con este supuesto, comienza exponiendo las distintas posturas doctrinales que existían con la legislación anterior, así como las diversas sentencias del TC sobre la cuestión. Seguidamente Quesada González entra en el análisis exhaustivo y detallado de las tres posibles variantes que puede presentar este supuesto: a) asignación del mero uso de la vivienda al cónyuge no arrendatario, conservando el otro la condición de arrendatario; b) la cesión del contrato de arrendamiento en favor del cónyuge que inicialmente no era arrendatario; c) atribución de la cotitularidad del arrendamiento a ambos cónyuges (la autora se muestra contraria a admitir la validez de esta variante, pues afirma que generaría problemas de difícil solución).

4.3. Quesada González, prosiguiendo con el estudio del artículo 15 LAU, se ocupa, a continuación, del ámbito de aplicación de dicho precepto. Asegura que es una norma aplicable con independencia del régimen económico matrimonial y de quien sea el titular del arrendamiento. Señala que no es aplicable a las

parejas de hecho, tan sólo a los supuestos de crisis matrimoniales. Asimismo al estar ubicado en el Título II de la LAU afirma que sólo se aplica a los arrendamientos de vivienda, sin perjuicio de que las partes puedan pactar su aplicación a los casos de arrendamientos para uso distinto del de vivienda. Se plantea si el artículo 15 LAU es aplicable en todas las fases [fase de medidas previas (art. 104 CC), fase de medidas provisionales (arts. 102 y 103 CC) y fase de medidas definitivas (arts. 90 y 96 CC)] en que se divide el proceso destinado a declarar la nulidad, la separación o el divorcio del matrimonio. Por ello la autora realiza un examen individualizado de cada una de las tres fases mencionadas, llegando a la conclusión de que el artículo 15 LAU, en base a una interpretación amplia del precepto, resulta aplicable en las tres fases.

4.4. La autora también afronta el tema de las garantías que se pueden adoptar para garantizar la eficacia de las medidas relativas a la atribución de la vivienda familiar arrendada en los casos de crisis matrimoniales. De entre las posibles garantías que se pueden adoptar, Quesada González centra su atención en dos: a) la notificación al arrendador prevista en el apartado segundo del artículo 15 LAU (analiza quién debe realizar la notificación, el plazo para realizarla, la forma que debe revestir y las consecuencias que se derivan de la falta de notificación); b) la segunda de las garantías examinadas es la inscripción en el Registro de la Propiedad de la Resolución judicial que atribuye, en virtud del artículo 15 LAU, el uso de la vivienda familiar arrendada a uno de los cónyuges. Como señala la autora, el acceso al Registro de la Propiedad de la Resolución judicial permitirá que las medidas adoptadas en la misma con relación a la vivienda familiar sean oponibles *erga omnes*.

5. Quesada González dedica el último capítulo del libro (capítulo IV) al análisis de la DT 2.^a A) 2 LAU. La mencionada DT establece que los artículos 12, 15 y 24 LAU son aplicables a los contratos de arrendamiento celebrados antes del 9 de mayo de 1985 (con la finalidad de adaptar el régimen jurídico de estos arrendamientos al actual Derecho de familia). La autora, en concreto, examina, de forma breve, diversos problemas derivados de la aplicación de los artículos 12 y 15 LAU a esos contratos de arrendamiento.

6. La obra de Quesada González, como se ha podido comprobar, aborda un tema de indudable interés, no sólo desde un punto de vista jurídico, sino también desde un punto de vista social y humano. En la monografía de Quesada González se encontrará respuesta a muchos de los interrogantes que existen respecto del régimen jurídico de la vivienda familiar arrendada. Constituye, por tanto, un instrumento útil tanto para los investigadores como para los profesionales del Derecho. Es de destacar la claridad del lenguaje utilizado, sin que ello suponga la ausencia del rigor que debe presidir toda investigación jurídica. Asimismo debe mencionarse la perfecta estructuración de la obra. En definitiva, nos encontramos ante una monografía que, con independencia del acierto o desacierto de las conclusiones que en ella se contienen, es fruto del trabajo serio y riguroso realizado por su autora.

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.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «El Notariado aragonés hasta la Ley Orgánica de 1862», *RJNot.*, núm. 18, 1996, pp. 9 ss.

BONET NAVARRO, Ángel: «Facultades del T.S. para enjuiciar y controlar la aplicación del Derecho Civil Foral. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 1 de julio de 1996», *RDP*, marzo 1998, pp. 226 ss.

GONDRA, José María: «¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?», *RDM*, núm. 226, 1997, pp. 1545 ss.

IGLESIAS BUHIGUES, José Luis: «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Amsterdam», *RGD*, mayo 1998, pp. 5847 ss.

POVEDA BERNAL, Margarita Isabel: «Sobre la eficacia de las normas. Algunas cuestiones transitorias, derogatorias y competenciales en la reciente legislación civil», *RJNot.*, núm. 17, 1996, pp. 111 ss.

SANTOS ARNAU, Lidia: «Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. Especial referencia al sistema convencional», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 347 ss.

SEBASTIÁN LORENTE, Jesús J.: «El procedimiento de elaboración documental de los proyectos normativos», *Actualidad Civil*, núm. 14, 1998, pp. 291 ss.

DERECHO DE LA PERSONA

BARCELÓ Y SERRA-MALERA, Mercè, y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RPJ*, núm. 46, 1997, pp. 13 ss.

BELLÓN MOLINA, Francisco Antonio: «La condena a indemnizar los perjuicios causados, en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral», *Actualidad Civil*, núm. 18, 1998, pp. 391 ss.

BELLVER CAPELLA, Vicente: «La dimensión prestacional de los derechos fundamentales en el estado social de derecho», *RGD*, marzo 1998, pp. 1881 ss.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, y BARCELÓ Y SERRA-MALERA, Mercè: «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RPJ*, núm. 46, 1997, pp. 13 ss.

FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique: «Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España», *Actualidad Civil*, núm. 19, 1998, pp. 427 ss.

GARCÍA VARELA, Román: «La inejecutabilidad en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *La Ley*, 1997-5, (D283), pp. 1837 ss.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: «La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia», *RJC*, núm. 1, 1998, pp. 145 ss.

IZQUIERDO SANS, Cristina: «El carácter no ejecutivo de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STS, 1.ª, de 20 de noviembre de 1996)», *DPC*, núm. 11, 1997, pp. 351 ss.

JIMENA QUESADA, Luis: «Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 134 y 20/1997 de 17 de julio y 27 de noviembre: El respeto del pluralismo lingüístico en la reciente jurisprudencia constitucional», *RGD*, mayo 1998, pp. 5431 ss.

LETE ACHIRICA, Javier: «Colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y a la intimidad. Comentario a la S. T. S. (Sala 1.ª) de 31 de diciembre de 1996», *RDP*, abril 1998, pp. 328 ss.,

LINACERO DE LA FUENTE, María: «Notas sobre el Registro Civil», *RDP*, febrero 1998, pp. 83 ss.

MOLTÓ GUARDIOLA, M.ª Eva: «Aspectos legales de la extracción de órganos. Problemática relativa a los donantes fallecidos por parada cardíaca», *RGD*, marzo 1998, pp. 1831 ss.

ROVIRA SUEIRO, María E.: «El derecho a la propia imagen: configuración legal y límites. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 7 de octubre de 1996», *RDP*, febrero 1998, pp. 152 ss.

SEVILLA BUJANCE, Javier Luis: «Incidencia de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero sobre protección de menores en la figura de la curatela», *RGD*, marzo 1998, pp. 1819 ss.

PERSONA JURÍDICA

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: «La nueva regulación de los Colegios Profesionales. La reestructuración por la vía de la defensa de la competencia», *DPC*, núm. 11, 1997, pp. 11 ss.

BAÑO LEÓN, José María: «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre Colegios Profesionales», *DPC*, núm. 11, 1997, pp. 39 ss.

FERRER RIBA, Josep: «Asociaciones. Nulidad de acuerdo de la Junta General. Derecho de autoorganización de las asociaciones. (Comentario a la STS de 7 de junio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1117 ss.

MAGRO SERVET, Vicente: «La nueva Ley 7/1997 de 14 de abril: ante una nueva configuración de los Colegios Profesionales», *La Ley*, 1997-5, (D-267), pp. 1777 ss.

OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús: «El artículo 36 de la Constitución: su elaboración en las Cortes Constituyentes», *DPC*, núm. 11, 1997, pp. 157 ss.

SALAS MURILLO, Sofía de: «Consideraciones en torno a las disposiciones de la nueva Ley catalana de Asociaciones (Ley 7/1997, de 18 de junio, de Asociaciones)», *DPC*, núm. 11, 1997, pp. 441 ss.

SALVADOR CRESPO, Juan Ignacio: «El régimen jurídico de las donaciones en la nueva regulación de las Fundaciones», *La Ley*, 1997-5, (D-240), pp. 1644 ss.

TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio: «Sociedad civil y personalidad jurídica», *La Ley*, 1997-5, (D-244), pp. 1673 ss.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: «Dictamen emitido a solicitud de la Fundación F, acerca de: A) Si la existencia de un pacto de reversión al Banco fundador puede hallarse afectada por las Leyes de 1994 estatal y vasca de Fundaciones; y B) Por cuál de estas Leyes debe regirse», *RJNot.*, núm. 18, 1996, pp. 297 ss.

VERDERA SERVER, Rafael: «La autocontratación en las fundaciones (Los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados)», *RJNot.*, núm. 18, 1996, pp. 87 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- AGUILAR-CANOSA I CASTELLÀ, Santiago: «La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en España y en la Unión Europea», *La Ley*, 1997-5, (D.268), pp. 1782 ss.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Estudio de la jurisprudencia sobre la validez de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada», *Actualidad Civil*, núm. 15, 1998, pp. 319 ss.
- ALEMÁN LAÍN, Pedro: «La duración de los contratos y la actualización de la renta en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos: una aproximación crítica desde la economía de los costos de transacción», *La Ley*, 1997-5, (D-245), pp. 1676 ss.
- AULÉS Y MONTURIOL, Antoni: «El nuevo régimen legal de la depuración de la culpa en el ámbito del accidente viario», *RJC*, núm. 1, 1998, pp. 199 ss.
- AZOFRA VEGAS, Fernando: «La contratación electrónica bancaria», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1065 ss.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael: «Concursos publicitarios. Obligación de entregar a los ganadores la prestación prometida. (Comentario a la STS de 12 de junio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1129 ss.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «Nulidad contractual: litisconsorcio pasivo necesario y congruencia. Doble disposición y venta de cosa ajena. Comentario a la STS de 25 de julio de 1996», *RCDI*, núm. 645, 1998, pp. 493 ss.
- BARTELS, Martín: «Conversión de las antiguas deudas a euro», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1261 ss.
- BELLÓN MOLINA, Francisco Antonio: «La condena a indemnizar los perjuicios causados en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral», *Actualidad Civil*, núm. 18, 1998, pp. 391 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Arrendamientos de servicios de duración indefinida: resolución unilateral del contrato; indemnización de daños y perjuicios a la otra parte; aplicación de la equidad como justicia del caso concreto. (Comentario a la STS de 12 de mayo de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1029 ss.
- ID: «Responsabilidad sanitaria y responsabilidad médica: postoperatorio de intervención quirúrgica que da lugar a la amputación de una pierna; responsabilidad objetiva de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; responsabilidad subjetiva del Código Civil; concurrencia de ambas responsabilidades; caso fortuito; carga de la prueba. (Comentario a la STS de 1 de julio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1211 ss.
- BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, Manuel Pedro: «La competencia homologadora propia de I. C. A. C. y la nulidad de la norma de valoración referida al *leasing*», *RGD*, abril 1998, pp. 3553 ss.

- BUSTOS PUECHE, José Enrique: «Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997», *La Ley*, 1997-5, (D250), pp. 1699 ss.
- Comentario a la STS de 6 de junio de 1997 sobre responsabilidad extracontractual por retraso en la información del médico al paciente: nacimiento de un niño con síndrome de Down.
- CASASNOVAS Y MUSONS, Anna: «Acción de relevación de fianza contra un cofiador: legitimación pasiva. Acciones de reembolso contra el deudor principal y de reintegro contra el cofiador: no proceden si no se ha satisfecho la deuda al acreedor. (Comentario a la STS de 7 de mayo de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1117 ss.
- COLINA GARAE, Rafael: «La situación jurídica del cónyuge del arrendatario a raíz de la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada en los supuestos de nulidad, separación y divorcio», *RDP*, abril 1998, pp. 286 ss.
- CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón: «El contrato de “franquicia”. Su incidencia en el contrato de arrendamiento urbano», *RJC*, núm. 1, 1998, pp. 169 ss.
- CRESPO PÉREZ, Juan de Dios: «Análisis de los últimos conflictos jurídicos en la era “post-Bosman” del fútbol profesional», *RGD*, marzo 1998, pp. 1835 ss.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Fundamento, función y naturaleza jurídica de la acción subrogatoria», *RDP*, marzo 1998, pp. 171 ss.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores: «Los contratos atípicos», *Actualidad Civil*, núm. 16, 1998, pp. 345 ss.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: «Derecho propio y reciprocidad en la compensación legal de créditos», *RCDI*, núm. 645, 1998, pp. 393 ss.
- EMPARANZA, Alberto: «La imposición al cliente de las condiciones generales del contrato», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1307 ss.
- FÍNEZ, José Manuel: «Garantías sobre depósitos bancarios. Quiebra de la entidad deudora. Pignoración del crédito restitutorio: configuración de la garantía, requisitos constitutivos y de oponibilidad. Eficacia real y preferencia del acreedor garantizado. Pacto de compensación como medio de ejecución de la garantía. Límites de la prohibición del pacto comisorio. (Comentario a la STS de 19 de abril de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 933 ss.
- FONCILLAS SOPENA, Ramón: «El apremio sobre bienes distintos de los inmuebles», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 139 ss.
- FRANCO ARIAS, Just: «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 87 ss.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen: «Error común. Error en la causa. Compraventa de finca, con cesión al adquirente de los permisos, licencias y autorizaciones de los vendedores, así como del proyecto de edificación que

- se pretende realizar en ella. Proyecto de edificación inejecutable por insuficiencia del terreno. (Comentario a la STS de 30 de abril de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1003 ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «El diagnóstico del síndrome de Down y la responsabilidad médica», *La Ley*, 1997-5, (D-266), pp. 1776 ss.
- ID: «Préstamo con interés y cláusula de estabilización», *La Ley*, 1997-5, (D-299), pp. 1911 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón, MARTÍN PÉREZ, José Antonio y VAQUERO PINTO, María José: «La determinación de los honorarios profesionales (en particular, el arbitrio de parte)», *DPC*, núm. 11, 1997, pp. 69 ss.
- GONZALO QUIROGA, Marta: «El “máximo arbitral” contemporáneo», *La Ley*, 1997-5, (D-297), pp. 1823 ss.
- JIMÉNEZ BLANCO, Gonzalo: «Contratos turísticos, viajes de estudios al extranjero, catering, engineering, merchandising», *CDJ*, núm. V, 1997, pp. 191 ss.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del Derecho comunitario», *Actualidad Civil*, núm. 9, 1998, pp. 183 ss.
- LINARES GIL, Maximino I.: «Inoponibilidad de las donaciones en el derecho civil catalán», *RJC*, núm. 1, 1998, pp. 41 ss.
- LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel: «Sobre la responsabilidad civil “ex delicto” y responsable civil subsidiario», *La Ley*, 1997-5, (D-289), pp. 1865 ss.
- MARÍN, Manuel Jesús: «Contrato de *leasing*. Incumplimiento del vendedor, y ejercicio por el usuario de la acción de resolución de la compraventa. Litisconsorcio pasivo necesario, por no demandar a la sociedad de *leasing*. Reposición de las actuaciones al momento de la comparecencia previa. (Comentario a la STS de 25 de junio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1181 ss.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio; GARCÍA VICENTE, José Ramón, y VAQUERO PINTO, María José: «La determinación de los honorarios profesionales (en particular, el arbitrio de parte)», *DPC*, núm. 11, 1997, pp. 69 ss.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: «Consumidores: acción de cesación de publicidad de bebidas alcohólicas de graduación superior a 20 °C; publicidad ilícita de bebidas alcohólicas a través de televisión; publicidad encubierta o indirecta; anunciante y medio de difusión. Litisconsorcio pasivo necesario. Incongruencia. (Comentario a la STS de 26 de julio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1299 ss.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, Eduardo: «Inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos (RD 297/1996, de 23 de febrero)», *RJNot.*, núm. 18, 1996, pp. 267 ss.
- MEDINA CRESPO, Mariano: «La valoración de los daños personales causados en accidente de circulación. El sistema de la Ley 30/1995, como instrumento

- para la efectividad de la reparación íntegra», *La Ley*, 1997-5, (D-247), pp. 1684 ss.
- MUÑIZ ESPADA, Esther, y POVEDA BERNAL, Margarita Isabel: «Sobre la unificación internacional en materia de garantías mobiliarias», *Actualidad Civil*, núm. 5, 1998, pp. 111 ss.
- OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús, y VICIANO PASTOR, Javier: «Profesiones liberales y Derecho de la competencia: crónica de (la) situación», *DPC*, núm. 11, 1997, pp. 201 ss.
- ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: «La protección del crédito en la nueva ordenación de la ejecución forzosa que articula el borrador de Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil elaborado por el Ministerio de Justicia», *Actualidad Civil*, núm. 10, 1998, pp. 203 ss.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: «Acción directa del artículo 1597 CC: legitimación de los subcontratistas sucesivos frente al comitente y contratistas anteriores; responsabilidad derivada de la acción directa: es solidaria, no subsidiaria. Carga de la prueba de la cantidad que el comitente debe al contratista: corresponde al demandado por serle más fácil. (Comentario a la STS de 2 de julio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1223 ss.
- PEREDA GÁMEZ, Francisco Javier: «Ejecución de condenas de dar, hacer y no hacer y liquidación de títulos ejecutivos y ejecución de sentencias», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 17 ss.
- POVEDA BERNAL, Margarita Isabel, y MUÑIZ ESPADA, Esther: «Sobre la unificación internacional en materia de garantías mobiliarias», *Actualidad Civil*, núm. 5, 1998, pp. 111 ss.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Arrendamientos urbanos (TRLAU de 24 de diciembre de 1964): de local de negocios: revisión de renta por aplicación de cláusula contractual: renta base de la revisión; inalterabilidad de la revisada de mutuo acuerdo. (Comentario a la STS de 22 de mayo de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1047 ss.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «Tarjetas electrónicas: problemas de nuevo cuño y continuidad de los de corte clásico», *CDJ*, núm. V, 1997, pp. 417 ss.
- RAPOSO FERNÁNDEZ, José Manuel: «Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancario», *RJNot.*, núm. 17, 1996, pp. 219 ss.
- SABATER BAYLE, Elsa: «Lucro cesante e indemnización por daños derivados de defectos en la construcción no integrantes del concepto de ruina. Depreciación de inmuebles por defectos en la construcción. Falta de acreditación de la causa y el *quantum* de las ganancias dejadas de obtener. (Comentario a la STS de 24 de abril de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 961 ss.
- SALINAS ADELANTADO, Carlos: «El carácter formal o consensual del contrato de seguro terrestre. Una cuestión nada “teórica”», *RGD*, abril 199, pp. 4001 ss.

- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Responsabilidad civil por daños hospitalarios. Pérdida de mano derecha por infección contraída en el curso de una intervención quirúrgica. Indemnización de daños y perjuicios. Fijación global del *quantum* indemnizatorio. (Comentario a la STS de 30 de mayo de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1059 ss.
- SANTAELLA LÓPEZ, Manuel: «Ventas especiales: a plazos, ambulantes; automáticas; en pública subasta; promoción de ventas; ordenación del comercio minorista; leyes de las Comunidades Autónomas; permuta», *CDJ*, núm. V, 1997, pp. 351 ss.
- SOTO NIETO, Francisco: «Procesos por delitos contra la Hacienda Pública. Declaración de responsabilidad civil», *La Ley*, 1997-5, (D-271), pp. 1797 ss.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Responsabilidad civil extracontractual. Reclamación de daños por el nacimiento de un niño con síndrome de Down. Falta de información del médico al paciente. (Comentario a la STS de 6 de junio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1105 ss.
- USTARÁN, Eduardo: «Aspectos legales de la actividad comercial en Internet», *La Ley*, 1997-5, (D-286), pp. 1854 ss.
- VAQUERO PINTO, María José; GARCÍA VICENTE, José Ramón, y MARTÍN PÉREZ, José Antonio: «La determinación de los honorarios profesionales (en particular, el arbitrio de parte)», *DPC*, núm. 11, 1997, pp. 69 ss.
- VAREA SANZ, Mario: «Fianza mercantil. Improcedencia de los beneficios de excusión y división. Carácter solidario de las obligaciones mercantiles. Especificidad del Derecho mercantil respecto al Derecho civil. (Comentario a la STS de 14 de febrero de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 899 ss.
- VERDERA SERVER, Rafael: «La autocontratación en las fundaciones (Los contratos entre la fundación y sus patronos y apoderados)», *RJNot.*, núm. 18, 1996, pp. 87 ss.
- VICIANO PASTOR, Javier, y OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús: «Profesiones liberales y Derecho de la competencia: crónica de (la) situación», *DPC*, núm. 11, 1997, pp. 201 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ALFINT MASSOT, José María: «Registro de la Propiedad y vía de apremio», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 287 ss.
- ARNÁIZ EGUREN, Rafael: «El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro», *RCDI*, núm. 645, 1998, pp. 365 ss.
- BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «La representación de la propiedad horizontal», *Actualidad Civil*, núm. 8, 1998, pp. 155 ss.

- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «Retracto de comuneros. Plazo. Ejercicio extrajudicial. Legitimación pasiva. (Comentario a la STS de 17 de junio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1165 ss.
- CORBACHO GÓMEZ, José Antonio: «Imprudencia de acción negatoria de servidumbre. Construcción de pared propia utilizando ladrillo vítreo, tipo pavés, para permitir la entrada de luz. Finalidad de las distancias legales en relación con la apertura de ventanas. La constitución de servidumbre de luces y vistas. (Comentario a la STS de 16 de septiembre de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1309 ss.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Hipoteca de máximo: eficacia del máximo inter partes en ausencia de terceros. (Comentario a la Resolución de la DGRN de 17 de marzo de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 915 ss.
- CURTO POLO, Mercedes: «Las protecciones de las invenciones biotecnológicas», *RGD*, marzo 1998, pp. 2353 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Propiedad horizontal: impugnación de acuerdos; unanimidad de los que impliquen la supresión de elementos estructurales; elementos comunes: falta de mención expresa en el título constitutivo, pero previsión en la memoria constructiva del arquitecto; retirada del rótulo situado en la cubierta del edificio que da nombre a éste; contratación por la Junta Directiva del más ventajoso aprovechamiento de un elemento común. (Comentario a la STS de 28 de abril de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 985 ss.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M.: «Propiedad horizontal. Interpretación del alcance de una cláusula estatutaria que autoriza la realización de operaciones de segregación, agregación y división sin necesidad de consentimiento de la junta. Comunicación interior de locales colindantes, situados en plantas diferentes de un mismo edificio. (Comentario a la STS de 7 de julio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1235 ss.
- GARCÍA MAS, Francisco Javier: «Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a las obras nuevas y parcelaciones)», *RCDI*, núm. 645, 1998, pp. 317 ss.
- GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen: «Superposición de comunidades. Impugnación de acuerdos en régimen de propiedad horizontal. Gastos: distribución prevista en reglamento de régimen interior contrario a la normativa estatutaria. Litisconsorcio pasivo necesario. (Comentario a la STS de 30 de mayo de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1079 ss.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús: «Organización funcional de los Registros, informatización/información», *RCDI*, núm. 645, 1998, pp. 483 ss.
- MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «Signos distintivos: nombres comerciales no registrados y rótulos de establecimiento. Cotitularidad: aplicación de las

normas de la Ley de Marcas y del Código Civil: La utilización en el tráfico del nombre comercial por uno de los cotitulares constituye un acto de dominio y no un mero acto de administración. La protección de los signos distintivos abarca no sólo el interés particular de sus titulares, sino también el interés general de los consumidores y usuarios. (Comentario a la STS de 11 de julio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1251 ss.

MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: «Inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos (RD 297/1996, de 23 de febrero)», *RJNot.*, núm. 18, 1996, pp. 267 ss.

MONTERO AROCA, Juan: «Pago al ejecutante y distribución del sobrante en el proceso del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Actualidad Civil*, núm. 7, 1998, pp. 141 ss.

MURILLO VILLAR, Alfonso: «La división convencional de la Comunidad de Bienes en el Derecho Romano», *RJNot.*, núm. 17, 1996, pp. 61 ss.

REAL RAMOS, Mercedes: «Modificaciones introducidas por el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto-Legislativo 1/1996, de 12 de abril) en relación con la Ley de 1987 (Libro I, "Derechos de Autor")», *La Ley*, 1997-5, (D-300), pp. 1913 ss.

VINJE, Thomas C.: «El nuevo Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor: Un final feliz en Ginebra», *RGD*, marzo 98, pp. 2339 ss.

DERECHO DE FAMILIA

BUSTO LAGO, José Manuel: «Alcance y significado de la indemnización debida en el supuesto de incumplimiento de la promesa de matrimonio», *RDP*, abril 1998, pp. 259 ss.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA, Javier: «Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española», *Actualidad Civil*, núm. 6, 1998, pp. 129 ss.

CARBALLO FIDALGO, Marta: «El error en las cualidades personales como vicio invalidante del consentimiento matrimonial. Comentario a la S. T. S. (Sala 1.ª) de 20 de febrero de 1997», *RDP*, abril 1998, pp. 318 ss.

CASANOVAS Y MUSSONS, Anna: «A propòsit de l'art. 2.2 de la Llei 10/1996, de 29 de juliol, d'aliments entre parents: la distinció entre "aliments institucionals" y "aliments autònoms" y les seves interferències», *RJC*, núm.1, 1998, pp. 9 ss.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», *Actualidad Civil*, núm. 17, 1998, pp. 363 ss.

- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «La liquidación de las relaciones patrimoniales en las uniones de hecho», *RGD*, mayo 1998, pp. 5369 ss.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: «Reconocimiento de la filiación no matrimonial», *Actualidad Civil*, núm. 20, 1998, pp. 453 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña: «El requisito del consentimiento del hijo mayor de edad para el reconocimiento de su filiación», *RDP*, marzo 1998, p. 211 ss.
- LLEBARÍA SAMPER, Sergio: «Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnización y analogías matrimoniales. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996», *La Ley*, 1997-5, (D-238), p. 1624 ss.
- LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo: «La filiación», *RJNot.*, núm. 17, 1996, pp. 17 ss.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa: «Convenio regulador no presentado ni aprobado judicialmente en el proceso de separación conyugal. Validez y eficacia como negocio jurídico de derecho de familia. Acuerdo del convenio relativo a la extinción y adjudicación de bienes, en el régimen económico matrimonial de separación de bienes. (Comentario a la STS de 22 de abril de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 951 ss.
- MARTÍN LÓPEZ, María Teresa: «El principio de igualdad: los hijos extramatrimoniales en el delito de impago de pensiones (Comentario a la STC 74/1997, de 21 de abril)», *DPC*, núm. 11, 1997, pp. 379 ss.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves I.: «Sociedad de gananciales. Deuda privativa del marido: aval en póliza de crédito mercantil. Tercería de dominio promovida por la esposa ante el embargo de fincas gananciales. (Comentario a la STS de 17 de julio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1261 ss.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio: «Impugnación de paternidad matrimonial; conflicto de intereses de los cónyuges contendientes con respecto al hijo menor no emancipado cuya filiación se cuestiona. Exigencia de oficio del nombramiento de defensor judicial del menor. (Comentario a la STS de 5 de junio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1093 ss.
- QUICIÓS MOLINA, María Susana: «Legitimación activa del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial según el Código Civil (Comentario a la STS de 9 de mayo de 1997)», *DPC*, núm. 11, 1997, pp. 419 ss.
- RUIZ DE VELASCO Y MARTÍNEZ DE ERCILLA, Victoria: «Aspectos procesales en la constitución de la adopción del mayor de edad y del menor emancipado», *Actualidad Civil*, núm. 13, 1998, pp. 257 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Retracto de coherederos y comuneros. Legítima: naturaleza jurídica. Partición testamentaria. Disposición de toda la herencia

- en legados. Disposición testamentaria de bienes gananciales. Interpretación del testamento. (Comentario a la STS de 26 de abril de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 973 ss.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Algunas cuestiones sobre la colación y su dispensa en relación con la protección de las legítimas», *Actualidad Civil*, núm. 12, 1998, pp. 239 ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «Sobre la sustitución ejemplar», *La Ley*, 1997-5, (D-248), pp. 1696 ss.
- MARSAL GUILLAMET Juan: «Nulidad de testamento y otros extremos, por faltar la firma del testador, por el que firmó, a su ruego, uno de los testigos, al manifestar aquél que no sabía firmar, hecho que no correspondió con la realidad. (Comentario a la STS de 16 de junio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1141 ss.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: «Incidencia del nuevo Código Penal sobre la causa tercera de indignidad del artículo 756 del Código Civil», *RJNot.*, núm. 18, 1996, pp. 65 ss.
- REAL PÉREZ, Alicia: «Interpretación de las normas. Sucesión intestada en favor de los padres del causante. Legítima del cónyuge viudo separado de hecho por mutuo acuerdo que consta fehacientemente. Fallecimiento del causante una vez presentada demanda de separación conyugal consentida por ambos cónyuges: su incidencia en la legítima del supérstite. (Comentario a la Resolución de la DGRN de 25 de junio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1197 ss.
- TALMA CHARLES, Javier: «La teoría sobre los vicios de la voluntad en la Jurisprudencia y su aplicación al ámbito sucesorio», *RJNot.*, núm. 18, 1996, pp. 149 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- BISBAL I MÉNDEZ, Joaquim: «El gobierno de las compañías mercantiles: teoría, materiales y práctica», *RDM*, núm. 226, 1997, pp. 1673 ss.
- CONESA HERNÁNDEZ, Ángel: «Libertad de establecimiento y Derecho Europeo de sociedades: algunas conexiones mutuas. Comentario a la sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1997», *La Ley*, 1997-5, (D.258), pp. 1738 ss.
- JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: «La protección de las denominaciones geográficas en el ámbito comunitario. Comentario a la sentencia del TJCE de 7 de mayo de 1997», *La Ley*, 1997-5, (D-259), pp. 1740 ss.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Manuel: «La oferta de bienes de consumo por las entidades de crédito y su regulación en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1167 ss.

- MARCO ARCALA, Luis Alberto: «Signos distintivos: nombres comerciales no registrados y rótulos de establecimiento. Cotitularidad: aplicación de las normas de la Ley de Marcas y del Código Civil: la utilización en el tráfico del nombre comercial por uno de los cotitulares constituye un acto de dominio y no un mero acto de administración. La protección de los signos distintivos abarca no sólo el interés particular de sus titulares, sino también el interés general de los consumidores y usuarios. (Comentario a la STS de 11 de julio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1251 ss.
- MAESTRE CASAS, Pilar: «Prohibición en el territorio comunitario de exportación de los sistemas nacionales de depósitos bancarios ¿una quiebra del control por el país de origen? Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de mayo de 1997», *La Ley*, 1997-5, (D.295), pp. 1893 ss.
- OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús y VICIANO PASTOR, Javier: «Profesiones liberales y Derecho de la competencia: crónica de (la) situación», *DPC*, núm. 11, 1997, pp. 201 ss.
- PELLISÉ CAMPELL, Jaume, y SOLANELLES BATLLE, María Teresa: «La protección del color único como marca en Estados Unidos: de la *Per se prohibition* a la *Rule of reason*», *RDM*, núm. 226, 1997, pp. 1853 ss.
- PUIG SALELLAS, Josep M.: «Un nuevo ámbito de desoficialización de la lengua catalana: el Registro Mercantil», *RJC*, núm. 1, 1998, pp. 127 ss.
- SAB SEBASTIÁN, Federico: «Recomendaciones de la Federación de Empresas de Bélgica para un buen gobierno corporativo», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1399 ss.
- SÁNCHEZ GIL, Olga: «Modelo de utilidad anterior a la Ley de patentes de 1986. Causas de nulidad: no incluye no haber consignado en la solicitud el nombre del interventor; caducidad por incumplimiento de la obligación de explotar; diferencia con los modelos industriales. (Comentario a la STS de 17 de junio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1151 ss.
- SOUSMATZIAN VENTURA, Elena: «El *rating*: la calificación de las empresas especializadas en los mercados financieros», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1189 ss.
- VÁZQUEZ ORGAZ, Jorge: «El Derecho Comunitario de la Competencia y los acuerdos de compra exclusiva», *La Ley*, 1997-5, (D-262), pp. 1755 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- BATALLER GRAU, Juan, y MARIMÓN DURÁ, Rafael: «Las sociedades anónimas de seguros y la facultad de avalar a sus administradores», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1341 ss.
- BISBAL I MÉNDEZ, Joaquim: «El gobierno de las compañías mercantiles: teoría, materiales y práctica», *RDM*, núm. 226, 1997, pp. 1673 ss.
- CONESA HERNÁNDEZ, Ángel: «Libertad de establecimiento y Derecho Europeo de sociedades: algunas conexiones mutuas. Comentario a la sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1997», *La Ley*, 1997-5, (D-258), pp. 1738 ss.

DOMÍNGUEZ SORS, Pedro: «El apremio sobre participaciones, acciones y otros títulos valores», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 211 ss.

EMILIO RIVERA, Salvador: «A vueltas con la limitación de responsabilidad en las sociedades de capital», *RGD*, marzo 1998, pp. 1851 ss.

KIRCHNER, Pedro: «El período de “black out” y las ofertas públicas de valores: su utilidad en derecho español», *RGD*, abril 1998, pp. 4033 ss.

El autor estudia la figura del «black out period», institución propia de los mercados de valores anglosajones que ha sido importada a nuestros mercados, consistente en el período durante el cual, en el contexto de una oferta pública de valores, a los analistas financieros les está prohibido proporcionar a los inversores los informes de análisis que hayan elaborado respecto de la sociedad emisora de dichos valores. El trabajo, además de describir esta figura, plantea su posible engarce en la normativa española del Mercado de Valores así como su utilidad en el Derecho español.

LEÓN SANZ, Francisco José: «La modificación de la fecha de cierre de ejercicio desde la perspectiva de la formulación de cuentas anuales abreviadas», *RDBB*, núm. 68, pp. 1394 ss.

MARIMÓN DURÁ, Rafael, y BATALLER GRAU, Juan: «Las sociedades anónimas de seguros y la facultad de avalar a sus administradores», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1341 ss.

PACHECO CAÑETE, Matilde: «Impugnación de acuerdos sociales por infracción del derecho de información de la minoría que reúna la cuarta parte del capital social. Derecho de información de los accionistas consejeros. (Comentario a la STS de 25 de julio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1281 ss.

RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Desregulación en el Derecho de sociedades: un estatuto flexible para las filiales comunes y sociedades intragrupo», *RDM*, núm. 226, 1997, pp. 1803 ss.

VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «Depósito y publicidad de documentos contables en las sociedades de capital», *RDM*, núm. 226, 1997, pp. 1699 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DE TRÁFICO

CREMADES, Bernardo M.: «Nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional», *La Ley*, 1997-5, (D-287), pp. 1855 ss.

MADRID PARRA, Agustín: «Sociedades de tasación: una revisión del Reglamento del Mercado Hipotecario», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1229 ss.

SOUSMATZIAN VENTURA, Elena: «El *rating*: la calificación de las empresas especializadas en los mercados financieros», *RDBB*, núm. 68, 1997, p. 1189 ss.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Habilitación de la CNMV en materia de instituciones de inversión colectiva: la Orden de 3 de noviembre de 1997», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1393 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- AZOFRA VEGAS, Fernando: «La contratación electrónica bancaria», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1065 ss.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael: «Concursos publicitarios. Obligación de entregar a los ganadores la prestación prometida. (Comentario a la STS de 12 de junio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1129 ss.
- BARTELS, Martín: «Conversión de las antiguas deudas a euro», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1261 ss.
- BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, Manuel Pedro: «La competencia homologadora propia del I. C. A. C. y la nulidad de la norma de valoración referida al *leasing*», *RGD*, abril 1998, p. 3553 ss.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores: «Los contratos atípicos», *Actualidad Civil*, núm. 16, 1998, pp.345 ss.
- EMPARANZA, Alberto: «La imposición al cliente de las condiciones generales del contrato», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1307 ss.
- JIMÉNEZ BLANCO, Gonzalo: «Contratos turísticos, viajes de estudios al extranjero, catering, engineering, merchandising», *CDJ*, núm. V, 1997, pp. 191 ss.
- KIRCHNER, Pedro: «El período de “black out” y las ofertas públicas de valores: su utilidad en derecho español», *RGD*, abril 1998, pp. 4033 ss.
- El autor estudia la figura del «black out period», institución propia de los mercados de valores anglosajones que ha sido importada a nuestros mercados, consistente en el período durante el cual, en el contexto de una oferta pública de valores, a los analistas financieros les está prohibido proporcionar a los inversores los informes de análisis que hayan elaborado respecto de la sociedad emisora de dichos valores. El trabajo, además de describir esta figura, plantea su posible engarce en la normativa española del Mercado de Valores así como su utilidad en el Derecho español.
- LEMA DEVESA, Carlos: «Los contratos publicitarios», *CDJ*, núm. V, 1997, pp. 13 ss.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario», *Actualidad Civil*, núm. 9, 1998, pp. 183 ss.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Manuel: «La oferta de bienes de consumo por las entidades de crédito y su regulación en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1167 ss.
- MARÍN, Manuel Jesús: «Contrato de *leasing*. Incumplimiento del vendedor y ejercicio por el usuario de la acción de resolución de la compraventa. Litisconsorcio pasivo necesario, por no demandar a la sociedad de *leasing*. Reposición de las actuaciones al momento de la comparecencia previa. (Comentario a la STS de 25 de junio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1181 ss.

- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: «Consumidores: acción de cesación de publicidad de bebidas alcohólicas de graduación superior a 20 °C; publicidad ilícita de bebidas alcohólicas a través de televisión; publicidad encubierta o indirecta; anunciante y medio de difusión. Litisconsorcio pasivo necesario. Incongruencia. (Comentario a la STS de 26 de julio de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1299 ss.
- MAESTRE CASAS, Pilar: «Prohibición en el territorio comunitario de exportación de los sistemas nacionales de depósitos bancarios ¿una quiebra del control por el país de origen? Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de mayo de 1997», *La Ley*, 1997-5, (D.295), pp. 1893 ss.
- PÉREZ LÓPEZ, Eduardo: «Negocios fiduciarios en Derecho Mercantil. Contrato de *factoring*, contrato de *renting*, contrato de suministro, contrato estimatorio», *CDJ*, núm. V, 1997, pp. 226 ss.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu, y VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás: «Compraventa y contratos de distribución», *RGD*, abril 1998, pp. 4067 ss.
- PETIT LAVALL, María Victoria, y SALINAS ADELANTADO, Carlos: «Contratos de financiación, de inversión y de garantía», *RGD*, abril 1998, pp. 4093 ss.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «Tarjetas electrónicas: problemas de nuevo cuño y continuidad de los de corte clásico», *CDJ*, núm. V, 1997, pp. 417 ss.
- RAPOSO FERNÁNDEZ, José Manuel: «Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios», *RJNot.*, núm. 17, 1996, pp. 219 ss.
- RECALDE CASTELLS, Andrés: «Contrato de “Factoring” y cesión de créditos. (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 10 de mayo de 1997)», *RGD*, abril 1998, pp. 3983 ss.
- SALA I ANDRÉS, Anna María; SALINAS, Carlos, y PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «Contratos de gestión», *RGD*, abril 1998, p. 4085 ss.
- SALINAS ADELANTADO, Carlos: «El carácter formal o consensual del contrato de seguro terrestre. Una cuestión nada “teórica”», *RGD*, abril 1998, pp. 4001 ss.
- SANTAELLA LÓPEZ, Manuel: «Ventas especiales: a plazos; ambulantes; automáticas; en pública subasta; promoción de ventas; ordenación del comercio minorista; leyes de las Comunidades Autónomas; permuta», *CDJ*, núm. V, 1997, pp. 351 ss.
- TOBÍO RIVAS, Ana María: «Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y contratos a distancia», *CDJ*, núm. V, 1997, pp. 35 ss.
- VAREA SANZ, Mario: «Fianza mercantil. Improcedencia de los beneficios de excusión y división. Carácter solidario de las obligaciones mercantiles. Especificidad del Derecho mercantil respecto al Derecho civil. (Comentario a la STS de 14 de febrero de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 899 ss.
- VÁZQUEZ ORGAZ, Jorge: «El Derecho Comunitario de la competencia y los acuerdos de compra exclusiva», *La Ley*, 1997-5, (D-262), pp. 1755 ss.

VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso: «Distribución comercial. Concesión mercantil», *CDJ*, núm. V, 1997, pp. 95 ss.

TÍTULOS VALOR, LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

DOMÍNGUEZ SORS, Pedro: «El apremio sobre participaciones, acciones y otros títulos valores», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 211 ss.

KIRCHNER, Pedro: «El período de “black out” y las ofertas públicas de valores: su utilidad en derecho español», *RGD*, abril 1998, pp. 4033 ss.

El autor estudia la figura del “black out period”, institución propia de los mercados de valores anglosajones que ha sido importada a nuestros mercados, consistente en el período durante el cual, en el contexto de una oferta pública de valores, a los analistas financieros les está prohibido proporcionar a los inversores los informes de análisis que hayan elaborado respecto de la sociedad emisora de dichos valores. El trabajo, además de describir esta figura, plantea su posible engarce en la normativa española del Mercado de Valores así como su utilidad en el Derecho español.

TAPIA HERMIDA, Antonio Javier: «Creación de títulos transmisibles por endoso y al portador», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1402 ss.

DERECHO CONCURSAL

ALCOVER GRAU, Guillermo: «Los límites de la ocupación de los bienes del quebrado», *RGD*, marzo de 1998, pp. 2531 ss.

ESPLUGUES, Carlos: «Eficacia en España de los procedimientos concursales iniciados en el extranjero. Análisis del anteproyecto de Ley Concursal, de 12 de diciembre de 1995, en relación con el Convenio de Bruselas, de 23 de noviembre de 1995, relativo a los procedimientos de insolvencia», *RDBB*, núm. 68, 1997, pp. 1121 ss.

FÍNEZ, José Manuel: «Garantías sobre depósitos bancarios. Quiebra de la entidad deudora. Pignoración del crédito restitutorio: configuración de la garantía, requisitos constitutivos y de oponibilidad. Eficacia real y preferencia del acreedor garantizado. Pacto de compensación como medio de ejecución de la garantía. Límites de la prohibición del pacto comisario. (Comentario a la STS de 19 de abril de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 933 ss.

FONT MARQUINA, Marta y ROQUETA RODRÍGUEZ, Angels: «Insolvencia y crisis económica: su reflejo en el derecho concursal», *RGD*, marzo 1998, pp. 2541 ss.

MARCOS GONZÁLEZ LECUONA, María: «Algunos aspectos internacionales del proceso de quiebra. Derecho vigente y proyectos de reforma», *RGD*, abril 1998, pp. 4155 ss.

- ORIA FERNÁNDEZ DE MUNIÁIN, Román: «La quiebra internacional», *RDP*, febrero 1998, pp. 142 ss.
- RODA GARCÍA, Luis: «La posibilidad de plantear nuevos juicios ejecutivos tras iniciarse el expediente de suspensión de pagos», *La Ley*, 1997-5, (D-265), pp. 1772 ss.
- SAGRERA TIZÓN, José María: «La pieza de calificación y depuración de responsabilidades en los expedientes de suspensión de pagos», *RGD*, marzo 1998, pp. 2515 ss.
- SAGRERA TIZÓN, José María: «La competencia territorial del Juez en los expedientes de suspensión de pagos», *RGD*, marzo 1998, pp. 2551 ss.
- SAGRERA TIZÓN, José María: «El convenio en la suspensión de pagos: A) Cese de los interventores judiciales. B) Legitimación activa para oponerse a su aprobación. C) Legitimación del administrador judicial para instar la quiebra voluntaria de la sociedad suspensa», *RGD*, marzo 1998, pp. 2557 ss.
- SAGRERA TIZÓN, José María: «Inteligencias fraudulentas en el concierto del convenio en la suspensión de pagos», *RGD*, marzo 1998, pp. 2567 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- BREMOND Y TRIANA, Luis María: «El control municipal de la ejecución de obras públicas y su posible suspensión», *RDU*, núm. 159, 1998, pp. 11 ss.
- FONSECA FERRÁNDIS, Fernando E.: «Los convenios urbanísticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDU*, núm. 159, 1998, pp. 87 ss.
- GARCÍA GÓMEZ DEL MERCADO, Francisco: «El aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación y su modificación», *RDU*, núm. 159, 1998, pp. 41 ss.
- GARCÍA MAS, Francisco Javier: «Urbanismo: Comentarios al Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en especial lo relativo a obras nuevas y parcelaciones)», *RCDI*, núm. 645, 1998, pp. 317 ss.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier: «Los puertos en el territorio: la constitucionalidad de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Análisis de las Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 40/1998, de 19 de febrero y 2 de abril de 1998», *RDU*, núm. 160, 1998, pp. 11 ss.
- ORTEGA BERNARDO, Julia: «La caducidad en las licencias urbanísticas», *RDU*, núm. 160, 1998, pp. 47 ss.
- PÉREZ MARTOS, José: «La configuración jurídica del medio ambiente en el Derecho español», *RDU*, núm. 159, 1998, pp. 169 ss.

- PÉREZ MORENO, Alfonso: «La cuestión medioambiental, factor prioritario en la regulación de las obras y servicios públicos», *RDU*, núm. 159, 1998, pp. 141 ss.
- RUIZ OJEDA, Alberto: «Una aproximación al problema de las garantías de los acreedores en los proyectos de financiación privada de infraestructuras», *RDU*, núm. 159, 1998, pp. 125 ss.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «Eficacia e ineficacia jurídicas de los planes urbanísticos. Examen de algunas de sus competencias», *RDU*, núm. 160, 1998, pp. 69 ss.
- SARMIENTO ACOSTA, Manuel J.: «Datos para la definición de la disciplina urbanística en el estado autonómico», *RDU*, núm. 159, 1998, pp. 55 ss.
- TENA PIAZUELO, Vitelio: «Las licencias municipales en el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales», *RJC*, núm. 1, 1998, pp. 83 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- AGUILAR-CANOSA I CASTELLÁ, Santiago: «La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en España y en la Unión Europea», *La Ley*, 1997-5, (D-268), pp. 1782 ss.
- ARANGÜENA FANEGO, Coral: «El denominado “recurso” por omisión en el sistema de procesos comunitarios», *RGD*, abril 1998, pp. 4213 ss.
- ARROYO MONTERO, Rafael: «Las resoluciones sobre fijación de la cuantía de las costas por los Tribunales Comunitarios», *La Ley*, 1997-5, (D-256), pp. 1731 ss.
- CONESA HERNÁNDEZ, Ángel: Libertad de establecimiento y Derecho Europeo de sociedades: algunas conexiones mutuas. Comentario a la sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1997, *La Ley*, 1997-5, (D-258), pp. 1738 ss.
- IGLESIAS BUHIGUES, José Luis: «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Amsterdam», *RGD*, mayo 1998, pp. 5847 ss.
- JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: «La protección de las denominaciones geográficas en el ámbito comunitario. Comentario a la sentencia del TJCE de 7 de mayo de 1997», *La Ley*, 1997-5, (D-259), pp. 1740 ss.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del Derecho comunitario», *Actualidad Civil*, núm. 9, pp. 183 ss.
- MAESTRE CASAS, Pilar: «Prohibición en el territorio comunitario de exportación de los sistemas nacionales de depósitos bancarios ¿una quiebra del control por el país de origen? Comentario a la STJCE de 13 de mayo de 1997», *La Ley*, 1997-5, (D-295), pp. 1893 ss.

- MESTRE DELGADO, Juan Francisco: «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea», *DPC*, núm. 11, 1997, pp. 131 ss.
- MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, Iván: «Un paso más hacia la supresión de la “cautio iudicatum solvi” en la Unión Europea. Comentario a la sentencia del TJCE de 20 de marzo de 1997», *La Ley*, 1997-5, (D-257), pp. 1735 ss.
- VÁZQUEZ ORGAZ, Jorge: «El Derecho Comunitario de la Competencia y los acuerdos de compra exclusiva», *La Ley*, 1997-5, (D-262), pp. 1755 ss.

DERECHO PROCESAL

- ABELLÓ MARGALEF, Ramón: «Los mandamientos de embargo en causa criminal», *RCDI*, núm. 645, 1998, pp. 353 ss.
- ALFINT MASSOT, José María: «Registro de la Propiedad y vía de apremio», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 287 ss.
- ARANGÜENA FANEGO, Coral: «El dominado “recurso” por omisión en el sistema de procesos comunitarios», *RGD*, abril 1998, pp. 4213 ss.
- ARROYO MONTERO, Rafael: «Las resoluciones sobre fijación de la cuantía de las costas por los Tribunales Comunitarios», *La Ley*, 1997-5 (D-256), pp. 1731 ss.
- BARCELÓ I SERRA-MALERA, Mercè, y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RPJ*, núm. 46, 1997, pp. 13 ss.
- BLASCO SOTO, María del Carmen: «En torno a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita», *RPJ*, núm. 46, 1997, pp. 343 ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: «Ejecución de sentencia contra quien no es parte en el proceso declarativo. Los supuestos de extensión de la ejecución a quienes no fueron parte en el proceso ni menciona la sentencia. (Comentario a la STS de 18 de abril de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 923 ss.
- CACHÓN CADENAS, Manuel: «Modificación y extinción del embargo», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 243 ss.
- CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen: «Análisis y sugerencias en torno a la regulación de la recusación en el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997», *RGD*, marzo 1998, pp. 1769 ss.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, y BARCELÓ I SERRA-MALERA, Mercè: «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RPJ*, núm. 46, 1997, pp. 13 ss.
- DOMÍNGUEZ SORS, Pedro: «El apremio sobre participaciones, acciones y otros títulos valores», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 211 ss.

- FONCILLAS SOPENA, Ramón: «El apremio sobre bienes distintos de los inmuebles», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 139 ss.
- FRANCO ARIAS, Just: «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 87 ss.
- FUENTES CAMACHO, Víctor, y NEBOT LOZANO, José María: «Determinación de los documentos que, de conformidad con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, deben acompañar a las solicitudes de ejecución de resoluciones extranjeras: algunas imprecisiones de su normativa reguladora», *La Ley*, 1997-5, (D-293), pp. 1881 ss.
- GONZÁLEZ LECUONA, María Marcos: «Algunos aspectos internacionales del proceso de quiebra. Derecho vigente y proyectos de reforma», *RGD*, abril 1998, pp. 4155 ss.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Jaime: «Hacia la unificación del procedimiento civil», *La Ley*, 1997-5, (D-290), pp. 1871 ss.
- IGLESIAS BUHIGUES, José Luis: «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Amsterdam», *RGD*, mayo 1998, pp. 5847 ss.
- IZQUIERDO SANS, Cristina: «El carácter no ejecutivo de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STS, 1.ª, de 20 de noviembre de 1996)», *DPC*, núm. 11, 1997, pp.351 ss.
- MEDINA FERNÁNDEZ, Francisco: «Nulidad de actuaciones: la reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *RGD*, abril 1998, pp. 3565 ss.
- MILÁNS DEL BOSCH PORTOLÉS, Iván: «Un paso más hacia la supresión de la “cautio iudicatum solvi” en la Unión Europea. Comentario a la sentencia del TJCE de 20 de marzo de 1997», *La Ley*, 1997-5, (D.257), pp. 1735 ss.
- MONTERO AROCA, Juan: «Pago al ejecutante y distribución del sobrante en el proceso del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», *Actualidad Civil*, núm. 7, 1998, pp. 141 ss.
- MUERZA ESPARZA, Julio J.: «Competencia por inhibitoria resuelta en contra de la sumisión pactada. (Comentario a la STS de 12 de mayo de 1997)», *CCJC*, núm. 45, 1997, pp. 1037 ss.
- NEBOT LOZANO, José María, y FUENTES CAMACHO, Víctor: «Determinación de los documentos que, de conformidad con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, deben acompañar a las solicitudes de ejecución de resoluciones extranjeras: algunas imprecisiones de su normativa reguladora», *La Ley*, 1997-5, (D-293), pp. 1881 ss.
- ORTIZ GONZÁLEZ, Ángel Luis: «Ejecuciones complejas y límites de la ejecución», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 393 ss.

- ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: «La protección del crédito en la nueva ordenación de la ejecución forzosa que articula el borrador de Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil elaborado por el Ministerio de Justicia», *Actualidad Civil*, núm. 10, 1998, pp. 203 ss.
- PEREDA GÁMEZ, Francisco Javier: «Ejecución de condenas de dar, hacer y no hacer y liquidación de títulos ejecutivos y ejecución de sentencias», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 17 ss.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús: «El tratamiento de la rebeldía del actor en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (especial consideración de los artículos 499 a 503 del Borrador)», *RGD*, mayo 1998, pp. 5319 ss.
- PUIG I FERRIOR, Lluís: «El recus de cassació davant la Sala civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya durant l'any 1996», *RJC*, núm. 1, 1998, pp. 187 ss.
- RODA GARCÍA, Luis: «La posibilidad de plantear nuevos juicios ejecutivos tras iniciarse el expediente de suspensión de pagos», *La Ley*, 1997-5, (D-265), pp. 1772 ss.
- RUIZ MORENO, José María: «Problemática que plantea la técnica de la admisión del recurso de apelación en un solo efecto. Efecto suspensivo y ejecución provisional de las resoluciones», *RGD*, abril 1998, pp. 3521 ss.
- SANTOS ARNAU, Lidia: «Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. Especial referencia al sistema convencional», *CDJ*, núm. XXIX, 1996, pp. 347 ss.
- VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, José Pedro: «El artículo 11.1 de La Ley de Enjuiciamiento Civil y los juicios verbales», *La Ley*, 1997-5, (D-246), pp. 1681 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 EUSKERA EN EL REGISTRO CIVIL

La inscripción de nacimiento ha de redactarse sólo en castellano.

La utilización de modelos bilingües en los cuestionarios del Registro Civil y en el Libro de Familia está también de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional e incluso con el artículo 13 de la Ley autonómica de normalización del euskera de 1982.

Res. DGRN, de 2 de julio de 1997.

HECHOS:

Con fecha 10 de marzo de 1997, ante el Registro Civil de B, don P. X. A. A. y doña M. A. O. L. solicitaron fuese inscrito el nacimiento del hijo de ambos, nacido el día 25 de febrero de 1997, añadiendo las siguientes peticiones: 1) que fuera admitida la versión únicamente en euskera del modelo oficial –de declaración de nacimiento– para la inscripción del recién nacido; 2) que fueran redactados únicamente en euskera el Libro de Familia y los sellos del Registro Civil en él estampados; y 3) que fuera bilingüe el Libro del Registro Civil en el que se haya de practicar el asiento instado.

La Juez Encargada dictó auto por el que denegaba estas tres peticiones.

Los promotores recurrieron frente a dicho auto ante la de la DGNR.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 3, 14 y 149 de la Constitución; 6 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco; la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del euskera; 1216 y 1220 del Código Civil; las Órdenes Ministeriales, de 26 mayo 1988, 20 julio 1989 y 21 enero 1993; las Sentencias del Tribunal Constitucional 82, 83, 84/1986, 123/1988, 74/1989, 56/1990, 337/1994 y 87/1997; la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 26 enero 1993; la Circular de 1 marzo 1984; y las Resoluciones, de 22 de noviembre 1985,

20 de octubre 1987, 27 de junio 1988, 16 de agosto 1993, 15 de febrero 1994 y 10 de enero 1997.

II. Para resolver la cuestión relativa a la petición de que sea bilingüe el Libro del Registro Civil en que se realice la inscripción de nacimiento, como todas las relativas al uso del euskera 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 y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, uno de estos Registros de competencia exclusiva estatal. Esto explica que el Estatuto de Autonomía para el País Vasco no contenga ninguna referencia al Registro Civil y que el artículo 7 de la Ley básica de normalización del uso del euskera (Ley 10/1982) regule, en su primer apartado, el uso de la lengua en la inscripción de documentos en los Registros públicos dependientes de la Comunidad Autónoma, mientras que el apartado segundo del mismo artículo se limita a señalar que, en los Registros públicos no dependientes de la Comunidad Autónoma, el Gobierno Vasco promoverá, de acuerdo con los órganos competentes, la normalización del uso del euskera.

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 RD 628/1987, de 8 de mayo, dio nueva redacción al artículo 86 del Reglamento del Registro Civil 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, norma que permita que una inscripción de nacimiento se redacte en euskera, ni razones bastantes para llegar a esta medida. El empleo de la lengua oficial autonómica 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 vascos para utilizar el euskera en todas sus relaciones con el Registro Civil, no queda coartado en modo alguno su derecho porque el texto de las actas haya de redactarse en castellano, ante el deber de conocer esta lengua establecido para todos los españoles por el artículo 3,1 de la Constitución.

V. Respecto de las otras peticiones de los recurrentes, conviene recordar que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida fundamentalmente en las tres sentencias (82, 83 y 84) de 26 de junio de 1986, y en la más reciente sentencia (87) de 24 de abril de 1997, el derecho de los vascos 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.

Consiguientemente este derecho no se ve en modo alguno vulnerado por el hecho de que el cuestionario para la declaración de nacimiento y el Libro de Familia estén redactados en castellano y en euskera. El bilingüismo no es incompatible ni contradictorio con los derechos lingüísticos reconocidos por los artículos 5 y 6 de la Ley citada de normalización del uso del euskera, como lo demuestra el artículo 13 de la misma Ley, olvidado por los recurrentes, a cuyo tenor «los impresos o modelos oficiales que hayan de utilizarse por los poderes públicos en la Comunidad Autónoma del País Vasco deberán estar redactados en forma bilingüe».

La Dirección General **acordó** desestimar el recurso y confirmar íntegramente la decisión recurrida.

2. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO

2.1 INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN DENTRO DE PLAZO

Si la madre es casada y se quiere inscribir la filiación no matrimonial, no hay que tramitar expediente, sino comprobar en las diligencias de la calificación que el nacimiento ha acaecido pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges.

No comprobadas estas circunstancias, es obligado inscribir la filiación matrimonial.

Res. DGRN de 17 de noviembre de 1997.

HECHOS:

Con fecha 4 de septiembre de 1996, doña F. B. G. solicitó del Registro Civil de Y. la inscripción de nacimiento de su hijo, nacido el día 16 de agosto de 1996, como hijo no matrimonial suyo y de don A. C. P. Según quedó acreditado, la promotora contrajo matrimonio, en enero de 1993, con don J. G. A., pero ambos afirmaron vivir separados desde diciembre de 1995, y el esposo significó no reconocer como hijo suyo al menor alumbrado por su esposa.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil competente, el Juez Encargado dictó acuerdo por el que ordenaba la inscripción de nacimiento y de la filiación matrimonial del nacido con los oportunos datos de ambos progenitores y de la referencia a su matrimonio.

La promotora interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN, señalando que desea que el menor ostente únicamente los apellidos maternos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 69, 113, 116, 129, 136, 1250 y 1251 del Código Civil; 28 y 42 de la Ley del Registro Civil; 166 y 185 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 2 de junio de 1981, y las Resoluciones de 19 de enero, 28 de septiembre (2.^a), 23 de octubre y 30 de noviembre de 1995, 10 de febrero y 26 de septiembre de 1996 y 27 de mayo de 1997 (2.^a).

II. Cuando se pretende inscribir por declaración dentro de plazo el nacimiento de un hijo no matrimonial de madre casada, el Encargado no debe tramitar un expediente innecesario, sino, por las razones apuntadas en la Circular de 2 de junio de 1981 (apartado I, letra B), hacer uso de las facultades que en la calificación le confiere el artículo 28 LRC y realizar en el plazo de diez días las comprobaciones oportunas, con audiencia, si es posible, de los cónyuges o de sus herederos, a fin de cerciorarse de que el nacimiento ha ocurrido pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges. Estas comprobaciones son necesarias a los efectos de demostrar que no entra en juego la presunción de paternidad del marido de la madre (*cf.* art. 116 CC). El criterio de esa Circular se ha visto confirmado por el artículo 185 del Reglamento del Registro Civil, el cual, en su última redacción, recoge literalmente la declaración final tercera de la repetida Circular.

III. En el caso actual, en el que el nacimiento acaeció el 16 de agosto de 1996, hay que concluir, a la vista de las declaraciones de ambos cónyuges y de la información testifical practicada, que en esta fecha no habían transcurrido aún trescientos días desde la separación de hecho, la cual, en el supuesto más favorable a la pretensión de la promotora, se produjo en el mes de diciembre de 1995. Rige, pues, la presunción de paternidad del marido, corroborada por la de convivencia entre los cónyuges (*cf.* art. 69 CC), que tiene valor probatorio de la filiación presumida (*cf.* art. 113 CC) y que no ha sido desvirtuada. Siempre quedará a salvo que por la vía judicial oportuna puedan los legitimados al efecto impugnar la filiación paterna inscrita.

La Dirección General **acordó** desestimar el recurso y confirmar la decisión recurrida.

2.2 INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN FUERA DE PLAZO

Para determinar la filiación se aplica la ley española pues se pretende que la menor tiene la nacionalidad española por ser hija de español.

- **No es eficaz la determinación de la filiación materna, reconocida pasado el plazo para inscribir el nacimiento, por no darse los requisitos complementarios del artículo 124 CC.**
- **Por los mismos motivos, tampoco es eficaz el reconocimiento paterno.**

Res. DGRN, de 24 de noviembre de 1997.

HECHOS:

Con fecha 3 de enero de 1997, el Encargado del Registro Consular de Panamá envió al Registro Consular de S. cuestionario para la inscripción de un nacimiento, presentado y firmado por don J. M. V., español, quien contrajo matrimonio, en noviembre de 1992, con doña M. D. G. M., nacional dominicana. El promotor instaba la inscripción de nacimiento de M. I., de nacionalidad dominicana y nacida en ese país, el 26 de octubre de 1989, hija suya y de su esposa.

La inscripción de nacimiento de la citada menor en el Registro Civil de la República Dominicana, fue practicada, con fecha 1 de diciembre de 1993, por declaración de doña M. E. G. M., quien afirmó que la nacida es hija suya y de su esposo don J. M. V.

No quedó acreditada la convivencia de los interesados antes del nacimiento de la menor cuya inscripción de nacimiento se pretende.

El Cónsul General de España en S. acordó denegar la solicitud deducida por existir dudas de que la menor sea hija biológica del español promotor de las actuaciones.

El interesado recurrió frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 11, 17, 112, 113, 119, 120 y 124 del Código Civil; 15, 16 y 46 de la Ley del Registro Civil; 54, 66 y 68 del Reglamento del Registro Civil; 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley de 30 de diciembre 1981, y las Resoluciones de 26 de octubre y 22 de diciembre 1994, 17 de abril y 9 de mayo 1995, 25 (2.ª) de septiembre y 11 de octubre 1996 y 3 (1.ª) de marzo 1997.

II. Puesto que se pretende que la nacida es española, como hija de padre español, es la ley española (*cfr.* arts. 9.4.º y 112 CC) la que debe regir la filiación discutida, siendo, pues, necesario averiguar si la filiación está determinada legalmente para las leyes españolas.

III. Aunque no por las razones apuntadas en la decisión apelada, esta cuestión ha de ser resuelta negativamente. En efecto, ya la filiación materna no matrimonial no está acreditada ni determinada legalmente, porque para el Derecho español, no basta con un reconocimiento de la maternidad efectuado por comparecencia ante el Registro Civil dominicano en 1993, cuando el nacimiento ha acaecido en 1989. Transcurrido el plazo para declarar el nacimiento (*cfr.* art. 120.4 CC) la simple constancia de la maternidad en la inscripción no es bastante para la determinación legal de la filiación materna. Sin perjuicio de otros modos de esta determinación, hay aquí un reconocimiento voluntario de la maternidad no matrimonial respecto de una menor de edad, el cual requiere, para ser eficaz, el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido (*cfr.* art. 124.1 CC). Mientras no se cumplan estos requisitos, el reconocimiento de la maternidad es ineficaz y, consiguientemente, para el Derecho español la madre no ostenta la representación legal del menor.

IV. Por análogas razones, tampoco es eficaz el reconocimiento de la paternidad no matrimonial otorgado por un español. Desde luego, el hecho de que los presuntos padres hayan contraído matrimonio entre sí en 1992 no supone sin más el establecimiento de la filiación matrimonial de la hija, visto que para tal resultado es imprescindible que la filiación no matrimonial esté determinada legalmente (*cfr.* art. 119 CC), y tal determinación no se ha producido en el caso presente, pues los reconocimientos voluntarios no han sido acompañados de esos requisitos –consentimiento del representante legal o aprobación judicial– exigidos por el artículo 124 CC. Nótese que, en último término, el Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal (*cfr.* art. 54 RRC) asumiría la representación legal de quienes carecen de ella (art. 3.7 EOMF).

V. No estando, pues, acreditada la relación con un español de la nacida, el nacimiento de ésta no es inscribible en el Registro Civil español (*cfr.* arts. 15 LRC y 66 RRC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso.

2.3 INSCRIPCIONES DE FILIACIÓN ADOPTIVA CONSTITUIDA EN EL EXTRANJERO

1.ª Adopción constituida en México:

Se corresponde, en cuanto a sus efectos, con los previstos por las leyes españolas, puesto que el adoptado se considera como hijo de los adoptantes, hay ruptura de vínculos con la familia anterior y las causas de revocación previstas requieren intervención judicial.

No obstante, la inscripción de tal adopción queda subordinada a que la misma sea calificada como conforme al Convenio de La Haya por la autoridad mejicana competente.

Res. DGRN, de 9 de junio de 1997 (1.ª).

HECHOS:

Con fecha 18 de octubre de 1996, ante el Registro Civil de su domicilio en España, los cónyuges don R. P. N. y doña J. H. G., ambos españoles, solicitaron fuese inscrita la adopción de Y., de nacionalidad mexicana, nacida en México el día 1 de julio 1996, hija de los promotores por adopción constituida en el Estado de Oaxaca, México, mediante resolución de autoridad judicial mexicana de 25 de noviembre de 1996. Los interesados aportaron certificación de la entidad pública española competente declarando la idoneidad de aquéllos para adoptar a la referida menor.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado de éste acordó denegar la práctica de la inscripción de adopción, y por ende la de nacimiento, de la menor al entender que: 1) la adopción regulada por el Código Civil federal mexicano no es equiparable a la contenida en la legislación española, y 2) que los promotores no han aportado el certificado de adecuación de esta adopción al Convenio de La Haya sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional.

Los promotores recurrieron frente a dicho acuerdo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9.º, 11, 12, 19, 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 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero; el Convenio de La Haya, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993, y las Resoluciones de 14 de mayo 1992, 18 de octubre 1993, 24 de junio, 1 (1.ª y 2.ª) de septiembre, 13 y 25 de octubre 1995, 27 de enero, 1 y 27 de febrero, 1 y 22 de abril, 12 de julio, 10 de septiembre, 4 de octubre y 29 de noviembre 1996, 17 y 24 de enero, 14 de febrero 1997, 6 y 11 de marzo, 5 y 22 de abril y 29 de mayo de 1997.

II. El presente recurso versa sobre la posible inscripción en el Registro Civil Central de una adopción constituida en México por un matrimonio de españoles en favor de una menor de nacionalidad mexicana. De ser posible la ins-

cripción, ésta habría de practicarse al margen de la inscripción principal de nacimiento (*cf.* art. 46 LRC), si hay título suficiente para practicar simultáneamente esta inscripción (*cf.* arts. 23 LRC y 85 RRC) o, en otro caso, al margen de la anotación soporte de nacimiento prevista por el artículo 154.1.º RRC.

III. El acuerdo apelado ha denegado la inscripción de la adopción, aduciendo dos obstáculos distintos. El primero es que la adopción mexicana en cuestión no extingue los vínculos del adoptado con su familia por naturaleza y que aquélla es revocable, por lo que se trata de una institución que no se corresponde con la adopción que regula el Código Civil español. El segundo obstáculo estriba en que, siendo México y España estados parte del Convenio de La Haya, citado en los vistos, no se ha acreditado que la adopción sea conforme al Convenio por medio de la certificación a que alude el artículo 23 del mismo.

IV. El primero de los defectos apuntados incurre en un error de planteamiento excusable, como es el de entender que la adopción se rige en este caso por el Código mexicano vigente en el Distrito Federal de México, cuando la adopción se ha constituido en el Estado mexicano de Oaxaca y hay, pues, que atenerse a lo que establece el Código Civil de este Estado, con sus últimas reformas, de 2 de septiembre y de 7 de diciembre de 1993. Siendo esto así, y conociendo la DGRN por información del Consulado General de España en México el contenido del Código Civil de Oaxaca, a su regulación hay que atenerse (*cf.* art. 12.6 CC) para apreciar si los efectos de la adopción constituida en el extranjero por adoptantes españoles se corresponden o no con los previstos por la legislación española (*cf.* art. 9.5 CC). Por otra parte, no hay duda de que, conforme a este mismo apartado del artículo 9, la adopción la ha constituido una autoridad extranjera competente, que se ha aplicado la ley nacional de la adoptanda en cuanto a la capacidad y consentimientos necesarios, y que la entidad pública española competente en materia de protección de menores ha declarado la idoneidad de los adoptantes españoles domiciliados en España.

V. En esta delicada labor de comparación entre una adopción extranjera y la adopción regulada por el Código Civil (*cf.* la reciente Res. DGRN de 29 de mayo 1997), hay que partir de la base de que los efectos de una y otra han de «corresponderse» para que la primera sea reconocida en España como tal adopción y esa expresión, puesto que es casi impensable que exista absoluta identidad en los efectos de una y otra, 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. Pues bien, esta correspondencia esencial de efectos se da entre la adopción española y la del Código Civil de Oaxaca, en cuanto que en éste, según su artículo 403, la adopción produce efectos legales entre los adoptantes, y su familia, y el adoptado, «como si se tratara de un hijo consanguíneo», quedando extinguida la filiación respecto de los progenitores biológicos, salvo en cuanto a los impedimentos para contraer matrimonio.

VI. Es cierto que el Código Civil de Oaxaca permite la revocación en los tres casos que señala su artículo 419 (cuando las dos partes convengan en ello, por ingratitud del adoptado, y por incumplimiento grave de las obligaciones del adoptante), pero también es cierto que en los tres casos es necesaria la interven-

ción judicial (cfr. arts. 421 a 423), precisando incluso el artículo 421 de dicho Código que en el caso de la revocación voluntaria «el juez decretará que la adopción quede revocada, si convencido de la espontaneidad con que se solicitó la revocación, encuentra que ésta es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado». La revocación, por consiguiente, es fundamentalmente judicial y no guarda desarmonía con el supuesto extremo de revocación que admite el artículo 180 CC español ni con la exclusión judicial de los derechos del adoptante del artículo 179.

VII. Por el contrario, el segundo de los defectos apuntados debe ser confirmado. En efecto, tanto España como México son Estados partes del Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993 (BOE de 1 de agosto 1995), y el artículo 23 de este Convenio exige, para que la adopción sea reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes, que la misma sea certificada como conforme al Convenio por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar. Esta certificación garantiza que en su tramitación han intervenido las autoridades centrales de los Estados de origen y de recepción y, en el caso de México, ha de ser expedida por la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Por lo tanto, mientras no se acompañe la certificación indicada, existe un defecto subsanable que impide por el momento la inscripción.

La Dirección General **acordó** revocar el acuerdo apelado en cuanto al primero de los defectos apreciados y confirmarlo en cuanto al defecto segundo.

2.ª Adopción constituida en México:

Es inscribible la adopción plena constituida en el Estado mexicano de San Luis de Potosí, porque sus efectos durante la minoría de edad se corresponden y no discrepan de los previstos por el Código Civil.

Res. DGRN, de 11 de septiembre de 1997.

HECHOS:

Con fecha 16 de octubre de 1996, ante el Registro Civil de su domicilio en España, los cónyuges don D. V. S. y doña M. J. R. V., ambos españoles, solicitaron fuese inscrita la adopción de J., de nacionalidad mexicana, nacido en México, el día 20 de mayo de 1996, hijo de los promotores por adopción constituida en el Estado de San Luis de Potosí, México, mediante Resolución de autoridad judicial mexicana, de 23 de septiembre de 1996. Los interesados aportaron certificación de la entidad pública española competente declarando la idoneidad de aquéllos para adoptar.

En trámite de calificación, el Juez Encargado acordó denegar la práctica de la inscripción de adopción, y por ende la de nacimiento, de la menor al entender que la adopción regulada por los Códigos civiles federal de México y del Estado mexicano de San Luis de Potosí no es equiparable a la institución homónima regulada por nuestro Ordenamiento.

Los promotores recurrieron frente a dicho acuerdo ante la DGRN, alegando que los preceptos del Código Civil de San Luis de Potosí invocados en la decisión recurrida quedaron derogados por determinado Decreto del año 1992, siendo así que los vigentes regulan una adopción equiparable a la adopción española.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 11, 12, 19, 108, 178 y 180 del Código Civil; 15, 16, 23 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 85, 128 y 154 del Reglamento del Registro Civil; 25 y disposición adicional 2.ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero; el Convenio de La Haya, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993, y las Resoluciones de 14 de mayo 1992, 18 de octubre 1993, 24 de junio, 1 (1.ª y 2.ª) de septiembre, 13 y 25 de octubre 1995, 27 de enero, 1 y 27 de febrero, 1 y 22 de abril, 12 de julio, 10 de septiembre, 4 de octubre y 29 de noviembre 1996, 17 y 24 de enero, 14 de febrero, 6 y 11 de marzo, 5 y 22 de abril 1997, 29 de mayo y 9 (1.ª y 2.ª) de junio de 1997.

II. El problema que se plantea en este recurso es el de si es inscribible en el Registro Civil español la adopción instada. No hay duda de que ésta se ha constituido ante la autoridad del Estado de San Luis de Potosí (México) competente en la forma establecida por la *lex loci*, y que se ha aplicado la ley mexicana del adoptando en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios (cfr. arts. 9.5 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, en el lugar de su domicilio, en materia de protección de menores (cfr. art. 9.5 *fine* CC). La cuestión se centra en determinar si es aplicable al caso la previsión, introducida en el mismo artículo 9.5 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 aquélla 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 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 esta adopción mexicana «se corresponden» con la adopción española, regulada por el Código Civil.

IV. Los rasgos fundamentales de estas adopciones españolas y de la adopción plena mexicana del Estado de San Luis de Potosí 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 asimilado a un hijo por naturaleza, rompiéndose, con escasísimas excepciones, los vínculos jurídicos con la posible familia anterior por naturaleza del adoptado. Ciertamente es que el CC de San Luis de Potosí establece, en su artículo 363, que «Los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante», lo cual contradice lo dispuesto en el artículo 178.1.º CC español, que establece el principio de que «La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior». Ahora bien, el propio artículo 363 citado añade que: «En la adopción plena los parientes naturales, ascendientes y colaterales del adoptado, no conservarán ningún derecho sobre el mismo, quedando éste exento de deberes para con ellos, pero conservando en su caso los derechos sucesorios por naturaleza». Por lo tanto, hay que considerar que si bien no existe una ruptura total de vínculos jurídicos, salvo limitadas excepciones, tal y como exige nuestra legislación, no parece que vaya en contra de este principio el hecho de concederle al adoptado derechos sucesorios por naturaleza,

al ser una disposición establecida, no con carácter recíproco, sino únicamente en favor del adoptando y, en principio, para su beneficio.

Tampoco existen divergencias por lo que respecta a la revocación de la adopción, porque si se examinan los artículos 365 a 370 CC de San Luis de Potosí, se obtiene la conclusión de que la revocación que en ellos se admite es exclusivamente judicial, tanto en el caso de ingratitud del adoptado como en el de la promovida de común acuerdo por las partes, ya que en este segundo caso el Juez sólo decreta la revocación «si, convencido de la espontaneidad con la que se solicitó la revocación, encuentra que ésta es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado» (*cf.* art. 367).

Por último, hay que señalar que, si bien es posible que el menor pueda impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayoría de edad (art. 354 CC de San Luis de Potosí), hay que tener en cuenta que 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 menores.

V. Puesto que no ha sido este extremo objeto de la calificación, no puede examinarse ahora la cuestión acerca de si está o no justificado en las actuaciones que la adopción discutida ha sido calificada como conforme al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 (*cf.* art. 23 del citado Convenio que liga a España y a México).

La Dirección General acordó revocar el acuerdo apelado y declarar que los obstáculos en él invocados no impiden las inscripciones intentadas.

3.ª Adopción constituida en Panamá:

Presentada la petición, estando ya en vigor la Ley del Menor, es necesario que se acompañe la oportuna declaración de idoneidad, sin que entre en juego la disposición transitoria única de esa ley, que no se refiere a los procedimientos extranjeros de adopción.

Res. DGRN, de 27 de noviembre de 1997.

HECHOS:

Con fecha 15 de octubre de 1996, ante el Registro Civil de su domicilio en España, los cónyuges don P. S. C. y doña M. G. S., ambos españoles, solicitaron fuese inscrito el nacimiento de A., de nacionalidad panameña, nacida en Panamá el día 10 de noviembre 1995, hija de los promotores por adopción constituida en Panamá, mediante Resolución de autoridad judicial de este país, de 8 de febrero de 1996. En el momento de la ratificación, los promotores manifestaron que no estaban obligados a presentar declaración de idoneidad para adoptar por serles de aplicación la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, puesto que el procedimiento de adopción se inició antes de la entrada en vigor de dicha Ley.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado de éste acordó denegar la práctica de las inscripciones de nacimiento y adopción solicitadas al entender que ha de acompañarse la declaración de idoneidad exigida por el artículo 9.5.º CC.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9 del Código Civil; 25, disposición adicional 2.ª y disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero; 15, 16 y 46 de la Ley del registro Civil; 66 y 68 del Reglamento del registro Civil, y las Resoluciones de 29 de noviembre de 1996, 17 de enero, 14.5.ª de febrero y 30 de octubre de 1997.

II. En el momento de solicitar la inscripción ya estaba en vigor la Ley del Menor, de 15 de enero de 1996, de modo que el Encargado en su calificación (cfr. disposición adicional 2.ª de esta Ley) ha de apreciar si concurren las condiciones del artículo 9.5.º CC en su actual redacción dada por la misma Ley. Por lo tanto, no puede ser reconocida en España la adopción constituida en el extranjero «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».

III. Es, pues, necesaria para la inscripción esta declaración de idoneidad, sin que sea argumento en contra que el procedimiento extranjero de adopción comenzó antes de la entrada en vigor de la citada Ley de 15 de enero de 1996. En efecto, no es aplicable al supuesto la disposición transitoria única de la repetida Ley («los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior»), porque esta norma se refiere a los procedimientos españoles en curso de tutela, acogimiento o adopción, y no puede aludir a cuestiones ajenas al legislador español, como son los procedimientos extranjeros de adopción. Además, la exigencia de la declaración de idoneidad no es un requisito del procedimiento, sino una exigencia que se añade a la adopción extranjera en la previsión de que la autoridad correspondiente no haya tenido en cuenta, como es muy posible, las leyes españolas.

IV. Lo anterior no ha de impedir, como es obvio, que pueda ser inscrita la adopción en el Registro español en cuanto se presente la declaración de idoneidad que ahora falta.

La Dirección general acordó confirmar el acuerdo apelado.

3. NACIONALIDAD

3.1 DECLARACIÓN SOBRE NACIONALIDAD

No eran españoles los nacidos en Estados Unidos, en 1975 y 1976, de padre estadounidense y madre española, pues les correspondía la nacionalidad del padre.

Caminos que han tenido los interesados para adquirir la nacionalidad española y que no han utilizado.

Res. DGRN, de 20 de septiembre de 1997.

HECHOS:

Los hermanos V. y R. B. L., ambos estadounidenses y residentes en la ciudad norteamericana de M, solicitaron del Cónsul General de España en dicha ciu-

dad que les fuese reconocida la nacionalidad española de origen por ser ésta la nacionalidad de su madre.

Según quedó acreditado, los interesados nacieron en Estados Unidos, los respectivos días 1 de abril de 1975 y 4 de abril de 1976, hijos de don J. R. B., estadounidense, y doña D. L. S., española y nacida en España, quienes contrajeron matrimonio en 1974.

Denegado, al parecer, tal reconocimiento, los promotores interpusieron recurso ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos el artículo 17 del Código Civil en su redacción por las Leyes de 15 de julio de 1954 y 51/1982, de 13 de julio; 20 y 23 del Código Civil en su redacción actual; 96 de la Ley del Registro Civil; las disposiciones transitorias de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre; la disposición transitoria 1.ª de la Ley 29/1995, de 2 de noviembre; las Instrucciones de 16 de mayo de 1983 y de 20 de marzo de 1991; y las Resoluciones de 10 de mayo de 1996, 4.2.ª de marzo, 8 y 26.1.ª de mayo de 1997.

II. El reconocimiento de la nacionalidad española de origen instado por los recurrentes requeriría, en el ámbito registral, que se declarase que eran españoles cuando nacieron en el expediente con valor de presunción del artículo 96.2.º de la Ley del Reglamento Civil, que decide en primera instancia el Encargado del Registro Civil del domicilio (*cfr.* arts. 335 y 338 del RRC).

III. Es evidente que en las fechas de los nacimientos de los recurrentes les era de aplicación la norma establecida por el artículo 17.2.º CC, redacción de 1954, a cuyo tenor eran españoles «los hijos de madre española, aunque el padre sea extranjero, cuando no sigan la nacionalidad del padre». Por lo tanto, como en este caso el padre tenía la nacionalidad estadounidense y esta misma nacionalidad es la que correspondía *iure soli* a los hijos, es obvio que no nacieron españoles, pues les venía atribuida desde su nacimiento la misma nacionalidad que tenía el padre.

IV. Es cierto que este principio de preferencia de la nacionalidad paterna sobre la materna ha sido abandonado por la legislación española en aplicación de la Constitución y, formalmente, desde la entrada en vigor de la Ley 51/1982, de 13 de julio. Ahora bien, es impensable que la nueva regulación que atribuye la nacionalidad española de origen a los nacidos de madre española pueda tener la eficacia retroactiva máxima consistente en convertir automáticamente y taumatúrgicamente en españoles, sin contar con su voluntad, a quienes no lo eran cuando entró en vigor la nueva regulación. El principio *tempus regit factum* es básico en el Derecho transitorio español y es el que ha inspirado la disposición transitoria primera de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre.

V. Hay que advertir que los interesados han tenido vías fáciles para adquirir la nacionalidad española. Así, en virtud de la disposición transitoria 2.ª de la Ley de 1990, y como hijos de madre española (*cfr.* apartado VIII de la Instrucción de 20 de marzo de 1991) pudieron optar por la nacionalidad española de origen de su madre hasta el día 7 de enero de 1993. Después de esta fecha, y en virtud de las sucesivas prórrogas de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de 1990, que culminaron en la disposición transitoria 1.ª de la Ley de 2 de noviembre de 1995, pudieron optar, hasta el día 7 de enero de 1997, a la nacio-

nalidad española, aunque ya no de origen, como hijos de madre española nacida en España. Si no han querido ejercitar en plazo estas opciones, es asunto que ellos habrán sopesado, pues no han desconocido estas posibilidades, según se deduce de su último escrito, y si, conforme a lo que del mismo se infiere, no han optado por no parecerles oportuno tener que declarar que renunciaban a su anterior nacionalidad (*cf.* art. 23.b CC), hay que recordar que no hay términos hábiles para dispensar del cumplimiento de un requisito, aunque sea en ocasiones formal, establecido por la Ley para la adquisición de la nacionalidad española.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y ordenar que, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 66 RRC (*cf.* también Instrucción de 11 de abril de 1978), se haga constar expresamente en las inscripciones de los nacimientos de los dos hermanos que no está acreditada conforme a Ley la nacionalidad española de los inscritos.

3.2 ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN

1.ª No es obstáculo que el optante, por un compromiso anterior, esté al servicio de un ejército extranjero porque el Decreto de 28 de diciembre de 1967 no está en vigor y porque, aunque lo estuviera, la situación no es la prevista por el artículo 25 del Código Civil.

Res. DGRN, de 19 de diciembre de 1997.

HECHOS:

Con fecha 15 de diciembre de 1996, don R. O. B. F., marroquí y vecino de A. (Marruecos), manifestó ante el Cónsul General de España en esa ciudad su deseo de optar a la nacionalidad española al amparo de lo prevenido en la disposición transitoria 1.ª de la Ley de 2 de noviembre de 1995. A tales efectos y ante el citado Cónsul, con fecha 1 de julio de 1997, el promotor expresó su voluntad de optar a la nacionalidad española, juró fidelidad a S.M. el Rey, obediencia a la Constitución y demás leyes españolas y renunció a la nacionalidad marroquí.

Según quedó acreditado, el interesado, quien se jubiló del Ejército marroquí, el día 30 de junio de 1997, nació en Marruecos, el 19 de octubre de 1938, hijo de padre marroquí y madre española de origen y nacida en España.

El Cónsul General acordó denegar la práctica de la inscripción de la opción que se pretende al estimar que la misma había sido formulada fuera de plazo hábil, el cual había expirado el día 7 de enero de 1997.

El promotor interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN, alegando que su solicitud de opción se entregó en el Consulado español en Noviembre de 1996, por tanto antes de vencer el citado plazo. Por su parte, el Cónsul General significó que la opción intentada, conforme al artículo 25 CC, deviene fraudulenta en la fecha en se formuló por ser entonces el promotor miembro de las Fuerzas Armadas marroquíes, por lo que es claro que la repetida opción fue formulada fuera de plazo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 20 del Código Civil, en su redacción originaria, 23.1.º del Código Civil, en sus redacciones por las Leyes de 15 de julio de 1954 y 14/1975, de 2 de mayo, 24 del Código Civil, en su redacción por Ley 51/1982, de 13 de julio, 4, 20, 23 y 25 del Código Civil, en su redacción actual; 46 y 64 de la Ley del Registro Civil; 226 a 229 del Reglamento del Registro Civil; la disposición transitoria 1.ª de la Ley 29/1995, de 2 de noviembre; el Decreto de 28 de diciembre de 1967, y las Resoluciones de 6 de junio y 24 de julio de 1968.

II. Está acreditado que el interesado, habiendo manifestado su voluntad, antes del 7 de enero de 1997, cumple todos los requisitos exigidos por la disposición transitoria 1.ª de la Ley de 2 de noviembre de 1995. Ahora bien, la dificultad consiste en que el interesado, en el momento en que declara su voluntad, pertenecía a las Fuerzas Armadas marroquíes y, cuando por jubilación dejó de pertenecer a éstas, su nueva declaración de opción la ha formulado pasado el plazo de caducidad. Consiguientemente, la cuestión estriba en que, conforme al artículo 25.1.º CC, el español no de origen, como es el caso, pierde la nacionalidad española cuando entre voluntariamente al servicio de las armas o ejerza cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno. Como no podría admitirse una opción si por ella se incurriera al mismo tiempo en pérdida de la nacionalidad española, es necesario determinar si existe hoy esa prohibición expresa del Gobierno para la entrada al servicio de las armas extranjeras, así como si tal prohibición comprende el supuesto de hecho contemplado.

III. Ciertamente existe un Decreto de 28 de diciembre de 1967 que prohibió a los españoles —entonces también a los de origen— prestar o continuar voluntariamente servicio de armas en país extranjero, so pena de perder de pleno derecho la nacionalidad española. Sin embargo, hay razones muy poderosas para entender que el citado Decreto —que en cuanto a los españoles de origen fue derogado por el artículo 11.2 de la Constitución— fue también derogado para los españoles no de origen por la nueva regulación incompatible llevada al Código Civil a partir de la Ley 51/1982, de 13 de julio.

A esta conclusión se llega atendiendo no sólo a las circunstancias históricas muy particulares que originaron aquel Decreto, sino especialmente porque el mismo fue dictado en uso de una prerrogativa del Jefe del Estado (el art. 23.1.º CC, redactado por Ley de 15 de julio de 1954, refería la prohibición expresa al «Jefe del Estado español»), cuando a partir de la Ley de 1982 (*cf.* art. 24.2.º CC) la prohibición expresa ha de emanar del Gobierno, el cual desde 1982 no ha dictado ninguna disposición prohibiendo a los españoles no de origen entrar al servicio de las armas de un país extranjero.

IV. Si a pesar de esta conclusión, muy difundida en la doctrina, se estima que, pese a todo, el repetido Decreto de 1967 sigue en vigor para los españoles no de origen, el resultado práctico sería el mismo, ya que es totalmente distinta la situación prevista por el vigente artículo 25 CC (español no de origen que, después de serlo, entra voluntariamente al servicio de armas extranjeras) que la situación actual (extranjero que adquiere la nacionalidad española y en ese momento está sirviendo, como consecuencia de un compromiso anterior, a un ejército extranjero). En este segundo caso, difícilmente puede conceptuarse la continuación del servicio como voluntaria. No hay que olvidar, en fin, que las normas san-

cionadoras han de ser interpretadas restrictivamente y no han de aplicarse a supuestos distintos de los expresamente contenidos en aquéllas (*cfr.* art. 4.2.º CC).

La Dirección General acordó estimar el recurso y ordenar que, al margen de la inscripción de nacimiento, se inscriba la opción a la nacionalidad española formulada por el recurrente.

2.ª Fecha de la opción es la del acta que debió levantarse cuando el interesado compareció en el Consulado y, como en esta fecha el hijo era mayor de edad, puede éste optar por razón de patria potestad dentro de plazo.

Res. DGRN, de 12 de diciembre de 1997 (1.ª).

HECHOS:

Con fecha 6 de diciembre de 1995, don J. C. A., mayor de edad, colombiano, nacido en Colombia, el 14 de diciembre de 1976, ante el Consulado General de España en B (Colombia), optó a la nacionalidad española alegando que su padre ha adquirido esta nacionalidad.

Según quedó acreditado, el padre del optante expresó su voluntad de adquirir la nacionalidad española por opción el 11 de junio de 1993; obtuvo dispensa del requisito de residencia legal en España mediante acuerdo del Consejo de Ministros, de 6 de octubre de 1995; y adquirió la nacionalidad española por opción, el 6 de diciembre de 1995.

El Cónsul Encargado denegó la solicitud formulada, alegando que el optante ya era mayor de edad cuando el padre firmó el acta de opción, por lo que nunca ha estado sujeto a la patria potestad de un español.

El promotor interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 20 y 23 del Código Civil; 15, 23, 46 y 64 de la Ley del Registro Civil; 66, 85 y 226 a 229 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 24 de mayo, 3 de agosto y 19.6.ª de septiembre de 1993, 5 de septiembre de 1994, 23.2.ª de noviembre de 1995, 25.1.ª de septiembre de 1996 y 3 de enero y 20.2.ª de mayo de 1997.

II. Con carácter previo conviene recordar que son inscribibles en el Registro Civil español los nacimientos acaecidos en el extranjero que afecten a españoles (*cfr.* arts. 15 LRC y 66 RRC), por lo que, una vez adquirida de modo sobrevenido la nacionalidad española por una persona, debe practicarse la inscripción de nacimiento de un hijo suyo, haciendo constar expresamente la circunstancia de no estar acreditada conforme a Ley la nacionalidad española del nacido (*cfr.* art. 66 *fine* RRC).

III. Entrando en el fondo del asunto, hay que estimar que la negativa del Encargado del Registro Consular a admitir la declaración de opción a la nacionalidad española formulada por el hijo, por ser éste mayor de edad en el momento en que su padre la adquirió, no debe ser admitida.

IV. En efecto, habiendo formulado el padre su voluntad de adquirir la nacionalidad española, por opción el 11 de junio de 1993, tal declaración

debió entonces admitirse por el Encargado levantando al efecto la oportuna acta, cuya hora y fecha serían las de la inscripción, si ésta llegara a extenderse una vez justificados o cumplidos los requisitos exigidos, como entonces lo era la dispensa del Gobierno prevista por la disposición transitoria 3.ª de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, y por el artículo 26 CC (*cf.* arts. 64 LRC y 226 a 228 RRC).

Por lo tanto, la fecha para computar si el optante actual era o no mayor de edad, en el momento de la adquisición de la nacionalidad española por su padre, no es la de la inscripción marginal, practicada el 4 de febrero de 1997, ni tampoco la del acta respectiva de 6 de diciembre de 1995, sino la del acta primitiva que, en 1993, debió levantarse y cuya falta no es obviamente imputable a los interesados, no debiendo, por tanto, perjudicarles tal omisión.

V. De todo lo expuesto se deduce que, habiendo alcanzado el hijo la mayoría de edad con posterioridad a la fecha en que su progenitor manifestó su voluntad de adquirir la nacionalidad española, podía ejercitar su facultad de optar al haber estado sujeto a la patria potestad de un español y no haber transcurrido el plazo de dos años que marca el artículo 20 CC para su ejercicio.

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el acuerdo apelado y ordenar se inscriba el nacimiento del recurrente y la adquisición por éste de la nacionalidad española.

3.3 RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD

Nació española la hija de padre español, nacida en Uruguay, en 1956, cuyo padre perdió la nacionalidad española, en 1961, y reconoció a su hija como no matrimonial, en 1984.

Siendo española e hija de emigrante, le beneficia para la recuperación el actual artículo 26 CC.

El nombre propio «Antoñita» ha de pasar a «Antonia».

Res. DGRN, de 9 de julio de 1997.

HECHOS:

Con fecha 23 de septiembre de 1996, ante el Registro Civil de su domicilio en España, doña A. G. C., uruguaya, manifestó su voluntad de recuperar su nacionalidad española de origen.

Según quedó acreditado la interesada, nacida el 29 de enero de 1956, en Uruguay, fue reconocida como hija no matrimonial por don V. G. D., español de origen, que adquirió la nacionalidad uruguaya, el día 22 de noviembre de 1961, y ya fallecido.

Remitidas la actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado de éste acordó denegar la inscripción de nacimiento de la interesada con marginal de recuperación de la nacionalidad española, al estimar que en el momento en que se determinó su filiación paterna, el progenitor no ostentaba la condición de español.

Notificada la interesada, expresó su voluntad de optar por la nacionalidad española de su padre y, por otra parte, interpuso recurso contra el acuerdo denegatorio ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 17, 22 y 23 del Código Civil, redacción por Ley de 15 de julio de 1954; 17 del Código Civil, redacción por Ley de 13 de julio de 1982; 9, 26, 112, 120 y 123 del Código Civil, en su redacción actual; 15, 16, 23, 46, 54 y 64 de la Ley del registro Civil; 66, 68, 85, 212, 213 y 226 a 229 del Reglamento del Registro Civil y las Resoluciones de 16.1.^a, 222 y 29.2.^a y 4.^a de enero, 10.1.^a y 3.^a, 17.7.^a y 27.2.^a de febrero, 1.4.^a, 18.2.^a, 19.2.^a, 25.3.^a y 29.1.^a de abril, 16, 17.4.^a y 26.1.^a de mayo, 3.1.^a, 2.^a y 3.^a de junio y 3 de julio de 1997.

II. No se entra a resolver sobre la cuestión relativa a la opción a la nacionalidad española, por no haber el Juez Encargado manifestado acuerdo alguno sobre dicho asunto y porque puede ser inútil su calificación si prospera el recurso entablado.

III. La decisión de Juez Encargado no puede ser mantenida. En efecto, una vez determinada la identidad del progenitor y acreditada la nacionalidad española de éste en el momento del nacimiento de la hija, no existiría ninguna duda sobre la nacionalidad española de origen de la interesada (*cf.* art. 17.1.º CC, redacción 1954) por más que el reconocimiento se hubiera efectuado después de la pérdida de la nacionalidad española del padre. Ahora bien, es preciso determinar previamente si ese reconocimiento se ha efectuado conforme a la ley personal del hijo (*cf.* art. 9.4.º CC). Sobre este punto, se ha demostrado que se ha cumplido la ley uruguaya, ya que el reconocimiento se ha hecho constar en el Registro Civil uruguayo. También, en el supuesto de considerarse a la interesada como española, concurren los requisitos específicos exigidos por nuestra legislación, como son el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil (*cf.* art. 120.1.^a CC) y el consentimiento expreso o tácito del reconocido por tratarse de un mayor de edad (*cf.* art. 123 CC). Por tanto, cualquiera que sea la legislación aplicable, no hay duda de la validez del reconocimiento efectuado.

IV. Sentada esta premisa, así como la nacionalidad española del progenitor en el momento del nacimiento de la hija, «la determinación legal de la filiación respecto del padre o madre españoles producirá automáticamente la adquisición de la nacionalidad española de origen» (*cf.* art. 17 CC, según Ley de 13 de julio de 1982, y 112 CC), por lo que, habiéndose efectuado el reconocimiento en 1984, no hay duda de la aplicación del citado artículo cuyos efectos, ciertamente distorsionadores, han desaparecido por la Ley de 17 de diciembre de 1990 al conceder, a aquél cuya filiación se determine legalmente siendo mayor de 18 años, únicamente un derecho de opción ejercitable en el plazo de dos años a contar desde la determinación legal de la filiación. Esta adquisición automática de la nacionalidad española se producirá, pues, por el solo hecho de la determinación legal de la filiación, con independencia de la nacionalidad que ostentara el progenitor en el momento de efectuar el reconocimiento. Bastaba con acreditar que el padre ostentaba la nacionalidad española en el momento del nacimiento de la hija, para que el efecto retroactivo proclamado por el artículo 112 CC tuviera lugar, al no existir (como sí establece el actual art. 17 CC) ninguna ley que dispusiera lo contrario, siendo evidente que se regían por la legislación vigente en 1984 los derechos nacidos según ella de hechos realizados bajo su régimen, aunque actualmente el Código los regula de otro modo (*cf.* disposición transitoria 1.^a CC).

V. Se trata, en definitiva, de una persona, hija de español, que perdió la nacionalidad española en 1961, por razón de dependencia familiar (*cf.* art. 23.5.º

CC, redacción de 1954), y que ahora, como hija de emigrante, puede recuperar esa nacionalidad conforme al vigente artículo 26 CC.

VI. Conviene, por último, examinar, una vez admitida la inscripción de nacimiento con marginal de recuperación, si es posible que figure como primer nombre propio de la interesada el de «Antoñita», que es el que aparece en la certificación de nacimiento aportada. Para el no inscrito en plazo, así como quien adquiere la nacionalidad española, se establece la regla de mantener el nombre que viniera usando, siempre y cuando no se infrinjan las normas establecidas (cfr. art. 213 RRC). En este caso, es evidente que el nombre de Antoñita es un diminutivo de Antonia, quedando por tanto incluido dentro de las prohibiciones establecidas por el artículo 54 LRC, debiendo, en consecuencia, sustituirse (cfr. art. 212 RRC) por el de Antonia.

La Dirección General acordó estimar el recurso y revocar el acuerdo apelado.

4. VECINDAD CIVIL

CONSERVACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL

Es posible la conservación si no han transcurrido diez años de residencia en otro territorio, sin computar la minoría de edad.

Razones por las que se aplica el artículo 225 del Reglamento del Registro Civil, a pesar de una sentencia aislada, de 20 de febrero de 1995, del Tribunal Supremo.

Res. DGRN, de 14 de noviembre de 1997.

HECHOS:

Doña G. G. M. C, nacida en Navarra, el 22 de enero de 1969, hija de padre también nacido en Navarra, y empadronada en Madrid, desde el 1 de marzo de 1981, presentó ante el Registro Civil de Madrid, con fecha 28 de octubre de 1996, declaración de conservación de su vecindad civil navarra, de cuya declaración se levantó el acta correspondiente, el día 9 de abril de 1997.

Remitido un ejemplar del acta al Registro Civil de Pamplona, su Encargada acordó no inscribir la declaración de conservación al entender que la interesada ha adquirido ya la vecindad civil común y no cabe la conservación de la navarra.

La promotora interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 15 del Código Civil en su redacción originaria; 14 del Código Civil en su redacción actual y en la dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo; 46, 64 y 68 de la Ley del Registro Civil; 225 a 229 del Reglamento del Registro Civil; y la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 1995.

II. La interesada, cuya vecindad navarra originaria hay que presumir (cfr. arts. 14.6 CC y 68.2 LRC), presentó la declaración de conservación de dicha

vecindad, el 28 de octubre de 1996. Puesto que en este momento no había transcurrido el plazo de diez años, contado desde su mayoría de edad, no hay obstáculo para inscribir su declaración, que impide la adquisición por residencia de la vecindad civil común (*cf.* art. 14.5 CC), a la vista de que, como señala el artículo 225.2.º del Reglamento del Registro Civil «en el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona».

III. No desconoce la DGRN que una sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 1995, en una afirmación que no constituye la *ratio decidendi* del fallo, sostiene la opinión de que el párrafo transcrito del artículo 225 RRC está en contradicción con la letra del artículo 14.5.º CC, de suerte que la adquisición automática de otra vecindad civil por residencia continuada durante diez años se produce también durante la minoría de edad del interesado. Ahora bien, no hay razones suficientes para apartarse de la interpretación reglamentaria. De una parte, porque, si el plazo de los diez años corriera durante la menor edad, el resultado sería, en ocasiones, que la persona quedara privada de su derecho a conservar su vecindad civil de origen y, en otras ocasiones, que el plazo para tal conservación quedara reducido a menos de diez años. De otra parte, porque la redacción dada hoy al artículo 14 CC, por Ley 11/1990, de 15 de octubre, no se aparta, en este punto concreto de la declaración en contrario para evitar la adquisición por residencia de otra vecindad civil, de las redacciones de la norma originaria y de la aprobada en 1974 y, si bien es cierto que la Ley de 1990 (*cf.* art. 14.2.º) concede al hijo, a partir de los catorce años, un margen de libertad para elegir otras vecindades civiles distintas de la que le corresponda, su capacidad de obrar no es en este aspecto absoluta, porque, de no estar emancipado, ha de ser asistido en su opción por el representante legal.

La Dirección General acordó estimar el recurso y ordenar que se inscriba la declaración de conservación de la vecindad civil.

5. INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO

5.1 MATRIMONIO DE ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO

De los hechos objetivos comprobados se deduce razonablemente la ausencia de consentimiento matrimonial y se deniega la inscripción.

Res. DGRN, de 3 de diciembre de 1997 (1.º).

HECHOS:

Con fecha 19 de marzo de 1997, doña M. G. C., dominicana, solicitó, ante el Consulado General de España en S. D. (República Dominicana), se inscribiera su matrimonio civil celebrado en dicho país, el día 29 de enero de 1997, con don V. A. A., español.

Según resultó de la entrevista practicada, en trámite de audiencia reservada, por el Encargado del Registro Consular y el Canciller del Consulado con la promotora, ésta no conocía: la edad exacta, el domicilio, el lugar de nacimiento, el número de hijos y hermanos de su esposo, ni el lugar y la fecha del matrimonio.

También declaró haberse relacionado únicamente por teléfono con su esposo antes de celebrarse el enlace.

Por su parte, don V. A. A., en el curso de la entrevista reservada que se practicó en el Registro Civil de la ciudad española en la que está domiciliado, manifestó que: se trasladó a la República Dominicana dos días antes de la fecha en que contrajo matrimonio; que no conocía personalmente a su esposa, pero sí a través de llamadas telefónicas y de correspondencia; que conoce a una hija de ella que vive en España y desconocía el número de hijos que tiene su esposa.

El Cónsul General de España en S. D. denegó la inscripción del matrimonio, por considerar que no existe verdadero consentimiento matrimonial tratándose de un negocio jurídico simulado con objetivos económicos y migratorios irregulares.

El interesado interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos civiles y Políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 49, 56, 65, 73 y 1253 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 54, 85, 245, 246, 247, 256, 257 y 354 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones 9.2.^a de octubre, 3 y 17 de diciembre de 1993; 20.2.^a de enero, 30 de mayo y 22.1.^a de noviembre de 1995; 8 de enero, 22 de marzo, 18.3.^a de julio, 20.3.^a y 5.^a de septiembre, 18.3.^a y 4.^a de octubre, 5 y 11 de diciembre de 1996; 8 de enero, 8 de febrero, 4.3.^a y 5.^a y 9.1.^a de abril, 12.1.^a, 2.^a y 3.^a y 24.1.^a de mayo, 25.1.^a y 2.^a de junio, 19.2.^a y 3.^a de septiembre, 24.1.^a y 2.^a de octubre y 20 de noviembre de 1997.

II. El llamado matrimonio de complacencia es indudablemente nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (*cf.* arts. 45 y 73.1.º CC). Para evitar, en la medida de lo posible, la existencia aparente de estos matrimonios y su inscripción en el Registro Civil, la DGRN dictó en su momento la Instrucción de 9 de enero de 1995, dirigida a impedir que algunos extranjeros obtengan la entrada en España o regularicen su estancia en ella por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

III. La Instrucción citada trata de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que en el expediente previo a la celebración del matrimonio tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente (*cf.* art. 246 RRC), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (*cf.* arts. 56.1 CC, 245 y 247 RRC), entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial. Pues bien, análogas medidas deben adoptarse cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la *lex loci*. El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales –sin excepción alguna– para la celebración del matrimonio (*cf.* art. 65 CC) y esta comprobación, si el matrimonio consta por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256.3 RRC), requiere que, por medio de la calificación de este

documento y «de las declaraciones complementarias oportunas», se llegue a la convicción de que no hay dudas «de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española». Así lo señala el artículo 256 RRC, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un Registro extranjero, establecen los artículos 23.2 LRC y 85 RRC.

IV. Esta extensión de las medidas tendentes a evitar la inscripción de matrimonios simulados, por más que hayan sido celebrados en el extranjero, viene siendo propugnada por la doctrina de la DGRN, a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, debiendo denegarse la inscripción cuando exista una serie de hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los propios interesados y por las demás pruebas presentadas, de los que sea razonable deducir, según las reglas del criterio humano (*cf.* art. 1253 CC), que el matrimonio es nulo por simulación.

V. En este caso concreto, de los hechos comprobados es una deducción razonable y en modo alguno arbitraria entender que el matrimonio es nulo por simulación de la contrayente, independientemente de lo que hubiera sucedido en cuanto a la voluntad del varón. Así lo han estimado el Canciller de Consulado en funciones de Ministerio Fiscal (art. 54 RRC) y el Encargado del Registro Consular, los cuales por su intermediación a los hechos son quienes más fácilmente pueden apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos.

Esta conclusión, obtenida en momentos cronológicamente más próximos a la celebración del matrimonio, no quedaría desvirtuada por un expediente posterior, el del artículo 257 RRC, del cual debe prescindirse por razones de economía procesal (*cf.* art. 354 RRC), si es que se estima que, además de la vía judicial, quedara abierto este camino ante la denegación adoptada en la calificación efectuada por la vía del artículo 256 RRC.

La Dirección General acordó desestimar el recurso, dejando a salvo la vía judicial ordinaria.

5.2 MATRIMONIO DE ESPAÑOL EN EL EXTRANJERO

Se declara inscribible porque de los hechos comprobados no se deduce, sin sombra de duda, la simulación.

Res. DGRN, de 3 de diciembre de 1997 (2.º).

HECHOS:

Con fecha 12 de marzo de 1997, don J. F. M., español, solicitó ante el Registro Consular la inscripción de su matrimonio, contraído el 10 de marzo de 1997, en la República Dominicana, con doña P. B. B., dominicana.

Según resultó de la entrevista practicada, en trámite de audiencia reservada, por el Encargado del Registro Consular y el Canciller del Consulado doña P. B. B., ésta: conocía datos personales y familiares del esposo; afirmó que se conocieron en O. (España) y allí convivieron durante ocho años, si bien no constan en su pasaporte los correspondientes sellos de entrada y salida de España; tienen una hija en común de dos años y seis meses; ella tiene otras dos hijas de 20 y 19 años, respectivamente; y que su esposo le envía dinero periódicamente.

Por su parte, don V. A. A., en el curso de la entrevista reservada que se practicó en el Registro Civil de la ciudad española en la que está domiciliado, manifestó que: conoció a su esposa en O. (España), en otoño de 1995, y que allí convivieron hasta finales de 1996; que la hija menor de su esposa, aunque está reconocida por él, no es hija biológica suya; conoce algunos datos personales y familiares de su esposa, aunque ignora el nombre de las dos hijas mayores de ésta; que desde el comienzo de la relación con su esposa ha subvenido a las necesidades de ésta y de su hija menor.

Del informe de la policía judicial aportado a las actuaciones resulta que los interesados convivieron desde enero a noviembre de 1996, en la ciudad española de O.

El Cónsul General de España en S. D. (República Dominicana) denegó la inscripción pretendida por considerar que no existe verdadero consentimiento matrimonial, tratándose de un negocio simulado con objetivos económicos y migratorios irregulares.

El interesado interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 49, 56, 65, 73, 74 y 1253 del Código Civil; 15, 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones 9.2.^a de octubre, 3 y 17 de diciembre de 1993; 20.2.^a de enero, 30 de mayo, 25 de septiembre y 22.1.^a de noviembre de 1995; 8 de enero, 22 de marzo, 27.3.^a de abril, 20.3.^a, 26.1.^a de junio, 18.1.^a y 2.^a, 23.2.^a y 3.^a de octubre de 1996; 4.1.^a y 2.^a de abril, 24.2.^a de mayo y 5 de junio, y 24.3.^a de octubre y 12 de noviembre de 1997.

II. No sólo en el expediente previo para el matrimonio civil, a través del trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (art. 246 RRC), sino también cuando se intenta inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero mediante la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256.3.º RRC), es deber del Encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen la nulidad del matrimonio. Especialmente para evitar la inscripción de los llamados matrimonios de complacencia en los que el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la situación del extranjero en relación con los requisitos de entrada y permanencia en España, el Encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (*cf.* art. 256 RRC), si ha habido verdadero consentimiento matrimonial en la celebración o si, por el contrario, se trata de un matrimonio simulado, nulo por la ausencia de dicho consentimiento matrimonial.

III. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un

hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (*cf.* art. 1253 CC).

IV. En el caso actual, los hechos comprobados por medio de esas diligencias complementarias oportunas no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Ciertamente existen profundas contradicciones entre las declaraciones de los contrayentes que justifican sobradamente las sospechas del Cónsul Encargado respecto a la verdadera finalidad del enlace. Pero no es menos cierto que las relaciones entre el español y la dominicana no se han limitado a unos pocos días, sino que han durado casi un año. Además, tanto antes como después de la celebración del matrimonio en la República Dominicana, el contrayente ha venido contribuyendo periódicamente al sostenimiento de la contrayente, según han declarado ambos.

V. Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9 (2.ª) de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar (aquí, inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (*cf.* art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que, con toda amplitud, podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar la calificación recurrida y ordenar la inscripción de matrimonio instada.

JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencias comentadas

Reserva mental y matrimonio civil

(comentario a la SAP de Madrid de 30 de septiembre de 1997)

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

Departamento de Derecho civil
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. *La SAP de Madrid de 30 de septiembre de 1997*: 1. Exposición sucinta de los antecedentes de hecho. 2. Fundamentación jurídica del fallo. 3. Algunas reflexiones críticas. II. *La reserva mental como causa de nulidad del matrimonio civil*: 1. Consideraciones preliminares: posibilidad de inclusión de la reserva mental en el tenor de los artículos 45,I y 73.1.º CC. 2. Presupuestos metodológicos: la autonomía de la teoría de la nulidad matrimonial civil. 2.1. Autonomía de la nulidad matrimonial civil respecto del Derecho patrimonial. 2.2. Autonomía de la nulidad matrimonial civil respecto del Derecho canónico. 3. La función de la nulidad matrimonial (la *libertas matrimonialis*, como manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad). 4. Reserva mental y principio de seguridad jurídica. 5. Reserva mental y principio de buena fe. 6. Extensión y fundamento legal de la obligación resarcitoria del autor de la reserva mental.

I. LA SAP DE MADRID DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1997

1. Exposición sucinta de los antecedentes de hecho

La SAP de Madrid de 30 de septiembre de 1997 ¹ conoció de un recurso de apelación, en el que la demandante y recurrente pretendía la declaración de nulidad

¹ SAP de Madrid (Sección 22) de 30 de septiembre de 1997 (Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Val Suárez), Rollo de apelación núm. 1640/1996 (A. C., 1998, núm. 2022). En la doctrina científica han aparecido recientes aportaciones sobre la reserva mental. *Vid.*, así: TOLDRÁ I ROCA, *La reserva mental en el matrimonio civil*, en AA.VV., *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente* (coord. L. PRATS), vol. II, Valencia, 1996, pp. 519 ss., y, más extensamente, VILLAGRASA ALCAIDE, *Matrimonio civil y reserva mental*, Barcelona, 1996. En la jurisprudencia de instancia, *vid.* SAP, Navarra, 28 de marzo de 1996, A. C., 1996, núm. 596. Así mismo, pueden consultarse algunas sentencias de Tribunales de instancia y algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, aun recaídas a propósito de la simulación, contienen ideas que pueden

de un matrimonio por reserva mental del otro contrayente, al amparo del artículo 73.1.º CC. Argumentaba que el demandado, de nacionalidad rumana, había prestado el consentimiento *ad nuptias*, con la única y exclusiva finalidad de tener acceso a la Unión Europea, conseguir permiso de residencia en nuestro país y poder obtener la nacionalidad española [en el plazo privilegiado previsto en el art. 22.2.d) CC], sin que, en ningún caso, hubiera tenido la voluntad de asumir los deberes conyugales (*ex arts. 67 y 68 CC*).

La Audiencia Provincial de Madrid, revocando la sentencia de Primera Instancia, estimó el recurso. Llegando, así, a una solución totalmente novedosa en el ámbito del Derecho matrimonial civil, donde tradicionalmente se ha negado la relevancia de la reserva mental. Siendo, además, habitual afirmar la extraordinaria dificultad (cuando no, la imposibilidad) que la prueba de aquélla reviste en el plano estrictamente procesal.

2. Fundamentación jurídica del fallo

a) La Audiencia Provincial de Madrid afirma, en efecto, de manera clara y rotunda, que la reserva mental es causa de nulidad del matrimonio civil: «El matrimonio contraído *iocandi causa*, bajo reserva mental, comporta una falta de consentimiento, pues la parte que incurre en dicha falta quiere el matrimonio pero se reserva y oculta a la otra sus efectos, habiendo una clara discordancia consciente entre voluntad y declaración, discordancia que se oculta a la otra parte al silenciar que se expresa en términos distintos de su verdadera voluntad, de modo que su conducta es una trampa tendida a la otra parte, con un comportamiento que puede incluirse en el artículo 1269 CC». Es más, apoya esta tesis, en «la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 26 de noviembre 1985, 31 de mayo de 1961, y 8 de febrero de 1955, entre otras».

b) Así mismo, la Audiencia —creo que con indudable acierto— admite que la prueba de la reserva mental pueda ser realizada mediante presunciones. De hecho, en este punto, el recurso a las presunciones parece ineludible, ante la imposibilidad de demostrar que el declarante, en el preciso momento de la prestación del consentimiento, excluyó la causa típica del negocio, mediante un acto positivo de voluntad. Concretamente, en el caso que nos ocupa, la Audiencia valoró dos circunstancias. De un lado, la temprana ruptura de la convivencia, provocada por el demandado, pasados tan sólo veintiún días de la celebración de la

ser interesantes en orden a la prueba de la reserva mental (en particular, mediante el recurso a las presunciones): SJPI núm. 16 de Barcelona, 17 de noviembre de 1982, *R. J. C.*, 1983, pp. 267-269; SAP Málaga, de 24 de abril de 1996, *Act. C.*, 1996, núm. 1158; RDGRN 30 de mayo de 1995, *R. A. J.*, 1995, núm. 4415; RDGRN 22 de noviembre de 1995, *R. A. J.*, 1996, núm. 608; RDGRN 18 de enero de 1996, *R. A. J.*, 1996, núm. 10; RDGRN 20 de septiembre de 1996, *R. A. J.*, 1997, núm. 716; RDGRN 20 de septiembre de 1996, *R. A. J.*, 1997, núm. 826; RDGRN 18 de octubre de 1996, *R. A. J.*, 1997, núm. 3520; RDGRN 18 de octubre de 1996, *R. A. J.*, 1997, núm. 3521; RDGRN 18 de octubre de 1996, *R.A.J.*, 1997, núm. 3566; RDGRN 18 de octubre de 1996, *R. A. J.*, 1997, núm. 3567; RDGRN 23 de octubre de 1996, *R. A. J.*, 1997, núm. 4484; RDGRN 23 de octubre de 1996, *R. A. J.*, 1997, núm. 4485; RDGRN 5 de diciembre de 1996, *R. A. J.*, 1997, núm. 7373; RDGRN 11 de diciembre de 1996, *R. A. J.*, 1997, núm. 7377.

ceremonia nupcial, con el pretexto de viajar a Rumanía (su país de origen) para recoger su visado, gestión ésta, en la que empleó tres meses. De otro lado, el hecho de que resultara acreditado que aquél, a los pocos días de volver a España, mantenía una relación sentimental con otra persona, a la que había dirigido unas notas en las que refería que había desaparecido el escaso aprecio que sentía por la recurrente y que iba a recibir un permiso de residencia comunitaria, «lo que le abriría nuevas perspectivas» (extremo éste último, que la sentencia califica de «bastante elocuente»). Todo ello, lleva al Tribunal a deducir que el demandado «no tenía intención de asumir los deberes que la institución matrimonial conlleva, y que la única finalidad que tenía al acceder al mismo era conseguir legalizar su situación».

3. Algunas reflexiones críticas

La fundamentación jurídica empleada por la sentencia en orden a incardinar la reserva mental entre las causas de nulidad del matrimonio no deja de suscitar algunos comentarios.

Ante todo, en un plano puramente conceptual, llama la atención la identificación de la reserva mental con la declaración *iocandi causa*, identificación ésta, que, evidentemente, no es correcta. La declaración *iocandi causa* es una declaración falta de seriedad (como lo son las efectuadas *docendi* o *ludendo causa*), que origina una divergencia consciente entre la voluntad y la declaración. Pero entre la reserva mental y la declaración *iocandi causa* existe una importante diferencia. Mientras, en el primer caso, el declarante persigue que la divergencia entre lo manifestado y lo realmente querido permanezca oculta en el interior de su mente, en el segundo, el declarante espera que la divergencia sea reconocida por el destinatario (de ahí, que ni siquiera sea preciso un acto positivo de voluntad tendente a excluir la causa del negocio jurídico matrimonial).

Por lo demás, me parece pertinente realizar las siguientes observaciones:

a) Es criticable que, en orden a justificar la relevancia de la reserva mental, se invoque (no queda claro si como *ratio decidendi* del fallo o meramente *obiter dictum*) el artículo 1269 CC. Precepto éste, que, desde luego, no tiene ninguna aplicación en el ámbito del Derecho matrimonial: ni directa, ni analógica. No sólo, porque se trata de una norma dictada por el legislador en estricta sede contractual, sino, sobre todo, porque el dolo no es causa de nulidad del matrimonio. De modo que la relevancia de la reserva mental, de admitirse, no derivará de la circunstancia de que el contrayente de buena fe hubiera prestado su consentimiento bajo el influjo de las maniobras dolosas del contrayente de mala fe, sino del hecho de que quien incurrió en reserva mental no prestó un auténtico consentimiento matrimonial.

Por otro lado, considero seguro que la reserva mental no puede encontrar encaje en el artículo 73.4.º CC (cuestión ésta, que, al parecer, fue objeto de discusión en primera instancia). La ignorancia de que el otro contrayente, al tiempo de emitir la declaración de querer contraer matrimonio, excluyera, mediante un acto positivo de voluntad, la causa típica del negocio jurídico matrimonial no constituye un supuesto de error en cualidad personal (*cf.* SAP Navarra, 28 de marzo de 1996, A. C., 1996, núm. 596). Concepto éste, que, en mi opinión, debe ser referido a aquellos accidentes no patrimoniales, aptos para caracterizar a la

persona del otro contrayente de modo permanente o estable, que actúan como motivo impulsor de la prestación del consentimiento *ad nuptias*, por parte del *errans*. La reserva mental, en definitiva, es una hipótesis de divergencia consciente entre voluntad y declaración, que, en su caso, sólo podrá alcanzar relevancia *ex artículo 73.1.º CC*.

b) No se puede dejar de poner de relieve la inexactitud en la que incurre la sentencia, cuando afirma que la tesis de la relevancia de la reserva mental encuentra apoyo en la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Supremo, «en sus Sentencias de 26 de noviembre 1985, 31 de mayo de 1961, y 8 de febrero de 1955, entre otras». Que yo sepa, el Supremo jamás se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión. La STS 26 de noviembre de 1985 (*J. Civ.*, 1985, núm. 707) abordó, pura y simplemente, un problema de responsabilidad prenegocial, condenando al autor de la reserva a pagar una indemnización al otro contrayente, que, de buena fe, había confiado en la corrección de la declaración y, por ende, en la validez del vínculo. Pero la sentencia que había declarado la nulidad del matrimonio no había sido dictada por la jurisdicción civil, sino por la canónica: en consecuencia, deja imprejuizado el problema de si la reserva mental ha de ser reputada, o no, causa de invalidez matrimonial desde la perspectiva de la legislación estatal. Por otra parte, las SSTS 8 de febrero de 1955 (*J. Civ.*, 1955, núm. 47) y 31 de mayo de 1961 (*J. Civ.*, 1961, núm. 436) no guardan relación con la materia que nos ocupa, ya que las mismas recayeron a propósito de dos pretensiones de anulación de un negocio jurídico contractual y testamentario, respectivamente (en las que, además, la causa de invalidez alegada no era la reserva mental, sino el dolo). Por lo que atañe a la jurisprudencia de instancia, la SAP Navarra, 28 de marzo de 1996, desestimó una pretensión de nulidad de matrimonio por reserva mental (también se invocaba un supuesto error en cualidad personal del otro contrayente). No obstante, no queda del todo claro si la desestimación tuvo lugar, por entender de la Audiencia que la reserva mental no podía tener encaje en el artículo 73.1 CC o, simplemente, porque en el juicio no logró probarse la falta de voluntad de la demandada de asumir el *status conyugal*.

De lo expuesto, se deduce la debilidad de los argumentos que llevaron a la Audiencia a estimar el recurso. Y es que la consideración de la reserva mental como causa de nulidad del matrimonio civil implica una novedad tal, respecto a la tradicional *communis opinio* imperante en la doctrina, que se impone una reflexión más atenta y un análisis más riguroso de dicha cuestión. Al servicio de lo cual, me propongo sugerir aquí algunas ideas, dentro de los límites marcados por las modestas pretensiones de este breve trabajo.

II. LA RESERVA MENTAL COMO CAUSA DE NULIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL

1. Consideraciones preliminares: posibilidad de inclusión de la reserva mental en el tenor de los artículos 45,I y 73.1.º CC

Es opinión pacífica en la doctrina científica que la reserva mental no constituye una causa de invalidez de los contratos. Opinión ésta, que, además, cuenta con el firme apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual, si

bien es regla general en nuestro ordenamiento la prevalencia de la voluntad real sobre la declarada, el rigor de tal regla ha «de ser atenuado con una serie de necesarias restricciones, que implican parciales desviaciones hacia la teoría llamada de la declaración y entre las cuales, de conformidad con la opinión científica más generalizada, figuran como fundamentales las siguientes [...] Que cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa [...] se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, a virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la *bona fides* y a la seguridad del comercio jurídico, que se oponen a que pueda ser tutelada la intención real cuando es viciosa» (STS 23 de mayo de 1935, *J. Civ.*, 1935, núm. 44).

Surge la pregunta de si la tesis de la inadmisibilidad de la reserva mental como causa de invalidez contractual puede ser extrapolada al ámbito del negocio jurídico matrimonial. Pregunta ésta, que tradicionalmente ha sido respondida por la doctrina civilista en sentido positivo, negándose la relevancia de la reserva mental, como causa de nulidad del matrimonio. Dicha posición se enmarcaba en una global concepción del matrimonio como un acto jurídico formal, que alcanzaba relevancia con independencia de que la declaración de querer contraer matrimonio, efectuada ante el funcionario estatal competente, correspondiera, o no, a la real voluntad de los contrayentes. De ahí que el legislador no contemplara entre los capítulos de invalidez la simulación, la reserva mental y el error obstativo en la emisión o en el contenido de la declaración (sí, en cambio, el *error in personam*), como tampoco el error en cualidades personales del otro contrayente.

Sin embargo, tras la reforma operada en el Código Civil por la Ley 30/1981, de 7 de julio de 1981, el legislador español abandonó la concepción del matrimonio como un acto jurídico formal, tal y como resulta de una serie de normas que vienen a confirmar el carácter negocial del acto jurídico matrimonial. Ante todo, el artículo 45,I según el cual «[n]o hay matrimonio sin consentimiento matrimonial»; así mismo, el artículo 73, que, en su número primero, sitúa entre las causas de nulidad, la falta de consentimiento matrimonial, y, en su número cuarto, el error en cualidades personales (de entidad) del otro contrayente.

Prima facie, parece que la reserva mental pudiera incardinarse en el tenor de los artículos 45,I y 73.1.º CC, en cuanto que, aquélla, al consistir en un supuesto de divergencia consciente entre la voluntad real y la declarada, excluye la existencia de un auténtico consentimiento matrimonial. Ahora bien, no creo que baste invocar el tenor literal de los artículos referidos, al efecto de justificar, en su caso, la relevancia de la reserva mental en el ámbito del negocio jurídico matrimonial. También el artículo 1261.1.º CC dice que no hay contrato sin el consentimiento de los contratantes y, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia niegan que la reserva mental constituya una causa de invalidez contractual. Por ello, habrá que ponderar si la admisión de la reserva mental, como capítulo de invalidez matrimonial, es compatible con las exigencias derivadas del principio de certeza de las actuaciones relativas al estado civil de las personas y con el principio de buena fe, que parece reclamar la tutela del contrayente que legítima y razonablemente confió en la corrección de la declaración emitida (el cual no tiene porqué ver defraudada dicha confianza en virtud de la alegación de una causa de nulidad que permanecía oculta en la mente de quien la originó).

2. Presupuestos metodológicos: la autonomía de la teoría de la nulidad matrimonial civil

La cuestión planteada en este trabajo debe abordarse partiendo de un claro presupuesto metodológico, a saber, la autonomía de la teoría de la nulidad matrimonial civil, tanto respecto del Derecho civil patrimonial, como respecto del Derecho canónico.

2.1 *Autonomía de la nulidad matrimonial civil respecto del Derecho patrimonial*

La autonomía de la nulidad matrimonial respecto del Derecho civil patrimonial me parece evidente, si se tiene en cuenta que el matrimonio no es un acuerdo de voluntades, dirigido a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (un contrato, en definitiva), sino un negocio jurídico de Derecho de familia, que puede ser caracterizado como solemne, bilateral, puro, personalísimo, y, en particular, como un negocio constitutivo de *status*, que origina un nuevo estado civil (el de casado) y unas radicales consecuencias que, de modo necesario, derivan de ese nuevo estado.

En cuanto negocio constitutivo de estado, el matrimonio afecta profundamente a la condición civil de la persona, originando unos efectos jurídicos que lo alejan marcadamente del ámbito de las relaciones patrimoniales. Del matrimonio surge para los cónyuges una plena comunidad de vida (material y espiritual), tendencialmente perpetua, con los derechos-deberes de convivencia, fidelidad, respeto y socorro mutuo (arts. 67 y 68 CC). Pues bien, la especificidad del negocio jurídico matrimonial respecto de los exclusivamente patrimoniales y las radicales consecuencias jurídicas que de él derivan no pueden ser desconocidas en sede de nulidad. Es más, en mi opinión, la construcción de la teoría de la nulidad matrimonial debe partir, ineludiblemente, de las normas específicamente dictadas al efecto por el Código Civil, de tal modo que la disciplina de la nulidad de los contratos sólo será aplicable por analogía (para integrar lagunas legales) y en la medida en que dicha disciplina sea compatible con la peculiar naturaleza del matrimonio como un negocio de Derecho de familia, constitutivo de *status*.

Cabría, así, señalar un serie de diferencias entre la nulidad matrimonial *in genere* y la contractual:

- a) En sede de matrimonio no se aplica la tradicional bipartición, propia de los negocios jurídicos patrimoniales, entre nulidad absoluta y relativa (anulabilidad), sino que la nulidad matrimonial es una categoría única (regulada por los arts. 73 ss. CC), dependiendo de las concretas normas (arts. 75, 76 CC) la legitimación activa y el plazo de ejercicio (si lo hay) de cada acción.
- b) La nulidad matrimonial precisa declaración judicial firme, contrastando dicho régimen con el de los contratos, donde las partes del negocio nulo pueden, de mutuo acuerdo, constatar la nulidad (p. ej., en documento público) sin necesidad de acudir a un proceso.
- c) La declaración de nulidad matrimonial no hace desaparecer los efectos ya producidos respecto de los hijos y contrayentes de buena fe (art. 79 CC), de tal modo que la figura del matrimonio putativo concurre a mati-

zar las rigurosas consecuencias resultantes de la aplicación del principio *quod nullum est, nullum effectum producit*.

- d) Es obvio, por último, que no existe una equivalencia entre las causas de nulidad contractual y matrimonial (baste recordar que mientras el art. 1269 CC reconoce la relevancia del dolo, en cambio, el art. 73 CC, *a sensu contrario*, la excluye). De manera que el hecho de que sea indubitada la opinión de que la reserva mental no es causa de nulidad de los contratos no significa, necesariamente, que tampoco lo haya de ser en el negocio jurídico matrimonial.

2.2 Autonomía de la nulidad matrimonial civil respecto del Derecho canónico

La afirmación de la autonomía de la teoría de la nulidad matrimonial civil respecto del Derecho canónico me parece indudable.

Ante todo, debe tenerse en cuenta que la Ley 30/1981 alteró profundamente el sistema matrimonial español, viniendo a sustituir el anterior sistema de matrimonio civil subsidiario por un sistema de tipo facultativo.

La legislación del Estado, desarrollando el mandato contenido en los artículos 32.2 y 149.8 CE, regula ahora minuciosamente los requisitos de capacidad, consentimiento y forma del matrimonio (*cf.* arts. 44 ss. CC), de los que se desprende un específico modelo de nulidad (inspirado en principios propios), alejado de postulados de tipo confesional, al que habrá de atenerse la doctrina. En este sentido, no puede dejar de mencionarse la supresión de los impedimentos de orden sagrado y de profesión religiosa (consecuencia del principio de aconfesionalidad del Estado proclamado en el art. 16 CE) y, muy en particular, el de impotencia. Lo que permite afirmar que la potencia *coeundi* de los contrayentes es un dato carente de relevancia desde la óptica de la causa del tipo negocial, como también lo es la potencia *generandi*, dado que la procreación no es un fin del matrimonio civil.

Por otra parte, el recurso a la indudable experiencia doctrinal y jurisprudencial existente en sede matrimonial en el ámbito del *Ius canonicum* sólo parece posible con grandísimas cautelas, porque la reglamentación canónica responde a la consideración del matrimonio como un sacramento, noción ésta extraña a la regulación civil que, en particular, tras la reforma operada por la Ley 30/1981 está presidida por la idea de que el matrimonio es un cauce de desarrollo de la persona, lo que no implica, sin embargo, el desconocimiento de la indudable trascendencia social del instituto matrimonial.

Por ello, el legislador estatal debe armonizar dos intereses, ambos dignos de protección y, en cierta medida, contrapuestos: el interés particular de los contrayentes a la tutela del consentimiento y el interés público a la certeza de las actuaciones relativas al estado civil de la persona y a la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídico-matrimoniales. De ahí, que en el Derecho civil el principio de tutela del consentimiento nupcial alcance un grado de intensidad menor, que el que resulta de la legislación canónica.

El vigente Código de Derecho canónico regula, así, capítulos de invalidez inexistentes en el ordenamiento jurídico estatal: es el caso, del engaño doloso (*cf.* c. 1098 C. I. C.), de la condición de pasado o de presente (*cf.* c. 1102 C. I. C.) o de la incapacidad de los contrayentes para asumir las obligaciones esenciales

del matrimonio por causas de naturaleza psíquica (*cf.* c. 1095.III C. I. C.); y, en particular, es el caso, de la simulación y de la reserva mental parcial (*cf.* c. 1101.II C. I. C) inadmisibles, éstas últimas (me parece), desde la perspectiva de la legislación civil, so pena de introducir una intolerable inseguridad en el ámbito de las relaciones jurídico-matrimoniales.

3. La función de la nulidad matrimonial (la *libertas matrimonialis* como manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad)

Estimo que la posición que se adopte respecto a la posibilidad de incluir la reserva mental en el elenco de las causas de invalidez no puede desligarse de la que se postule respecto a la función de la nulidad matrimonial (*in genere*).

En mi opinión, más allá de razonamientos atinentes a las diferencias de orden dogmático y práctico entre las categorías de la invalidez y del divorcio vincular (por todos conocidas), la justificación última de la nulidad (matrimonial) hay que buscarla, no sólo en el interés público a la sana creación de los vínculos matrimoniales, sino, además (y, sobre todo), en el principio de *libertas matrimonialis*, que, sin duda, constituye una de las máximas expresiones del principio de libre desarrollo de la personalidad («fundamento del orden político y de la paz social», según el art. 10.1 CE), en la medida en que responde a un interés fundamental de la persona a constituir una familia fundada en el matrimonio y a desenvolver en ella la propia personalidad.

Pues bien, creo que, en una interpretación acorde con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, es posible distinguir dos manifestaciones del principio de libertad nupcial consagrado en el artículo 32 CE: de un lado, la libertad nupcial positiva o derecho a contraer matrimonio; de otro, la libertad nupcial negativa. Esta última manifestación de la *libertas matrimonialis*, ciertamente, comprende el derecho a no contraer matrimonio, es decir, el derecho que tiene todo individuo a permanecer soltero, sin ser discriminado por ello, respecto de los casados, ya que la decisión de contraer, o no, matrimonio «pertenece al ámbito de la libertad de la persona y, tanto en uno como en otro caso, esa decisión se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas» (STC 47/1993, de 8 de febrero).

Empero, a mi entender, la libertad nupcial negativa no sólo comprende el derecho a no contraer matrimonio, sino también el derecho de toda persona a no ser considerada como casada, ante la sociedad y ante el Estado, en tanto no haya contraído matrimonio mediante la celebración de un acto jurídico en el que concurren todos los presupuestos de validez exigidos por la ley: el derecho, en definitiva, a solicitar la declaración de nulidad del negocio matrimonial inválido, en particular, del celebrado sin el real consentimiento de los contrayentes. Dicha idea me parece que debe ser tenida muy en cuenta en la exégesis del artículo 73.1.º CC y, en concreto, a los efectos de pronunciarse sobre la incardinación, o no, en dicho precepto de la reserva mental.

4. Reserva mental y principio de seguridad jurídica

Es habitual negar la relevancia de la reserva mental como causa de nulidad del negocio matrimonial argumentando que otra solución lesionaría el interés

público a la certeza y seriedad de las actuaciones relativas al estado civil de las personas. Es decir, mediante el recurso al mismo argumento (con las debidas matizaciones) con que se justifica la inadmisión de la reserva mental en sede contractual.

Pero, en mi opinión, cabe insistir, en este punto, en la autonomía de la teoría de la nulidad matrimonial respecto del Derecho civil patrimonial. Es claro que en el ámbito del Derecho de la contratación la exigencia de seguridad del tráfico jurídico (a los efectos de favorecer la circulación de la riqueza) explica sobradamente que, en virtud del principio de responsabilidad negocial, nadie pueda invocar, en perjuicio de la otra parte contratante, una causa de nulidad imputable a la propia conducta maliciosa de quien la alega (*cfr.* § 116 BGB y art. 244 CC portugués). Sin embargo, tal conclusión parece desmesurada respecto del matrimonio, que no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia, en cuya virtud dos personas asumen una plena comunidad de vida tendencialmente perpetua con las obligaciones de convivencia, respeto, fidelidad y socorro mutuo, así como de actuar en interés de la familia: y, de ahí, que deba tutelarse exquisitamente la *realidad* del consentimiento nupcial.

De otra parte, cabe también hacer aquí uso de las ideas propuestas a propósito de la función de la categoría de la nulidad matrimonial. A mi entender, la contemplación del matrimonio como un cauce al servicio del libre desarrollo de la personalidad de los seres humanos (al que éstos acuden en virtud de opción libre y responsable, fruto de un consentimiento en el que concurren las notas de *realidad e integridad*) y la conceptualización de la disciplina de la nulidad como una manifestación del principio de *libertas matrimonialis* (en cuanto derecho de la persona a solicitar la declaración de nulidad del negocio matrimonial inválido), autoriza a defender la preeminencia del interés privado de los contrayentes a la tutela de la *realidad* del consentimiento *ad nuptias*, respecto del interés público a la seguridad de las relaciones matrimoniales y a la estabilidad de las actuaciones relativas al estado civil de las personas. Lo contrario sería tanto como afirmar (contra lo dispuesto en el artículo 73.1.º CC) la validez de un matrimonio que no tiene origen en un auténtico consentimiento matrimonial.

En todo caso, el reconocimiento de la relevancia de la reserva mental no ha de desembocar necesariamente en la total desprotección del interés público a la seguridad jurídica.

En primer lugar, porque, desde la perspectiva de la legislación civil, parece probable que la única reserva mental admisible sea la total, es decir, aquélla dirigida a excluir, absoluta y radicalmente, la causa típica del negocio, por parte de quien no quiere asumir el *status* conyugal. No, en cambio, la reserva mental parcial, concebida ésta como la exclusión de alguna de las obligaciones que integran el contenido personal de la relación matrimonial *ex* artículos 67 y 68 CC. Con lo que viene a reafirmarse la autonomía de la teoría de la nulidad matrimonial civil respecto del Derecho canónico. De hecho, la SAP de Madrid, de 30 de septiembre de 1997, contempló un supuesto de reserva mental total (el declarante «no tenía intención de asumir los deberes que la institución matrimonial conlleva [...] la única finalidad que tenía al acceder al mismo era conseguir legalizar su situación»).

En segundo lugar, porque la prueba de la reserva mental (que corresponde a quien la alega y que no puede ser lograda mediante la simple confesión del autor de aquélla) reviste extraordinarias dificultades, debiéndose presumir, en princi-

pio, la coincidencia entre voluntad y declaración. A no ser que el examen conjunto de las circunstancias del caso concreto, en particular, de los actos de uno o ambos contrayentes (anteriores, coetáneos o posteriores a la celebración de la ceremonia nupcial) lleven justamente a la solución contraria. Esto es, a presumir la falta de concordancia entre lo manifestado y lo realmente querido por una de las partes (téngase en cuenta que la prueba directa de la reserva mental será prácticamente imposible). En este punto (en el que se ha de ser extremadamente riguroso) deberá atribuirse especial relevancia al hecho de que los contrayentes no hubieran iniciado la convivencia *conyugal* o ésta hubiera sido interrumpida por uno de ellos al poco tiempo de la prestación del consentimiento *ad nuptias*. Así mismo, habrá que ponderar si quien, en el proceso, aparece como autor de la reserva mental perseguía alguna finalidad (*propositum in mente retentum*) que sólo pudiera lograr mediante la creación de una falsa apariencia de matrimonio. En tal sentido se orienta la SAP de Madrid, de 30 de septiembre de 1997, que dedujo la reserva mental de la circunstancia de que el demandado, a los veintidós días de la celebración de las nupcias, había regresado a Rumanía (durante tres meses) y de que el acceso al matrimonio le permitiría obtener permiso de residencia comunitario. Por el contrario, la instauración y el mantenimiento de la convivencia durante un tiempo prolongado parece que habría de considerarse un indicio de la inexistencia de reserva mental.

5. Reserva mental y principio de buena fe

Otro argumento con el que tradicionalmente se suele justificar la tesis de la irrelevancia de la reserva mental en sede matrimonial lo constituye el recurso al principio de la buena fe. Se dice, así, que la admisión de la reserva mental como causa de nulidad conduciría a resultados injustos, en la medida en que dejaría desprotegido al contrayente que, legítima y razonablemente, confió en la corrección de la declaración y, por ende, en la validez del matrimonio. Razonamiento éste, que, obviamente, presupone la buena fe del destinatario, en cuanto desconocedor de la reserva mental efectuada por el declarante.

Ahora bien, estimo que también en este punto hay que insistir en la especificidad del negocio matrimonial respecto del contrato. En sede de contratos es claro que, por regla general, el destinatario tendrá interés en la conservación de la validez del negocio, porque, recaída la declaración de nulidad, se verá sujeto a la obligación de recíproca restitución de las prestaciones *ex* artículo 1303 CC. Empero no me parece tan claro que en sede matrimonial pueda afirmarse la existencia de un interés del destinatario en la conservación de la validez del vínculo. ¿Qué interés —me pregunto— puede tener el contrayente engañado en seguir apareciendo como casado (ante la sociedad y el Estado) con una persona que, al emitir la declaración, excluyó la causa típica del negocio matrimonial, negándose a asumir el *status* de cónyuge? En mi opinión, sería desproporcionado negar a la víctima de la reserva mental el derecho a demandar la nulidad del matrimonio, so pretexto de tutelar su confianza en la corrección de la declaración recibida.

Claro es que, de admitir que la reserva mental tiene encaje en los artículos 45,I y 73.1.º CC, parece inevitable concluir que también el declarante estará legitimado para demandar la nulidad del matrimonio. Así resulta de la regla general contenida en el artículo 74 CC, regla ésta, que no puede ser enervada mediante

el recurso al principio de responsabilidad (esto es, mediante el argumento de que nadie puede invocar una causa de nulidad imputable a su propio comportamiento malicioso o negligente), porque, a mi entender, dicho principio carece de virtualidad en el ámbito del juicio de validez del negocio matrimonial (en el que es preeminente el principio de tutela de la *realidad* del consentimiento *ad nuptias*).

Desde este punto de vista sería, quizás, criticable la tesis de la relevancia de la reserva mental (en cuanto conduciría a resultados pretendidamente injustos). Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que negar la aplicación del principio de responsabilidad en el ámbito del *juicio de validez* del negocio matrimonial, no implica, necesariamente, excluir otras posibles aplicaciones del mencionado principio, en particular, en el ámbito de las consecuencias patrimoniales derivadas de la declaración de nulidad (*juicio de responsabilidad prenupcial*).

Estimo, así, que el autor de la reserva mental podrá ser condenado a reparar el daño que la nulidad causa al otro contrayente de buena fe, que ve lesionada su confianza en la validez del matrimonio: su interés, en definitiva, a la no concurrencia (en el momento de la celebración de las nupcias) de causas de nulidad imputables al comportamiento malicioso de la otra parte (solución ésta, que puede apoyarse en la STS, de 28 de noviembre de 1985, si bien, sobre este punto guarda silencio la SAP de Madrid, de 20 de septiembre de 1997).

6. Extensión y fundamento legal de la obligación resarcitoria del autor de la reserva mental

Pero surgen todavía dos problemas, con cuyo examen concluiré este trabajo: de un lado, el de concretar los daños de que debe responder el autor de la reserva mental; de otro, el de determinar el precepto legal que servirá de soporte a dicha responsabilidad prenupcial: ¿artículo 98 CC o artículo 1902 CC?

a) Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, cabe afirmar que el daño resarcible será fundamentalmente un daño moral, resultante de la frustración de la esperanza de lograr una familia fundada en el matrimonio (daño que no puede ser reparado, pero sí compensado económicamente, con todas las dificultades inherentes al resarcimiento del daño moral). También serán indemnizables otros daños de carácter patrimonial, a saber, los gastos hechos y las obligaciones contraídas en razón del matrimonio inválido, que hayan perdido toda utilidad como consecuencia de la declaración de nulidad.

b) La segunda de las cuestiones a la que hacía referencia plantea el problema de delimitar, con carácter general, qué daños son resarcibles *ex* artículo 98 CC y cuáles *ex* artículo 1902 CC.

Sugiero la siguiente solución.

El artículo 98 CC cubriría los daños que, directamente, derivan de la convivencia *more uxorio* con una persona a la que se reputaba estar unido en un matrimonio, que, a la postre, resultó ser inválido: se trataría, fundamentalmente (aunque no sólo), de un daño moral que tendría su origen en la intromisión de un *extraño* en la propia intimidad personal. Por lo tanto, la convivencia *more uxorio* (verdadera *ratio* de la obligación resarcitoria) desempeñaría, en relación al artículo 98 CC, una doble función: de un lado, sería presupuesto del nacimiento del derecho a la indemnización; y, de otro, delimitaría el ámbito del daño resarcible a través del precepto.

En cambio, el artículo 1902 CC permitiría resarcir aquellos daños que no tuvieran causa directa e inmediata en la convivencia, sino que derivaran, más estrictamente, de la circunstancia de la declaración de nulidad. Es, precisamente, el caso del daño resultante de la lesión culpable del interés de la confianza, ya que la frustración de la esperanza de lograr una familia fundada en el matrimonio tiene lugar, con independencia de que hubiera existido, o no, convivencia *more uxorio* entre los contrayentes. Y otro tanto cabe decir de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio nulo.

En el supuesto de inexistencia de convivencia *more uxorio*, faltando el presupuesto para la aplicación de la norma del artículo 98 CC, es claro que toda pretensión resarcitoria entre los contrayentes con motivo de la declaración de nulidad deberá ser reconducida al artículo 1902 CC.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Impugnación de hipoteca por fraude de acreedores

(comentario a la STS de 28 de noviembre de 1997)

CARMEN JEREZ DELGADO

Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Hechos y doctrina de la sentencia.* II. *Comentario:* 1. El elemento subjetivo del fraude o *consilium fraudis*. Criterios de valoración. El régimen jurídico del fraude en la constitución de hipoteca. 2. La prueba del perjuicio. Insolvencia y fraude de acreedores. Subsidiariedad de la acción pauliana. Solidaridad en la deuda. Crédito anterior. (2.1. El perjuicio. Sólo ha de tenerse en cuenta en relación con el acreedor impugnante: se aclara la confusión de las sentencias de instancia. 2.2. La prueba de la insolvencia: debe agotarse la vía de apremio. 2.3. Subsidiariedad. Solidaridad en la deuda. 2.4. Crédito anterior).

I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

En escritura pública, la «Caja de Ahorros y Préstamos de Antequera» documenta un préstamo hipotecario a favor de «Industrias Frigarcía, S. A.», sin llegar a constituirse la hipoteca comprometida hasta nueve meses después. Durante el transcurso de esos meses, otra entidad, el «Banco de Andalucía», concede a «Industrias Frigarcía, S. A.» un par de créditos, de los que doña Juana P. es avalista. Al advertir, los representantes de esta última entidad, que se constituye hipoteca sobre bienes pertenecientes a doña Juana P., interponen una demanda solicitando que se declare rescindido el negocio de constitución de la misma por fraude de acreedores.

Ante el impago de los créditos que se le debían, la entidad demandante había iniciado ya sendos procesos ejecutivos contra «Industrias Frigarcía, S. A.». En los dos ha recaído sentencia condenatoria, sin que se haya agotado la vía de apremio.

En cuanto a la impugnación de la hipoteca, en primera instancia, así como la Audiencia Provincial de Córdoba, se estimó la demanda, declarándose rescindido el negocio de constitución. Por el contrario, en casación, el TS declara haber lugar al recurso y absuelve a los demandados.

La sentencia del TS tuvo como ponente al Excmo. Sr. don Pedro González Poveda, y consta de cinco fundamentos de Derecho: El primero se refiere a los

hechos. Los dos siguientes, al perjuicio. El cuarto versa, básicamente, sobre la existencia o no del fraude (en sentido subjetivo o *consilium fraudis*). El último declara la estimación «*del recurso en su integridad con la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida así como la revocación de la de primera instancia*».

La doctrina relativa al *consilium fraudis* o elemento subjetivo del fraude la tratamos en el apartado siguiente, al comentar la sentencia (II.1), y no la exponemos aquí para evitar reiteraciones. Sólo adelantar que el TS ha tratado la hipoteca como contrato oneroso, por lo que declara que no es aplicable la presunción de fraude prevista para los gratuitos (art. 1297.I CC). De otro lado, el TS declara que «*cae fuera de las reglas de la lógica*» estimar –como hace la sentencia recurrida al acoger los fundamentos de la de primera instancia– que existió *consilium fraudis* partiendo de la confesión de doña Juana P. y su esposo, de que habían acordado, con la «Caja de Ahorros y Préstamos de Antequera», la ampliación del préstamo a fin de pagar a otros acreedores, promesa que –dice la sentencia de primera instancia– quedó sin cumplir. Se tuvo en cuenta también en aquella instancia el hecho de que tardase la hipoteca casi un año en inscribirse. El TS, en cambio, señala que sólo puede referirse esa ampliación del crédito a la finalidad de pagar a otros acreedores ya existentes en ese momento, no futuros. También considera como una falta de lógica el pensar que el retraso en la inscripción pueda significar una intención de perjudicar o, al menos, un conocimiento del perjuicio (porque, en todo caso, el perjudicado por ese retraso podía ser el propio acreedor hipotecario).

En cuanto al perjuicio, los recurrentes alegaron que aquél no había sido suficientemente probado, por diversos motivos: En primer lugar, porque el derecho de crédito de los demandados (y ahora recurrentes), aunque no existiera la hipoteca, seguiría siendo preferente, pues está documentado en escritura pública y, además, doña Juana P. es deudora solidaria (M. 1). El TS desestima el motivo, alegando que se trata de una cuestión nueva referente a la preferencia entre los créditos respectivos de los litigantes no suscitada en la instancia. Sin embargo, no se pronuncia el Tribunal acerca del carácter solidario de la deuda y la prueba del perjuicio (es decir, sobre si es suficiente la prueba de la insolvencia de doña Juana P. o si el ejercicio de la acción pauliana exigiría la prueba de la insolvencia de todos y cada uno de los deudores) (FD 2.º).

En segundo lugar, y en relación también con el perjuicio, los recurrentes motivaron la infracción de los artículos 1291.3.º y 1294 CC, alegando que no se ha respetado el carácter subsidiario de la pauliana (M. 3). Se estima el motivo, fundándose la decisión del TS en la existencia de otros bienes de la codemandada que habían sido trabados en los procedimientos ejecutivos y respecto de los cuales no consta que se haya seguido la vía de apremio (FD 3.º). Se motiva, además, la infracción de la jurisprudencia según la cual, la acción revocatoria sólo puede ejercitarse en defensa de un crédito anterior al acto de disposición impugnado (M. 4). El motivo es desestimado ya que la jurisprudencia es flexible en este punto. El TS declara admisible la impugnación de actos anteriores al nacimiento del crédito siempre y cuando éste fuera previsible al tiempo de realizarlos (FD 3.º). De otro lado, el TS hace un inciso para salir al paso de cierta confusión que se da en la anterior sentencia, y aclarar que «*sólo ha de tenerse en cuenta el posible perjuicio del crédito del acreedor accionante pues a él sólo beneficia la rescisión*» (FD 4.º).

II. COMENTARIO

Habiendo sido declarada la rescisión de una hipoteca por fraude de acreedores en primera instancia, y confirmada la sentencia por la Audiencia Provincial, el TS estima procedente la casación y absuelve a los demandados. El TS considera que no se dan los presupuestos para el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores o acción pauliana, puesto que, ni hubo fraude subjetivo (*consilium fraudis* o acuerdo fraudulento entre el deudor y el tercero), ni se presentó prueba suficiente del perjuicio (elemento objetivo del fraude).

1. El elemento subjetivo del fraude o *consilium fraudis*. Criterios de valoración. El régimen jurídico del fraude en la constitución de hipoteca

Nos hallamos ante un conflicto que tiene lugar entre dos acreedores de una sociedad («Industrias Frigarcía, S. A.»). Doña Juana P. es, de un lado, avalista de las obligaciones que tiene contraídas dicha sociedad frente a la entidad demandante y, de otro lado, dueña de los bienes hipotecados para garantizar la deuda contraída con la entidad codemandada. El proceso tiene por objeto precisamente la impugnación del negocio de constitución de hipoteca por fraude de acreedores; Objeto acerca del cual podemos afirmar que la doctrina del TS ha sido muy vacilante, porque no acaba de definirse el régimen aplicable a estos supuestos, como lo prueba el hecho de que nos encontremos con sentencias muy variadas tanto en la fundamentación como en la solución de distintos casos que han llegado a casación.

En materia de tratamiento del fraude de acreedores partimos normalmente de un esquema tradicional, según el cual cabe distinguir entre actos gratuitos y onerosos a la hora de enjuiciar si el acto jurídico realizado por el deudor y perjudicial para sus acreedores, puede calificarse o no de fraudulento con independencia de la buena o mala fe del deudor y del tercero. Solemos distinguir entre actos gratuitos y onerosos porque el ordenamiento tiende a subrayar la debilidad de la causa gratuita frente a la onerosa, entre otros, en este caso: Se facilitan presunciones de fraude cuando se trate de contratos gratuitos (art. 1297.I CC; llegando a la total objetivación –el artículo 643 CC– con una presunción *iuris et de iure* de fraude), mientras que, si el contrato es oneroso, se exige la prueba del elemento subjetivo del fraude (*consilium fraudis* o acuerdo entre el deudor y el tercero para defraudar...).

Tanto en la sentencia recurrida, como en la sentencia del TS, se parte de este mismo esquema, pero se llega a distinta solución. En la primera, se estimó la demanda por considerarse gratuita la hipoteca.

En la sentencia recurrida se aplicó el artículo 1297.I CC, alegando que la constitución de hipoteca «se hizo sobre bienes de doña Juana P. R., sin contraprestación alguna, lo que en realidad implicaba una enajenación parcial a título gratuito». Esta sentencia aceptaba, además, los fundamentos de derecho de la de primera instancia, en la que se señalaba –al analizar este requisito del fraude– que «probablemente los codemandados (...), lo único que pretendían era asegurarse su posición económica no preten-

diendo de un modo directo causar el perjuicio económico al resto de los acreedores (...). Pero esto en ningún caso excluye el «consilium fraudis», pues en vez de asumir el posible perjuicio (...) lo que se ha hecho es desplazar el perjuicio patrimonial hacia terceras personas, hacia acreedores que se les privaba así de su posibilidad de cobro, de modo que sin la hipoteca, todos hubieran percibido lo que al rango y proporción de su crédito correspondía y, con la hipoteca nada puede percibir».

En contra de la anterior, el TS, en casación, consideró que la hipoteca es onerosa y, con acierto, anuló la sentencia por estimar, entre otros motivos, que no había sido probado el fraude (Motivos 5.º, 6.º y 7.º; FD 4.º).

Estimación de los Motivos 5.º, 6.º y 7.º (FD 4.º): No puede afirmarse que se trate de un acto gratuito. Es jurisprudencia de esta Sala la que sostiene el carácter oneroso de la hipoteca (como muestra de ello, en la sentencia se citan textos de diversas sentencias del Supremo en que se planteó la misma problemática de la gratuidad u onerosidad de la hipoteca, pero en relación con el art. 34 LH). *«En consecuencia, la constitución de hipoteca sobre bienes propios del deudor no tiene su causa en la mera liberalidad del bienhechor (art. 1274 CC), por lo que no cabe aplicar en este caso la presunción de fraude del artículo 1297, párrafo primero, del Código Civil, lo que conduce a la estimación del motivo quinto del recurso».*

Cierto es que, en uno y otro caso, se parte del mismo esquema de tratamiento del fraude de acreedores que distingue entre actos gratuitos y onerosos. Verdad es también que no es la primera vez que se resuelve conforme a este esquema un conflicto entre acreedores originado por la constitución de una hipoteca en favor de uno de ellos ¹. Sin embargo, este esquema, que se va asentando en nuestra doc-

¹ Por ejemplo, en la sentencia de 14 de enero de 1935, el TS estimó que era de aplicación el artículo 1297.I CC y que, por lo tanto, podía presumirse fraudulenta la constitución de la hipoteca. Se trata de un caso en el que el deudor otorgaba escritura de reconocimiento de deuda con constitución de hipoteca en favor de sus hermanos. Ante la insolencia del deudor, sus restantes acreedores impugnaron los negocios mencionados. Lógicamente, la relación de parentesco entre el deudor y los acreedores en favor de los cuales se reconoce la deuda, llevó al Tribunal Supremo a estimar la demanda de rescisión (tuvo que casar para ello las sentencias de instancia), y el argumento al que se acoge es, en este caso, el de considerar la gratuidad del negocio y consiguiente aplicación de la presunción de fraude prevista en el Código Civil. El Tribunal juzgó, en este caso, que la hipoteca tiene causa independiente de la de la obligación anterior garantizada, y que puede tratarse como un contrato gratuito cuando no lleve aparejada contraprestación alguna. El Tribunal Supremo se aparta de esta doctrina en una sentencia posterior, de 28 de marzo de 1988, en la que declara (si bien *obiter dicta*), que *«la gratuidad, en la garantía de deudas propias, en todo o en parte, es difícilmente concebible»* (sobre el supuesto de hecho de esta sentencia, véase nota núm. 2). En la sentencia de 27 de marzo de 1992, el TS vuelve a pronunciarse en este sentido: *«Si el exigir la constitución de una garantía hipotecaria para asegurar el cobro de un crédito antiguo, cuando el deudor tiene contraídas otras deudas posteriores, fuera por sí solo constitutivo de fraude, la mayoría de las operaciones bancarias podrían rescindirse»*. Se trataba, este último, de un supuesto en el que cada uno de los cónyuges del matrimonio deudor había recibido un crédito de una entidad bancaria,

trina y jurisprudencia, es insuficiente, no sólo cuando se impugna la hipoteca, sino en la mayoría de los casos que pudieran presentarse. En primer lugar, porque hay muchos actos jurídicos que difícilmente pueden calificarse como gratuitos o como onerosos, bien por estar a caballo entre una y otra categoría (por ejemplo, la donación remuneratoria), bien porque ni siquiera quedan comprendidos en la gama de figuras intermedias (por ejemplo, los pagos, la compensación, algunos actos de renuncia...). Además, porque encontramos en el propio ordenamiento civil preceptos específicos (art. 1292 CC; art. 6.II CC) a partir de los cuales podemos extraer criterios aplicables a estos actos difícilmente encajables entre los gratuitos y los onerosos (por ejemplo, la hipoteca, a la que ahora nos referimos).

En mi opinión, al tratar del fraude de acreedores, bien pudiéramos partir de un marco más amplio, en el cual se distinguiera entre los *actos realizados por el deudor con un tercero* (compraventa, donación...); los *actos realizados entre el deudor y un acreedor* (pagos,...); y, por último, los *actos en los que sólo participa el propio deudor* (actos abdicativos). El primer grupo encaja perfectamente en el esquema de la onerosidad o gratuidad de la causa, al que antes nos referíamos. Pero el segundo grupo merece distinto tratamiento ya que podemos extraer criterios más ajustados a Derecho a partir del artículo 1292 CC. Para el último grupo de actos –de renuncia o abdicativos– es aplicable el artículo 6.II CC, que prohíbe la renuncia lesiva para terceros.

Cuando el deudor insolvente constituye una hipoteca en favor de alguno de sus acreedores, se origina un conflicto de intereses entre el acreedor favorecido por la hipoteca y aquellos que no tuvieran debidamente garantizados sus créditos, del mismo modo que se origina un conflicto entre acreedores cuando el deudor insolvente paga a alguno de ellos con perjuicio para los demás (que como consecuencia del pago no puedan cobrar la totalidad de sus créditos). Para este último caso, el artículo 1292 CC aporta una solución: son «*rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*» (obligaciones no vencidas o no exigibles). *A contrario*, podemos interpretar que no son impugnables los pagos que el deudor insolvente haga por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles. El mismo criterio es trasladable por analogía, en nuestra opinión, a todos aquellos supuestos en que el conflicto de intereses se presente entre acreedores (fuera de concurso), como es, por ejemplo, este supuesto de la hipoteca. Son rescindibles los actos por los que el deudor insolvente favorece a un acreedor que no pudo haberle compelido a hacerlo (art. 1292 CC). La constitución de la hipoteca no fue, en efecto, fraudulenta. Y no lo fue porque al tiempo de constituirse la hipoteca, el deudor pudo haber sido compelido por el acreedor tanto al pago como a la constitución de la propia hipoteca, pues la deuda estaba vencida y era exigible (además, el acreedor contaba con la escri-

después de lo cual habían constituido hipoteca sobre algunos de sus inmuebles, en favor de la hermana de uno de los cónyuges, para garantizar un crédito nacido con anterioridad. Ante el impago del crédito bancario, aquella entidad promovió un procedimiento ejecutivo y, al advertir la existencia de la hipoteca, instó su rescisión, que fue denegada por el TS (casando la anterior sentencia) por no haberse probado suficientemente ni el perjuicio (o la falta de bienes), ni la complicidad en el fraude.

tura pública de préstamo hipotecario, que equivale a una promesa de constitución de hipoteca y es documento suficiente para obligar al deudor a constituir-la). Si, en lugar de constituir la hipoteca, el deudor le hubiera pagado, o si, por ejemplo, hubiera vendido los bienes y con el dinero obtenido a cambio le hubiera pagado, no podríamos decir que el pago fuera fraudulento, pues la deuda era vencida y exigible (art. 1292 CC). Si, en esas circunstancias, el pago no es revocable, no puede serlo tampoco la hipoteca (por más razón, ya que no supone la salida del bien del patrimonio del deudor). Esto nos confirma que el criterio a tener en cuenta cuando el conflicto tiene lugar entre diversos acreedores es el que marca el artículo 1292 CC, que es aplicable por analogía. Por último, tan sólo señalar que, aunque el conflicto tenga lugar entre acreedores, no sería oportuno invocar, como se ha hecho en alguna ocasión, el principio de la *par condicio creditorum*, ya que es un principio propiamente concursal.

La STS de 28 de marzo de 1988 declaró rescindida una hipoteca por fraude de acreedores al haberse constituido «*para que uno de los acreedores prevaleciese sobre los demás, hasta el punto de privarles conscientemente de su posibilidad de cobro*»². La sentencia ha sido criticada, porque centra el fraude en la infracción de la *par condicio creditorum*, lo que, fuera del concurso, no se estima acertado³.

Supongamos que se hubiera probado el perjuicio. Supongamos que también se hubiera probado que tanto el deudor como el acreedor constituían la hipoteca conscientes de que ello impedía el cobro a otros acreedores. ¿Realmente debemos tratar sistemáticamente la constitución de hipoteca como contrato oneroso? Si lo hiciéramos así, la hipoteca sería revocable por fraudulenta. Pero, ¿sería fraudulento el pago realizado en tales circunstancias, es decir, conscientes, el deudor y el acreedor, de que —tras realizarlo— quedaba el deudor insolvente frente a otros acreedores? ¿Participa en un fraude ilícito el acreedor diligente que cobra a su tiempo la deuda? No parece que sea así, no parece que sea el criterio legal. Más bien el criterio es otro, el que marca el artículo 1292 CC, y es ésta la vía a la que hemos de acudir, en mi opinión, cuando tengamos que resolver conflictos entre acreedores fuera del concurso. Sirva como modelo el nuevo Código civil holandés⁴.

² Se había constituido hipoteca de máximo en favor de una entidad bancaria, en garantía de créditos ya existentes y futuros. El deudor solicita el concurso voluntario, y el síndico demanda la rescisión de la hipoteca por fraude de acreedores, ya que al tiempo de constituirse, eran conocidas ya por el banco las deudas del insolvente y su precaria situación patrimonial. En primera instancia se desestimó la demanda, pero la Audiencia, revocando la anterior, declaró la rescisión. En casación, no hubo lugar al recurso.

³ En este sentido, ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del TS*, 1992, p. 145; LLEBARÍA SAMPER, «Insolvencia civil, «par conditio creditorum» y rescisión de hipoteca. Comentario a la STS de 28 de marzo de 1988», *La Ley*, 1989-3, p. 932; CAPILLA RONCERO, «Comentario a la STS de 28 de marzo de 1988», CCJC, 16, núm. 431, p. 280. La línea seguida por nuestros autores al comentar aquella sentencia, es doctrina ya asentada en Italia (entre otros, por ejemplo, MICCIO, *I diritti di credito*, I, 1971, pp. 339-340; o BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, II, 1970, p. 406).

⁴ En el artículo 46.1.2.º del Libro 3.º CC holandés, se presumen fraudulentos los pagos por cuenta de obligaciones no exigibles, así como la constitución de garantías en favor de tales deudas.

2. La prueba del perjuicio. Insolvencia y fraude de acreedores. Subsidiariedad de la acción pauliana. Solidaridad en la deuda. Crédito anterior

En relación con el perjuicio, elemento objetivo del fraude, el TS se pronuncia sobre diversos aspectos que afectan al ejercicio de la acción.

2.1 *El perjuicio sólo ha de tenerse en cuenta en relación con el acreedor impugnante: se aclara la confusión de las sentencias de instancia*

La legitimación activa para el ejercicio de la acción pauliana corresponde a cualquier acreedor, no tienen que ejercitarla todos simultáneamente (no hay litis-consorcio activo necesario). Estando pendiente el proceso, otros acreedores legitimados pueden incorporarse a él y beneficiarse así de los efectos de la acción. Para el ejercicio de la acción se exige que el acreedor pruebe el perjuicio que el acto le ha causado a él, esto es, la lesión de su derecho de crédito. Hay perjuicio cuando, como consecuencia del acto del deudor, el acreedor no dispone de otro medio para el cobro de su crédito más que la impugnación (arts. 1291.3.º y 1294 CC). No se exige, por lo tanto, que se pruebe la insolvencia del patrimonio deudor, es decir, no se exige la prueba de que el pasivo supera al activo, sino la prueba de la lesión del singular derecho de crédito ⁵.

En las sentencias de instancia se incurre en confusión en relación con si debe haber perjuicio sólo para el acreedor accionante o en general para todos los acreedores: el TS recuerda aquí que sólo surte efectos a favor de quien la ejercita, sin que otros acreedores se vean también beneficiados *«como si en un procedimiento concursal nos encontrásemos»*, y que *«sólo ha de tenerse en cuenta el posible perjuicio del crédito del acreedor accionante pues a él sólo beneficia la rescisión»*.

2.2 *La prueba de la insolvencia: debe agotarse la vía de apremio*

Normalmente, la prueba de la insolvencia será la acreditación del previo procedimiento ejecutivo infructuoso. Sin embargo, se admiten también otros medios de prueba, de manera que no se puede afirmar que se requiera para el ejercicio de la acción pauliana la previa persecución judicial insatisfactoria de los bienes del deudor (en este sentido, las SSTs de 2 de junio de 94 y 24 de diciembre de 1996, o la STSJ de Navarra de 11 de diciembre de 1995) ⁶. Es ilustrativa, a estos efectos, la STS de 14 de abril de 1998 ⁷. Ahora bien, el TS es constante en exigir que, si el pro-

⁵ En relación con estas cuestiones, es interesante la obra de FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, 1998, capítulo 1.

⁶ En la sentencia se declara que es jurisprudencia reiterada la que exige al acreedor de *«una carga extraordinaria de investigación y persecución de los bienes de su deudor, justificándose la insolvencia por el propio impago ordinario de sus obligaciones, si no existen bienes notoriamente conocidos en el patrimonio del deudor bastantes para atender a la deuda impagada»*.

⁷ En sentencia de 14 de abril de 1998, el TS ha declarado como *«un principio absolutamente cierto»* aquél según el cual *«no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia del deudor»*. Sin embargo, se trata de un supuesto en el que el TS estima que no se da el requisito de la subsidiariedad, necesari-

cedimiento ejecutivo se hubiera iniciado, debe agotarse la vía de apremio antes de iniciar la impugnación pauliana (por ejemplo, la STS de 5 de diciembre de 1994). Esta línea jurisprudencial vuelve a confirmarse en la sentencia que ahora comentamos (FD 3.º): El TS casa la sentencia anterior, y declara que no procede la rescisión porque no se puede tener como probada la imposibilidad de la entidad demandante para el cobro, ya que en los procedimientos ejecutivos iniciados se mostró la existencia de otros bienes de la codemandada que fueron trabados, distintos de los hipotecados, «*sin que conste que respecto de ellos se haya continuado la vía de apremio*».

2.3 Subsidiariedad. Solidaridad en la deuda

En uno de los motivos del recurso, la parte demandada y ahora recurrente, alega infracción de los artículos 1111 y 1291.3.º CC, «*al no haberse producido un perjuicio para*» la entidad demandante. Se explica que el crédito, aunque no existiera la hipoteca, seguiría siendo preferente, pues está documentado en escritura pública. Se explica, además, que doña Juana P. es deudora solidaria, por lo que la prueba del perjuicio no puede centrarse sólo en su patrimonio. El TS no entra a juzgar el asunto: se limita a señalar que el motivo no puede prosperar porque se trata de una cuestión nueva referente a la preferencia entre los respectivos créditos no suscitada en la instancia. Pero no se pronuncia el TS sobre la cuestión de la solidaridad y la subsidiariedad de la pauliana. En situaciones de solidaridad, ¿pueden los acreedores impugnar los actos realizados por uno de los deudores, aún siendo éste insolvente, sin haber probado a la vez la insolvencia de los restantes codeudores?

A nuestro juicio, el hecho de que la deuda sea solidaria supone que, para el ejercicio de la acción pauliana, el acreedor deberá probar no sólo la insolvencia de su deudor, sino también la de los fiadores o avalistas solidarios. Mientras uno de los codeudores sea solvente, el acreedor dispone de otros medios para el cobro de su crédito distintos del ejercicio de la acción revocatoria por fraude o pauliana. Esto le impide el ejercicio de la acción (art. 1291.3.º CC). Es una manifestación de la subsidiariedad de la acción pauliana.

Sin embargo, la jurisprudencia más reciente del TS parece ser otra. En la sentencia de 10 de abril de 1995, se resolvía un supuesto de fianza solidaria en que se impugnaba por fraude un acto realizado por un fiador. El TS se pronunció en favor del acreedor, y resolvió que éste estaba legitimado para dirigirse frente a uno de los deudores solidarios ejercitando la acción pauliana, «*sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal*»⁸. En el

rio para el ejercicio de la acción pauliana, «*por no haber procedido previamente a la persecución de los bienes que pudiera proveer el deudor y no haber demostrado que carece así de todo recurso legal para obtener lo que se le adeuda*». Es decir, no se exige necesariamente el previo procedimiento ejecutivo, de un lado, pero, en ocasiones, si no hubo previa ejecución infructuosa, puede estimarse no probada suficientemente la insolvencia, o se aprecia la existencia de bienes embargables en el patrimonio deudor, y esto es suficiente para desestimar el ejercicio de la acción, que es subsidiaria.

⁸ Se estimó revocable la venta que el fiador, avalista solidario de la entidad prestataria, había hecho de todos sus inmuebles.

mismo sentido se pronunció el TS en sentencia de 3 de octubre de 1995, en la que se declara que la subsidiariedad de la acción pauliana «*quiebra en los supuestos de concurrencia de solidaridad*»⁹. Pero esta última sentencia ha dado paso a la polémica entre los autores. Martín Pérez¹⁰ se inclina parcialmente a favor de esta solución, pues aunque opina que la insolvencia de uno sólo de los codeudores «*no es suficiente para dejar expedita la vía rescisoria*», explica también que existen razones que justifican el ejercicio de la acción «*contra un codeudor solidario con independencia de la solvencia del resto*», pues de lo contrario podría beneficiarse al insolvente («*deudor defraudante*») en perjuicio del deudor «*honesto y diligente en mantener su patrimonio*». Visto así, es cierto que estaría justificado el ejercicio de la rescisoria, pero —en mi opinión— no hemos de olvidar que la finalidad de esta acción no es proteger al deudor diligente en conservar su patrimonio, frente al codeudor insolvente y tal vez defraudador, y, por tanto, no hemos de acudir directamente a este tipo de razonamiento, que no por ello deja de parecernos justo y digno de consideración. Mejor solución o, al menos, más ajustada a nuestro Derecho, puede ser la que aporta Fernández Campos¹¹. Señala el autor que la subsidiariedad de la pauliana, definida principalmente en el art. 1291.3.º CC (que el deudor no pueda «*de otro modo cobrar*» lo que se le deba), requiere la insolvencia de todos y cada uno de los codeudores para que sea procedente el ejercicio de la acción.

2.4 Crédito anterior

Desde hace años, la jurisprudencia del TS es constante en estimar que no es necesario que el crédito defraudado sea anterior al acto fraudulento, siendo suficiente la prueba de que éste se realizó con intención o conocimiento del fraude del futuro crédito (por ejemplo, la STS de 28 de junio de 1994, o, más antigua, la STS de 14 de junio de 1958). También es ésta la opinión doctrinal mayoritaria¹². En esta sentencia, el TS vuelve a ratificar su doctrina y desestima uno de los motivos del recurso alegando que se admite la impugnación de actos que se realizaron cuando era ya previsible el nacimiento del crédito posterior (el supuesto presentaba alguna especialidad, pues la hipoteca queda comprometida antes de que nacieran los créditos del demandante, pero no llega a constituirse hasta un momento posterior al nacimiento de tales créditos origen de la demanda).

⁹ El TS explicó en ese caso que el acreedor puede accionar frente al deudor «*que estime más conveniente*». A juicio del TS, «*en estos supuestos de solidaridad es la solvencia o insolvencia del deudor o fiador contra quien acciona el acreedor, la que debe ser tenida en cuenta, con independencia del derecho que tiene ese concreto fiador solidario para accionar, a su vez, contra el deudor principal y los demás cofiadores*».

¹⁰ MARTÍN PÉREZ, CCJC, núm. 40, 1077, pp. 173-176.

¹¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, «Subsidiariedad de la acción pauliana en las obligaciones solidarias», *La Ley*, 1996.3, pp. 1450-1454.

¹² Entre otros, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, I, 1995, p. 563; SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, por LACRUZ y otros, II.1.º, 1994, p. 249; CASTÁN *Derecho civil...*, III, 1992, p. 331; y CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana*, 1997, pp. 91-92.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Yolanda BUSTOS MORENO; M.ª Dolores CANO HURTADO; Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Ignacio DÍAZ DE LEZCANO; M.ª Rosario DÍAZ ROMERO; Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENGOA; Ana Isabel HERRÁN ORTIZ; Antonio JIMÉNEZ CLAR; Javier LARENA BELDARRAÍN; Julián LÓPEZ RICHART; Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ; Óscar MONJE BALMASEDA; Virginia MÚRTULA LAFUENTE; Máximo Juan PÉREZ GARCÍA y Lis SAN MIGUEL PRADERA**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Nulidad de la institución de heredero. Ley nacional del causante. Normas de Derecho internacional privado.–Los Tribunales españoles tienen jurisdicción, pues así lo establece el artículo 21 LOPJ, al decir: «1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros, y entre españoles y extranjeros, con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los Tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público» y el artículo 22 al establecer que en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes «en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español, o (como sucede en este caso) posea bienes inmuebles en España».

La infracción del artículo 340 LEC, al haberse ordenado la práctica de diligencia para mejor proveer suplantando la falta de diligencia de la parte recurrida, y habiéndose producido con ello indefensión de la parte recurrente no se ha producido porque, como dice reiteradísima jurisprudencia, la facultad concedida por el precepto al tribunal de acordar para mejor proveer diligencias de prueba, como actos de instrucción realizados por el propio órgano jurisdiccional para lograr su convicción sobre la materia del proceso, es ajena al impulso procesal de parte y al principio dispositivo (SSTS de 20 de julio de 1993, 19 de octubre de 1992). Deben efectivamente, como pone de manifiesto el recurrente, utilizarse

con moderación y nunca para suplir deficiencias de las partes, pero en el caso de autos donde se litiga sobre la sucesión de un ciudadano de los Estados Unidos de Norteamérica, en el que ambas partes alegan la existencia de unas normas legales contradictorias, con documentos que no lograron llevar a Tribunal a la convicción de su contenido y vigencia, que son como todo el Derecho extranjero, cuestiones de hecho (STS de 23 de octubre de 1992) sobre las cuales ha de formar criterio para cumplir con la indeclinable obligación de fallar (art. 1.7 CC), no es contrario a los principios que rigen el artículo 340, hacer uso de las facultades que confiere, máxime cuando el propio artículo 12.6 CC dice que: «el Juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas».

La doctrina de los actos propios no se entiende vulnerada cuando se pretende la consecución de los que entienden ser sus derechos sucesorios.—La doctrina de los actos propios contenida en las SS de 18 de enero y 27 de julio de 1990, 14 de mayo de 1991, 12 de abril y 26 de mayo de 1993, 9 de octubre y 10 de junio de 1994, etc., proclaman que los actos propios son aquellos en los que sus autores al realizarlos, tienden a crear, modificar o extinguir algún derecho y que el propio acto es revelador de la voluntad de expresa del autor o de la voluntad tácita deducible de los actos inequívocos realizados. Que los recurrentes cuya única voluntad inequívoca es la de obtener los que entienden ser sus derechos sucesorios, no se contradicen cuando, una vez más, los impetran aunque sea ahora por el cauce de la aplicación al testamento del derecho sucesorio español, que es lo mismo que trataron de buscar en los Estados Unidos, aunque allí por la vía de entender revocado el testamento anterior; el que aquí impugnan por ser en él desheredados sin expresión de causas.

El derecho español entiende preponderante la ley nacional del *de cuius*; al propio tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, esto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio.—El texto del artículo 12.2 CC, dice literalmente: «la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley nacional, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española». Este precepto deja perfectamente claro que cuando el artículo 9.8 CC, declara: «la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren», el derecho aplicable a la sucesión de autos es el del Estado de Maryland. Ahora bien, cuando la norma de conflicto de este Estado reenvía a otro Estado que no sea España, dicha remisión no ha de tenerse en cuenta (y se aplica la ley de Maryland), pero si la remisión, como en este caso, es a la legislación española, puesto que las leyes sucesorias de Maryland establecen que respecto a inmuebles la sucesión se rige por la ley del lugar donde están sitios, esta remisión sí que «debe tenerse en cuenta», pues así lo exige el texto del artículo 12.2 CC. La frase «tenerse en cuenta» no equivale a que deban aplicarse nuestras normas sucesorias de modo inexorable, puesto que en español (Diccionario de la Real Academia) «tener en cuenta» quiere decir «tener presente, considerar», y ello es lo que debe hacer la Sala: considerar si el reenvío (que ya ha sido alguna vez admitido por nuestros Tribunales de Instancia) ha de aceptarse en el presente caso, en virtud de lo dispuesto en la norma de conflicto del Estado de Maryland, que utiliza como punto de conexión el lugar de situación de los

inmuebles para determinar la norma de derecho material por la que ha de regirse la sucesión de sus ciudadanos.

La negación del reenvío puede apoyarse en que la colisión entre el estatuto sucesorio establecido en el artículo 9.8 CC, y la que habla y permite el reenvío de retorno, como es el artículo 12.2, no existe, es más aparente que real. El artículo 12.2 contiene una norma de carácter general, de las denominadas por la doctrina «norma de aplicación o funcionamiento» que no puede interpretarse aisladamente, sino en relación con la norma específica y concreta que regula la materia de sucesiones, que en el Derecho español es el artículo 9.8 y en él se inclina por el punto de conexión de la nacionalidad para elegir la norma rectora de la sucesión, cualesquiera que sea la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren.

El reenvío, por último, debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y si el derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por la Sala del Derecho español a la sucesión del causante en este litigio, que no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio. La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno. (STS de 15 de noviembre de 1996; ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Se interpone demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cuatro de Málaga, sobre nulidad de institución de heredero, alegando que los actores son hijos del causante que fallecido en 1977 testó instituyendo heredero de todos sus bienes a su hermano, y en sustitución de éste a sus descendientes, los demandados, basándose en la posibilidad de testar libremente; pero dicha cláusula para los actores es falsa ya que ni la ley personal del causante ni la española permiten disponer libremente cuando se tiene hijos legítimos y reconocidos. Se desestima en Primera Instancia la demanda. Interpuesto recurso de apelación, se revoca la sentencia de primera instancia, declarando la nulidad de la institución de heredero a favor del hermano del causante, en cuanto dicha institución afecte a los bienes inmuebles del testador que se hallen situados en España y perjudique a los derechos de los demandantes. Interpuesto recurso de casación por los descendientes del hermano del causante, el TS casa la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, confirmando la sentencia dictada en primera Instancia. (A. I. H. O.)

2. Prescripción extintiva. Cómputo.—La parte recurrente incurre en el defecto procesal de valorar la documentación aportada a fin de fijar, a efectos del cómputo de la prescripción, el día en que la acción pudo ejercitarse, pretendiéndose, en definitiva, contraponer su criterio personal al sustentado por el Tribunal *a quo*, lo cual, no es admisible en casación sobre todo, cuando la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, suprimió el ordinal cuarto del artículo 1692 LEC, dedicado al error en la apreciación de la prueba, aparte de que el meritado Tribunal se encontraba autorizado, en uso de la libertad conferida en materia probatoria, a optar entre los varios certificados médicos presentados, por

aquel que reflejase el alta médica con mayor exactitud, máxime, cuando en los supuestos de lesiones es coincidente la doctrina jurisprudencial, interpretando el artículo 1969 CC, en que para la fijación del *dies a quo* hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecidos según el acta médica.

Falta de legitimación pasiva. Interpretación y aplicación del artículo 523 LEC.—En cuanto a la infracción del artículo 523 LEC, alegada por el recurrente por no haber sido exonerado del pago de las costas uno de los codemandados a pesar de apreciar en él una falta de legitimación pasiva, matiza la Sala que el recurrente se olvida que el ritualario artículo 523 no aplica de manera absoluta e incondicional el principio objetivo del vencimiento, pues confiere al juzgador la apreciación de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición, que fue lo que sucedió en el caso de autos para no imponer al actor las costas correspondientes al codemandado en quien se había apreciado la excepción dicha, ya que en el FD 5.º de la sentencia recurrida se razonó que «cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, incluso el demandado al que se le ha estimado la excepción de falta de legitimación pasiva, por cuanto por razones imputables únicamente a los demandados era difícil precisar en el supuesto enjuiciado a quiénes debían demandarse», con lo cual, no es posible estimar infracción alguna respecto al precitado artículo.

Confesión judicial. Valoración de la no comparecencia.—El artículo 593 LEC requiere como condición para ser tenido como confeso el litigante no compareciente, sin haber mediado justa causa, la relativa a haber sido apercibido al respecto, exigencia que, también, se previene en el artículo 583 del citado Cuerpo Legal, pero de tal requisito no figura constancia en las actuaciones, pues, como se decía, el despacho librado para la práctica de dicha prueba no fue reportado, y, aparte lo acabado de puntualizar, no es posible olvidar que la *ficta confessio* constituye una facultad potestativa para el Juzgador y, por consiguiente, contra el uso que se haga de esa facultad no se da recurso alguno. (STS de 29 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don G. F. M. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra los hermanos don Andrés, don Ambrosio, don Sebastián y don José S. A. y la Compañía aseguradora *Commercial Union Assurance Company Limited*, sobre reclamación de la cantidad de 10.250.500 pesetas en concepto de daños y perjuicios por daños personales, como consecuencia de ser arrollado por un caballo propiedad de los hermanos citados y por gastos de hospitalización e intervención derivados del accidente, así como por los que traen causa de las secuelas resultantes.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, siendo revocada esta Resolución por la Audiencia, que condena a don Andrés, don Ambrosio y don José S. A. y la Compañía aseguradora *Commercial Union* a pagar solidariamente a don G. F. M. la cantidad de 4.835.500 pesetas, si bien en cuanto a *Commercial Union* con el límite máximo de principal de 2.000.000 de pesetas más los intereses legales que se devenguen a partir de la fecha de la sentencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A. G. B.)

3. Prescripción trienal. Cómputo.—Se alega la prescripción de la reclamación de cantidad formulada en principio por la parte actora. El precepto que se dice infringido (art. 1967.1.º CC) está afectado por el último párrafo no numerado de tal artículo, y aunque una interpretación literal del mismo, pudiera llevar a excluir el cómputo de la prescripción trienal en cuanto a la actividad profesional como Abogado de la parte recurrida en casación, debe entenderse que tal exclusión se debió a un *lapsus legislatoris* derivado de un error mecánico de transcripción.

De igual manera, la actividad profesional que desplegó como Abogado la parte citada, supuso una serie de trabajos concretos realizados en el ámbito judicial, que deben estimarse como una actuación total tendente a un fin, con lo que deberá realizarse el cómputo de la prescripción trienal, a partir de la dejación de la prestación del servicio total.

Además, hay que añadir que aunque el artículo 12 LEC, habilita al Abogado a dirigir su reclamación contra el Procurador para garantizar sus honorarios por el sistema de jura de cuentas, ello no es obstáculo para que pueda reclamar el importe de los mismos mediante el juicio declarativo ordinario que corresponda, dirigiendo su pretensión directamente contra los clientes.

Finalmente, se desestima el tercer motivo alegado por el recurrente, en cuanto que se establece como justa la cuantía establecida como minuta. (STS de 15 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Puertollano, fue visto el juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad, en el cual se dictó sentencia con fecha 24 de septiembre de 1992, estimando íntegramente las pretensiones del demandante. Contra dicha Resolución se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Ciudad Real, dictándose sentencia por la Sección Primera con fecha 23 de diciembre de 1992, por la cual se confirmaba plenamente la decisión adoptada en primera instancia. Finalmente, se formalizó recurso de casación ante el TS, con apoyo en el artículo 1692.4 LEC, bajo cuyo amparo se alegó la infracción de los artículos 1967, 1728 y 1544, todos ellos del CC. Este recurso resulta igualmente desestimado. (J. L. B.)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Protección del derecho al honor. El derecho a la información no puede prevalecer sobre aquél cuando la noticia difundida se basa en simples y difusos rumores, sin contrastación alguna de la veracidad de los mismos.—Ninguna de las noticias concreta la identidad de quienes las suministran o de las empresas a que se refieren. Solamente, en la información del día 28 de diciembre, se transcriben las declaraciones de una persona concreta, referidas asimismo a una concreta operación bancaria, que motivó una denuncia ante el Banco de España, y que atribuyó irregularidades al demandante, pero no en beneficio propio sino en el de la entidad en que desempeñaba su función. Salvo en

este caso, el resto de la información está realizada en términos de generalidad y, en los extremos más importantes, ya que hacen referencia a hechos delictivos (blanqueo de dinero, narcotráfico), se hace eco de simples rumores, carentes de toda constatación, sin que aparezca que, pese a la relevancia de los hechos y a la sensibilidad de la opinión pública respecto a alguno de ellos, nadie los haya denunciado o exista investigación judicial o policial alguna por ellos motivada. La STC 6/1988, de 21 de enero, que cita el juzgador de instancia, establece una doctrina que reitera la reciente 240/1992, de 21 de diciembre, conforme a la cual se comporta de manera negligente e irresponsable quien transmite, como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación. De acuerdo con tal doctrina no puede sostener la entidad recurrente que la actuación del periódico que edita en relación con los hechos litigiosos esté amparada por el derecho a comunicar libremente información veraz, pues esta última calificación no es aplicable a la suministrada por dicho diario.

Si bien es cierto que, en los supuestos de colisión entre el derecho al honor y el de libertad de información, se tiene jurisprudencialmente proclamada, en principio, la preponderancia de éste sobre aquél, cuando la información publicada se refiera a asuntos públicos de interés general, ello no es en términos absolutos, sino que se halla inexcusablemente condicionada tal prevalencia a que la noticia transmitida sea veraz o, cuando menos, debida y prudentemente contrastada, a través de una razonable y seria comprobación de su veracidad, pero no basada única y exclusivamente en unos difusos y etéreos e incontrastables supuestos rumores, que carecen en absoluto de la más mínima garantía de fiabilidad, siendo esto último lo ocurrido con las informaciones aquí enjuiciadas, en las que, con base en los rumores de las características antes expresadas, se hacen al demandante, sin fundamento serio alguno, imputaciones tan graves e infamantes, por todo lo cual la sentencia recurrida ha hecho una correcta aplicación de la doctrina jurisprudencial correspondiente.

La revisión en vía casacional de la cuantía de la indemnización por daño moral.—Aun siendo cierto que la Sala de lo Civil tiene declarado (SS de 23 de marzo de 1987, 27 de octubre de 1989, 15 de julio de 1995, entre otras) que, en materia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de las personas, puede ser revisada en esta vía casacional, con carácter excepcional, la fijación del *quantum* indemnizatorio realizada por el Tribunal de apelación, ello solamente puede producirse cuando las pautas valorativas del daño moral que marca el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo («atendiendo, dice el precepto, a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido») no hayan sido tenidas en cuenta por la sentencia recurrida o lo hayan sido de manera claramente arbitraria, inadecuada o irracional, ninguno de cuyos supuestos de excepción concurren en el caso enjuiciado, pues teniendo en cuenta las graves y difamantes imputaciones que, sin fundamento veraz y serio alguno, se hacen al demandante en las informaciones litigiosas, la sentencia recurrida, en plena coincidencia con la de primera instancia, ha procedido con absoluta corrección, al fijar con criterio razonable, ponderado y objetivo la cuantía de la indemnización en favor del demandante, por el daño moral y las posibles repercusiones prácticas en su prestigio profesional. (STS de 20 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formula ante el Juzgado de primera Instancia núm. Cuatro de Santiago de Compostela demanda sobre protección al honor, la intimidad y la propia imagen contra el Director de *El Correo Gallego* y contra la *Editorial Compostela, S. A.*, por la publicación de informaciones no veraces relativas al demandante, en la que se solicita la indemnización por daño moral de cincuenta millones de pesetas y la difusión de la sentencia en la misma forma que se efectuaron las imputaciones publicadas por el periódico. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declarando que, con las informaciones publicadas en el citado periódico, se produjo una intromisión ilegítima en el honor del actor, por no ser veraz la información; procediendo a condenar solidariamente a los demandados a pagar la cantidad de cinco millones de pesetas por daño moral, así como a difundir la Resolución en la misma forma en que se efectuaron las informaciones de *El Correo Gallego*. Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia confirmando la sentencia dictada en primera Instancia. Interpuesto recurso de casación por *Editorial Compostela, S. A.*, se declara por el TS no haber lugar al citado recurso, condenando al recurrente en costas. (A. I. H. O.)

5. Derecho al honor y libertad de información.—En cuanto a la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y de protección al honor, no pueden establecerse *a priori* los límites o fronteras entre uno y otro derecho, y de ahí que tal delimitación deba llevarse a cabo caso por caso.

Ahora bien, el derecho al honor, tanto en su aspecto interno de íntima convicción, como en su aspecto externo de valoración social, debe estar afectado por una tarea de ponderación con relación a la libertad de información, teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta de ésta.

De hecho, la libertad citada además de tener un carácter individual, indica que una opinión pública está indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, así como al principio de legitimidad democrática proclamado en el artículo 1.2 CE.

Sin embargo, para que prevalezca la libertad de expresión, es necesario que la información sea veraz, así como referida a asuntos públicos de interés general por la materia que analizan o por los sujetos intervinientes en ellos. Del mismo modo, la noticia o reportaje no deberá sobrepasar el fin informativo pretendido, y así se limitará a transcribir datos, sin opinar sobre ellos, tal como expresa la doctrina del llamado «reportaje neutral».

Asimismo, con respecto a si el prestigio profesional tiene cabida o no dentro del concepto de honor en el sentido de derecho constitucional, se establece en la sentencia que, tras la superación de doctrinas anteriores, se estima que un ataque a dicho prestigio puede integrar efectivamente una transgresión al honor (STC de 14 de diciembre de 1992).

Dado que en el caso en cuestión concurren los requisitos antes señalados, y por ello debe primar la libertad de expresión sobre el derecho al honor, el recurso de casación presentado es estimado en su integridad. (STS de 16 de diciembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de los de Oviedo, fue visto el juicio sobre protección del derecho al honor, en el cual se solicitaba la condena de los demandados por la publicación de un artículo supuestamente atentatorio contra la reputación y el buen nombre del demandante. Tras el fallo desestimatorio de tal pretensión, emitido por el citado Juzgado, con fecha 31 de diciembre de 1991, se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Oviedo, dictándose sentencia por la Sección Cuarta de la misma, con fecha 10 de noviembre de 1992, por la cual se estimaba parcialmente la demanda formulada. Por tal motivo, se presenta finalmente recurso de casación al amparo del artículo 1692.4 LEC, por entender que la decisión recurrida incurre en la infracción de la normativa aplicable; en concreto, de los artículos 7.7 y 9.3 de la Ley Orgánica, de 5 de mayo de 1982. (*J. L. B.*)

6. Derecho al honor y libertad de información.—En caso de conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor y a la propia imagen, ha de prevalecer aquélla sobre éstos, tal y como ya han estimado en distintas Resoluciones tanto el TS como el TC, cuando la noticia o información publicada se refiera a un asunto público o de interés general, tanto por la materia como por las personas que en él intervengan, con tal de que sea veraz.

Además, la publicación, como es el caso, de la fotografía de la persona implicada no puede considerarse como atentatoria contra su propia imagen, sino que debe entenderse como una excepción más de las señaladas en artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/82, ya que la notoriedad manifiesta del caso, evidencia su carácter público. (**STS de 28 de diciembre de 1996**; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Zaragoza, se formuló demanda incidental sobre protección al honor, suplicando sentencia condenatoria para los demandados, en la cuantía de 15.000.000 de pesetas. El Juez dictó sentencia, en fecha 10 de abril de 1992, desestimando las pretensiones formuladas. Apelada la Resolución de primera instancia, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia, en fecha 22 de enero de 1993, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandante. Finalmente, los demandados presentan recurso de casación con apoyo en el núm. 4 del artículo 1692 LEC, por inaplicación de diversos preceptos de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo. Dicho recurso resulta estimado en su totalidad, confirmándose el fallo establecido en primera instancia. (*J. L. B.*)

7. Vulneración del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Inveracidad de la noticia.—El TC, en sentencia de 21 de diciembre de 1992, ha afirmado que la comunicación que la CE protege es, ciertamente, la que transmite información veraz y, en este sentido, es reiterada la doctrina de ese Tribunal, desde la sentencia 6/1988, de que el requisito constitucional de la veracidad no va dirigido tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuanto a negar esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con

menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones.

Esta Sala tiene declarado que, en la aplicación del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, se ha de tener en cuenta el elemento objetivo de las expresiones que puedan difamar o desmerecer en la consideración ajena, la finalidad, tal como resulta de una correcta interpretación del artículo 8.1 de la citada Ley Orgánica, y el carácter verídico o razonablemente objetivo del reportaje dentro del contexto del mismo, pues toda comunicación con posible resultado difamatorio no incurre en ilicitud cuando corresponda al ejercicio de derechos con una base de hecho veraz (entre otras, SS de 26 de noviembre de 1987, 11 de octubre de 1988, 1 de julio de 1989 y 26 de septiembre de 1996). (STS de 31 de diciembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don Enrique T. y L. de E. demandó a don J. L. M. S., doña C. R. M., don J. C. M., don R. B. M., don I. F. de G. y *Ediciones Zeta, S. A.*, en ejercicio de la acción conferida de protección del derecho al honor por la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, alegando intromisión en el derecho al honor e intimidad del actor acaecida por hechos divulgados en el semanario *Interviú* en reportajes publicados bajo los títulos «*Descubrimos el campamento de los mercenarios del narcotráfico colombiano*», «*Campamento valenciano de los sicarios del narcotráfico*», y «*Empresas israelíes entrenaban a los narcos colombianos*», suscritos por los cuatro primero demandados, como redactores y reportero gráfico, en el citado medio, dirigido por don I. F. de G.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona estimó la demanda y condenó a los demandados, con causa en la intromisión ilegítima en el derecho al honor y propia imagen del demandante a consecuencia de los artículos publicados, a que indemnicen solidariamente a éste en la cantidad de veinte millones de pesetas, y a la entidad editora demandada a que inserte a su costa en la revista *Interviú*, en la misma sección, anuncio y portada y lugar relevante, la parte dispositiva de la sentencia, condenándole igualmente al pago de las costas. Esta Resolución fue revocada en grado de apelación por la de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial.

Don E. T. y L. de E. interponen recurso de casación al amparo del artículo 1692.4 LEC, por infracción de los artículos 20.1.d) CE y de la jurisprudencia que lo interpreta y artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (A. G. B.)

8. Derecho a la libertad de información y derecho al honor. Colisión entre ambos.—Con respecto al siempre delicado y complejo tema de la colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información, por un lado, y al honor, intimidad familiar e imagen, por otro, viene siendo doctrina jurisprudencial ya reiterada y notoria la de que el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer, siempre que la información transmitida sea veraz, basada en una comprobación razonable por parte del periodista, que esté referida a

asuntos públicos que sean de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, limitándose a contribuir a la formación de la opinión pública, y que la transmisión de la noticia o información no sobrepase el fin informativo que se pretende, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado. (STS de 24 de enero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Con motivo de la celebración, en la Audiencia Provincial de Cádiz, de un juicio oral y público contra unos supuestos narcotraficantes, el periódico *Diario de C.* publicó una amplia información (escrita por Alberto G.) acerca del desarrollo del referido juicio oral y, al final de la misma, bajo el subtítulo «Acusación airada», agregó un párrafo, que textualmente dice así: «Una vez que el presidente de la Sala decretó que el juicio quedaba visto para sentencia, una de las procesadas, Patrocinio P. —que se encuentra en libertad provisional— acusó airadamente al Letrado defensor de los hermanos F. S. y Nicolasa N. Concretamente, Patrocinio comentó en voz alta en el pasillo, frente a la puerta de la Sala, a los familiares que le acompañaban, que «L., el Abogado de los hermanos, está pringado hasta las orejas. Lo único que le diferencia de ellos es que lleva puesta una toga». Por considerar que la información periodística era atentatoria a su honor, don Miguel L. B., al amparo de la Ley Orgánica, de 5 de mayo de 1982, promovió contra el periodista y, subsidiariamente, contra el periódico *Diario de C.* un proceso, en el que postuló que se dicte sentencia por la que se declare que la actuación del demandado ha provocado el desprestigio personal y profesional de don Miguel L. B., puesto que la difusión de los comentarios publicado han repercutido en su honor y en su fama.

La Audiencia Provincial, conformando íntegramente la de primera instancia, desestimó la demanda y absolvió a los demandados. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la parte actora. (A. C. S.)

9. **Derecho al honor. Intromisión ilegítima. Honor familiar.**—El problema que se ha planteado en el recurso de casación es el del honor familiar, en el sentido de que las expresiones vertidas por el demandado se referían directamente al padre del demandante. Sin embargo, si bien la ley no contempla explícitamente este supuesto (como sí lo hace en el derecho a la intimidad), tampoco da una definición de honor; para solventar la duda, debe atenderse a la realidad social, siempre elemento decisivo en la interpretación de la ley, tal como expresa el artículo 3.1 CC y ha desarrollado la jurisprudencia de esta Sala (así SS de 17 de marzo y 18 de julio de 1986, y 10 de abril de 1995). Partiendo de ello, debe entenderse que expresiones vejatorias relativas al padre de una persona constituyen intromisión ilegítima en el honor de éste, en su acepción de honor familiar.

Derecho al honor y libertad de expresión.—Debe destacarse la relación de la intromisión al honor y la libertad de expresión, reconocida como derecho fundamental en el artículo 20.1, a) CE. Tanto ésta como el derecho a la información veraz [art. 20.1, d)] no comprenden las expresiones injuriosas o vejatorias, tal como ha mantenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala: SS de 31 de junio, 13 de julio y 5 de octubre de 1992, 10 de junio de 1993, 24 de mayo de 1994 y 28 de marzo de 1996.

Delimitación del derecho al honor.—Se estima que no se ha producido intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante (recurrido en casación) al tener en cuenta su delimitación «por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos» (art. 2.1 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo), ha mantenido el mismo: por su conducta, por el contexto en que se vertieron las expresiones y por la proyección pública del mismo. (STS de 31 de enero de 1997; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El demandado (actual recurrente en casación) don Ramón M. F. intervino como presidente en la asamblea de socios de un club de fútbol. En la misma se refirió al demandante (recurrido en casación) el periodista José María G. P., en dos aspectos que fueron calificados en la demanda como intromisión ilegítima en el honor del actor. El primero, relativo al honor profesional, fue desestimado en la sentencia de primera instancia, contra la que no apeló el demandante, por lo que quedó firme tal desestimación. El segundo tiene tres partes: el demandado don Ramón M. F. dijo del demandante don José María G. P. sin nombrarlo expresamente pero refiriéndose claramente al mismo: primero, que su padre «ha sido procesado por estafa»; segundo: que «es mucho mejor ser hijo de un choricero que hijo de un chorizo»; tercero: «no vamos a admitir en el R. M. que personas sin moral...» y esta parte tercera no fue considerada por la Audiencia en su sentencia constitutiva de intromisión ilegítima en el derecho al honor: no habiendo recurrido en casación la representación procesal de don José María G. P. también es firme esta parte.

En consecuencia, el recurso de casación se centra, como hechos, en las dos partes primeras del aspecto segundo, que han sido transcritas las frases que aparecen literalmente en las sentencias de instancia y vienen desde la misma demanda.

El TS estima parcialmente el recurso de casación del demandado. (A. C. S.)

10. Protección del honor de las personas jurídicas.—La tutela judicial del prestigio de las sociedades mercantiles, la ha admitido esta Sala en determinados supuestos (SS de 28 de abril de 1989 y 15 de abril de 1992 —citada en el recurso— y 26 de marzo y 9 de diciembre de 1993, entre otras), así como el TC (SS de 11 de noviembre de 1991 y 26 de septiembre de 1995); si bien debe de reconocerse que la doctrina jurisprudencial civil no se mantiene uniforme, pues se presenta discrepante, pero en trance de ir centrando la cuestión y de depurar divergencias, resulta más proclive y merecedor de amparo este derecho al honor, que si bien tiene en la Constitución un significado personalista, como inherente a la dignidad humana, según el artículo 18, aunque parece que lo acentúa en el derecho a la intimidad, ello no excluye la extensión de su protección y garantía a las personas jurídicas respecto a los ataques injustificados que afecten a un prestigio profesional y social, que conforman integración de su patrimonio moral, con repercusión en el patrimonial, por sus resultados negativos, y así puede traducirse en una pérdida de la confianza de la clientela, de proveedores y concurrentes comerciales o de rechazo o minoración en el mercado de forma general y todo ello como consecuencia de que las personas jurí-

dicas también ostentan derechos de titularidad al honor, con protección constitucional, pues no se puede prescindir totalmente del mismo, en su versión de prestigio y reputación profesional, necesarios para el desarrollo de sus objetivos sociales y cumplimiento de los fines para los que fueron constituidas, con un componente de personas individuales, que siempre resultan identificables y a la que también les afecta, en mayor o menor medida, el desprestigio del ente en el que estén integradas.

Derecho al honor y libertad de información. Colisión entre ambos.—No se aprecia colisión entre el artículo 18.1 con el artículo 20.1 CE en perjuicio y desdoro de los recurrentes y así lo ha declarado esta Sala de Casación Civil en supuestos análogos, en los que la información transmitida, que en este caso acusa definitiva falta de objetividad de los órganos de gestión municipal y deficiente ejecución de la concesión, proviene del ejercicio de una función pública, en la que se censura y critica el órgano en el que el opositor está integrado, por lo que no procede calificar la actuación del concejal que se demandó como atentatoria o difamatoria al prestigio de las sociedades recurrentes, dada la ausencia suficientemente acreditada de tal intención, al responder al ejercicio no sólo de un derecho, sino incluso de un deber político y legal en defensa de los intereses municipales, pues en otro caso se atentaría al mantenimiento de la comunicación libre, vaciando en parte de contenido la función de los representantes democráticos en las instituciones públicas (SS de 30 de octubre de 1993 y 28 de octubre de 1996)

Doctrina jurisprudencial.—El motivo ha de ser desestimado por su defectuosa formulación, ya que se apoya en una sola sentencia, la de 15 de abril de 1992, y casacionalmente sólo puede ser objeto de infracción la doctrina jurisprudencial de esta Sala recogida por lo menos en dos sentencias sobre interpretación y aplicación de ley u otras fuentes del Derecho, en relación a casos similares o análogos y atendiendo la fundamentación de la *ratio decidendi* y no a declaraciones de *obiter dicta*. (STS de 21 de mayo de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado dictó sentencia desestimando la demanda sobre protección civil del derecho al honor de dos empresas. La Audiencia Provincial desestimó el recurso. El TS no acoge el recurso de casación de las entidades demandantes.

NOTA.— Sobre el derecho al honor de las personas jurídicas es fundamental la monografía de Rodríguez Guitián, *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Madrid, 1996, con exhaustiva información doctrinal y jurisprudencial (sentencias del TS y sentencias del TC). (A. C. S.)

11. Doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica.—Partiendo de que el señor G. F es socio mayoritario y administrador único de la sociedad anónima *C. de los R.*, se habla de levantar el velo de la sociedad para entender que su actuación no tuvo otro objeto que aminorar o dejar sin efecto la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC, en clara actitud fraudulenta y contraria a la buena fe, es decir, que la sociedad actúa para aminorar o dejar sin efecto la responsabilidad patrimonial de su socio mayoritario y administrador único, con lo que, en el fondo, poco perdería éste con que los bienes se entendiesen de o pasasen a aquélla, todo lo cual hace relación, no a la naturaleza

y efectos de las obligaciones, sino a la proscripción del fraude de ley (art. 6.4 CC) y principio de la buena fe (art. 7.1 CC) como informadores de nuestro ordenamiento jurídico y por ello también de la doctrina del levantamiento del velo de las sociedades (SS de 29 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 16 de julio de 1987, y 29 de abril y 13 de mayo de 1988) como forma de combatir dicho fraude o defender la buena fe. En el mismo sentido la sentencia de 12 de febrero de 1993, con cita de la de 28 de mayo de 1984, sienta la tesis de que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la CE (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 CC), la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal —de respeto obligado, por supuesto— se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los «derechos de las demandadas» (art. 10 CE). (STS de 24 de marzo de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad anónima *C. de los R.* ejercitó tercería de dominio manifestando que, a través de su administrador don Rafael G. F., había tenido noticias de que, en el procedimiento 70790 del Juzgado núm. 2 de Antequera, don Rafael M. S., en ejecución de la sentencia dictada en 5 de diciembre de 1991, por la que se condenaba al señor G. F. a pagarle 90.041.600 pesetas, había embargado bienes de la tercerista (dos camiones), adquiridos para la misma, pero que, por razones de índole administrativa, se hubieron de inscribir, oficialmente, a nombre del señor G. F., constituyendo éste una mera persona interpuesta, para salvar los obstáculos administrativos que se creía existían por los técnicos encargados de su matriculación, para hacerlo a nombre de *C. de los R., S. A.* El señor G. F. se allanó a la demanda, pero el señor M. S. se opuso a la misma. El Juzgado acogió íntegramente la pretensión de *C. de los R., S. A.*, pero, ante la apelación de don Rafael M. S., la Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juzgado manifestando no haber lugar a declarar el dominio de los vehículos dichos a favor de la sociedad actora. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por *C. de los R., S. A.*

NOTA.— Sentencia en la que se muestra con claridad un caso en que procede la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el «levantamiento del velo de la persona jurídica» para evitar fraudes. Sobre esta doctrina, un análisis detallado por De Ángel, *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, monografía que, debido a su gran calidad, ha dado lugar a cuatro ediciones (Civitas). De Ángel expone con gran rigor y pragmatismo los distintos supuestos que se plantean en la realidad social, teniendo en cuenta la jurisprudencia existente. (A. C. S.)

12. Incapacitación. Aplicación del artículo 208 CC. Deber constitucional de examen judicial del presunto incapaz.—La jurisprudencia de esta

Sala ha entendido en el proceso de incapacitación que el examen personal del presunto incapaz es, en primer lugar, un deber de alcance constitucional y, en segundo lugar, que se aplica no sólo al Juez, como dice literalmente el artículo 208 CC, sino también al Tribunal que constituye el estado civil de incapacitación. En síntesis, ningún órgano jurisdiccional puede constituir una incapacitación sin haber examinado personalmente al presunto incapaz. (STS de 9 de junio de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Formulada demanda con la pretensión de la constitución del estado civil de incapacitación de doña Servanda Carmen N. M., el Juzgado dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, y declarando la incapacitación parcial y ordenando la constitución de curatela. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial revocó la dictada por el Juzgado y afirmó la incapacitación total de la demandada, con sometimiento de la misma al régimen de tutela. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (A. C. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. Contrato simulado. Delimitación del contrato con causa ilícita.—Para estimar una cláusula contractual ilícita ha de partirse de la concurrencia efectiva de causa, pero ésta resulta viciada por ser contraria a las leyes o la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que el móvil impulsa la voluntad reprochable del convenio alcanzado, con lo que la ilicitud causal tiene apoyo en la finalidad negocial ilegal o inmoral que se pretende común a todas las partes implicadas.

No cabe confundir la causa falsa con el móvil de defraudar los derechos ajenos, ya que la causa es la razón esencial del contrato. La falsedad de la causa se contrapone a la verdadera, a que refiere el artículo 1274 CC, equivaliendo a su no presencia, operando como sinónimo de simulación, que hace que el contrato no tenga existencia jurídica. La falsedad de la causa está íntimamente relacionada con la cuestión de la simulación del consentimiento contractual, por la discordancia entre las voluntades internas o externas manifestadas, actuando la simulación como vicio del necesario y recto consentimiento contractual a cargo de los interesados en las relaciones obligacionales que pretendieron crear.

Necesidad de acudir a la prueba de presunciones.—En los supuestos de simulación rara vez se presentan pruebas directas, por lo que ha de hacerse uso de las presunciones.

Arrendamientos urbanos posteriores a la constitución de hipoteca.—Los arrendamientos de inmuebles llevados a cabo con posterioridad a la constitución de hipoteca, son válidos según doctrina consolidada de esta Sala. Ahora bien, esta doctrina quiebra en los supuestos de inexistencia por simulación de la relación arrendaticia. (STS 14 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras seguirse un proceso ejecutivo contra don Ricardo R. B., se produce la subasta de un inmueble de su propiedad del que resulta adjudicatario don Vicente G. G. Con el objeto de impedir a este último el disfrute de parte del inmueble, se presentan dos contratos privados de arrendamiento urbano, en los que figura como arrendador el anterior propietario y como inquilino su hijo, don Luis R. P., apareciendo como subarrendatario de uno de los pisos el cuñado de este último, don José Luis del P. A. Don Vicente G. G. formuló demanda sobre ineficacia de tales contratos. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. La Audiencia Provincial estimó, no obstante, el recurso de interpuesto por el actor. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. L. R.*)

14. Negocio fiduciario.—Esta Sala ha proclamado reiteradamente que, cuando no envuelve fraude de ley, es válido el negocio fiduciario consistente en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiere cumplido la finalidad prevista.

De ahí que el planteamiento de la recurrente —sobre que el incumplimiento por el fiduciario de su promesa obligacional no derivará en la pérdida de la titularidad atribuida por un negocio transmisivo seguido de *traditio*, como sucedería en un pacto de retro, sino que éste sólo responderá del incumplimiento de la obligación según lo establecido en los artículos 1096 y 1101 CC—, no sirve como apoyo de la indemnización sustitutiva, pues, de una parte, el artículo 1096 compatibiliza la ejecución forzosa con la compensación de daños y perjuicios a elección del acreedor y, de otra, la recurrida, en uso de la opción expresada, ejercitó en el pleito una acción reivindicatoria con la asistencia de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su éxito, a saber: la titularidad de la propiedad, la reclamación contra quien tenía la cosa en su poder, la inexistencia de derecho en la otra parte contra el dueño para retener el bien, y la debida identificación de la cosa, y lo hizo con el objetivo de recuperar el dominio, en realidad nunca perdido, en virtud de la *fiducia cum amico* incrustrada en la relación jurídica con simulación relativa de persona interpuesta, donde, al quebrar la relación de confianza por la conducta del fiduciario, tenía aptitud legal para el ejercicio de dicha acción.

Buena fe. Inexistencia.—Si bien es indudable la protección atribuida al tercero en el artículo 34 LH y verdadera igualmente la presunción proclamada en el artículo 38.1 del mismo Cuerpo Legal, el concurso de buena fe siempre funciona como presupuesto inexcusable en estos casos, y la sentencia de primera instancia, posteriormente ratificada por la de apelación, ha aclarado que el mentado requisito consiste, por el lado positivo, en la creencia de que el constituyente del derecho real era dueño del inmueble gravado y tenía la facultad de disposición del mismo, y por el negativo, en la ignorancia de la existencia de inexactitudes o vicios afectantes a la titularidad del propietario, por lo que, al conocer el recurrente tanto su intervención de testaferra en la escritura pública después inscrita en el Registro de la Propiedad, como la relación negocial habida entre la parte actora y quien vendió la finca objeto de litigio, no se da en los recurrentes dicha circunstancia. (**STS de 2 de diciembre de 1996**; no ha lugar.)

HECHOS.—La Compañía Mercantil *Germán Marcos S. A.*, y la Intervención Judicial designada en el expediente de suspensión de pagos de dicha entidad, demandaron por los trámites del juicio declarativo ordinario de menor cuantía a don M. G. A. y a doña F. M. R. y, entre otras peticiones, solicitaron la declaración en sentencia de que, en virtud del negocio fiduciario existente, la finca que fue adquirida por los demandados mediante escritura notarial, de 22 de diciembre de 1977, pertenece en realidad a la demandante, por lo que aquéllos otorgarán documento público de cesión de los derechos surgidos de tal situación en favor de ésta sin contraprestación económica alguna, realizarán los actos necesarios para la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad a nombre de la actora, y restituirán las rentas percibidas por el arrendamiento de dicho bien.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda con imposición de costas a la parte demandada y la Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*O. M. B.*)

15. Cláusula de sumisión expresa a los tribunales de una determinada localidad. Carácter abusivo. Nulidad.—Debido a la legislación comunitaria, en concreto, la directiva núm. 93/13, de 5 de abril de 1993, existe una nueva doctrina jurisprudencial (SSTS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio y 14 de septiembre y 8 de noviembre de 1996) en virtud de la cual se consideran abusivas las cláusulas que, de forma unilateral y sin posibilidad de modificación por parte de los consumidores, se incluyen en un contrato de adhesión causando un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Es por ello por lo que el TS considera abusiva una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Madrid, pues provoca un desequilibrio para los consumidores que, teniendo su domicilio en diversos lugares de la geografía española, se ven obligados a litigar en Madrid, mientras que para la parte que ha impuesto dicha cláusula, al tener negocios en diversos lugares, supone una ventaja poder centralizar todos los asuntos judiciales en los Tribunales de Madrid.

Derecho comunitario. Primacía sobre el Derecho interno.—El TS declara que el Derecho comunitario prevalece sobre el Derecho interno. Por tanto, los jueces no aplicarán las normas de Derecho interno que, incluso siendo posteriores en el tiempo, sean contrarias al Derecho comunitario. (**STS de 30 de noviembre de 1996.**)

HECHOS.—La comunidad de propietarios del edificio sito en la calle Maestro Puig Valera núm. 12, de la localidad de Santomera (Murcia) suscribe un contrato de mantenimiento del ascensor del edificio con la entidad *Zardoya Otis, S. A.* Dicho contrato contiene una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Madrid. La entidad *Zardoya Otis, S. A.*, interpone demanda, en los Juzgados de Madrid, contra la comunidad de propietarios, reclamando el pago de determinada cantidad de dinero. La demandada presenta en los Juzgados de Murcia un escrito proponiendo cuestión de competencia por inhibitoria, al entender ineficaz la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato. El Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid, desestimó el requerimiento por inhibitoria realizado por el Juzgado de

Primera Instancia núm. 7 de Murcia. Ello dio lugar a una cuestión de competencia, conociendo de la misma la Sala Primera del TS.

El TS declaró abusiva la cláusula de sumisión expresa, proclamando la competencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Murcia para conocer del litigio planteado.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación añade una DA 1.^a a la LGDCU. El núm. 27 de la mencionada DA declara abusivas las cláusulas que contengan «la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble...». (M. J. P. G.)

16. Cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato de mantenimiento de ascensores. Carácter abusivo.—El contrato de mantenimiento de ascensor es un contrato de adhesión. Conforme a una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial (SSTS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio, 14 y 23 de septiembre de 1996) que ha supuesto un importante cambio en nuestro país, a partir de la Directiva de la CEE, núm. 93/13, de fecha 5 de abril de 1993, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores, nos encontramos ante una cláusula 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 dificultad que supone en su representación procesal, proposición y práctica de pruebas, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad ahora demandante que centraliza sus reclamaciones judiciales en Madrid, donde con un evidente ahorro económico tiene garantizada su asesoría jurídica. A mayor abundamiento, se ha de afirmar que se llega a este mismo criterio interpretativo por aplicación de la doctrina del abuso de derecho y los criterios de la LGDCU.

Falta de transposición o adaptación de la Directiva de la CEE, núm. 93/13, de 5 de abril.—«Esta disposición tiene carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales de cada Estado deben actuar como Jueces Comunitarios». Aunque la falta de transposición al derecho interno de la citada Directiva, impide que pueda ser invocada o aducida entre particulares, «obliga, sin embargo, al Estado y a los órganos estatales, entre los cuales se encuentran los jurisdiccionales, a aplicarla directamente, cuando de relaciones o conflictos entre tales órganos estatales se trate, como es una cuestión de competencia territorial (cita la S. del Tribunal de justicia de Luxemburgo, de 14 de julio de 1994, dictada en el asunto C-91/92 (*Paola Faccini Dori* contra *Recreb Srl*)). (STS de 4 de diciembre de 1996.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Zardoya-Otis* presenta demanda en Madrid contra la Comunidad de propietarios de un edificio de Denia (Alicante) solicitando el cumplimiento de un contrato de mantenimiento del ascensor del edificio. En el contrato existía una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Madrid. La comunidad de propietarios planteó la cuestión de competencia por inhibitoria, niegan la eficacia vinculante de dicha cláusula de sumisión y estiman compe-

tentes los tribunales de Denia por ser el lugar donde tiene su domicilio la demandada y donde se ha prestado el servicio contratado. El TS decide la cuestión de competencia territorial en favor del Juzgado núm. 3 de Denia.

NOTA.—El artículo 3.º de la Directiva en cuestión declara que serán consideradas cláusulas abusivas aquellas cláusulas contractuales que no hayan sido negociadas individualmente, si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente, cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular, en contratos de adhesión. La directiva hace una lista indicativa de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas entre las que se cita aquellas que suprimen u obstaculizan el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular, obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas. (L. S. M. P.)

17. Documentos privados. Eficacia frente a terceros. Alcance del artículo 1227 CC.—Existen diferentes interpretaciones jurisprudenciales sobre el artículo 1227 CC. Una característica común a todas las interpretaciones que el TS realiza del mencionado precepto es que señalan, con diferentes matizaciones, que la fecha de un documento privado debe considerarse auténtica aunque dicha autenticidad derive de medios probatorios distintos a los señalados en el artículo 1227 CC. En la presente sentencia, se acoge la tesis de la inescindibilidad del documento y su fecha. El TS, en virtud de la mencionada tesis, afirma que el artículo 1227 CC establece un sistema de prueba tasada con relación a la fecha de los documentos privados. Sin embargo, mantiene que cuando el hecho contenido en el documento esté indefectiblemente unido a la fecha del documento, es decir, que del contenido del documento se derive su fecha, la libertad probatoria no sólo será predicable respecto de la veracidad del contenido del documento, sino también respecto de la fecha del mismo. (STS de 31 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Mass, S. A.*, en suspensión de pagos, vendió determinadas instalaciones y maquinaria a *Tablesur, S. A.*, acordándose que el pago del precio se realizaría en distintos plazos. Por medio de una carta fechada, el 27 de octubre de 1986, la vendedora, *Mass, S. A.*, solicitó a la parte compradora, tal y como se había pactado en el contrato, la entrega de letras de cambio, debidamente aceptadas, para el pago del precio. El 31 de octubre de 1986 la compradora, *Tablesur, S. A.*, contestó por medio de otra carta, en la cual se señalaba que remitía efectos cambiarios y pagarés con la finalidad de satisfacer los pagos pendientes. Con posterioridad, se notificó a *Mass, S. A.*, y *Tablesur, S. A.*, la providencia de embargo, de 22 de diciembre de 1986, de la Recaudación de Tributos del Estado de Sevilla dictada en el procedimiento de apremio seguido contra *Mass, S. A.*, para el cobro de una deuda con la Hacienda Pública. En dicha providencia se

ordenaba la retención de la deuda en poder del comprador para proteger derechos que podían resultar perjudicados por el pago.

Como consecuencia de todo lo anterior, la Hacienda Pública formuló demanda contra *Mass, S. A.* y *Tablesur, S. A.*, suplicando, entre otras cosas, que se declarase la nulidad del pago adelantado hecho por *Tablesur, S. A.*, a *Mass, S. A.*, o, en su defecto, que se condenase a las demandadas al pago, en forma solidaria, de una indemnización de 230.000.000 de pesetas, más los intereses legales correspondientes.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó y confirmó la sentencia dictada en primera instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

18. Ejercicio del derecho de opción.—Esta Sala tiene reiteradamente reconocido el carácter unilateral del acto de ejercicio del derecho de opción, que no requiere la aceptación de la parte de quien lo concedió, pero sí el cumplimiento de los requisitos legales y pactados, encontrándose entre los primeros la puesta en conocimiento del optatario de la aceptación del optante dentro del plazo concedido para el ejercicio del indicado derecho.

Opción de compra. Concepto y efectos.—Dice la S 4 de febrero de 1994 que la opción de compra, muy frecuentemente tratada por la jurisprudencia de esta Sala, en doctrina uniforme, consiste en conceder al optante... la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta, que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quién no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción oportunamente, se extingue y queda consumada y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, sin que el optatario o concedente pueda hacer nada, en casos como el debatido, para frustrar su efectividad, pues basta para la perfección de la compraventa con el optante, como en el caso discutido se ha probado, que le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción (SS entre otras, de 13 de noviembre, y 1 y 22 de diciembre de 1992). Dentro de los efectos de la opción, que se perfecciona una vez debidamente ejercitada, el contrato de compraventa queda sometido a su propia regulación (arts. 1445 y ss CC), en la que figura el artículo 1450, que mantiene desde luego la perfección del contrato aunque ni la cosa ni el precio se hayan entregado, como así lo corrobora en caso de opción la doctrina de esta Sala (S entre otras, de 3 de febrero de 1992), al poner de relieve que si bien el contrato de opción puede funcionar como preliminar de la compraventa, una vez consumado por su ejercicio en tiempo y forma (y no otra es la hipótesis ahora contemplada), la enajenación ha de cumplirse en la forma pactada, que no es la que ahora pretenden los recurrentes a través de razonamientos carentes de base fáctica y jurídica, a más de contradictorios en notable medida.

Plazo para ejercitar el derecho de opción de compra. Caducidad.—Por su parte, la S de 30 de junio de 1994 proclama que tratándose, como se trata, de un plazo concedido para ejercitar el derecho de opción de compra, es doctrina de esta Sala reiterada, entre otras muchas, en SS 26 de agosto de 1988 y 9 de octubre de 1989, que el plazo concedido al optante es de caducidad, por lo que, pasado el mismo, se produce, no un incumplimiento contractual, sino la caducidad del derecho de opción, resultando extemporáneo su ejercicio.

Opción de compra. Diferencias con el *pactum de contrahendo*.—Y finalmente la más reciente, de 7 de marzo de 1996, recogiendo la doctrina anterior, declara que la opción de compra supone una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del *pactum de contrahendo*, pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después con el nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble consentimiento, que en el optante es simplemente retardado o pospuesto al término previsto (SS 9 de febrero de 1985 y 17 de noviembre de 1986), dependiendo de la consumación del contrato de modo exclusivo de la decisión del optante, que realizada dentro del plazo establecido constriñe al titular del derecho al cumplimiento, bastando que se opere esa manifestación de voluntad, y que le sea notificada al optatario para que, sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada.

Características del contrato de opción de compra.—Como dice la S 14 de mayo de 1991, es característica del contrato de opción de compra la de obligar al promitente 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 utiliza la opción.

También en las SS 13 de octubre y 22 de diciembre de 1992 se recoge que las premisas de opción, que integran una consolidada y uniforme doctrina jurisprudencial (SS de ésta de 23 de marzo de 1945, 10 de julio de 1946, 22 de junio y 17 de noviembre de 1966, 7 de noviembre de 1967, 21 de octubre de 1974, 26 de mayo de 1976, 12 de julio de 1979, 15 de febrero de 1980, 10 de diciembre de 1982, 9 de octubre de 1987 y 8 de marzo de 1991); son las siguientes: 1) la opción de compra es una figura *sui generis*, con sustantividad propia, mediante la cual el optante logra, de modo exclusivo, la facultad de prestar su consentimiento en el plazo señalado a la oferta de venta que, por el primordial efecto de la opción, es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla en el plazo aludido, y 2) una vez ejercitada la opción por el optante, dentro del plazo señalado y comunicada al concedente, se extingue o queda consumada la opción y nace y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, al producirse con relación a éste el concurso del consentimiento exigido por la ley, sin que optatario o concedente de la opción pueda hacer nada para frustrar su efectividad.

La S 1 de diciembre de 1992 recoge que, como tiene resumido esta Sala, «en el contrato de opción de compra, la compraventa futura está plenamente configurada, y depende del optante únicamente que se perfeccione o no».

Requisitos que ha de cumplir el optante.—Entre los requisitos que debe cumplir el optante figura el de notificar el ejercicio del derecho de opción al vendedor optatario dentro del plazo. (STS de 14 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan José C. G. demandó en juicio ordinario de menor cuantía sobre otorgamiento de escritura pública de compraventa de local de negocio, a don Jaime y a don José María V. R., así como a sus respectivas esposas, con los que había celebrado un contrato de arrendamiento con derecho de opción de compra. Los demandados formularon reconvencción, en la que solicitaban la resolución del contrato de arrendamiento. Tanto el Juzgado de Primera Instancia,

como, posteriormente, la Audiencia Provincial, desestimaron la demanda, estimando en parte la reconvencción. El demandante interpuso recurso de casación por infracción de ley y el TS declaró no haber lugar. (M. D. C. H.)

19. Efectos retroactivos de la condición suspensiva.—Respecto del artículo 1120 CC, la doctrina mayoritaria ha ido abandonando la idea del efecto retroactivo de la condición de forma absoluta, y llega a la conclusión de que la relación obligatoria sometida a condición suspensiva produce ciertos efectos desde su constitución, aún cuando no los propios del tipo o género de negocio previsto en dependencia del acontecimiento señalado como condición. Es cierto que una vez cumplida la condición suspensiva, determinados efectos de la obligación condicional se retrotraen al día de constitución de la misma, entre ellos se encuentran, según el TS: los relativos a los requisitos de capacidad, validez y eficacia del contrato; la convalidación de los actos realizados durante la situación de pendencia por el titular que resulte definitivo; la invalidez de los actos realizados en el mismo período por el titular interino extralimitándose en su poder; el derecho a indemnización por los daños ocasionados a la cosa por un tercero durante la pendencia; el ejercicio de las acciones subrogatoria y revocatoria o pauliana.

Efectos del cumplimiento de la condición respecto de los frutos e intereses producidos por la cosa.—En principio, y salvo disposición negocial en contrario, no hay retroacción respecto de los frutos e intereses percibidos por el deudor de la cosa debida durante el tiempo de pendencia de la condición, tal y como establece el artículo 1120 CC.

Enriquecimiento injusto.—Para estimar la existencia de enriquecimiento injusto, es necesario que se dé un empobrecimiento del actor, representado por un daño positivo o un lucro frustrado; un correlativo aumento del patrimonio del demandado y una falta de causa que lo justifique e inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación de este principio.

Actos propios.—Los actos propios, conforme a reiterada doctrina del TS (SSTS de 18 de enero de 1990, 5 de marzo de 1991, 4 de junio de 1992, 12 de abril de 1993, 30 de mayo de 1995, entre otras) se caracterizan por una expresa y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho.

Incongruencia de la sentencia.—Existe una jurisprudencia reiterada y uniforme (SSTS de 4 y 31 de marzo y 4 de noviembre de 1981, 8 de marzo y 24 de mayo de 1982, 27 de junio, 12 de julio y 29 de septiembre de 1983, 17 de octubre y 21 de diciembre de 1984, 20 de mayo y 20 de diciembre de 1985, 20 de mayo y 30 de junio de 1988, 12 de mayo de 1989, 28 de febrero de 1991, 19 de noviembre de 1994, 10 de junio de 1995 y 3 de febrero de 1996, entre otras muchas) conforme a la cual, la sentencia desestimatoria de la demanda (absolutoria del demandando) resuelve por sí misma, de forma congruente, todos los pedimentos de la parte demandante, salvo que la desestimación de la demanda se haya determinado por la estimación de alguna excepción no alegada, ni apreciable de oficio, o se haya basado en una alteración de la *causa petendi*. (STS de 23 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—En Junta General Extraordinaria, celebrada el 16 de diciembre de 1989, *Urbis, S. A.*, adopta el acuerdo de aprobar su fusión con otras dos entidades, mediante la absorción por ella de las otras dos.

La validez y eficacia de dicho acuerdo se somete a una condición suspensiva consistente en que se obtengan para la fusión, en grado satisfactorio, los beneficios fiscales previstos por la legislación para este tipo de operaciones. Además se otorgan plenas facultades al Consejo de Administración para que determine si se ha cumplido la condición suspensiva a la que se sometía el acuerdo de fusión. Uno de los accionistas se mostró contrario al acuerdo con el fin de ejercitar, tal y como hizo, el derecho de separación que le concede la legislación aplicable. El Consejo de Administración de *Urbis, S. A.*, al amparo de la normativa aplicable, acordó fraccionar el pago del reembolso de las acciones, en tres pagos parciales. El primero de ellos, en el plazo de un mes desde que se cumplan todas las condiciones suspensivas a las que se sometía el acuerdo de fusión, el segundo de ellos, en el plazo de un año a contar desde aquella fecha y el tercero, en el plazo de dos años, desde la fecha del primer pago. El 17 de octubre el Consejo de Administración estimó que se había cumplido la condición suspensiva con las bonificaciones fiscales que se habían obtenido y, el 12 de noviembre de 1990, *Urbis, S. A.*, pagó al accionista el primer plazo del reembolso. La demanda presentada por el accionista, se dirige a que se declare que los efectos de la fusión deben retrotraerse al 16 de diciembre de 1989, conforme al artículo 1120 CC (momento en el que se acordó la fusión) y que, a partir de esa fecha la demandada debe pagar los intereses de demora.

La demanda fue desestimada en Primera Instancia y en Apelación. El demandante presenta recurso de casación en el que fundamentalmente solicita que se declare que la fusión tiene efectos desde el momento en que se acordó, y que, por tanto, el primer plazo de pago debió tener lugar en diciembre de 1989, y esa fecha es la que se debe de tener en cuenta a la hora de determinar los intereses de demora, por aplicación del artículo 1120 CC, además solicita el pago de dividendos producido por las acciones durante el período de pendencia, pretensión que es rechazada por tratarse de una cuestión nueva que no ha sido planteada ni debatida en el proceso. El TS deniega el recurso.

NOTA.—Si bien la LSA de 17 de julio de 1951 contempla, en su artículo 144, este derecho de separación de los socios disidentes, y la Ley 83/1968, de 5 de diciembre, permite a la Junta General acordar el fraccionamiento del reembolso de las acciones de los socios que se separen, en tres anualidades como máximo (en cuyo caso se habrá de abonar el interés legal a las cantidades pendientes de pago), la actual LSA de 1989 ha suprimido la posibilidad de separación de los socios disidentes o no asistentes a la Junta. (*L. S. M. P.*)

20. El interés convencional y la cláusula de estabilización en el préstamo.—A juicio de nuestro TS: «*El interés convencional (excluido el legal, al que aquí no necesitamos referirnos) de todo préstamo oneroso tiene la función fundamental de ser la retribución o precio que el mutuuario ha de pagar por la utilización y disfrute de un capital en dinero que le presta el mutuante, pero puede también (cuando su tasa es más elevada) utilizarse como medio de compensar la depreciación monetaria.*».

Cuando el interés pactado en un concreto préstamo –sigue argumentando la Sala–, por la baja tasa estipulada para el mismo, no cumple más que la primera función anteriormente indicada (esto es, retribución o precio por la utilización y disfrute de un dinero ajeno), dicho interés es plenamente compatible con la cláusula de estabilización que hayan podido acordar las partes en el pago de deudas dinerarias (una de las cuales es la denominada cláusula de «escala móvil» o «cláusula índice», en la que, como módulo regulador de la depreciación o revalorización monetaria producida, se atiende a los índices generales del costo de la vida establecidos por el INE). Y ello por cuanto, en este caso, tanto el interés como la cláusula de estabilización desempeñan funciones distintas.

Pero «cuando, por la más elevada tasa estipulada para el interés convencional, ha de entenderse que éste, además de la primera, cumple también la segunda de las expresadas finalidades (compensación de la devaluación monetaria producida por la inflación), no puede admitirse su compatibilidad con una cláusula de estabilización que cubra la totalidad de la depreciación monetaria producida (en el período de duración del préstamo), pues entonces se daría una injustificada duplicidad compensatoria, que haría (o podría hacer) surgir la figura del interés usurario encubierto bajo otra forma contractual (art. 9 de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908), siendo ésta la razón (o una de las razones) por la que el artículo 219 RH (que, para el préstamo de esa naturaleza, admite la compatibilidad del interés convencional con la cláusula de estabilización) señala un límite máximo a la operatividad revalorizadora de ésta, que no puede, en ningún caso exceder (aparte de intereses y costas) del cincuenta por ciento (50 por 100) del principal (además del reintegro de éste, como es obvio), si el plazo del préstamo fuera superior a diez años, ni del veinticinco por ciento (25 por 100) en los demás casos, siempre que el plazo del préstamo exceda de tres años».

En el caso de autos, los intereses pactados para el caso de incumplimiento (del 15 por 100 anual) tienen la finalidad de compensar la devaluación monetaria sufrida por la inflación durante el período de duración del préstamo, por lo que la *cláusula de estabilización pactada* también con esta misma finalidad ha de tenerse por «nula e ineficaz, dada la ilícita e injustificada duplicidad que supone con la finalidad compensatoria de la devaluación también desempeñada por dichos intereses». Por otro lado, no se puede considerar usurario el préstamo litigioso, ya que los intereses por sí solos considerados, no pueden ser conceptuados como usurarios al no ser notablemente superiores al normal del dinero, ni manifiestamente desproporcionados con las circunstancias del caso (art. 1 de la Ley de Usura, de 23 de julio de 1908).

Congruencia de la sentencia.—Se da incongruencia omisiva, según afirma la Sala, al no dedicar la sentencia recurrida el más mínimo o elemental razonamiento acerca de una de las peticiones fundamentales de la demanda que se desestima (la concerniente a que se declare que el préstamo garantizado con la hipoteca está íntegramente liquidado y, en consecuencia, se condene al demandado a otorgarles la oportuna escritura de carta de pago y de cancelación de dicha hipoteca), cuya petición simplemente parece desestimar por la genérica desestimación que, en su «fallo», dice hacer de la demanda. Se infringe así, no sólo los artículos 359 y 372.3.º LEC y el 248. 3 LOPJ, que imponen al órgano jurisdiccional la ineludible obligación de resolver motivadamente todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate, sino lo que es más importante, tiene incluso una dimensión constitucional, al vulnerar tanto el artícu-

lo 120.3 CE, que ordena que las sentencias sean siempre motivadas, como el artículo 24 de la misma Constitución que impone a los Jueces y Tribunales la obligación de dictar una Resolución fundada en Derecho. (STS de 15 de febrero de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Mediante escritura pública, de fecha 9 de abril de 1976, don Benjamín R. N. hizo a los esposos don José C. O. y doña Eudisia S. P. un préstamo de 8.000.000 de pesetas, que los prestatarios se obligaron a devolver en el plazo de un año a un interés del 4 por 100 anual, satisfecho por anualidad anticipada. En garantía del mismo, los prestatarios constituyeron, en la misma escritura antes referida y a favor del acreedor, una hipoteca sobre una finca urbana propiedad de aquéllos. La verdadera problemática del caso se centra, no obstante, en la cláusula quinta de la escritura, donde las partes estipularon dos condiciones especiales. En la primera de ellas, se pactó expresamente una cláusula estabilizadora aplicable al capital prestado para el momento de su reintegro al acreedor, previo al otorgamiento de la correspondiente escritura de cancelación, consistente en la revisión del valor adquisitivo del dinero con arreglo al índice o índices que se hubieran señalado por el INE como porcentaje del coste o carestía de la vida. En la segunda estipulación, se acordó que, desde el momento en que los deudores incumplieran alguna de las condiciones pactadas en la escritura, los intereses fijados pasarían a devengarse a razón del 15 por 100 anual, también por anualidad anticipada.

La escritura de constitución de la hipoteca fue inscrita en el correspondiente Registro de la Propiedad, menos las dos condiciones especiales de la cláusula quinta, cuya inscripción fue denegada por el Registrador al no reunir los requisitos exigidos por el núm. 3.º del artículo 219 RH.

Durante el período correspondiente a la primera anualidad del préstamo (1976 a 1977), los cónyuges prestatarios pagaron el interés del 4 por 100 de la cantidad prestada, que les había cobrado anticipadamente el acreedor. Al no haber cancelado el capital al vencimiento del plazo pactado (un año), los deudores pagaron al acreedor los intereses correspondientes a las dos anualidades siguientes (de 1977 a 1979), a razón del 10 por 100 por cada anualidad (al que, por mutuo acuerdo, dejaron reducido al pactado del 15 por 100).

Mediante acta notarial, de fecha 8 de abril de 1980, esto es, cuatro años después de la constitución del préstamo, el deudor hizo entrega al acreedor de dos cheques, uno de 8.000.000 de pesetas y otro de 1.200.000 pesetas (que equivalen al capital prestado y a los intereses de la última anualidad, a razón del 15 por 100 anual). Este último los recogió, sin avenirse a otorgar escritura de carta de pago y cancelación de la hipoteca por considerar pendiente de pago, por aplicación de la estipulación primera de la cláusula quinta de la referenciada escritura, la cantidad resultante de aplicar al capital prestado (8.000.000 de pesetas) el porcentaje de los Índices de Carestía de la Vida del período comprendido entre 1976/1980, esto es, el 100,9 por 100, de lo que resulta una cantidad de 8.072.000 pesetas.

Los esposos don José C. O. y doña Eudosa S. P., promovieron, en marzo de 1990, juicio de menor cuantía contra don Benjamín R. N., del que dimana el presente recurso, en el que postularon dos fundamentales peticiones: la nulidad del préstamo, por supuestamente usurario y, en íntima conexión con ello, de la cláusula de estabilización estipulada en el mismo; y la concerniente a que se declare que el préstamo garantizado con la hipoteca está íntegramente liquidado y, en consecuencia, se condene al demandado a otorgarles la oportuna escritura de carta de pago y de cancelación de la hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vigo dictó sentencia por la que estimó sustancialmente la demanda y desestimó la reconvencción formulada por el demandado, en la que se solicitaba la declaración de la licitud y validez de la cláusula estabilizadora. La Audiencia Provincial, resolviendo el correspondiente recurso de apelación, en sentencia de fecha 4 de diciembre de 1992, revocó la de Primera Instancia, absolviendo a la parte demandada. El TS da lugar al recurso de casación.

NOTA.—Uno de los problemas que se plantean en relación con el aspecto cuantitativo del interés usurario, esto es, cuándo se puede considerar que un interés es notablemente superior al normal del dinero (art. 1 de la Ley de Usura), es lo que ocurre en todos aquellos supuestos en los que junto al interés pactado, aparentemente normal, se estipula una cláusula de estabilización. Lógicamente, el coste efectivo final de la operación se puede ver incrementado en todos estos casos como consecuencia del efecto cumulativo de las cláusulas de estabilización y del pacto de intereses, hasta el punto de llegar a plantearse su posible carácter usurario.

El TS, en la presente sentencia, se da cuenta de la convergencia de funciones que se produce entre las cláusulas de estabilización y los intereses, por cuanto el concepto de productividad del dinero, que justifica al interés como remuneración por el uso de un capital ajeno, no está aislado, al fin y al cabo, del de inflación —motivo por el que se estipulan las cláusulas de estabilización—, porque garantizan que el acreedor no va a ver disminuido, al menos, el valor de su derecho de crédito con el tiempo. Es por ello, por lo que conviene una valoración conjunta del interés pactado y la cláusula de estabilización para determinar el carácter usurario de un préstamo.

Sin embargo, la forma correcta de hacerlo no es, como afirma el TS en la presente sentencia, afirmando que cuando la tasa de interés estipulada compensa la devaluación monetaria producida por la inflación no es compatible con una cláusula de estabilización que cubra la totalidad de la depreciación monetaria producida, ya que podría surgir la figura del interés usurario encubierto bajo otra forma contractual (art. 9 de la Ley de Usura), para, acto seguido, declarar «nula e ineficaz» la cláusula de estabilización por la injustificada duplicidad de finalidades que cumple junto al interés, sin mayor argumentación jurídica. El TS en este caso no ha hecho una valoración conjunta del tipo de interés y de la cláusula de estabilización a efectos de la Ley de Usura. Lo que sí que ha hecho la Sala es hacer uso implícitamente del

artículo 1154 CC reduciendo la cuantía que el deudor incumplidor debe abonar al acreedor a su justa medida, atendiendo —entre otros criterios— al daño causado que las partes habían previsto con anterioridad (el pago del 15 por 100 del interés anual). (V. M. L.)

21. Cláusula penal. Deuda ilíquida. No procede el pago de interés por mora en virtud de la regla *in iliquidis non fit mora*.—El TS afirma que una deuda es ilíquida cuando es necesario un procedimiento judicial para fijar su cuantía. Asimismo, declara, en aplicación de la regla *in iliquidis non fit mora*, que cuando la cantidad que se adeuda no es líquida, no procede el pago de intereses moratorios.

Cláusula penal. Moderación por los Tribunales de la cuantía de la pena.—Tiene declarado el TS (SSTS de 20 de octubre de 1988, 3 de octubre de 1989 y 10 de febrero de 1990) que el contenido del artículo 1154 CC es un mandato al Juez para que modifique la cuantía de la pena en los casos en los que exista cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal. (STS de 11 de diciembre de 1996; ha lugar, en parte.)

HECHOS.—Se celebra un contrato de arrendamiento de obra entre *Construcciones Marichal, S. L.*, y *Promociones Turísticas Tinerfeñas, S. A.* Como consecuencia de dicho contrato, *Construcciones Marichal, S. L.* interpone demanda contra la otra parte contratante, *Promociones Turísticas Tinerfeñas, S. A.*, reclamando el pago de determinada cantidad de dinero.

El Juzgado de Primera Instancia estimó, en parte, la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente. El TS declaró haber lugar, en parte, al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

22. Cláusulas penales. Carácter excepcional. Interpretación restrictiva.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 22 de noviembre de 1968, 10 de noviembre de 1983 y 14 de febrero de 1992) señala que las cláusulas penales deben interpretarse de forma restrictiva ya que son excepciones al régimen normal de las obligaciones y contratos. Niega el TS la posibilidad de que una de las partes contratantes, de forma unilateral, incremente la cuantía de la cláusula penal.

Cláusulas penales. Carácter imperativo. Modificación por los Tribunales de la cuantía de las cláusulas penales.—Las cláusulas penales de los contratos son imperativas. Sin embargo, reiterada jurisprudencia (SSTS de 21 de mayo de 1948, 3 de enero de 1964 y 19 de febrero de 1990, entre otras) reconoce, en virtud del artículo 1154 CC, que el Juez de oficio, y por razones de equidad, puede, siempre que exista cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal por parte del deudor, moderar la cuantía de la pena pactada por las partes. Mantiene el TS (SSTS de 20 de octubre de 1988, 16 de noviembre de 1992 y 25 de enero de 1995) que cuando el comprador paga sólo parte del precio de la compraventa, nos encontramos ante un cumplimiento parcial de la obligación asumida por el comprador, procediendo, en consecuencia, la moderación de la cuantía de la pena.

Resolución contrato de compraventa. Restitución solidaria por los vendedores del precio recibido.—La jurisprudencia del TS (SSTS de 26 de

julio y 11 de octubre de 1989, 29 de abril de 1991 y 26 de enero de 1994) realiza una interpretación de los artículos 1137 y 1138 CC en virtud de la cual se admite la solidaridad no establecida expresamente, siempre que se derive del contexto de la relación contractual y de las obligaciones contraídas. Afirma el TS que cuando los copropietarios de un bien asumen la obligación solidaria de vender dicho bien a un tercero, también responderán solidariamente de las posibles responsabilidades en que puedan incurrir en caso de incumplimiento. Por tanto, en los casos de resolución de una compraventa, los vendedores están obligados a restituir solidariamente al comprador las cantidades que éste haya abonado en concepto de pago del precio. (STS de 12 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—*Promotora El Escorial, S. A.* suscribió, el 21 de septiembre de 1989, en documento privado un contrato de compraventa con los copropietarios de dos edificios sitos en Madrid. Dicho contrato contenía una cláusula en virtud de la cual la compraventa se elevaría a escritura pública antes del 21 de noviembre de 1989. Asimismo, se acordó que si en tal fecha no se había otorgado escritura pública, la compraventa quedaba resuelta, fijándose para dicho supuesto una cláusula penal, cuya cuantía ascendía a la cantidad de 30.000.000 de pesetas. La mencionada cantidad fue entregada por la compradora como parte del precio de la compraventa. Días antes de que venciese el plazo para elevar a escritura pública la compraventa, la compradora abonó 15.000.000 de pesetas a cuenta del precio adeudado. Sin embargo, no pagó el resto del precio acordado, lo cual impidió el otorgamiento de la escritura pública. Ello dio lugar a la resolución de la compraventa, entendiéndose los vendedores que tenían derecho a quedarse con los 45.000.000 de pesetas abonados por la compradora.

La compradora, *Promociones El Escorial, S. A.*, formuló demanda contra los vendedores, suplicando la devolución de los 45.000.000 de pesetas abonados como parte del precio de la compraventa resuelta, más los intereses correspondientes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación de la demandante y desestimó los recursos de apelación planteados por los demandados. El TS declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por los demandados. (*M. J. P. G.*)

23. Tercería de dominio.—Ha declarado reiteradamente esta Sala que el juicio de tercería tiene por finalidad el levantamiento de la traba judicial de las fincas en litigio, a fin de sustraerlas del procedimiento de apremio, por no pertenecer al ejecutado; atendida esta finalidad, la declaración de dominio que se postula en la demanda resulta intrascendente ya que, como dice la S de 2 de noviembre de 1993, «dicha petición es ajena a la referida finalidad institucional del proceso que nos ocupa, en cuanto que la titularidad dominical sobre el bien objeto de *litis* es antecedente o presupuesto condicionante del éxito de la acción de tercería ejercitada, pero no declaración consecuencia que haya de obtenerse mediante el ejercicio de la misma». Si el demandante de tercería de dominio viene obligado a acreditar la existencia del dominio en que apoya su pretensión

de liberación de la traba del bien embargado, en modo alguno ha de instar a que tal dominio se declare en la parte dispositiva de la sentencia.

Datio pro soluto y Datio pro solvendo. Características diferenciadoras.—Ha de recordarse la reiterada doctrina de esta Sala sobre las características diferenciadoras entre la *datio pro soluto* y la *datio pro solvendo*, recogida entre otras, en SS de 14 de septiembre de 1987, 4 y 5 de diciembre de 1989, 29 de abril de 1991, ampliamente expuesta en la de 13 de febrero de 1989, al decir que «la *datio pro soluto*, significación de adjudicación del pago de deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor transmite sus bienes de propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido en la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito, que con tal cesión se extingue, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas, en tanto que la segunda, es decir, la *datio pro solvendo*, reveladora de la adjudicación para el pago de las deudas, que tiene específica regulación en el artículo 1175 CC, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación toda vez que ésta sólo libra de responsabilidad al tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos en adjudicación, como expresamente previene el artículo 1175 CC, no generando, en consecuencia, el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de deudas o *datio pro soluto*»; por su parte, la S de 7 de diciembre de 1983, en la misma línea que las citadas y con cita, a su vez, de la de 1 de marzo de 1969, dice «debiéndose añadir que la diferencia es terminante por lo que respecta a la traslación de título real, puesto que así como la cesión sólo atribuye la posesión de los bienes con un carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe, en cambio, en la dación se produce una verdadera transmisión sin restricción ni cortapisa alguna».

Convenio de suspensión de pagos. Naturaleza. Interpretación.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la interpretación de los contratos, y el convenio alcanzado entre el deudor y acreedores goza de esta naturaleza, corresponde al Juzgador de instancia y su resultado ha de ser respetado en casación en tanto el mismo no sea ilógico, inverosímil o contrario a las normas reguladoras de la interpretación contractual; asimismo, es doctrina jurisprudencial que la denominación empleada por los intervinientes en el contrato en modo alguno vincula al organismo jurisdiccional, facultado para prescindir del *nomen iuris* y atenerse a la conceptualización acomodada al contenido negocial (S de 24 de enero de 1986).

Convenio de suspensión de pagos. Poderes de la Comisión liquidadora.—Esta obligación, asumida por el suspenso de otorgar un poder general e irre-

vocable, así como otros que fueren necesarios, está poniendo de manifiesto que las partes eran conscientes de que por el convenio no se transmitía la propiedad de los bienes a los acreedores, ya que de ser así eran absolutamente innecesarios esos poderes; los acreedores, propietarios de los bienes desde el momento de la aprobación judicial del convenio, tendrán la plena disposición de los mismos sin que para la actuación de esas facultades dispositivas se requiriese la utilización de ninguna clase de poder del deudor que sólo es necesaria cuando lo transmitido es una posesión con finalidad liquidatoria de los bienes. (STS de 28 de junio de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—En expediente de apremio, seguido por la Administración Tributaria del Estado, resultó embargado un inmueble propiedad de don Juan José I. R., pero la Comisión Liquidadora de la Suspensión de Pagos de aquél, interpuso una demanda sobre terceraía de dominio y, subsidiariamente, de mejor derecho, en base al convenio suscrito entre el deudor en estado de suspensión de pagos y sus acreedores. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y estimó la acción de terceraía de dominio, ordenando el alzamiento del embargo practicado por la Administración del Estado sobre el inmueble. El Abogado del Estado interpuso recurso de casación y el TS declaró haber lugar. (*M. D. C. H.*)

24. Acción pauliana. Requisitos.—Reiterada jurisprudencia (SSTS de 7 de enero de 1958, 13 de enero de 1986, 25 de noviembre de 1992 y 2 de junio y 28 de noviembre de 1994) afirma que para que prospere la acción pauliana del artículo 1111 CC deben cumplirse los siguientes requisitos: a) existencia de un crédito, cuya titularidad ostente la persona que ejercita la acción; b) que como consecuencia de actos de disposición patrimonial del deudor en favor de terceros, realizados con la intención de perjudicar al acreedor, no existan bienes suficientes en el patrimonio del deudor para pagar la deuda. Señala el TS que no es necesario que se acredite, mediante un pleito previo, la insolvencia total del deudor, sino que para el triunfo de la acción pauliana es suficiente acreditar que, como consecuencia de una actuación fraudulenta del obligado, éste no tiene patrimonio suficiente para pagar la totalidad de la deuda, causando de esta forma un daño real al acreedor; c) en virtud del artículo 1295 CC, los bienes perseguidos no deben encontrarse en poder de terceros de buena fe.

Requisitos esenciales de los contratos. Apreciación por los Tribunales.—Señala el TS que la existencia o inexistencia de un contrato, el cumplimiento o no de los requisitos esenciales del mismo, establecidos en el artículo 1261 CC, así como la existencia de vicios del consentimiento, es una cuestión de hecho y por tanto su apreciación corresponde a los Tribunales de instancia.

Interpretación de los contratos. Reglas interpretativas del CC.—El TS afirma que los artículos 1281 a 1289 CC, ambos inclusive, constituyen un conjunto subordinado y complementario de normas. Asimismo, tiene declarado la jurisprudencia del TS (entre otras, SS TS de 20 de diciembre de 1988, 19 de enero de 1990 y 7 de julio de 1995) que el párrafo primero del artículo 1281 CC tiene carácter preferente respecto de las otras normas interpretativas, que tienen carácter subsidiario. Esto significa que si los términos de un contrato son claros

y no plantean duda sobre la intención de los contratantes habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas, no siendo de aplicación el resto de las normas interpretativas. (STS de 24 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de la enajenación de diversas fincas, por la sociedad agraria de transformación *Nuestra Señora de la O*, la acreedora de ésta, *Caja Rural Provincial de Valladolid*, interpuso demanda contra su deudor y los compradores de las fincas, suplicando, entre otras cosas, la rescisión de los contratos de compraventa por fraude de acreedores.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y estima la demanda. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

25. No se puede obligar al acreedor a recibir una prestación distinta a la pactada.—El artículo 1166 CC proclama el principio de que no se puede obligar al acreedor a recibir una prestación distinta a la pactada, aunque así lo pretenda el deudor. Sin embargo, como todo principio, tiene un límite, que sería el constituido por el llamado doctrinalmente «límite de tolerancia», a partir del cual se podría dar efectividad a una prestación cualitativa o cuantitativamente diferente, pero que se desenvuelve en unos parámetros mínimos.

Incumplimiento que genera la facultad resolutoria.—Existe constante jurisprudencia que declara que el incumplimiento obligacional constituye una *questio facti* marcada por el Tribunal de instancia (STS de 3 de junio de 1993). Y que existe tal incumplimiento cuando el margen de la prestación ofrecida con relación a la que se debiera ofrecer (*aliud pro alio*) rebasa los límites de la llamada «teoría de la prestación diferente», por lo que se puede afirmar que el deudor no ha cumplido lo que le incumbía y el acreedor puede optar por el ejercicio de la facultad resolutoria.

Acción resolutoria por incumplimiento contractual.—El ejercicio de la acción resolutoria surgida *post contractum* y con base en un incumplimiento obligacional, aparece recogida en el artículo 1124 CC. Existe constante jurisprudencia que exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) obligaciones de contenido sinalagmático; b) incumplimiento por parte del deudor de todas o algunas de las obligaciones; c) cumplimiento por parte del actor de lo que le incumbe; d) posición psicológica firme del deudor de incumplir con su cometido obligacional.

El artículo 27.1.a LGDCU, de 19 de julio de 1984.—El TS se ampara en la norma que establece dicho precepto al declarar que todo vendedor responderá del origen, identidad e idoneidad de los productos que suministre o venda, para afirmar que es necesario proclamar e insistir que en todas las relaciones contractuales que surjan en el ámbito socioeconómico deben estar impregnadas de una cultura de seriedad, cuando no de veracidad, sobre todo cuando hay un soporte legal como el que proporciona la LGDCU. (STS de 29 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de compraventa de una remesa de relojes creyendo que eran de una marca de gran prestigio internacional tal y como se había convenido. El comprador recibe, en su

lugar unos relojes que habían sido transformados para dar la apariencia de la referida marca y que, por ello, no tenían la cobertura de la garantía internacional de la marca. El comprador insta la resolución del contrato por incumplimiento que es estimada en ambas instancias. El vendedor presenta recurso de casación alegando infracción de los artículos 1124 y 1166 CC. El TS desestima el recurso y confirma la sentencia que declara la resolución del contrato por incumplimiento, condenando a los demandados a la devolución del precio entregado. (L. S. M. P.)

26. Novación extintiva. Requisitos.—Conforme al artículo 1205 CC, para que la novación extintiva sea válida, se exige que el acreedor preste su consentimiento de forma expresa o bien que de actos concluyentes e inequívocos se derive su consentimiento tácito. El conocimiento por el acreedor de la existencia de la novación o la interposición de demanda contra el deudor sustituto por parte del acreedor no implica el consentimiento de éste a la novación.

Requisitos de la novación. Apreciación por los Tribunales de instancia.—El TS, como regla general, señala que corresponde a los Tribunales de instancia determinar si se cumplen o no los requisitos de la novación.

Sociedad civil dedicada a actividad mercantil. Responsabilidad de los socios. Equiparación a una sociedad colectiva.—El TS afirma que las sociedades objetivamente civiles y subjetivamente mercantiles, es decir, aquellas sociedades que se constituyen conforme a una forma de sociedad civil pero que tienen actividad mercantil, deben considerarse, a efectos de la responsabilidad de los socios, como una sociedad colectiva. Ello implica, en virtud del artículo 127 CCO, que los socios de este tipo de sociedades responden de forma solidaria. (STS de 25 de noviembre de 1996; ha lugar, en parte.)

HECHOS.—Don A. A. M. y doña M. I. Q. A. concertaron la compraventa de una vivienda y una plaza de garaje con el promotor del edificio, don E. S. L. Las obras del edificio se paralizaron por problemas económicos y jurídicos del promotor. Éste cede todos sus derechos promotores a la sociedad civil *Edificio Múgica 2* que se constituyó para afrontar la promoción del edificio. De esta sociedad formaban parte la mercantil *Servicios Integrados de Urbanismo, S. A.*, así como los compradores de las viviendas. Don A. A. M., en su condición de comprador de una vivienda, tenía atribuida, sin su conocimiento, una cuota de participación en dicha sociedad.

Don A. A. M. y doña M. I. Q. A. interpusieron demanda contra el promotor, don E. S. L., su esposa y contra las sociedades antes citadas, suplicando la resolución de la compraventa y que se condenase a todos los demandados a pagar, de forma conjunta y solidaria, la cantidad de 9.125.000 pesetas, más los intereses legales.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados condenados y estimó de forma parcial el recurso de apelación de los actores. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación de uno de los demandados, pero estima el interpuesto por los

demandantes. Por todo ello, casa la sentencia recurrida y declara la responsabilidad solidaria de todos los demandados. (M. J. P. G.)

27. Asunción de deuda. Necesidad de *animus novandi*.—En la asunción de deuda, un nuevo deudor asume una deuda existente en lugar del hasta entonces deudor, pudiendo constituirse el contrato aplicando las normas de la novación por cambio de deudor (arts. 1203 núm. 2, 1204 y 1205 CC) ya sea en forma expromisoria (art. 1205 CC) o en la de delegación (art. 1206 CC), pero en ambas es necesario el *animus novandi* en el que habrá de contemplarse el consentimiento del primer deudor.

Cesión de crédito. Consentimiento del deudor cedido.—El consentimiento del cedido no es requisito que afecte a la existencia de la cesión sino que queda al margen del contrato, y sólo es necesario para que sea eficaz la cesión, obligándose con el nuevo acreedor, mientras que la simple puesta en su conocimiento sólo tiene la finalidad de impedir que se produzca la liberación contemplada por el artículo 1527 CC.

Recurso de casación. Requisitos formales.—La conjunción de normas heterogéneas del ordenamiento jurídico en un mismo motivo la tiene vedada la jurisprudencia, por cuanto proyecta confusión en el razonamiento sobre su pertinencia y fundamentación, que es obligación insoslayable del recurrente, máxime cuando unos preceptos son procesales y otros sustantivos, que han de ampararse en un diferente cauce impugnativo, debiendo denunciarse la incongruencia por el núm. 3 del artículo 1692 LEC, según doctrina jurisprudencial que es hoy unitaria y constante.

Incongruencia *extra petita*.—El Juez o Tribunal no puede alterar o modificar los términos del debate judicial, es decir, no puede decidir sobre una cosa distinta derivada de la modificación, alteración o sustitución del presupuesto de hecho, básico para la *causa petendi*, respecto de lo cual el Juez no tiene poder de disposición, debiendo ajustarse al objeto del proceso, lo que le impide pronunciarse sobre cuestión no alegada ni discutida, porque ello supone, en definitiva, en cuanto no se da a la parte la oportunidad de oponerse o discutir sobre el punto o puntos que se deciden *inaudita* parte en la sentencia.

Un Tribunal no puede resolver, a menos de incurrir en incongruencia, más cuestiones jurídicas, ni menos, que aquellas que le son formuladas oportunamente por las partes. Le está vedado alterar los términos del debate, resolviendo problemas que no le han sido planteados por los litigantes, ya que el principio *iura novit curia* no permite alterar los componentes fácticos ni jurídicos de la pretensión. (STS 13 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Aguas de Chiclana* contrata la realización de unas obras con la empresa *Prosein, S. A.*, que, a su vez, contrató las mismas con la mercantil *Asesa*. Esta última subcontrató ciertos trabajos de infraestructura y movimiento de tierras con el actor, don Antonio S. R. El 5 de junio de 1989, *Prosein, S. A.*, requirió notarialmente a *Asesa* para un ofrecimiento de pago en el que se incluían también las cantidades adeudadas por ésta al actor, ofrecimiento que fue, no obstante, rechazado. Mediante documento, de 4 de septiembre de 1989, reconoce *Asesa* adeudar a don Antonio S. R. la cantidad de 10.455.368 pesetas por los trabajos realizados, así como no poder

hacer efectiva dicha cantidad, por no haber cobrado de *Prosein, S. A.*, por lo que le autoriza para que reclame directamente de ésta dichas cantidades. Don Antonio S. R. demandó tanto a *Asesta*, en virtud del contrato de obra celebrado entre ambos, como a *Prosein, S. A.*, sobre la base de una pretendida asunción de la deuda anterior. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial. El TS desestima el recurso de casación y revoca parcialmente la sentencia dictada por la Audiencia, en el sentido de absolver de la demanda a *Prosein, S. A. (J. L. R.)*

28. Compraventa de vivienda. Acción de incumplimiento contractual.—Los artículos 1490 y 1484 CC resultan inaplicables cuando la demanda no se dirige a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos de la cosa vendida, sino las derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual, cuestión distinta y compatible con la contemplada en aquellas normas legales y sometida a distinto plazo de prescripción.

Principio de relatividad de los efectos del contrato. La extensión a los sucesores a título particular de los derechos de los contratantes.—Los que adquirieron las viviendas de los anteriores propietarios se subrogan en todas las acciones que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, ya que, tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia, pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora. No es tercero civil, a quien alcance la doctrina de la eficacia relativa del contrato del artículo 1257 CC, el causante de uno de los contratantes a título singular por acto *inter vivos* y, por tanto, el comprador de una vivienda, que la adquiere de quien fue comprador de ella al promotor, está activamente legitimado para recamar de éste lo debido según el primer contrato de compraventa. Es reiterada la jurisprudencia que, por tanto, se manifiesta en el sentido de que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular, que penetran en la situación jurídica creada mediante el negocio celebrado con el primitivo contratante. Por virtud de la regla *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido. El comprador o adquirente recibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, resultando, por tanto, evidente, que está revestido de la acción que le concede el artículo 1101 CC.

Excepción de litisconsorcio pasivo necesario.—La acción ejercitada por los actores se contrae a solicitar el cumplimiento por la demandada del contrato suscrito con ellos, o en su caso, que se les indemnice por su incumplimiento. Por tal razón, no es posible la estimación de la excepción, por ser parte en el proceso todos aquellos intervinientes en el contrato cuyo cumplimiento se solicita, y que son los únicos obligados por el mismo, sin que pueda requerirse a la parte actora que amplíe su acción a la Comunidad de Propietarios de la que forma parte, ni a la Consejería de Obras Públicas, pues éstas nada tienen que defender, y, consecuentemente, no hay razón para llamarlos obligatoriamente al proceso, en el que no puede recaer pronunciamiento condenatorio que les afecte de modo directo.

Incongruencia de la sentencia.—El principio de congruencia exige no alterar las sustanciales pretensiones de las partes, de manera que no se requiere una literal sumisión del fallo a las peticiones de los litigantes y sí, únicamente, que el mismo guarde el debido acatamiento al componente jurídico de la acción como a las bases fácticas aportadas por los contendientes, pues lo importante es que las declaraciones del fallo tengan la virtud y eficacia suficientes para dejar resueltos todos los puntos que fueron objeto de debate. (STS de 30 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La promotora *Ibérica Osuna, S. A.*, vende una serie de pisos en régimen de propiedad horizontal. En la descripción de las calidades de las viviendas, en la propaganda emitida por la citada entidad, constaba expresamente la calefacción central. Ante la falta de instalación de la mencionada calefacción central, algunos de los propietarios, que a su vez habían adquirido de los originarios compradores, demandan a la empresa promotora por incumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato de venta en el que ellas no habían intervenido. El Juzgado de Primera Instancia, admitiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto y condenó a la entidad mercantil *Ibérica Osuna, S. A.*, a indemnizar a los recurrentes. El TS desestima el recurso de casación.

NOTA.— Es doctrina ya reiterada de nuestro TS que el subadquirente de una vivienda está legitimado para ejercitar frente al promotor las acciones derivadas del artículo 1591 CC en caso de que aparezcan vicios en la construcción. La misma solución se extiende ahora en relación con el ejercicio de otras acciones nacidas del contrato de compraventa entre promotor y comprador, cuando éste transmitió, a su vez, la propiedad a un tercero. Éste es el caso de la S de 30 de abril de 1997, en la que el TS reconoce a los subadquirentes de una serie de pisos la legitimación para ejercitar la acción por incumplimiento de una de las condiciones del primitivo contrato de compraventa —en concreto, la relativa a la instalación de calefacción central en el edificio— celebrado entre promotor y los originarios adquirentes.

Las decisiones del TS no admiten ningún reproche si atendemos a los resultados prácticos perseguidos. Sin embargo, desde el punto de vista dogmático, se plantea la necesidad de justificar la solución propuesta, máxime si tenemos en cuenta que la misma parece oponerse al principio de relatividad contractual, en virtud del cual «las convenciones sólo producen efectos entre las partes contratantes y no perjudican ni benefician a terceros» (STS de 1 de abril 1977).

Podría pensarse que el subadquirente, en cuanto no es parte en la convención celebrada entre el promotor y el primer adquirente, es un tercero y no puede, en consecuencia, resultar vinculado por dicho contrato ni servirse de las acciones derivadas del mismo. Sin embargo, aunque partamos de la base de que tercero es todo aquel que no ha sido parte en el contrato, ni directamente ni por medio de representante, no puede desconocerse que dentro de ese concepto es posible encerrar distintas categorías de personas. Junto a los terceros en sentido estricto o *penitus extranei*, que son aquellos que no sólo no han intervenido

en la formación del contrato sino que son completamente extraños a los contratantes y por ello quedan marginados de la eficacia del contrato, encontramos a otros sujetos, que, sin haber sido parte en el contrato, pueden verse en cierto modo afectados por él, en la medida en que existe un vínculo que les une a alguno de los contratantes. Éste es el caso del heredero o del cesionario, que vienen a ocupar la posición de quien fue originariamente parte en el contrato. Nadie dirá que estamos en estos casos ante una quiebra del principio de relatividad. Más bien se trata de un ejemplo de transmisibilidad de las relaciones jurídicas de contenido patrimonial, exigencia del comercio jurídico. Y es que el principio de relatividad no es sino una pieza dentro del sistema y, por lo tanto, ha de integrarse en él. La misma explicación puede buscarse para la acción directa del subadquirente contra el promotor.

Afirma así nuestro TS que «no es tercero civil, a quien alcance la doctrina de la relatividad del contrato del artículo 1257 CC, el causante de uno de los contratantes a título singular por acto *inter vivos*», es decir, el causahabiente a título particular —en el presente caso, el subadquirente que reclama frente al promotor—. Pese a ello, su posición no puede confundirse (pese a la STS de 1 de abril de 1977) con la del sucesor a título universal, puesto que, a diferencia del heredero, que viene a ocupar la posición jurídica de su causante, el causahabiente a título particular podrá tan sólo aprovecharse de ciertas acciones derivadas de aquellos contratos celebrados en atención al bien transmitido.

No parece, sin embargo, que la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, tantas veces invocada por nuestra jurisprudencia, sirva para justificar la acción directa del subadquirente. Más bien estaríamos ante la derivación de un nuevo principio, surgido a la luz de la moderna imbricación entre distintas relaciones jurídicas y como una exigencia de la utilidad social del contrato. (J. L. R.)

29. Recurso de casación. Relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.—No hay que olvidar la ya consolidada doctrina constitucional, que establece que un excesivo prurito formalista, que no afecte al principio de defensa, no puede llevar a perjudicar una pretensión con posibilidades de éxito, pues como dice la STC 16 de julio de 1986, el derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser comprometido mediante la imposición de formalismos contrarios al espíritu del recurso de casación.

Venta de cosa ajena. Teoría de la validez del contrato.—La teoría de la validez de la venta de cosa ajena, a la que, en un principio, fue reacia la jurisprudencia de esta Sala, está hoy admitida plenamente, dada la naturaleza consensual del contrato generador de obligaciones, entre las cuales destaca y es esencial, la que tiene el vendedor de proporcionar una cosa al comprador a cambio de un precio, sin que ningún precepto exija que sea propietario de la cosa vendida, sino que ésta pueda ser entregada, bien por ser el vendedor ya dueño poseedor actual, bien por estar o quedar constreñido a la adquisición de la cosa para entregarla al comprador (como epítome la S de 5 de mayo de 1983).

Es más, una sentencia anterior, la de 5 de julio de 1958, afirmaba que el hecho de que la cosa no sea propiedad del vendedor no impide el nacimiento de la obligación que asume de entregarla.

De toda dicha doctrina jurisprudencial se infiere que el contrato de compraventa regulado en nuestro CC en los artículos 1445 y siguientes, es sólo generador de obligaciones y que la propiedad no se trasmite por el simple contrato (título), sino por éste unido a la tradición (modo), lo que abona la conclusión de la existencia y fundamento del contrato de venta de cosa ajena, teniendo como límite la validez de esta venta, el supuesto de engaño por parte del vendedor y la posibilidad de hacer entrar en juego la teoría del error en la substancia de la cosa, todo lo cual, tanto en el límite probable como en el improbable, haría surgir la posibilidad de pedir el *id quod interest*.

Por todo ello surgen paladinamente los requisitos necesarios para que entre en juego la figura de la venta de cosa ajena, válidamente admitida en nuestro derecho a través de la doctrina y jurisprudencia de esta Sala, sin que pueda admitir engaño en la actuación del vendedor, ni error en la postura del comprador. Todo lo cual lleva al éxito de la pretensión de la parte recurrente en casación, y al inicio de esta contienda judicial, parte demandada. (STS de 7 de marzo de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Don André R. D. formuló demanda en juicio de menor cuantía frente a don Manuel G. R. y don Hendrikus W. P., sobre declaración de nulidad de contrato de compraventa de bien inmueble. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia donde estimaba la falta de legitimación pasiva de don Manuel G. R. y, de otro lado, desestimaba íntegramente la demanda formulada contra don Hendrikus W. P. La parte actora recurrió la sentencia y la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que, de un lado, revocó la resolución impugnada y en su lugar declaró la nulidad del contrato de compraventa de bien inmueble, condenando a don Hendrikus W. P. a pagar al actor la suma de 2.500.000 pesetas en concepto de restitución de las cantidades entregadas con motivo de dicho contrato. Por otro lado, la Audiencia mantuvo el pronunciamiento relativo a la falta de legitimación pasiva de don Manuel G. R. La parte demandada, interpuso recurso de casación, y el TS declaró haber lugar, casando la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial y confirmando en su totalidad la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (M. D. C. H.)

30. Compraventa de inmuebles. Interpretación del término «señal».
Arras confirmatorias.—Esta Sala de casación civil, en doctrina jurisprudencial actualizada y suficientemente consolidada, viene señalando que el empleo de la palabra señal no cabe entender que exprese necesariamente la facultad de separarse de un contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo del precio; lo que resulta procedente, en relación al texto del artículo 1454 CC e interpretación jurisprudencial del mismo, para definir el alcance del pacto de arras. A tales efectos, la interpretación de dicho precepto sustantivo, llevada a cabo por esta Sala, en razón de su excepcionalidad y exigente interpretación restrictiva del clausulado contractual, viene a sentar que no se trata de norma de derecho necesario. Para que tenga aplicación y resulte vinculante a las partes se impone con rigor que la voluntad de las mismas resulte clara, precisa y esté rotundamente expresada en el contrato, es decir, debe hacerse constar la función penitencial de los anticipos entregados, pues, en otro caso, cualquier entrega dineraria llevada a cabo por el

comprador –respetando la reglamentación del contrato– ha de reputarse como integrante del precio y pago anticipado del mismo, que sirve para confirmar el negocio celebrado.

Cláusula *rebus sic stantibus*.—En los contratos de tracto único la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es de carácter aún más excepcional que en los de tracto sucesivo o de ejecución diferida. No puede afirmarse, por otra parte, que la elevación del precio de venta del local sea debida a «circunstancias radicalmente imprevisibles», dado que la paralización de las obras de construcción del edificio fue debida a infracciones urbanísticas del constructor vendedor al dar a la edificación un mayor volumen de edificabilidad que el permitido. (STS de 10 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don José V. R., constructor de un edificio, vende a don Alfonso F. A. y don Venancio Y. R. un local comercial cuya entrega queda aplazada hasta la finalización de las obras. En el documento privado en que se formaliza el contrato, y tras fijar el precio de venta en 30.500.00 pesetas, se estipula que «a cuenta y como señal de dicho precio los apoderados de los compradores entregan, en este acto, al vendedor 2.000.000 de pesetas, y lo restante se lo entregarán...». Ante la orden de paralización de las obras, ordenada por el Ayuntamiento de Orense, por haberse proyectado la construcción de un número mayor de plantas al permitido, don José V. R. pretende elevar el precio de venta del local, ante lo cual los compradores demandan ante el Juzgado competente que se declare la validez, eficacia y fuerza vinculante del contrato celebrado. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial confirma la anterior del Juez de Primera Instancia estimando íntegramente la demanda. El TS desestima el recurso de casación. (J. L. R.)

31. Arrendamientos rústicos. Acceso a la propiedad. Adquisición forzosa.—El artículo 98.1 LAR establece nítidamente, que para la valoración de las fincas en el caso de acceso a la propiedad, se realizará conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa. Y esas normas específicas están constituidas por los artículos 39 y 43 LEF que tienen dos características que destruyen la tesis impugnatoria de la parte recurrente que son: a) que dichas normas no están derogadas por la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del suelo, porque no son incompatibles sus valoraciones con las efectuadas por la LEF y sobre todo, porque esta Ley 8/1990, se refiere exclusivamente al suelo urbano o urbanizable, tanto en su aspecto expropiatorio como de valoración; por lo cual una finca rústica laborable y en producción, no puede verse afectada en su valoración por una legislación exclusivamente urbanística, y en consecuencia deben seguir vigentes, en su aspecto de valoración de bienes rústicos, los mencionados artículos de la LEF.

Retroactividad de las normas jurídicas. Estudio de la Ley 1/1992, de 10 febrero sobre Arrendamientos Rústicos Históricos.—El artículo 2.3 CC, establece como principio general la irretroactividad de las leyes, salvo que en ellas se disponga lo contrario, pero no dice qué ha de entenderse como efecto retroactivo. La jurisprudencia de esta Sala, aun estudiando el sistema gradual especifi-

cado, se ha inclinado por el sistema casuístico, dejando en todo caso un margen amplísimo para su interpretación (S 15 de junio de 1989), incluso para los temas de arrendamientos rústicos.

La Ley 1/1992, de 10 febrero, establece una regulación específica principalmente de prórroga concreta de los arrendamientos históricos, estableciendo un carácter normativo especial. Se puede afirmar que la retroactividad de dicha DD, en todo caso, se puede calibrar como de retroactividad de grado mínimo, lo que en el campo de los arrendamientos rústicos, permite sólo aplicar la nueva Ley a los efectos de la relación que nazca después de su entrada en vigor. (STS de 26 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don José V. G. y doña Josefa S. F. interpusieron demanda en juicio de cognición sobre adquisición forzosa de arrendamientos rústicos frente a doña María Rosario G. F. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, reconociendo el derecho de la parte actora para acceder a la propiedad de las fincas litigiosas, previo abono a la demandada de una cantidad de dinero, como precio justo; y desestima la demanda formulada en vía reconvenicional contra los actores. La sentencia se recurrió ante la Audiencia Provincial por ambas partes litigantes, quien desestima el recurso deducido por la demandada y estima parcialmente el interpuesto por los actores, revocando la sentencia de instancia en el solo extremo de imponer las costas de la reconvenición a la demandada reconveniente. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los actores. (*M. D. C. H.*)

32. Congruencia.—La sentencia recurrida al condenar al recurrente incurrir en incongruencia, desde el instante mismo que condena a un codemandado que ha quedado fuera de la relación procesal creada a partir de la interposición de la demanda por la entidad, ahora, recurrida... Por todo ello, es aplicable al presente caso la doctrina derivada de la jurisprudencia de esta Sala que determina que ningún codemandado puede instar la condena del otro codemandado absuelto, si el actor no ha apelado la sentencia (por todas, la emblemática S 17 de febrero de 1992).

Acción reparatoria derivada de la responsabilidad decenal.—La acción reparatoria derivada de la responsabilidad decenal o quincenal que proclama el artículo 1591 CC, aparecerá siempre unida de una manera inseparable a la obra afectada por los vicios o defectos cuya reparación se pretende, por lo que podrá ser siempre ejercitada por el dueño de dicha obra o edificación, aunque éste fuera distinto al antiguo propietario, del cual trae causa, y al que se le realizó contractualmente dicha obra. Sintéticamente, se puede decir, y de acuerdo con doctrina pacífica y constante de esta Sala, en relación a las acciones derivadas del artículo 1591 CC, que el adquirente de un determinado inmueble, recibe con su acto de dominio, todas las acciones que defiendan su propiedad, y además dicho artículo 1591 establece la responsabilidad del contratista y técnicos en caso de ruina durante el plazo de diez o de quince años, según el caso, sin distinguir si la finca, en cuestión, ha cambiado, o no, de propietario.

En el presente caso, la parte recurrida ha ejercitado la referida acción reparatoria, y, si bien es cierto que hubiera, asimismo, estado legitimado para ejerci-

tar la acción societaria establecida en la LSA, que permite exigir a un nuevo socio el saneamiento de lo, por él, aportado; el que haya preferido, esta parte recurrida, esgrimir la acción reparatoria basada en el, tantas veces mencionado, artículo 1591 CC, no significa, ni por asomo, que haya pretendido, ni mucho menos consumado, un fraude de ley proclamado en el artículo 6.4 CC.

Naturaleza extraordinaria del recurso de casación.—Lo que pretende la parte impugnante es hacer una nueva valoración hermenéutica de la prueba practicada en la instancia y darle un alcance no hallado en la misma. Es ésta una operación, lógica desde el punto de vista de la parte recurrente para defender su pretensión, pero, desde luego, totalmente inadmisibles desde un enfoque casacional, puesto que una revisión del *factum* de la sentencia recurrida, aparte de destruir la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, convertiría al mismo en una tercera instancia, actividad absolutamente rechazable. (STS de 6 de febrero de 1997; ha lugar a un recurso y no ha lugar al otro.)

HECHOS.—*Cereceda, Construcciones y Transportes, S. A.*, formuló demanda sobre subsanación y reparación de defectos y vicios de construcción, contra don Wenceslao A. E., don Francisco Javier S. D., don Juan Ignacio G. R., don julio L. N. y don Eduardo C. H. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda parcialmente. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de primera instancia. Don Wenceslao y don Eduardo interpusieron recursos de casación, y el TS declara no haber lugar al primero y haber lugar al segundo. (*M. D. C. H.*)

33. Acción directa. Concepto.—La acción directa no es otra cosa que la acción que tiene el acreedor para reclamar del deudor de su deudor lo que importa a la satisfacción de su crédito. Es un eficaz medio de protección del crédito y, tal como dice la S de 29 de abril de 1991, una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor.

Arrendamiento de obra. Responsabilidad ex artículo 1597 CC. Acción directa.—Una interpretación progresiva y adecuada a dicha realidad social, hace interpretar el artículo 1597 CC en los siguientes extremos: Primero: el tercero a quien el artículo 1597 explícitamente le concede la acción directa... Se interpreta como tercero que interviene en el contrato de obra poniendo trabajo o material o también, como subcontratista... Segundo: la acción directa la concede el artículo 1597 al tercero frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma y su fundamento es (como dice la S de 11 de octubre de 1994): «razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que el deudor de mi deudor es también deudor mío, etc., hacen que alcance también a los contratistas anteriores... cualquiera de los subcontratistas tiene la acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un contratista anterior». Tercero: cuando se ejercita la acción directa, no se excluye la reclamación al deudor directo y en tal caso, la responsabilidad de ambos es solidaria. Cuarto: uno de los presupuestos de la presente acción directa, que conforma el contenido de la misma, es la cantidad que el dueño de la obra (o contratista anterior) deba al contratista (o subcontratista anterior)... En consecuencia, se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra (o el contratista anterior) el que sufre las consecuencias de

la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto. (STS de 2 de julio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La Institución de Centros Penitenciarios (dueño de la obra) realizó un contrato de obra por precio alzado, mediante el cual encomendaba una serie de obras a *Nueva Electrónica, S. A.* (contratista), éste a su vez, subcontrató una parte a *Construcciones Tembleque, S. L.* (subcontratista), que a su vez subcontrató al demandante, don Juan José T. V. (segundo subcontratista), quien tras realizar la obra no recibió el pago de la parte del precio, por lo que realizó la reclamación de cantidad al Juzgado de Primera Instancia, que la estimó y condenó al pago solidariamente a los dos demandados, *Nueva Electrónica, S. A.* y *Construcciones Tembleque, S. L.* Apelada esta sentencia, la Audiencia Provincial la confirmó íntegramente. Posteriormente los demandados presentaron recurso de casación y el TS declaró no haber lugar. (M. D. C. H.)

34. Acción cambiaria. Calificación. Prescripción.—La clase de acción ejercitada en un proceso (aunque el demandante no le dé nombre alguno) viene determinada por los hechos que le sirven de soporte fáctico (*causa petendi*) en relación con los fundamentos jurídicos que se invoquen como aplicables a los mismos y con el *petitum* de la propia demanda. De todo ello se desprende claramente que la acción ejercitada por la actora en este proceso declarativo ordinario fue la cambiaria derivada de las letras de cambio aportadas con la demanda, y siendo ello así, resulta evidente que la misma había prescrito, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 950 CCO, ya que la presentación en el Juzgado de la demanda iniciadora de este proceso se realizó cuando ya había transcurrido, con exceso, el plazo de tres años que establece dicho precepto desde el último vencimiento.

Contrato de leasing. Naturaleza jurídica. Falta de pago de las cuotas. Prescripción.—Con la finalidad de dejar sentada la correcta doctrina, la Sala entrará a valorar el supuesto meramente hipotético de que la acción ejercitada en este proceso no hubiera sido la cambiaria, sino la derivada del contrato de *leasing*.

La relación jurídica existente entre la sociedad del *leasing* y el usuario, se configura como un contrato de arrendamiento (arrendamiento financiero), por virtud del cual aquélla cede al usuario la posesión y disfrute del bien mueble de que se trate, a cambio de lo cual el usuario (arrendatario) ha de pagar a la sociedad de *leasing* (arrendadora) una renta o cuota periódica. En consecuencia, a las rentas o cuotas que sucesiva y periódicamente vayan venciendo, les es aplicable el plazo de prescripción de cinco años que establece el núm. 2.º del artículo 1966 CC, pues si bien el mismo se refiere literalmente a los arriendos de fincas rústicas o urbanas, también ha de considerarse subsumible en el mismo cualquier arrendamiento de cosa mueble, al ser idéntica la *ratio legis*. (STS de 24 de mayo de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Comercial Hermanos Morales, S. A.*, había celebrado con la sociedad *Unileasing, S. A.*, un contrato de *leasing*, cuyos cánones o cuotas, devengados mensualmente, quedaron intrumentados en treinta y cuatro letras de cambio, con vencimientos mensuales, desde el 15 de agosto de 1981 hasta 15 de mayo de 1984.

En 23 de mayo de 1989, la entidad *Unileasing, S. A.* promovió juicio de menor cuantía contra los avalistas de las mencionadas letras de cambio en reclamación de los cánones o cuotas del referido contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, apreciando la excepción de prescripción. En grado de Apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia y condenó al demandado. El TS estima el recurso de casación. (*J. L. R.*)

35. Usura. Contrato de arrendamiento financiero.—Declara el TS en la presente sentencia que no existe usura por el simple hecho de que los intereses de una operación de *leasing* se calculen sobre una base que no responde al apartado 3.º, en conexión con el apartado 4.º, de la DA 7.ª de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. En primer lugar, porque aquel apartado no ordena que se calculen las cargas financieras de la operación de *leasing* de una forma determinada. En segundo lugar, porque no se puede establecer ninguna conexión automática entre usura e incumplimiento de la DA 7.ª, en sus apartados 3.º y 4.º de la Ley 26/1988. Y en último lugar, porque el interés soportado por los recurrentes, que es lo que importa a efectos de la Ley de Usura, según resulta de la prueba pericial (no combatida en el recurso) es del 15 por 100 anual o 16 por 16,075 TAE en la fecha de los contratos (julio de 1989), y no puede calificarse como usurario.

Recurso de casación por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales: artículo 1692.3 LEC.—Es jurisprudencia constante de esta Sala la que afirma que «la admisión o no de la prueba solicitada pertenece a la soberanía de la instancia. Su juicio ha de ser respetado mientras no se demuestre que es ilógico, irracional o infundado al no admitir la realización de la prueba o pruebas propuestas». Y nada de esto se justifica en el presente recurso, pues carece de sentido alguno reiterar ante la Audiencia, sin el más mínimo apoyo legal que sustente tal reiteración, la práctica de la misma prueba acordada en primera instancia y no practicada, consistente en la designación de un inspector por parte de los Servicios de Inspección del Banco de España para que emitiese un informe, al negarse al Banco de España lo solicitado. Además de ello, el artículo 1692.3.º LEC, en el que se ampara el motivo, requiere que la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales haya producido indefensión. (**STS de 27 de mayo de 1997**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Autocares Cereceda, S. A.*, y otros formularon demanda de menor cuantía contra *Bansander de Leasing, S. A.*, en la que se solicitaba la nulidad de ciertos contratos de *leasing*, celebrados por *Autocares Cereceda, S. A.*, con la demandada y afianzados por los otros demandantes. Esta nulidad, según la demanda, provenía de la infracción de la Ley de Represión de Usura, de 23 de julio de 1908 y de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El Juzgado de Primera Instancia de Salamanca dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, esta sentencia fue confirmada por la Audiencia, el 29 de mayo de 1993. Finalmente, el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto por la demandante. (*V. M. L.*)

36. Contrato de *leasing*. Relación jurídica trilateral.—La relación jurídica material que constituye la base del presente proceso es el contrato de *leasing*, contrato atípico y mixto, integrado por un arrendamiento y una opción de compra, que responde a una función económica de financiación. La sociedad de *leasing* adquiere la cosa al proveedor, que ha sido elegida por el usuario; la entrega a éste en concepto de arrendamiento, a cambio de una cantidad o renta. Y, además, el usuario arrendatario tiene una opción de compra sobre la cosa, a ejercer al término del arrendamiento y por el precio correspondiente a su valor residual. La relación jurídica es, pues, trilateral.

Defecto de litisconsorcio pasivo necesario. Necesidad de demandar al proveedor y a la sociedad de *leasing*. Efectos.—El litisconsorcio pasivo necesario, como figura de creación jurisprudencial, ha sido definido por la doctrina de esta Sala como la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar, por un lado, que puedan resultar afectados por la Resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias. Con ello se preserva el principio de audiencia, se proscriben la indefensión y, en definitiva, se respeta el derecho a la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24 CE. En el presente caso la sociedad de *leasing* no ha sido demandada, por lo que las SS de instancia, al declarar la resolución del contrato y que la demandante destine el precio devuelto a cancelar el contrato de *leasing*, hacen dos pronunciamientos que se refieren directamente a quien no fue parte en el proceso. Se debe apreciar, pues, la falta de litisconsorcio pasivo necesario. Pero su apreciación tardía no puede llevar a una mera absolución en la instancia, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, al acto de la referida comparecencia al efecto de la correspondiente subsanación. (STS de 25 de junio de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Transports Anna, S. A.*, había adquirido por medio de un contrato de *leasing* con la sociedad *Central de Leasing, S. A.*, un vehículo del proveedor *Camión Grup, S. A.*, que, a su vez lo adquirió del importador *Scania Vehículos, S. A.*, ajeno a la relación jurídica de *leasing*. El usuario ejerce la acción de resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios, demandando a *Camión Grup, S. A.*, y a *Scania Vehículos, S. A.*, pero no a la sociedad de *leasing*. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró resuelto un determinado contrato de compraventa celebrado por la entidad no demandada, *Central de Leasing, S. A.*, con *Camión Grup, S. A.*, absolviendo a *Scania Vehículos, S. A.* La Audiencia Provincial de Gerona confirma la Sentencia. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto. (J. L. R.)

37. Contrato de prestación de servicios. Resolución unilateral.—La falta de señalamiento de un plazo concreto de duración del contrato, permite, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial aplicable a toda clase de contratos de duración indefinida, la resolución unilateral del contrato, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias cuando la resolución del vínculo se hubiere producido en forma abusiva que produzca de manera necesaria daños y perjuicios a la otra parte, o si implica un aprovechamiento del trabajo ajeno, que ha de ser com-

pensado para que no pueda existir calificación de enriquecimiento injusto. Lo que sí resulta improcedente es aplicar el artículo 1581 CC, aunque sea por analogía, al arrendamiento de servicios, puesto que aquél se encuadra entre las disposiciones referidas a los arrendamientos urbanos, que nada tienen que ver con el trabajo personal ni con los contratos *intuitus personae*.

Necesidad de comunicación de la resolución.—Si bien la resolución no se produjo de manera contraria a derecho, la buena fe (art. 1258 CC), la seguridad jurídica, la certeza de la situación y las circunstancias del caso aconsejaban una concreta comunicación. (STS de 12 de mayo de 1995; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante, don Ramiro M. P. del R. había venido actuando como perito tasador libre para la compañía *Mutua Madrileña Automovilística*, desde el 11 de noviembre de 1981, percibiendo por sus peritaciones cantidades mensuales de diferente monto, según el trabajo realizado, pero con la garantía de un mínimo de 275.000 pesetas. En el mes de junio de 1986, estando el demandante en situación de incapacidad laboral transitoria, dejó la citada compañía de encomendarle trabajo sin contraprestación alguna. Don Ramiro M. P. del R., considerándose despedido, presentó demanda laboral. Tras declararse incompetente el Juzgado de lo Social por razón de la materia, presentó demanda civil, reclamando el pago de 12.375.000 pesetas, más IVA, por honorarios mínimos garantizados desde junio de 1986 hasta marzo de 1990. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Tras ser confirmada la sentencia en apelación, el TS admite parcialmente el recurso del actor.

NOTA.—Como en todos los contratos de duración indefinida, también el contrato de arrendamiento de servicios es, en estos casos, susceptible de resolución por voluntad de una sola de las partes. El ejercicio de este poder de resolución no exige una notificación formal. Sin embargo, viene a decir la S de 12 de mayo de 1997, es preciso que la resolución se haga de tal manera que la otra parte pueda tener conocimiento de la misma, no siendo suficiente el hecho de que dejen encomendarse labores de peritaje al demandado, teniendo fijado éste, como era el caso, una remuneración mensual mínima con independencia del trabajo realizado. Por esta razón, aunque se estima que la resolución del contrato tuvo lugar conforme a Derecho, considera el TS que, teniendo en cuenta el principio de buena fe, la seguridad jurídica, la certeza de la situación y las circunstancias del caso, debió haberse comunicado a la otra parte la resolución. Sólo así se comprende que la pretensión indemnizatoria, a la que accede la sentencia, coincida con la cantidad garantizada correspondiente al tiempo que tardó el actor, teniéndose por despedido, en presentar la reclamación laboral pertinente. (J. L. R.)

38. Préstamo usurario encubierto bajo la forma de un reconocimiento de deuda.—Siendo cierta la jurisprudencia de esta Sala conforme a la cual se ha dado substantividad propia a la suscripción de un documento en el que se reconoce una deuda y ha liberado al acreedor de la carga de la prueba, ello no es óbice para que el reconocimiento de deuda sea un dato más que permita afirmar

el carácter usurario de un préstamo cuando la cantidad que en él se recoge (10.000.000 de pesetas) revele una elevada cantidad de intereses, como es la que supone devolver el doble de lo percibido en el lapso de dieciocho meses, y por el hecho de figurar mayor cantidad que la realmente prestada.

Distinción entre el préstamo y el contrato societario.—Como declara el TS en la presente sentencia, lo elevado de los intereses en el presente caso no se justifica porque cualquiera que sea el destino del dinero, se recibió sin carácter de aportación a negocio común de tipo societario, con riesgos comunes. (STS de 7 de abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Entre la mercantil *Zurymar, S. A.*, y los tres recurrentes habían mediado relaciones jurídicas que son constitutivas de un contrato de préstamo. Dicho préstamo de cinco millones dio lugar a un reconocimiento de deuda de diez millones, a devolver en un plazo de dieciocho meses. Esto determinó que la Audiencia de Málaga, revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, calificara el préstamo como usurario, declarando nulo el contrato de reconocimiento de deuda. El recurso de casación interpuesto por la citada mercantil no prosperó.

NOTA.—Esta sentencia se inscribe dentro del grupo de aquellas que consideran, con buen criterio, que para declarar nulo un contrato de préstamo en el que se suponga recibida mayor cantidad que la efectivamente entregada (supuesto contemplado en el párrafo 2.º del artículo 1 de la Ley de Usura de 1908), no basta una simple disconformidad de cantidades, sino que, además, se precisa que el interés resultante de esta diferencia sea notablemente superior al normal del dinero, como lo es en el presente caso (*Vid.*, en este mismo sentido, la STS de 30 de diciembre de 1987, *CCJC*, 1988, núm. 16, p. 81 ss., comentadas por García Cantero, que declara la nulidad de un contrato de préstamo en el que se decía recibida por el prestatario la cantidad de 12.217.366 pesetas, siendo efectivamente entregadas 8.206.053 pesetas, de las que resultaba un interés del 22,65 por 100, lo que, unido a las circunstancias angustiosas del prestatario, inclinó al Tribunal a considerar el contrato nulo por usurario).

Por otro lado, hay que destacar el criterio seguido por la Sala para distinguir el préstamo con un interés excesivo del contrato de sociedad, al que en principio no sería aplicable la Ley de Usura. Así, cabe pensar que mientras que en el préstamo, el interés es una ganancia exorbitada estipulada a favor del acreedor usurario, que está determinada o es determinable a partir del momento de la celebración del contrato, en cambio, en el contrato de sociedad, el reparto de ganancias o beneficios puede no darse. Es, por tanto, un contrato aleatorio, con riesgos comunes a todos los socios. (*V. M. L.*)

39. Concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual.—Cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas

en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible.

Actuación de la Administración pública como relación de Derecho privado.—Existe una jurisprudencia reiterada y constante de la Sala 1.ª del TS según la cual cuando las entidades gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social (...) realizan actuaciones de atención médico-sanitaria respecto a los particulares, no lo hacen en el marco de una relación jurídico-pública, pues ni se hallan dotadas de *ius imperium*, ni ejercitan actividad de prestación de servicios públicos, sino en el de una relación de Derecho privado, a modo de empresarios obligados a procurar la curación de un lesionado o enfermo, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 LRJAE. (STS de 18 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Al paciente M. R. C. le suministraron unas sustancias médicas, cuando estaba ingresado en un hospital catalán, a través de las cuales resultó infectado con el virus VIH causante del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y el virus de la hepatitis C. El enfermo falleció años más tarde constante el proceso para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la transfusión. El Juzgado de Primera Instancia apreció incompetencia de jurisdicción y no resolvió la demanda contra el hospital, la Seguridad Social de Cataluña y Generalitat de Cataluña. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia, entró a conocer y estimó en parte la demanda, absolviendo al hospital y a la Generalitat y condenando al Institut Català de la Salut a pagar la indemnización. El TS declara no haber lugar al recurso. (Y. B. M.)

40. Responsabilidad por riesgo. Prestación por las entidades bancarias de los servicios de caja mediante el sistema de cajeros automáticos.—La doctrina de esta Sala es decidida y constante al declarar que quien crea un riesgo debe responder de sus consecuencias (S de 22 de noviembre de 1993, entre otras muchas). «Tal responsabilidad fundada en la creación del riesgo no encuentra aplicación al caso de autos ya que en modo alguno puede afirmarse que la prestación por las entidades bancarias de los servicios de caja a sus clientes mediante el sistema de cajeros automáticos, ya se instalen a pie de calle o en habitáculos cerrados, constituya una actividad creadora de riesgos para los usuarios que exija la adopción de medidas de prudencia y seguridad tendentes a evitar la actuación del daño».

Es inaplicable en este caso la doctrina contenida en la S de 26 de febrero de 1993 pues, aparte de que se trata de una Resolución emanada por la Sala 2.ª no vinculante para ésta, el supuesto de hecho allí contemplado (robo con fuerza en las cosas en entidad bancaria) no guarda ninguna analogía con los hechos fundamentadores de esta *litis*, dado el distinto contenido de la prestación del servicio de caja y el de utilización de cajas de seguridad. En el caso de autos no existía ninguna obligación legal de adoptar medidas de seguridad para preservar la integridad física de los usuarios, ni de la relación contractual se derivan las obligaciones de «garantía de clausura» y de «garantía de conservación» a que se refiere la sentencia citada de la Sala 2.ª.

Relación de causalidad.—Para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto—, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de causalidad adecuada, siendo precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los artículos 1902 y 1903 CC, pues «el cómo y el porqué se produjo» constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso. En el caso sometido a debate, no puede afirmarse que las lesiones sufridas por la recurrente, al ser asaltada por un desconocido, sean una consecuencia, ligada por aquella relación de necesidad, del estado en el que se encontraba el cerrojo instalado en la puerta de acceso al cajero automático y que impedía cerrar la puerta desde el interior, sino que tales lesiones son imputables exclusivamente, en una relación de causa a efecto, a la violencia ejercida sobre la actora por el tercero desconocido que la atacó. (STS de 1 de abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—En la medianoche del día 6 de mayo de 1990, doña Ángela M. R. se introdujo en el recinto cerrado de un cajero automático sin que pudiera asegurar la puerta por rotura o mal estado del pestillo y, tras efectuar una extracción con la documentación correspondiente y marcando el número clave, se vio sorprendida por otra persona que, a punta de navaja, le arrebató el importe de la operación produciéndole en el forcejeo una seria herida en la mano izquierda.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda presentada por doña Ángela M. R. contra don Jaime R. N. y la *Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona* «La Caixa». La Audiencia Provincial revocó la sentencia recaída en primera instancia, desestimando la demanda formulada por la actora. El TS no apreció el recurso de casación de la demandante. (V. M. L.)

41. Responsabilidad extracontractual. Concurrencia de culpas. Moderación de la cuantía de la indemnización.—El TS considera negligente la conducta de la víctima cuando es un profesional en el trabajo encomendado y no ha adoptado las medidas de precaución pertinentes. En los supuestos en los que existe concurrencia de culpas (culpa del causante del daño y culpa de la víctima), el TS afirma que debe moderarse la cuantía de la indemnización, en virtud de una aplicación extensiva del artículo 1103 CC.

Responsabilidad extracontractual. Moderación de la indemnización. Facultad de los Tribunales de instancia.—Tiene declarado el TS que el uso de la facultad de moderación de la responsabilidad prevista en el artículo 1103 CC corresponde a los juzgadores de instancia. Asimismo, declara que no es susceptible de casación el uso que se realice de dicha facultad, salvo en los supuestos en los que se realice un uso irracional o ilógico de la facultad moderadora y en los supuestos en los que no se utilice dicha facultad, existiendo, en el caso concreto, circunstancias que aconsejen su utilización. (STS de 31 de diciembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Don S. C. C. contrató a don F. R. G. para que realizase unos trabajos de reparación en un tejado. Cuando don F. R. G. estaba realizando los trabajos de reparación en el tejado, sin adoptar las medidas de seguridad que le eran exigibles, resbaló y chocó contra el tendido eléctrico que sobrevolaba el mencionado tejado sin respetar las distancias mínimas establecidas en la legislación vigente. Como consecuencia de lo anterior, don F. R. G. falleció.

Don F. R. M. interpuso demanda contra *Unión Eléctrica Fenosa, S. A.*, y don S. C. C., suplicando que los demandados fueran condenados, en forma solidaria, al pago de 20.000.000 de pesetas, más los intereses legales correspondientes, en concepto de indemnización por el fallecimiento de don F. R. G.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados y estima, en parte, el interpuesto por el demandante. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. J. P. G.*)

42. Responsabilidad extracontractual. Facultades judiciales en la valoración del daño. Determinación de la cuantía indemnizable mediante baremos.—La función de calcular los daños indemnizables es atribuida expresamente por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes lo llevarán a cabo caso por caso, valorando las probanzas unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna, que por su carácter general no permite la individualización del caso concreto, entendiéndose que la cuantificación de los daños y perjuicios, cuando consistan en graves daños corporales o incluso la muerte, ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente (como resulta entre otras de la STS de 25 de marzo de 1991).

La existencia de numerosos baremos que adoptan la forma de Orden, Decreto o incluso de Ley mueve al TS a plantearse en la presente sentencia el problema de su aceptación por parte de los órganos judiciales y su compatibilidad con la función jurisdiccional que les es propia. A este efecto, la Sala 1.^a distingue entre los baremos de aceptación voluntaria o los que, como sucede con el impuesto por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, tiene un pretendido carácter obligatorio.

Con relación a los primeros, nuestro Alto Tribunal recuerda que la función de cuantificar los daños y perjuicios es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales y no puede ser voluntariamente abdicada, sustituyéndola por la simple aplicación de un baremo cuyo carácter normativo no puede desconocerse (STS de 25 de marzo de 1991). Esto no impide, sin embargo, que el órgano jurisdiccional acuda, como criterio orientativo, a lo consignado en un baremo. Pero, «los órganos de instancia tan sólo cumplirán estrictamente su función jurisdiccional cuando el resultado de la prueba permita, por su coincidencia relativa con los términos del baremo, aceptar lo consignado en el mismo. Cuando, por el contrario, las probanzas practicadas en juicio arrojen un resultado sensiblemente diferente de los términos que se recogen en el baremo, el juzgador de instancia deberá en cumplimiento de su función jurisdiccional, y para evitar que la discrecionalidad que le concede la doctrina jurisprudencial se torne en arbitrariedad, recoger el resultado concreto de lo probado en autos, desdeñando la solución nor-

mativa que, por su carácter general, no se adapta a todos los casos contemplados en las actuaciones judiciales».

En cuanto a la aplicación forzosa de un baremo por parte de los órganos jurisdiccionales a todos los daños personales causados en la circulación de vehículos, concretamente el contenido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, de 8 de noviembre de 1995, el TS recoge en esta sentencia los argumentos que se han formulado en contra de su aplicación indiscriminada y pretendidamente obligatoria no sólo en el ámbito del seguro obligatorio, sino también en el seguro voluntario. Así, y en primer lugar, destaca que la aplicación forzosa de este baremo *va en contra de las facultades de valoración de la prueba propias de los Tribunales de Justicia* en todos aquellos supuestos en que, por defecto o por exceso, los daños probados no coinciden con los señalados en el baremo. De hecho, en cuantos supuestos suceda esto, la aplicación forzosa y forzada del baremo resultaría contraria, no sólo al tenor literal del artículo 1902 CC, sino también a la reiterada y ancestral doctrina jurisprudencial que, desde siempre, viene interpretando este importantísimo principio regulador de la indemnización del daño causado por culpa o negligencia, en que se funda la responsabilidad extracontractual.

Por otro lado, al no tomar en consideración el baremo, el seguro voluntario, que se superpone sobre el obligatorio, y los pactos que en él se contienen, donde es usual la falta de limitación de la responsabilidad por los aseguradores, se atenta directamente contra *el principio de libertad de pactos que informa nuestro Código Civil* y sobre el que se funda la teoría general de la contratación civil, provocando además un lucro en quienes, percibiendo una prima mayor que la debida por el seguro obligatorio, no van a responder sino por los límites que el baremo señala en atención al mismo.

La imposición forzosa y exclusiva del baremo para cuantos asuntos versen sobre los daños ocasionados por la circulación de vehículos de motor supone, además, una flagrante discriminación con relación a los producidos por otras causas, lo que vulnera claramente *el principio de igualdad ante la Ley*, que proclama el artículo 14 CE. También aparece infringido *el derecho a la vida y a la integridad física*, que recoge el artículo 15 CE, pues en aquellos casos en que se ha producido un atentado contra tal derecho compete a los órganos judiciales reparar el daño causado. Y esto no tiene lugar cuando la reparación del daño no alcanza a la totalidad de su contenido, sino a la suma que el baremo fija, con independencia de su cuantía real, atendiendo a la indemnización que se estima justa en relación al importe de las primas del seguro obligatorio.

Sin perjuicio de la improcedencia que, en términos generales, cabe predicar de la utilización de baremos para fijar la cuantía de los daños, que compete a la soberanía de los Tribunales de instancia, en el caso concreto de autos no puede decirse que se haya procedido con vulneración del principio de irretroactividad de las normas que sustenta el artículo 2.3 CE, ya que, aunque el Tribunal de apelación aplica los baremos incluidos en la Orden de 3 de marzo de 1991 a un suceso que ha tenido lugar con anterioridad a la misma, el artículo 3 de la citada Orden recaba su fijación como procedimiento idóneo para calcular el importe de las provisiones para siniestros pendientes de liquidación o de pago correspondiente al ramo de daños personales derivados de accidentes de circulación.

Recurso de casación: valoración del daño.—Aunque como tiene reconocido de forma constante la jurisprudencia del TS (SS de 7 de junio y 29 de sep-

tiembre de 1986 y 17 de septiembre de 1987), la cuantificación de las indemnizaciones es función de los Tribunales de instancia, entendiéndose por tales la Sala de apelación, excepcionalmente se permite la revisión en casación cuando se combaten adecuadamente las bases en las que se apoya la cuantificación del daño. «Y no cabe duda de que la utilización de un baremo, en lugar de basar aquélla en el resultado de las pruebas, comporta una mutación de las bases que puede acceder a la casación».

Intereses moratorios.—La presente sentencia recuerda la moderna doctrina de esta Sala que impone el abono de los mismos desde la fecha de la demanda, apreciando que, a partir de tal día, se considera adeudada la cantidad a cuyo abono finalmente se condena, con independencia de que esta cantidad coincida con la inicialmente solicitada en la demanda. (STS de 26 de marzo de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Manuel F. R. tuvo un accidente conduciendo un camión propiedad del Ayuntamiento de La Palma del Condado (Huelva), como consecuencia del cual sufrió lesiones y secuelas (como fractura abierta del parietal, hipoacusia del oído izquierdo y síndrome de inestabilidad postraumática), que derivaron en la declaración de incapacidad. El accidente fue debido a un fallo de los frenos del camión motivado por el lamentable estado en que éste se encontraba.

Ante el Juzgado de Primera Instancia de La Palma del Condado (Huelva) fue visto el juicio de menor cuantía núm. 205/1990 seguido a instancia de don Manuel F. R. contra el Ayuntamiento de La Palma del Condado sobre reclamación de indemnización por responsabilidad extracontractual, siendo la sentencia dictada desestimatoria de la demanda. Contra dicho fallo se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Huelva, que revocó la de la instancia en el sentido de estimar parcialmente la demanda interpuesta por el actor, condenando al demandado a indemnizar a don Manuel F. R. en la cantidad de 2.250.000 pesetas, por las lesiones y secuelas derivadas del accidente, más los intereses legales desde la interposición de esta demanda. El TS desestima el recurso de casación del Ayuntamiento demandado.

NOTA.—El mayor valor doctrinal de esta sentencia reside en los razonamientos que hace la Sala 1.º del TS con ocasión de este recurso de casación, pero al margen precisamente de la causa determinante del fallo (y que aquí han sido recogidos en primer lugar bajo el título de «*Facultades judiciales en la valoración del daño. Determinación de la cuantía indemnizable mediante baremos*»). Estamos, pues, ante lo que se conoce como puros *obiter dicta* que, en línea de principios, no tendrían valor jurisprudencial. Sin embargo, esto no es del todo cierto en la medida en que constituyen un reflejo de la forma de pensar de nuestro Alto Tribunal sobre una materia tan importante como es «la relativa a la aplicación voluntaria o forzosa de baremos que faciliten, en el primer caso, o impongan, en el segundo, criterios normativos objetivados para el cálculo de la indemnización». En concreto, respecto del Anexo contenido en la DA 8.ª de Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados

(que modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor) y la falta de adecuación al principio de total indemnidad de la víctima del daño que en ocasiones presenta la aplicación forzosa del baremo que en ella se contiene, en aquellos casos en los que las pruebas aportadas en el proceso arrojan unos resultados que se apartan de la suma por él fijada. (V. M. L.)

43. El principio de irretroactividad de las leyes. La aplicación de la Ley de 7 de enero de 1991.—La diferente redacción del artículo 1903 CC introducida por la Ley de 7 de enero de 1991, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron en febrero de 1989, no es aplicable a los mismos, puesto que las leyes no tienen efecto retroactivo. La nueva redacción del artículo 1903 CC, establece según el general sentir de la doctrina y de la jurisprudencia de esta Sala, una responsabilidad prácticamente objetiva, en cuanto señala que las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior, responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. Es decir, se soslaya prácticamente el elemento de culpabilidad.

La culpa como principio general en materia de responsabilidad extracontractual. La tendencia objetivadora.—El principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 CC, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa. La doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículo de motor. (STS de 10 de marzo de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—En el transcurso de una clase de dibujo en un Centro de Enseñanza no Superior, un menor hiere a una compañera al introducirle un lápiz en el ojo, causándole importantes heridas que, a pesar de las intervenciones quirúrgicas y el tratamiento médico, le dejaron graves secuelas. En Primera Instancia se estima parcialmente la demanda que los padres de la menor herida habían interpuesto, y el

Juzgado condena al Colegio al pago de siete millones de pesetas. Dicho fallo es confirmado en apelación. Interpuesto recurso de casación, el TS estima los motivos presentados por el Colegio, casando la S dictada por la Audiencia Provincial. (C. L. S.)

44. Operación de vasectomía. Naturaleza del contrato.—Ya esta Sala, por S de 25 de abril de 1994, se pronunció distinguiendo la naturaleza de las obligaciones que comporta la actuación médica o médico-quirúrgica, cuando se trata de curar o mejorar a un paciente de aquella otra en la que se acude al profesional para obtener, en condiciones de normalidad de salud, algún resultado que voluntariamente quiere conseguir. Mantiene en este orden, refiriéndose al primer aspecto, que, a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica —insuficientes para la curación de determinadas enfermedades—, y, finalmente la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros) impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado —el de la curación del paciente— que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse, dada la aludida naturaleza mortal del hombre, entendiéndose que, por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios. En cuanto al segundo aspecto, la meritada sentencia expresa que, si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, y en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o, para la transformación de una actividad biológica —la actividad sexual— en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de utilizar otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue... De ahí que esta obligación que, repetimos es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos, a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente, que no paciente, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención.

Distinción jurídica entre: «cirugía asistencial» y «cirugía satisfactiva».—El «resultado» en el segundo aspecto examinado actúa como auténtica representación

final de la actividad que desarrolla el profesional, asimismo, además, como tal resultado concreto para quien realiza la intervención, sin que, como ocurre cuando hay desencadenado un proceso patológico que, por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud eleve a razón primera de la asistencia los medios o remedios que emplean para conseguir el mejor resultado posible. De aquí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una «cirugía asistencial» que identificaría la prestación del profesional con la *locatio operarum* y una «cirugía satisfactiva» (operaciones de cirugía estética y operaciones de vasectomía, como la presente) que identifican aquella con la *locatio operis*, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso.

Inimputabilidad médica. Aplicación de la doctrina del caso fortuito.—Pero si al resultado se llega, y, previas las comprobaciones oportunas en el período postoperatorio, mediante los análisis espermiográficos necesarios, se dictamina la infertilidad del varón de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, esto es, observando los plazos necesarios o mediante la producción de las eyaculaciones aconsejables sin copula reproductiva, no puede imputarse al médico un fallo que tenga por causa un comportamiento extraordinario y no previsible de la fisiología del sujeto.

La responsabilidad médica no es objetiva.—Esta Sala ha dicho de forma reiterada que en materia de culpa médicosanitaria queda descartada toda idea de culpa más o menos objetivada, rigiendo con todo su rigor los principios subjetivistas que consagra el derecho positivo y que exigen de quien alega su existencia la prueba del proceder cuyo reproche se insta, la del daño devenido y la de la debida relación causal.

La prueba de la paternidad.—Ha de observarse que la paternidad no es materia disponible sobre la que quepa su fijación probatoria por medio de admisión o confesión en cuanto responde al principio de verdad en la procreación. Tampoco cabe que la paternidad la funde el órgano jurisdiccional, tratándose, como ocurre en el caso, de un matrimonio, en el régimen de presunciones establecido en el CC, especialmente en su artículo 116. Sin duda que estas presunciones que responden al conocimiento que transmiten reglas y máximas de experiencia seculares y que resguardan el ámbito de la intimidad del matrimonio y estabilidad familiar, parten del hecho de la normalidad presumida de los cónyuges como sujetos aptos para la reproducción, no sólo, por tanto, porque tengan capacidad de copulación sino también en cuanto se considera gozan de potencia generatriz. Al ponerse en litigio la fertilidad o infertilidad del sujeto, con resultado posiblemente perjudicial para un tercero, si se demuestra el resultado defectuoso, los presupuestos de aquellas presunciones ceden, pues, de otro modo, quedaría en muchos casos indefenso el demandado que, además, carece de legitimación para la impugnación de la filiación legítima. En consecuencia, la lógica interna de los hechos que se debaten exige, en buena hermenéutica, una decadencia de aquellas presunciones y la necesidad de probar como hecho constitutivo de la pretensión la paternidad. (STS de 11 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Miguel P. G. y doña Delia M. V. interpusieron una demanda contra el médico que le practicó una vasectomía, contra los analistas que verificaron con posterioridad el resultado, así

como contra las compañías aseguradoras de las responsabilidades civiles, reclamando daños y perjuicios como consecuencia de la concepción y posterior nacimiento de otro hijo, tras haberse sometido a una operación de vasectomía para conseguir la infertilidad, ya que este hecho generaba nuevas obligaciones económicas al matrimonio que ya vivía en condiciones de precariedad. Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. Tras ello, presentaron recurso de casación y el TS declaró no haber lugar. (M. D. C. H.)

45. Responsabilidad profesional del médico: responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil derivada del delito.—La responsabilidad médica, no es sino expresión de la más amplia de la responsabilidad profesional y tiene especiales caracteres, pero no especiales prerrogativas. Puede ser una responsabilidad contractual, cuando se ha producido un daño por incumplimiento total o parcial de un contrato que contempla el artículo 1101 CC, o extracontractual, cuando el daño no deriva de la ejecución del contrato sino que se ha producido al margen de la relación contractual o el profesional no ha contratado con la víctima, como es el caso del médico dependiente del Instituto Nacional de la Salud, cuya responsabilidad extracontractual u obligación derivada de acto ilícito (principio *alterum non laedere*) se contempla como principio en el artículo 1902 CC y se desarrolla en la jurisprudencia; o, por último, la responsabilidad civil derivada del delito cuando se ha atentado a la convivencia mínima en la sociedad, se ha incurrido en un tipo delictivo y la responsabilidad civil deriva de éste, como prevén el artículo 1092 CC y los artículos 116 y siguientes CPe.

La prueba de la culpa en la realización del ilícito.—No son opuestos entre sí los conceptos de esta triple responsabilidad (contractual, extracontractual y derivada del delito) sino que tienen una unidad dogmática, aunque no pragmática al estar prevista en distintas normas. Lo que conviene destacar es la cuestión de la prueba de la culpa: la responsabilidad por delito o falta deberá probarse plenamente en proceso penal y de ella deriva la responsabilidad civil; la responsabilidad contractual por incumplimiento, probado éste, presume la culpa, sufriendo el incumplidor la carga de probar que ha sido por caso fortuito o por fuerza mayor, como se desprende del artículo 1183 CC; en la responsabilidad extracontractual se presume la culpa, invirtiéndose la carga de la prueba, desde la sentencia de 10 de julio de 1943 y se aproxima a la objetivación cada vez más, desde 1981.

La obligación del médico como obligación de medios u obligación de resultado.—Concretando lo anterior a la responsabilidad del médico y haciendo abstracción de la responsabilidad derivada del delito, es preciso partir de la naturaleza de su obligación, tanto si procede de contrato (contrato que, en principio es de prestación de servicios, ya que sólo excepcionalmente es de obra, como puede ser en cirugía estética, odontología o vasectomía) como si deriva de una relación extracontractual, es una obligación de actividad (o de medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia. La idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un

resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto de incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la actividad de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal como se ha reiterado en esta sala en múltiples sentencias, como la de 29 de julio de 1994.

La prescripción en materia de responsabilidad extracontractual.—El artículo 1968, núm. 2, establece una presunción anual para la responsabilidad extracontractual. El artículo 1969 CC dispone, en efecto, que el cómputo comenzará, *dies a quo*, el día en que la acción pudo ejercitarse y, en casos como el presente, tal como dicen las SS de 15 de julio y 4 de noviembre de 1991, 15 de marzo de 1993 y 14 de febrero de 1994, «el momento del comienzo del cómputo» —tal como dice literalmente esta última— «del plazo prescriptivo ha de referirse siempre, cuando de lesiones causadas por culpa extracontractual se trate, el día en que, producida la sanidad, se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido determinado en el correspondiente dictamen pericial». (STS de 22 de abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante, dos años después de haberse sometido a una intervención quirúrgica, sufrió unas secuelas acaecidas con ocasión de la operación realizada. En Primera Instancia consigue que el juez condene solidariamente al pago de la indemnización, al médico que lo operó y al Instituto Nacional de la Salud. La Audiencia Provincial confirma esa sentencia, y el TS —una vez interpuesto el recurso de casación por el Instituto Nacional de la Salud—, lo desestima. (C. L. S.)

46. Carácter de la responsabilidad extracontractual de los médicos.—Es doctrina consolidada de esta Sala que, en la conducta de los profesionales sanitarios, queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, fundándose su responsabilidad en principios netamente culpabilísticos. (STS de 26 de mayo de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Un joven sufre una fractura en una pierna mientras hacía deporte e inmediatamente es trasladado a un centro hospitalario, donde se le realiza una intervención quirúrgica. Durante el postope-

ratorio, el paciente adolece de molestias, pero los médicos no le dan importancia. Más tarde, el médico abre el vendaje y comprueba que la herida sufría un proceso gangrenoso. Las inevitables secuelas que le han quedado, así como los gastos sufridos, hicieron que el joven interpusiera demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, pero fue desestimada. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia anterior, y condenó al Instituto Nacional de la Salud al pago de la indemnización. No prospera el recurso de casación interpuesto por el INSALUD. (C. L. S.)

47. Concreción de la Jurisdicción aplicable al conocimiento del caso como garantía constitucional.—Nos encontramos con una actuación totalmente correcta desde un punto de vista de conocimiento procesal, ya que aunque a partir de la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, se ha instaurado, en principio, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el sistema de la unidad jurisdiccional en favor de la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, hay que afirmar que la evitación del «peregrinaje procesal» es una de las consecuencias más claras del derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial efectiva, siendo esta razón la única y suficiente para dejar concretada la cuestión, en este aspecto procesal, y cumplir lo determinado en el artículo 24 CE.

Responsabilidad profesional de los médicos.—La responsabilidad profesional dentro del área de la medicina, tiene que ver con unas medidas especiales, que no son otras que las derivadas de los llamados «deberes médicos» —*lex artis ad hoc*—, que sobrepasan la medida o patrón de la culpa como delimitada por la diligencia genérica de un «buen padre de familia».

El llamado «principio de protección de la confianza legítima».—De los hechos surge lo que el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo denomina en su S de 6 de julio de 1995 (caso Odigitria AAE), la supuesta violación del principio de protección de la confianza legítima, que se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de reclamar sus intereses. En otras palabras, para concluir, que ha habido acción médica negligente, un perjuicio gravísimo, y una relación causal entre ambos acontecimientos. (STS de 6 de junio de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Un médico no comunicó a su debido tiempo el resultado de una amniocentesis. La futura madre supo que su hijo padecería el síndrome de Down cuando ya se encontraba fuera del plazo legal para proceder a una interrupción legal del embarazo. Dado el alcance de la negligencia, la paciente interpuso la correspondiente demanda, pero ésta fue desestimada en Primera Instancia y confirmada por la Audiencia Provincial. Interpuesto recurso de casación, el TS lo casó y anuló la sentencia anterior, condenando solidariamente a la doctora y al Servicio Valenciano de Salud al pago de la cantidad solidada. (C. L. S.)

48. Alcance de la responsabilidad extracontractual del médico. La carga de la prueba.—El médico tiene una responsabilidad derivada de una

obligación de medios y no de resultados *—lex artis ad hoc—*; y en dicha cuestión no cabe la tesis de la inversión de la carga de la prueba. Como epítome se puede citar la S de 21 de febrero de 1992, cuando dice que se debe rechazar la teoría de la inversión de la carga de la prueba, como consecuencia de la responsabilidad por riesgo, que en modo alguno debe predicarse, en materia de responsabilidad médica, en la que únicamente puede accederse al funcionamiento del mecanismo reparador cuando se acredite cumplidamente la negligencia de quien causó el daño.

En este sentido, hay una propuesta de Directiva de la Comunidad Europea que tiene las mayores probabilidades de constituir Derecho positivo vigente en España, que establece que la carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbirá al prestador de los servicios sanitarios. (STS de 20 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Una señora interpone una demanda ante el Tribunal de Primera Instancia, con el objeto de que le sea resarcido el daño sufrido por unas lesiones surgidas con posterioridad a una operación realizada en el servicio de urgencias. Al ser desestimada la demanda, la paciente interpone entonces el pertinente recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, condenando al INSA-LUD al pago de una parte de la indemnización. No prospera el recurso de casación interpuesto por el Instituto. (C. L. S.)

49. La responsabilidad sanitaria y la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.—Como indica la S de 1 de julio de 1997, son aplicables a este supuesto los artículos 1, 26 y 28 LGDCU, en cuanto la demandante es consumidora (art. 1), ha utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28. 2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (arts. 25 ss.). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en las debidas condiciones al usuario. Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva.

La naturaleza de la obligación del médico. Obligación de medios y obligación de resultado.—Según se recoge en la S de 22 de abril de 1997, la idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la obligación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y

correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento. (STS de 21 de julio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, después de sufrir una caída que le causó una fractura en el tobillo, ingresó en un centro del INSALUD donde, tras la realización de las necesarias curas e intervenciones quirúrgicas, se le detectó una gangrena y acabó con la pierna amputada. Al no padecer herida externa, pretende probar que la gangrena surgió como consecuencia de alguna de las operaciones realizadas. La demandante interpone una demanda en Primera Instancia, y es estimada parcialmente, condenando al INSALUD a pagar diez millones de pesetas. Al pronunciarse la Audiencia Provincial en igual sentido, el INSALUD decide interponer recurso de casación, pero el TS confirma la sentencia de la Audiencia. (C. L. S.)

50. Omisión de la vigilancia debida. Culpa *in vigilando* en el ámbito empresarial.—Las medidas de protección no se agotan con el suministro o mero hecho de estar provista la empresa de los materiales y elementos de seguridad adecuados, sino que le imponía un plus de mayor atención y cuidado, representado por la vigilancia y necesario control a cargo del encargado de la cuadrilla de trabajadores, de que se utilizasen dichos elementos previsoros de accidentes, para no dejar posibilidades, que resultaban previsibles, de que aconteciera el accidente en un actuar normal y conveniente, al menos al comienzo de los trabajos y que aun en dimensión leve de negligencia, dadas las circunstancias del caso, resulta suficiente para hacer presente la concurrencia de culpa civil.

Cuando se produce culpa *in vigilando* la responsabilidad de las entidades empresariales o patronales es directa, una vez que resulta acreditada la causación material de los daños por los dependientes o subordinados. Dicha culpa está conexcionada a la falta del preciso control y aseguramiento de las condiciones en las que se va a desarrollar un trabajo, que por sí se presenta peligroso, de forma bien conocida y notoria, y que en todo caso se realizaba en beneficio y provecho de la empresa.

No apreciación de caso fortuito.—El matiz cuasi-objetivo sin exclusión de culpa, impide apreciar situación de caso fortuito en la causación de los daños, que dejaría sin indemnización a la víctima.

La aplicación del artículo 1105 CC sólo procede cuando se trata de sucesos no previsibles o que, previstos, resultasen inevitables. En manera alguna puede hablarse de imprevisibilidad cuando el resultado dañoso se ha probado

que derivó de un comportamiento culposo de la recurrente. (STS de 30 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de un accidente laboral producido por una descarga eléctrica, el dañado solicita una indemnización a la empresa para quien desempeñaba ese servicio, por no haberle proporcionado las medidas de seguridad y precaución adecuadas al ejercicio de su trabajo. En Primera Instancia se estima la demanda y la Audiencia Provincial confirma dicha sentencia. La empresa, no estando de acuerdo con el pronunciamiento dictado, interpone recurso de casación que es desestimado por el TS. (C. L. S.)

51. Responsabilidad extracontractual por emanaciones tóxicas. Inmisiones: artículo 1908.2 CC.—Son muchas las sentencias de esta Sala que proclaman, en sede de teoría general acerca de la responsabilidad por culpa extracontractual *ex* artículo 1902 CC, la tendencia hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasiojetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa (*cuius est commodum eius est periculum; ubi emolumentum, ibi onus*). Es por ello por lo se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el acogimiento de la llamada «teoría del riesgo», ora por el cauce de inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante para desvirtuarla, como tiene declarado esta Sala «el cumplimiento de Reglamentos, pues éstos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos» (SS de 16 de octubre de 1989, 8 de mayo, 8 y 26 de noviembre de 1990, 28 de mayo de 1991 y 24 de mayo de 1993, entre otras).

Por otro lado, y además, ha de tenerse en cuenta el núm. 2 del artículo 1908 CC, que es donde el presente caso litigioso encuentra su subsunción o incardinación específica, configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, al establecer que los propietarios responden de los daños causados «por humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades», que es lo ocurrido en el presente caso, pues aunque cuantitativamente los humos y gases expedidos por la fábrica de la entidad recurrente hayan podido respetar los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros.

Cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil en el supuesto de daños continuados o de producción sucesiva.—«Es consolidada doctrina de esta Sala (SS de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986, 25 de junio de 1990 y 15 y 20 de marzo y 24 de mayo de 1993, entre otras) la de que cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia (*dies a quo*) hasta la producción del definitivo resultado, cuan-

do no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida». (STS de 7 de abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios, usufructuarios y aparceros de unas fincas situadas en Cataluña, con base en los daños que dicen venir sufriendo en las mismas como consecuencia de las emanaciones tóxicas o contaminantes procedentes de una fábrica de productos químicos, ejercitan acción de responsabilidad por culpa extracontractual en juicio declarativo ordinario de menor cuantía, demandando a la mercantil *Minas de Potasa de Suria, S. A.* (propietaria de la referida fábrica). En su demanda solicitan se dicte sentencia por la que se declare que los daños y perjuicios sufridos por las fincas de los actores son consecuencia de la actividad industrial que *Minas de Potasa de Suria, S. A.* ha venido desarrollado desde 1964 hasta la actualidad; y se condene, por tanto, a la mercantil demanda a pagar los correspondientes daños y perjuicios que se acrediten sobre las fincas por su nula o escasa producción, atendiendo en la fijación de su cuantía a la posición de cada actor y a los tiempos y proporción en que han sido afectados y perjudicados, concretando en el caso de dos de los de los demandantes que eran aparceros que se les tiene que indemnizar en las tres cuartas partes de lo que resulten perjudicados; y que, hasta que las fincas afectadas no vuelvan a tener su estado sano y normal y a producir una cosecha media normal como lo hacen otras fincas de la zona no contaminadas, se obligue a la empresa demandada a pagar a los perjudicados los perjuicios que se puedan acreditar anualmente.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando parcialmente la demanda, condenó a *Minas de Potasa de Suria, S. A.*, a pagar el desmérito de las fincas afectadas como consecuencia de la actividad industrial desarrollada, desde el año 1964 hasta el año 1987 inclusive, así como los correspondientes daños y perjuicios que se fijen en la fase de ejecución de sentencia, atendiendo a la respectiva titularidad o posición de cada actor. Interpuestos recursos de apelación por ambas partes contendientes, la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 10 de febrero de 1993, modificando parcialmente la sentencia de primera instancia, se pronuncia en el sentido de considerar que el momento final para el cómputo de los daños y perjuicios que se reclaman por los actores es el de la interposición de la demanda inicial del procedimiento, debiendo de procederse en la fase de ejecución de sentencia, a la estimación de los daños y perjuicios sufridos con arreglo a las siguientes bases: un solo perito, ingeniero de montes, determinará la merma que, en el momento de la presentación de la demanda, presentaban las fincas, instalaciones y aperos de los actores, teniendo en cuenta en el caso de las fincas que se ocupan en concepto de masovería, que su merma se pondrá en relación con el valor en renta de las fincas y los porcentajes que a los masoveros les corresponda percibir, y en cualquier caso se tendrá que tomar en consideración la posibilidad efectiva de que las fincas afectadas recuperen su valor normal de mercado. La cantidad resultante por este procedimiento deberá ser indemnizable a los actores hasta el límite máximo solicitado de

100.000.000 de pesetas. Frente a esta sentencia, fue interpuesto recurso de casación por la mercantil demandada, que no prosperó. (V. M. L.)

52. Determinación de la jurisdicción competente: competencia civil o competencia laboral.—De la lectura de los distintos apartados comprendidos en la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 y en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, se desprende que la materia para determinar la competencia laboral se encuentra referida a las cuestiones que afectan al propio ámbito del contrato de trabajo que vincula al trabajador y al empresario y a aquellos otros relacionados con los conflictos colectivos, la Seguridad Social y las Mutualidades. Tal circunstancia vinculante o condicionante no concurre en el supuesto que nos ocupa, en el que lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual, excede de la específica órbita del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, máxime, cuando en la demanda inicial del procedimiento se hace alusión a que la acción que se ejercita es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios al amparo de los artículos 1902 y 1903 CC. La reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC, reguladores de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al admitir expresamente que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las referidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil, siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de las obligaciones (arts. 1089 y 1093 CC) que es la culpa o negligencia no penadas por la ley, y así lo declara el artículo 97. 3 de la Ley de Seguridad Social. (STS de 21 de marzo de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Se solicita en Primera Instancia una indemnización de 20.000.000 de pesetas en concepto de indemnización por las lesiones sufridas como consecuencia de un accidente laboral. El demandante, en el momento del accidente era menor de edad y desempeñaba un puesto inapropiado dada su inexperiencia y tipo de contrato. La pretensión indemnizatoria fue desestimada por incompetencia de jurisdicción, pero dicha sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial. El empresario condenado interpuso recurso de casación y el TS desestimó las pretensiones del empresario, declarando no haber lugar al recurso. (C. L. S.)

53. Jurisdicción civil. Competencia.—Como se dijo en la S de 21 de diciembre de 1993 siguiendo una mayoritaria jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS —SS de 22 de noviembre y 17 de diciembre de 1985—, cuando los daños que dan pie a la acción resarcitoria se imputan a un ente público y a sujetos particulares, dando lugar a un litisconsorcio pasivo, la competencia es de la jurisdicción con el orden civil, toda cuya doctrina es de aplicación a este litigio.

Prescripción de acciones.—La instrucción de ésta (de la causa penal) interrumpió el plazo de la demanda, y sin que la circunstancia de que el

Ayuntamiento no tuviera conocimiento oficial de la misma sea relevante a los efectos de la prescripción, ya que la acción civil no podía dirigirse contra nadie hasta la terminación procesal de las referidas Diligencias Previas.

Culpa extracontractual.—Corresponde señalar que, como ha entendido esta Sala, entre otras, en S de 20 de mayo de 1996, lo que se acusa en casación es la cuestión de derecho y, en su atención, la causabilidad de los hechos probados en relación al hacer u omitir de quien resultó demandado, al imputársele participación en la comisión de los mismos, de tal manera que es necesario partir de una actuación humana constatada, con independencia de su intensidad, para el alcance jurídico de la misma y su calificación culpabilística, ya que la subjetividad no ha desaparecido del Código Civil y se mantiene vigente en su artículo 1902... Los integrantes de los servicios técnicos del Ayuntamiento de Zamora con otra actuación más adecuada, a la que estaban obligados por mor de que, en situaciones como la enjuiciada, su actividad había de ser, amén de reflexiva, ajustada a las aplicaciones de la ciencia para evitar perjuicios a terceros, previsiblemente pudieron salvar el percance determinado en el párrafo precedente, y al no obrar así, con sus mentadas acciones y omisiones se ha producido la consiguiente conexión con el daño resultante, al concurrir datos probados, definidores de la culpa extracontractual, de acuerdo, entre otras, con las SS de esta Sala de 13 de febrero de 1993 y 30 de diciembre de 1995. (STS de 8 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Nélida C. S., en nombre propio y en beneficio de la comunidad hereditaria que se había constituido a la muerte de su padre, demandó a don Víctor P. F., a *Construcciones Granadilla, SLR*, a don Lucas E. N. y al Ayuntamiento de Zamora, siguiendo los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, solicitando que le abonaran solidariamente las indemnizaciones derivadas de los daños y perjuicios causados, como consecuencia del hundimiento de la finca de su propiedad, así como de los sobrevenidos por la privación del ejercicio de la actividad mercantil y comercial que venía en ella desempeñando. El Juzgado de Primera Instancia, absolvió al Ayuntamiento de Zamora y condenó a los restantes demandados a que indemnizaran solidariamente a la actora. La Audiencia Provincial revocó parcialmente esta sentencia, y condenó a todos los demandados, salvo a don Víctor P. F. El Ayuntamiento de Zamora interpuso recurso de casación, pero el TS declaró no haber lugar. (M. D. C. H.)

54. Responsabilidad patrimonial de la Administración. Jurisdicción competente.—«Cuando la Administración, como es el presente caso, actúa contratando la ejecución de una obra, no actúa en el ejercicio del *ius imperii*, sino como contratante particular, en una relación (contractual) de derecho privado; la persona que sufre un daño no impugna un acto administrativo (en cuyo caso debería acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa) sino que pide su reparación por aquella actuación que atentó contra el principio de *alterum non laedere* y que proclama el artículo 1902 CC. La jurisdicción competente es, por ello, la civil, sin que tenga aplicación el artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que se refiere a las relaciones de Derecho público, es decir, a la actuación con *imperium*». Además, la Sala 1.^a

recuerda que es doctrina propia de la misma la que mantiene que cuando es demandada la Administración y un particular ante un Tribunal de orden civil, éste tiene jurisdicción.

El Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, como parte de la Administración del Estado que es, tiene capacidad jurídica, puede contratar y debe responder del acto ilícito (responsabilidad extracontractual), gozando asimismo de capacidad para ser parte (según se desprende del mismo art. 1 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado). Cuando, como en el presente caso, actúa como un particular, como un promotor, a través de la adjudicación de un contrato de obra en su dimensión de Derecho privado, deberá responder frente al daño causado a un tercero en virtud de lo dispuesto en el artículo 1902 CC y de las normas de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, sin que éstas puedan ser alteradas o derogadas por las normas administrativas que afectan a ambas partes contratantes (arts. 20 ss. y 44 y 46 de la Ley de Contratos del Estado).

Valor de la prueba de confesión judicial.—La confesión, como recoge la S de 22 de octubre de 1996, «es una prueba más y puede ser desvirtuada por otras apreciaciones probatorias, en cuanto que en nuestro ordenamiento procesal rige el sistema de libertad en la valoración de la prueba, salvo que aquélla se hubiera prestado bajo juramento decisorio, con lo que el juzgador se encuentra facultado para optar entre unos u otros elementos probatorios, no siendo el de la confesión superior a los demás».

Prescripción de la acción para reclamar los daños: artículo 1968.2.º CC.—Es reiterada la doctrina de esta Sala que mantiene que «la prescripción extintiva, como instituto no fundado en estricta justicia, debe ser interpretado restrictivamente (SS de 9 de octubre de 1990, 6 de julio de 1991, 30 de mayo de 1992, 14 de julio de 1993 y 20 de junio de 1994 y 26 de diciembre de 1995). Por lo cual, tiene que estar muy clara la prescripción para aplicarla a un caso concreto y en el presente, no aparece así ni siquiera en la propia formulación del recurso, ni en los autos, ni en la sentencia de instancia, en que ni se menciona». Por otro lado, señala el TS que el cómputo del plazo, *dies a quo*, que contempla el artículo 1969 CC es la *actio nata*, la posibilidad de ejercicio de la acción que es cuando se tuvo conocimiento del daño objeto de la reclamación (SS de 19 de septiembre de 1985, 17 de marzo de 1986, 25 de febrero de 1987 y 25 de julio de 1990). Finalmente, recuerda la Sala que la prescripción no se produce *ipso iure* al cumplirse el plazo, sino que es el favorecido por ella quien debe alegarla (S de 20 de mayo de 1987), por medio de excepción o incluso de acción. Y la parte recurrente alega la prescripción en este recurso, como cuestión nueva, a la que no se hace referencia en las SS de instancia, que, por este solo hecho debería inadmitirse. (STS de 21 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Un edificio situado en Valencia, construido correctamente, con estructura y cimientos adecuados y conservado en perfecto estado, por razón de las obras de construcción del Metropolitano y las excavaciones que se estaban realizando en el subsuelo, cerca de metro y medio del edificio, sufrió un pequeño desplome, por el hundimiento del terreno que lo sustentaba, que produjo una serie de desperfectos, grietas y daños en general, que se acreditaron más intensos

cuanto más próximos se hallaban del chaflán o zona en que se realizaron las obras del túnel y de la estación subterránea.

Formulada demanda por la Comunidad de Propietarios del edificio y otros ante el Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de Valencia, se condenó, en lo que aquí interesa, con carácter solidario al Ministerio (llamado entonces) de Transportes, Turismo y Comunicaciones y a *Dragados y Construcciones, S. A.*, al abono del importe de las obras y de los gastos de reparación de los daños. En trámite de apelación, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia la confirmó, en la parte expresada. Finalmente, el TS desestimó el recurso de casación interpuesto por los demandados. (*V. M. L.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

55. Títulos nobiliarios. Adquisición por usucapión: plazo. Prescripción extintiva de la acción para hacer valer el derecho: plazo.—Si de modo reiterado acepta la Sala 1.^a, como modo de adquisición de un título nobiliario, la posesión ininterrumpida por tiempo de 40 años (SSTS de 7 y 27 de marzo de 1985, 14 de julio de 1986, 21 de junio de 1989 y 6 de marzo de 1992, entre otras), resultaría contrario a la más elemental lógica jurídica el establecer que la acción para hacer valer el derecho a una dignidad nobiliaria se extingue (prescripción extintiva) por el transcurso de sólo quince años, ya que ello conduciría al absurdo jurídico de que el mero detentador de un título sin haber consolidado su derecho a la usucapión de cuarenta años, se vería protegido frente al que ostentara un mejor derecho genealógico a dicho título, al que se negaría el ejercicio de su mejor derecho por no haber usado del mismo dentro del plazo de quince años. Por tanto, el plazo de usucapión y extinción deben ser los mismos cuando la usucapión lleva insita la prescripción extintiva del derecho, pues una y otra son vertientes o puntos de mira conexos de un mismo fenómeno jurídico (STS de 16 de noviembre de 1994).

La renuncia: alcance y tipos.—La renuncia supone una declaración de voluntad, recepticio o no, dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica, distinguiéndose entre renuncia propia o abdicativa, cuando se desiste del derecho con ámbito de eficacia sólo personal, y la renuncia impropia o abdicativa, en cuanto se renuncia a favor de otra persona, la cual implica cesión (STS de 16 de octubre de 1987). Además, mediante la renuncia traslativa de derechos sólo se puede ceder lo que se tiene. (STS de 26 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Por parte de la actora se reclama el mejor derecho al uso, disfrute y posesión de un título nobiliario, en detrimento del demandado y de cualquier otra persona que se considere con mejor derecho. La demanda fue estimada en primera instancia. La Audiencia confirmó este pronunciamiento y el TS no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado. (*I. D. L.*)

56. Usucapión extraordinaria: requisitos posesorios.—El título posesorio en calidad de usufructuario no es suficiente para la prescripción adquisitiva ya que la jurisprudencia ha insistido reiteradamente en que es imprescindible la posesión en concepto de dueño para que se produzca la usucapión (SS de 6 de junio de 1986, 5 de diciembre de 1986, 20 de noviembre de 1990, 14 de marzo de 1991, 10 de julio de 1992 y 29 de octubre de 1994). Sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio, y tan terminantes son estos preceptos que el TS, al aplicarlos, hubo de declarar que tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar en armonía con el artículo 1941 CC sin la base cierta de una posesión continuada durante todo el tiempo necesario para prescribir en concepto de dueño. Y esta posesión en concepto de dueño, como requisito esencial básico, tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria, no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio en otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en un concepto y pasar al *animus domini*. Además, que para que pueda originarse la prescripción adquisitiva, incluso la extraordinaria, como medio de adquirir el dominio, se requiere, no sólo el transcurso de los treinta años sin interrupción en la posesión, sino también que esta posesión no sea simple tenencia material o la posesión natural, sino que sea la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de hacer la cosa como suya, en concepto de dueño. Asimismo, la S de 3 de junio de 1993 reitera que la posesión en concepto de dueño *ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, sin que baste la mera tenencia material, sino que a ella se añadirá la intención de haber la cosa como suya, en concepto de dueño, sin que exista ningún precepto que sostenga que la posesión en concepto de dueño deba presumirse.*

Acción reivindicatoria: demandado.—Del mismo modo, la acción reivindicatoria debe dirigirse contra quien posea indebidamente en concepto de dueño y no quien posea en otro concepto como es el de usufructuario, y además la acción no debe prosperar ya que el adquirente es un tercero protegido por el artículo 34 LH.

Acción de partición de herencia.—El artículo 1965 CC al disponer la imprescriptibilidad de las facultades inherentes a los derechos (*in facultativis nori datur praescriptio*) como, en lo que aquí interesa, la del coheredero para pedir la partición de la herencia, es indiscutible. Sin embargo no existe incompatibilidad entre las respectivas disposiciones de los artículos 1959 y 1965 CC, pues la imprescriptibilidad de la acción para pedir la partición de una herencia, no impide que pueda alegarse una situación de usucapión; respecto a bienes atribuidos inicialmente a la masa hereditaria.

Enriquecimiento injusto.—Su base es la atribución patrimonial sin causa. Se resume en la idea de que ciertos hechos pueden provocar un enriquecimiento sin causa, de una persona, a costa del empobrecimiento de otra de los que nace la obligación del primero de reparar el perjuicio causado al segundo. (STS de 7 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. I. S. M. y otros formularon demanda, en juicio declarativo ordinario sobre reclamación de cantidad, contra doña C. M. V., y otros ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pontareas que desestimó la demanda. En grado de apelación, la

Audiencia Provincial de Pontevedra estimó parcialmente la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

57. Doctrina de la accesión.—El derecho de opción que establece el artículo 361 CC a favor del dueño del suelo no impide que el edificante pueda ejercitar su pretensión para reclamar su derecho sobre el terreno o solar, incluso con anterioridad e independientemente de la opción del dueño del terreno, sobre todo existiendo buena fe y habiéndose efectuado la construcción de forma no subrepticia.

Accesión invertida.—Se excluye la doctrina de la accesión invertida porque ésta es solamente aplicable para el caso que la edificación se haya realizado en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es de propiedad ajena. (STS de 27 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. P. M. y don A. P. M. presentaron demanda sobre declaración de nulidad ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia que desestimó la demanda. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia, dictó sentencia estimando el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

58. Comunidad de bienes. Administración y disposición de cosa común: arrendamiento de local de negocio y autorización para la realización de obras modificativas de su estructura y configuración.—Los actos de un comunero, y por ende, las autorización por él concedida al arrendatario, que supongan una alteración en la configuración de la cosa común constituyen actos de disposición que requieren del consentimiento unánime de todos los comuneros; así lo puso de manifiesto la S de 12 de mayo de 1972 al decir: «... si bien por regla general el contrato de arrendamiento es un acto de administración, como se ha declarado varias veces por este Tribunal, puede en algunos casos por la naturaleza de las cosas a que se contraiga rebasar los límites de la mera administración, como aquí ocurre, en que se autorizaron y realizaron unas obras, que como declara la sentencia recurrida, sin impugnación en el recurso, alteraron la configuración y estructura del local debatido, y en este sentido es necesario reconocer que no se hallaban facultados los condueños demandados que sólo representaban a la mayoría de los dos tercios de la totalidad, sin anuencia de los restantes partícipes, de cuyos derechos dominicales expresamente reconocidos en la Ley, quedarían restringidos o conculcados», doctrina que igualmente se recoge en la S de 19 de octubre de 1993, a la que se hará referencia seguidamente.

Actos de disposición: necesidad del consentimiento unánime de todos los condueños. Mala fe del arrendatario autorizado por copropietario mayoritario que no consta fuera quien se relacionaba normalmente con los arrendatarios.—Dice la S de 19 de octubre de 1993 que «si bien es doctrina de esta Sala (SS de 24 de marzo de 1960, 23 de septiembre y 17 de diciembre de 1964, 25 de septiembre de 1968, 12 de mayo de 1972 y 2 de noviembre de 1978) la que la autorización para que el arrendatario pueda realizar obras, que alteren la estructura o configuración del inmueble arrendado, constituye un acto, no de mera administración, sino de disposición por lo que cuando los arrendadores son los copropietarios del inmueble, la referida autorización requiere del consentimiento unánime de todos los condueños (art. 397 CC), también tiene declarado

esta Sala, sin que ello entrañe contradicción alguna con la doctrina anteriormente expuesta, que cuando el condueño-arrendador que, en nombre de la comunidad, se relaciona normalmente con el arrendatario, manifiesta a éste que se le concede autorización para la realización de una obra, dicha manifestación libera de responsabilidad al arrendatario por la ejecución de las mismas, toda vez que el referido arrendatario no tiene intervención alguna en el régimen interno de la comunidad, sin perjuicio de la responsabilidad de aquél ante ésta, pues el criterio contrario iría no sólo contra la seguridad y garantía de las indicadas relaciones, sino contra el principio de la buena fe establecido en varios artículos del CC y recogido con especial relieve en el artículo 9.º LAU».

Por ello, en contra de lo que afirma la sentencia recurrida, no es bastante para la realización por el arrendatario de obras que alteren la configuración del local, la autorización concedida por uno o varios comuneros-coarrendadores que ostenten la mayoría de participación en la comunidad, sino que es necesario el consentimiento unánime de todos. Por otra parte, la situación de buena fe de los arrendatarios respecto a la realización de las obras con fundamento en la autorización dada por un solo comunero, se deriva, no de que el autorizante sea partícipe mayoritario en la comunidad, sino de que ese copartícipe sea quien, en nombre de la comunidad, se relaciona normalmente con el arrendatario.

Concedores los arrendatarios de la situación de condominio a que estaba sometido el local litigioso, no quedaban amparadas frente a los condueños las obras realizadas, modificadoras de la configuración del local arrendado, por la autorización dada por uno de los comuneros, no obstante ser mayoritario, no estando probado en autos que fuese el autorizante el copropietario con quien normalmente se relacionaban aquéllos». (STS de 19 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Autorización otorgada a los arrendatarios de un local de negocio por un sólo condueño, mayoritario pero sin representación de la comunidad y sin relación previa con aquéllos, para la realización de obras que han modificado su configuración y debilitado la naturaleza y resistencia de los materiales empleados en la construcción.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de nulidad de la autorización de las obras, y la Audiencia Provincial revocó su decisión. Interpuesto recurso de casación, el TS decide casar y anular la sentencia recurrida, confirmando la de Primera Instancia. (R. D. R.)

59. Ejercicio del derecho de retracto entre comuneros.—El plazo cuenta desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la enajenación; conocimiento que no se refiere a tener noticia o mera información, sino y necesariamente a haber sabido y entendido todos los pactos y condiciones de la transmisión. El artículo 1524 CC, al señalar, como comienzo del cómputo de los nueve días para el ejercicio del derecho de retracto, la fecha de inscripción de la venta, estima con presunción *iuris et de iure* que en ese momento conoce el retrayente la enajenación de la finca, con lo que aquel plazo se contará desde el día siguiente a realizarse la inscripción, si bien cuando se acredite que el retrayente conoció la venta *con anterioridad* a la fecha de la inscripción, el plazo se computará a partir de dicho conocimiento, pero no así cuando se invoque que el conocimiento fue posterior a la inscripción.

Legitimación pasiva.—No es posible, salvo que se incurra en una flagrante contradicción, negar la cualidad de comunero al retrayente, cuando la acción divisoria se dirige por la actora frente al mismo comunero. (STS de 7 de abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña María Luz P. P. presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zamora contra don Castor N. F., en la que se ejercitaba la acción divisoria, en base a ser la actora titular de las cuatro quintas partes y el demandado, titular de una quinta parte de la finca objeto de contienda; la sentencia accedió a la pretensión de la actora —previa la acumulación—, no obstante las dos demandas precedentes existentes, en las que la parte demandada en este pleito, insta como actora la correspondiente acción para que se estime el ejercicio de su acción de retracto de comuneros interpuesta precisamente contra aquella demandante, por cuanto que su adquisición en cuatro quintas partes se ha visto cuestionada por esas demandas de retracto. La Audiencia Provincial de Zamora estimó el recurso, revocando la decisión de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

60. Propiedad horizontal. Modificación del título constitutivo o de los estatutos: unanimidad.—Las disposiciones estatutarias han de cumplirse, para su modificación se requiere la unanimidad, extremo que no puede ser suplido por la voluntad de un solo comunero, aunque sea con intervención judicial.

Gastos de comunidad. La individualización de estos gastos, para que no todos se paguen por cuotas, exige unanimidad.—La individualización de ciertos gastos generales, para que no todos se paguen por cuotas, supondría la nulidad de la escritura de constitución de la propiedad horizontal, al dejarla ineficaz en un punto esencial de la misma; y, sobre todo, se vulneraría de lleno el artículo 16.1.º LPH, que exige el acuerdo de la junta de propietarios «por unanimidad» para que sea válida la aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos. (STS de 22 de diciembre de 1993). (STS de 16 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de un piso, sujeto a régimen de propiedad horizontal, demandó a la Comunidad de propietarios, solicitando: 1.º) la nulidad del acuerdo de aprobación de presupuesto para el ejercicio de 1989, adoptado en la Junta de 15 de abril del mismo año, y 2.º) la individualización de ciertos gastos generales. El Juzgado estima sólo el punto 1.º. La Audiencia, por el contrario, desestima todas las peticiones de la actora. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante. (I. D. L.)

61. Propiedad horizontal. Junta de propietarios. Adopción de acuerdos por mayoría: casos.—Para la ejecución de las obras que no producen alteración del edificio o de sus elementos comunes ni afectan al título constitutivo, basta el acuerdo de la mayoría.

Acuerdos de la Junta que requieren unanimidad: sus impugnaciones.—El hecho de que para determinados acuerdos la LPH exija el consentimiento unánime de todos los copropietarios, sin que baste el de la mayoría, no entraña que el acuerdo adoptado sin dicho requisito de la unanimidad esté, viciado de nulidad radical o absoluta, pues, por un lado, los acuerdos que entrañan infracción de algún precepto de la LPH o de los Estatutos de la respectiva Comunidad, al no ser radicalmente nulos, son susceptibles de sanción por el transcurso del plazo de caducidad que establece el artículo 16.4.º LPH, quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos acuerdos que, por infringir cualquier otra ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de su contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al párrafo 3.º del artículo 6 CC y, por tanto, insubsanables por el transcurso del tiempo (SSTS de 6 de febrero de 1989 y 2 de abril de 1990, entre otras).

Inobservancia de la regla de la unanimidad en la adopción de acuerdos que la requieran: anulabilidad.—La regla de la unanimidad, si no es observada, dará lugar a la anulabilidad del acuerdo, pero no produce su nulidad de pleno derecho (STS de 24 de septiembre de 1991).

Prueba de los daños y perjuicios.—Toda indemnización de daños y perjuicios exige ineludiblemente que se pruebe plenamente la existencia y realidad de los mismos.

Daños causados por incumplimiento de obligaciones contractuales y recurso de casación.—El artículo 1101 CC, al limitarse a enumerar las causas que hacen surgir el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, no puede servir, por sí solo, dada la generalidad de su contenido, para fundamentar un recurso de casación por infracción de la normativa que contiene, a no ser que se armonice con los más específicos que, para cada uno de los supuestos a que se refiere, contiene el CC (SSTS 20 de noviembre de 1987, 7 de noviembre de 1991 y 30 de enero de 1993, entre otras).

Sentencias absolutorias: incongruencia.—Las sentencias absolutorias o totalmente desestimatorias de la demanda no pueden, en general, ser tachadas de incongruentes, al entenderse que resuelven todos los puntos objeto de la controversia, salvo que tal pronunciamiento absolutorio esté, basado en la estimación de una excepción no alegada, ni apreciable de oficio, o en una alteración de la *causa petendi*. (STS de 19 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Debido a las obras de cerramiento parcial, con respecto a la vía pública, del espacio de terreno que circunda un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal, los propietarios de sendos locales comerciales situados en la planta baja de dicho inmueble demandaron a la Comunidad al entender que dichas obras (acordadas por Junta de 9 de junio de 1988) extinguieron o modificaron la servidumbre pública de paso que grava el soportal existente en los bajos del edificio, produciendo un perjuicio económico para sus establecimientos; por tanto, los actores solicitaron la demolición de dichas obras y que se condenase a la demandada a indemnizarles los daños y perjuicios causados. Quedó demostrado que el cerramiento o cercamiento dispone de diversos hue-

cos o portillos, permanentemente abiertos, que permiten el libre acceso por los mismos y que no se impugnó el acuerdo antes citado dentro del plazo de caducidad legalmente establecido al efecto. En primera instancia se condenó a la demolición de las obras de cerramiento, pero la Audiencia revoca el fallo desestimando íntegramente la demanda y el TS no da lugar al recurso de casación. (*I. D. L.*)

62. Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdos de Junta.—Hay que distinguir entre un orden de acuerdos cuya ilegalidad es susceptible de sanción por efecto de la caducidad de la acción de impugnación que son aquellos —acuerdos impugnables y provisionalmente ejecutivos— cuya ilegalidad venga determinada por cualquier infracción de alguno de los preceptos de la LPH o de los Estatutos de la Comunidad, pues *so pena de incurrir en el riesgo de crear un amplio y recusable margen de inseguridad jurídica*, no puede ser otra la interpretación que corresponde al párrafo primero de la regla 4.ª del artículo 16 de dicha Ley. Frente a éstos habrían de situarse aquellos otros que, por infringir cualquier otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de *contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude a la ley*, hayan de ser conceptuados como nulos de pleno derecho, conforme al párrafo tercero del artículo 6 CC, y, por tanto, insubsanables por el transcurso del tiempo. (**STS de 7 de abril de 1997**; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Concesa F. L., actuando por sí y en beneficio de sus hijos don Luis Fernando y doña Susana B. F., como propietarios de un local de negocio sito en Burgos, presentó demanda impugnando los acuerdos adoptados por sendas Juntas de Copropietarios de la Comunidad demandada; una celebrada el 1 de marzo de 1990 por la llamada «Comunidad restringida» y la otra el 29 de mayo de 1990 por la «Comunidad General». El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda, pero apelada su resolución fue revocada por sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos. El TS no casó la sentencia recurrida. (*A. J. C.*)

63. Propiedad horizontal. Rótulos colocados de modo permanente y destinados para identificar, por un nombre, un determinado edificio.—Además de los elementos comunes por naturaleza, que son los que, con carácter meramente enunciativo y no excluyente o de *numerus clausus*, relaciona el artículo 396 CC, existen los llamados elementos comunes por destino o accesorios que, sin serlo por naturaleza o esenciales, han de estar sometidos, en cuanto a su alteración o supresión, al mismo régimen jurídico que aquéllos. En este sentido los rótulos identificativos en la cúspide del inmueble son elementos estructurales del edificio litigioso y, al serlo, la supresión de los mismos ha de ser acordada por unanimidad de todos los copropietarios (arts. 11 y 16.1.º LPH), sin que sea válido un acuerdo de la Comunidad adoptado por mayoría simple. (**STS de 28 de abril de 1997**; ha lugar.)

HECHOS.—El B. A., S. A., presentó demanda contra la Comunidad de Propietarios del Edificio 103 de Rambla Nova de Tarragona

sobre nulidad de acuerdos de la Junta Ordinaria relativos a la supresión de unos rótulos colocados en lo alto del edificio, ante el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Tarragona que estimó parcialmente la demanda. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Tarragona estimó en parte el recurso. El TS declara haber lugar al recurso de casación. (A. J. C.)

64. Servidumbre natural del agua: requisitos.—Los presupuestos para que surja la servidumbre de aguas a que se refiere el artículo 552 CC son los siguientes: a) que las fincas afectadas deben estar situadas en la línea descendente las unas de las otras; b) que, a tenor de lo que dice la S de esta Sala de 12 de enero de 1906, las fincas en cuestión han de ser de naturaleza rústica, nunca urbana, circunstancia que en el presente caso no concurre ya que las fincas en cuestión tienen naturaleza urbana, no presenta duda alguna, y es un dato reconocido por todas las partes, que las parcelas en cuestión son parte de una urbanización, que así están consideradas en un Plan Parcial de Urbanismo; c) que el discurrir de las aguas debe estar constituido por un curso natural de las mismas, sin intervención, en mucho o en poco de la mano del hombre, requisito que tampoco se cumple en cuanto se ha comprobado, que las aguas descienden por la vía urbana que delimita la urbanización en la cual se encuentra su parcela, vierten en la misma, gracias a unas determinadas obras de instalación efectuadas por el propio recurrente, de pequeños tubos que atraviesan la acera de la referida calle o vía urbana. (STS de 14 de marzo de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don I. Z. S. formuló demanda de menor cuantía sobre derecho de servidumbre legal de aguas y acción negatoria de servidumbre de desagüe contra don J. G. N. y otros. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Palma de Mallorca estimó parcialmente la demanda y declaró que el predio del actor tiene a su favor servidumbre de desagüe de aguas y que los demandados señores G. M. carecen de derecho de servidumbre de desagüe de aguas. Ambas partes apelaron y la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, estimó el recurso interpuesto por los demandados. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

65. Servidumbres legales de luces y vistas: utilización de materiales traslúcidos.—La cuestión debatida (acción real negatoria de servidumbre de luces y vistas con petición de condena a tapiar e inutilizar el hueco abierto en pared de edificio, propiedad de la demandada) se centra en la consideración que se dé al material constructivo del muro de cerramiento compuesto en parte por *ladrillo pavés* de naturaleza traslúcida. Hace tiempo que la doctrina científica ha estudiado, en relación con las luces y vistas, el empleo de material traslúcido en las paredes o muros, que sin ser medianeros, sean contiguos a otro fondo y, en general, se ha entendido que una construcción de tales características en el muro divisorio propio será siempre posible para el dueño, sin limitaciones de distancias (art. 582 CC), medidas o protección (art. 581 CC) ya que no constituyen un hueco sino un muro, sin otra especialidad, que permitir parcialmente el paso de la luz. Estas técnicas de construcción, al no poderse equiparar a la apertura de ventanas ni de huecos, no están comprendidas en los términos literales de los artículos 581 y

582 CC citados, ni tampoco en su espíritu, pues la utilización de esos materiales no es con fines de luz exclusivamente, sino de ornato o resistencia, que se traduce, en definitiva, en belleza y seguridad del edificio, por lo que este progreso, al no estar comprendido en la regulación del Código Civil, sobre estas relaciones de vecindad, constituye una laguna legal, y para resolverla hay que tener en cuenta que la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto a la del vecino determina, por lo que en la lucha entre dos situaciones vecinales prevalecerá la que se apoye en el interés social si la vida íntima familiar del vecino no se inquieta, por lo que será en cada caso concreto la situación fáctica la determinante de la resolución procedente. En cualquier caso lo que resulta importante, como cuestión fáctica es que la construcción reúna dos elementos mínimos: 1) que el material traslúcido sea sólido y resistente (es decir, con un índice de fractura que impida su concepción como frágil); 2) que, no obstante, permitir el paso de la luz, el material no facilite la visión de formas nítidas sino, en todo caso, de luces y de sombras informes. (STS de 16 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El Abogado del Estado promovió juicio de menor cuantía, contra C. y P. P., S. A. y otros, sobre acción negatoria de servidumbre de luces y vistas. El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Palma estimó la demanda, declarando que los demandados no tienen servidumbre de luces y vistas y les condena al tapiado e inutilización del hueco abierto en el muro del edificio en la parte que colinde con el vuelo de la finca del Estado. La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desestimó el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

66. Prenda irregular: aplicación del artículo 1866 CC.—El artículo 1866 CC en ningún caso permite la realización de la prenda, sino únicamente la extensión de su efecto de garantía, ni tampoco el perjuicio de terceros. Es más, el párrafo segundo del mismo, permite extender los efectos garantistas de dicha prenda a otra deuda, entre las mismas personas, que no se tuvo en cuenta, en el momento de acordarse la referida garantía. Sobre esta cuestión, hay que tener en cuenta la STS de 24 de junio de 1941 en el sentido de exigir a esta figura de garantía, dos requisitos esenciales, como son: a) que entre el acreedor pignoraticio y el deudor principal existan dos o más deudas, de las que la primera de ellas está garantizada con prenda, mientras que sobre la segunda no se ha pactado garantía alguna, y b) que la segunda deuda, que carece de garantía, tenga vencimiento anterior a la primera que se constituyó y que esté garantizada con la prenda.

En resumen, lo que se pretende en el artículo 1866 CC, es otorgar al acreedor la facultad de prorrogar la retención de la cosa dada en prenda a otras deudas, en principio no garantizadas con tal prenda, pero ello no significa que dicha prenda pueda ser realizada en caso de incumplimiento de esas otras deudas para su satisfacción, y ni mucho menos, que con ello pueda perjudicarse terceros afectados por la deuda principalmente garantizada. Además en el presente caso, no se da la situación que prevé el artículo 1144 CC, sino que aquí, lo que ha ocurrido, es que con la pérdida del depósito irregular que garantizaba prendariamente una o varias deudas, pérdida imputable, única y exclusivamente, a la parte recurrente, se ha perjudicado irremisiblemente, la posibilidad de subrogación del fia-

dor que paga, con las mismas garantías que adornaban al acreedor, para el caso de repetición hacia los otros fiadores solidarios. Todo ello, significa, que desde luego el acreedor puede ir contra uno, dos o todos los deudores, pero nunca, que destruyendo en su propio beneficio e indebidamente una garantía obligacional, deje sin la misma al deudor que ha pagado, cuando trate de ejercitar su derecho de repetición hacia los otros deudores, obligados solidariamente con él.

Doctrina de los actos propios.—La teoría de los actos propios, debe partir de la base de una acción humana que defina de un modo inalterable la situación del que lo realiza y que pretende en base a los principios de la buena fe y confianza, concretar la seguridad jurídica. (STS de 21 de febrero de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El 11 de marzo de 1989 se formalizó una póliza de préstamo con garantía personal ante Corredor de Comercio, por la que la recurrente concedía a la mercantil *Construcciones G y M, S. L.*, un préstamo con garantía personal por un importe de 15.000.000 de pesetas, operación que fue afianzada —entre otros— por don Aurelio C. J. simultáneamente, mediante un anexo a la susodicha póliza, el mismo día, el deudor principal entregó en prenda a la entidad bancaria una libreta de ahorros de la que era titular, abierta el día anterior en la misma entidad bancaria, con saldo inicial de 7.000.000 de pesetas, si bien la prenda sólo cubría hasta la cifra de 6.000.000 de pesetas, comprometiéndose el Banco a mantener en su poder durante toda la vigencia del préstamo el susodicho depósito. Posteriormente, la entidad bancaria recurrente permitió que se dispusiese de la prenda hasta dejarla reducida a la ínfima cantidad de 2.843 pesetas sin conocimiento ni consentimiento del fiador señor C. Llegado el vencimiento del préstamo, la recurrente requirió de pago al avalista señor C. de los intereses devengados y el principal pendientes. Ante ello, aquél, ignorando la desaparición de la prenda, abonó el 13 de febrero de 1986, en concepto de intereses 1.242.913 pesetas e hizo un serio ofrecimiento de pago de 8.000.000 de pesetas al prestamista mediante requerimiento notarial al que adjuntaba un cheque conformado, cantidad a la que adicionado el importe de la garantía prendaria de 6.000.000 de pesetas, sumaba el total del principal a la sazón debido, ofrecimiento que el Banco rehusó en la contestación al requerimiento. Fue entonces cuando el señor C. descubrió la disposición de la garantía prendaria.

El avalista don Aurelio C. J. presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Cieza que estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la misma en relación con el tema de las costas de la primera instancia, confirmando los demás pronunciamientos de la referida sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

67. Tercero hipotecario. La aplicación del artículo 34 LH exige la concurrencia de buena fe en el adquirente. Sentido de la buena fe.—La condición de tercero hipotecario requiere de manera indispensable la concurrencia de buena fe en el sujeto que invoca dicha condición. La buena fe, en este ámbito, precisa en su aspecto positivo la creencia de que la persona de la que se trae causa era

dueño de la cosa y podía transmitir el dominio de la misma; y en su aspecto negativo, en la ignorancia o desconocimiento de los vicios invalidatorios que pudieran afectar a la titularidad del transmitente.

Normas procesales. Carga de la prueba. Interpretación del artículo 1214 CC.—En una interpretación de primera vista pudiera llegarse a la conclusión de que el artículo 1214 CC establece de una manera paladina que el principio de que incumbe la prueba a quien afirma y no a quien niega. Sin embargo, tal aserto ha ido matizándose hasta el punto que se puede llegar a la conclusión de que la carga de la prueba (*onus probandi*) tiende a manifestar que no se trata de la aplicación de unos axiomas inflexibles e inmutables, sino que tiene absoluta correlación con la naturaleza del debate, la disponibilidad, realidad y eficacia de la prueba. De forma que el principio general de la prueba afecta a la manera de determinar la regla de juicio para el caso concreto.

Prueba de presunciones. Su valoración es una cuestión de hecho no revisable en casación.—Las presunciones judiciales que regula el artículo 1253 CC consisten en una actividad esencialmente de raciocinio humano que afecta al órgano judicial; el cual, partiendo de un dato firme, llega a crear otro dato, siendo una prueba que la jurisprudencia considera equiparable a los demás medios probatorios. Sobre esta premisa, y considerando que en el caso actual el enlace preciso y directo entre el hecho base y el que se pretende demostrar no se puede tachar de irracional, y sin que las conclusiones obtenidas sean ilógicas, absurdas o arbitrarias, la Sala manifiesta que no procede en casación rebatir las conclusiones que, por esta vía, alcanzó el juzgador de instancia. (STS de 28 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Por el demandante se solicitó la nulidad de contrato de compraventa por simulación y cancelación de la subsiguiente inscripción a favor del demandado. El Juzgado de instancia no dio lugar a la demanda; la Audiencia, estimando la apelación, declara nula la compraventa y manda cancelar la inscripción a favor del segundo adquirente. El TS desestima el recurso interpuesto por el demandado. (I. D. L.)

68. Montes vecinales en mano común. Titularidad dominical. Necesidad de sentencia judicial que contradiga su pertenencia vecinal.—La vida jurídica de los montes comunales y vecinales en Galicia se desarrolló en el exclusivo campo del Derecho consuetudinario, fijado por la jurisprudencia, que estructuró las características de esta peculiar institución jurídica. Doctrina que fue recogida en la Ley de Montes de 1957 y en la Compilación de Derecho Civil especial de Galicia, en la procura de una regulación y consolidación de las titularidades a favor de los vecinos de las respectivas demarcaciones territoriales, en régimen de comunidad germánica o en mano común, con las notas inseparables de ser indivisible, inalienable e imprescriptible, y de no atribución de la titularidad ni a los municipios u otros entes locales, pues si éstos alguna vinculación ostentan a los mismos sólo ha de entenderse como intervencionismo administrativo para el mejor disfrute y aprovechamiento intervecinal. Los vecinos tienen sus derechos y el solo hecho de ser vecinos no desmerece para ser titulares dominicales, máxime en el país gallego, donde los montes son algo que se siente como inherente a la galleguidad y obliga a su defensa y conservación. Y así sigue

expresándose en la vigente Ley de 1989, que atribuye la propiedad de estos inmuebles a las agrupaciones vecinales, de forma que la clasificación de un terreno como monte en mano común atribuye la propiedad a la comunidad de vecinos en tanto no exista sentencia judicial que lo contradiga.

La existencia de derechos canónicos y eclesiásticos sobre bienes destinados al culto es compatible con la propiedad de los terrenos en que se ubiquen a favor de otras personas.—La declaración de propiedad a favor de los particulares demandantes no ataca ni menoscaba la existencia de otros derechos canónicos y eclesiásticos a favor de la Iglesia Católica sobre las ermitas y capillas. La inviolabilidad y respeto que nuestro Ordenamiento jurídico mantiene, en ejecución de los Acuerdos con la Santa Sede, para los lugares y edificios dedicados al culto de la Iglesia Católica (sobre los cuales mantiene su jurisdicción específica) es totalmente compatible con la propiedad que corresponda de los terrenos a otras personas jurídicas o físicas.

La inscripción conforme al expediente del artículo 206 LH expresa una presunción *iuris tantum* de legitimación que debe ceder ante la realidad extrarregistral. Constitucionalidad del artículo 206 LH.—El artículo 206 LH prevé un procedimiento para la inmatriculación de bienes de la Iglesia Católica cuando los mismos estén desamparados de título inscribible. Precepto cuya necesidad fue resultado de la legislación desamortizadora del siglo pasado. En la actualidad dicha norma se presenta poco conciliable con la igualdad proclamada en el artículo 14 CE, ya que puede representar un privilegio para la Iglesia Católica, en cuanto no se aplica a las demás confesiones religiosas inscritas y reconocidas en España, dado que en la actualidad esta última no se encuentra en ningún sitio especial o de preferencia que justifique objetivamente su posición registral y tratamiento desigual respecto a las otras confesiones, consecuencia del principio de libertad religiosa establecida en el artículo 16.1 CE.

Por otra parte, la inmatriculación de bienes por la vía del artículo 206 LH conlleva, además de la suspensión de efectos respecto a terceros por el plazo de dos años desde su fecha conforme al artículo 207 LH, una presunción *iuris tantum* de legitimación que decae ante realidades extrarregistrales existentes y, sobre todo, ante titularidades inscritas con anterioridad. Máxime si se tiene en cuenta que es exigencia básica de nuestro ordenamiento registral, de conformidad con los principios de legitimación, tracto y salvaguardia judicial de los asientos registrales, la improcedencia de toda inmatriculación cuando la finca que se pretende ingresar, y resulta perfectamente identificada, esté ya inscrita a favor de otra persona. Lo cual no se puede obviar acudiendo a formar arbitrariamente enclaves y segregaciones carentes de toda justificación. (STS de 18 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandada, Iglesia Católica, había obtenido la inscripción a su favor de varios montes, utilizando para ello el procedimiento previsto en el artículo 206 LH, sobre la base de las certificaciones expedidas por el Canciller-Secretario del Arzobispado de Santiago de Compostela. Un conjunto de vecinos demanda y obtiene la cancelación de las inscripciones practicadas a favor de la Iglesia, por tratarse de bienes comunales que ya figuraban en el Registro de la Propiedad como pertenecientes a los

demandantes. La Iglesia Católica recurre en casación. El TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa efectúa una declaración *obiter dicta* sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 206 LH. La Sala expresa sin mayor trascendencia su opinión al respecto, en función sobre todo de los principios de igualdad ante la ley (art. 14 CE) y aconfesionalidad del Estado (art. 16 CE), para manifestar sus dudas sobre el valor constitucional de la prerrogativa que se le confiere a la Iglesia Católica a través de aquel precepto. Resulta destacable al menos como una expresión inicial de la opinión que, en su día, puede sostener nuestro Alto Tribunal. (I. D. L.)

69. Hipoteca. Naturaleza jurídica.—El derecho real de hipoteca es un derecho real de garantía que se constituye sobre un inmueble propiedad del hipotecante para asegurar el cumplimiento de una obligación. La hipoteca no es un contrato sino un derecho real, pese al error del CC de incluirla en su libro IV, dedicado a las obligaciones y contratos.

Carácter bilateral o unilateral.—La hipoteca voluntaria, se constituye por negocio jurídico (art. 138 LH) que puede ser bilateral (contrato) o unilateral, prevista, esta última, en los artículos 141 LH y 237 RH: se constituye válidamente por la voluntad unilateral (negocio jurídico unilateral) del dueño de la finca hipotecada y para su eficacia como derecho real requiere la *conditio iuris* de la aceptación del acreedor en cuyo beneficio, que es la garantía de su derecho de crédito, se ha constituido; en cuya aceptación no ha establecido la ley plazo general alguno, sino que el dueño de la finca (sea el hipotecante o un tercero adquirente) puede dirigirla un requerimiento, tras el cual, si no se verifica y hace constar (por nota marginal) en el Registro de la Propiedad, la aceptación, en el plazo de dos meses, queda definitivamente ineficaz la hipoteca y puede cancelarse, a instancia del dueño de la finca.

Causa de la hipoteca.—El negocio jurídico de constitución de hipoteca, sea bilateral (contrato) o unilateral (art. 141 LH) requiere los elementos esenciales de todo negocio jurídico: declaración de voluntad (en el unilateral) o declaraciones de voluntad (en el bilateral: coincidentes; consentimiento), objeto y causa. La causa, en el sentido objetivo que se desprende del artículo 1274 CC es la función económica y social, el fin objetivo e inmediato, que el Derecho reconoce como relevante. En el negocio jurídico de constitución de hipoteca, la causa es la creación de un derecho real con la función de garantía de una obligación; a su vez, tal derecho real de hipoteca, ya constituido, es un derecho de carácter accesorio que sólo subsiste si hay obligación garantizada. (STS de 3 de julio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante don F. N. G. (había adquirido por compraventa judicial, una determinada finca que era propiedad de C. de E., S. A. Anteriormente, ésta había constituido hipoteca unilateral a favor de I. V. de A., S. A., en garantía de un préstamo de 14.000.000 de pesetas. Antes de la inscripción de aquella adquisición por el demandante, se produce y tiene acceso al Registro de la Propiedad la aceptación de la hipoteca unilateral, por parte de I. V. de A., S. A. Don F. N. G. formuló demanda con la pretensión de que se declarara la nulidad e ineficacia de tal hipoteca unilateral ante el Juzgado de 1.ª Instancia

núm. 4 de Badajoz que estimó la demanda. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

70. Extensión de la hipoteca sobre la cosa hipotecada. El principio de subrogación real.—Los artículos 109 y 110.2.^o LH extienden la hipoteca, entre otras, a las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca. La indemnización del seguro viene a sustituir o reemplazar la cosa hipotecada cuando ésta, por razón de un siniestro, desaparece total o parcialmente. Se produce, por efectos de los artículos citados el juego de la subrogación real que hace que la garantía hipotecaria se descomponga en dos partes: una que es la que asume el seguro, y otra que se cifra en la diferencia entre la indemnización pagada por el seguro y el total por el que responde la finca hipotecada. Es decir, que producido el siniestro y cifrada la indemnización en la cantidad de 7.634.255 pesetas, la responsabilidad de la finca hipotecada queda reducida al resultado de restar esta cantidad de la de 9.942.375 pesetas a que se extendía la responsabilidad hipotecaria de la finca, lo que nos lleva a una responsabilidad amparada por la finca de 2.308.120 pesetas. Pero la sentencia recurrida establece otros criterios, que consisten en aplicar el importe de la indemnización percibida del seguro, en primer término, al pago de los intereses devengados desde la constitución de la hipoteca hasta la fecha en que se percibe dicha indemnización. No se trata, de un problema de imputación de pagos, sino de un problema de subrogación real. Se podría pensar que, dado que cuando se produce el incendio y el pago de la indemnización, la finca seguía perteneciendo al deudor hipotecario inicial, al Banco hipotecante le cabía atribuir dicha indemnización al concepto que el mismo estimase conveniente, pero ello no es posible dentro de la legalidad, ya que dicha indemnización sustituye o reemplaza a la cosa ya que si el Banco hipotecante percibió ya la indemnización del seguro, la garantía queda reducida a la diferencia entre la cantidad de que respondía y lo percibido por indemnización puesto que en esta materia no rigen las prescripciones del artículo 1173 CC. (STS de 3 de marzo de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M. N. de L. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra la entidad B. C., S. A., en reclamación de cantidad. La actora es dueña de determinada finca rústica que en el momento de su adquisición estaba gravada con una hipoteca en favor del B. C., S. A., en virtud de escritura de constitución de hipoteca otorgada entre el anterior propietario y la entidad bancaria en la que la finca adquirida respondía de la cantidad de 8.333.985 pesetas de principal, más 708.390 pesetas de intereses de un año, más otras 900.000 pesetas para costas y gastos, lo que hace un total de responsabilidad de 9.942.375 pesetas, y el total de la deuda con el Banco, reconocida en la escritura mencionada era de 26.333.985 pesetas, respondiendo por el resto de esta deuda otra finca, con la que la actora nada tenía que ver. En fechas anteriores a la adquisición de la finca en cuestión, la misma había sufrido un incendio que destruyó las naves construidas en ella, y como consecuencia del siniestro se puso en marcha el mecanis-

mo del seguro concertado con *B. V. de E., S. A.*, que pagó al Banco la cantidad de 7.634.255 pesetas. La póliza de seguros amparaba la pérdida por incendio de los inmuebles hipotecados, pero el Banco no destinó el importe cobrado a la reconstrucción de las naves destruidas, lo que se llevó a cabo por la actora tras la compra de la finca, sino a la cancelación parcial de la hipoteca. El *Banco Central* inició el procedimiento del hipotecario artículo 131 y prevaliéndose de las nulas posibilidades de defensa, la actora se vio obligada a consignar la totalidad de la cifra por la que respondía la finca, es decir, 9.942.375 pesetas. La cuantía del pleito se fijaba en 8.954.259,75 pesetas, diferencia entre lo debido (997.115,25 pesetas) y lo cobrado por el Banco (9.942.375 pesetas). La pretensión reclamatoria ejercitada fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Oviedo pero fue revocada por la dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de la citada capital, en el sentido de condenar a la entidad bancaria, en su actual denominación, *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, a abonar a la señora N. de L. la cantidad de 5.579.492 pesetas, más los intereses legales del artículo 921 LEC, desde la fecha de la sentencia de primera instancia. El TS casó la sentencia y confirmó la primera instancia. (A. J. C.)

71. El procedimiento hipotecario especial del Banco Hipotecario de España: caracteres.—Constituye un verdadero proceso de ejecución, sin fase alguna de cognición y que relega toda reclamación-oposición a un juicio declarativo ordinario posterior.

Similitud con el procedimiento del 131 LH. No vulnera el derecho a la tutela judicial.—El TC en sentencia 6/1992, de 16 de enero, proclama refiriéndose al procedimiento sumario del artículo 131 LH (de absoluta similitud al del *Banco Hipotecario de España*), que su regulación y fundamento no afecta, *per se*, al derecho fundamental que se contiene en el artículo 24.1 CE.

Extensión objetiva de la hipoteca.—El que la hipoteca origen del actual procedimiento, al ser agrupada a otra, formara una nueva, no sólo no contradice el artículo 110 LH, que únicamente se refiere a la extensión de la hipoteca a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados; sino que no altera para nada el *substratum* de la garantía hipotecaria. En todo caso, si así fuera, lo sería para aumentar la base de la misma.

Exigencia de conducta diligente en el que alega la indefensión.—La resolución judicial *inaudita parte* no implica vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que se produzca indefensión, cuando el afectado no ha puesto la debida diligencia en la defensa de sus derechos o cuando pueda deducirse que poseía un conocimiento extraprocésal de la existencia de un proceso en el que no fue personalmente emplazado (SSTC 56/1985, 150/1986, 141/1987 y 182/1987, entre otras).

Pautas constitucionales para la interpretación de la noción de indefensión.—a) Las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso (STC 145/1986); b) la indefensión prohibida por el artículo 24.1 CE no nace de la simple infracción de las normas procesales, sino que debe llevar consigo la privación del derecho a la defensa y el perjuicio real y efectivo para

los intereses del afectado (SSTC 102/1987, 155/1988); y c) la CE no protege situaciones de simple indefensión formal, sino de indefensión material en que razonablemente se haya podido causar un perjuicio a alguna de las partes (STC 161/1985). (STS de 11 de octubre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—El actor (deudor hipotecario) se dirige contra el *Banco Hipotecario de España –B. H. E.*—(acreedor hipotecario) y contra los dos adjudicatarios de la finca tras el procedimiento hipotecario propio del *B. H. E.* (regulado por LO 2 de diciembre de 1872 y RD 3 de noviembre de 1928), que es similar al del 131 LH, reclamando: 1.º) la nulidad de actuaciones desde que se le citó por edictos en el mencionado procedimiento y, también, la nulidad de la adjudicación de la finca hipotecada; 2.º) que el *B. H. E.* le indemnice los perjuicios que le ha ocasionado la pérdida de la finca, y 3.º) con carácter subsidiario, que el *B. H. E.* le resarza la diferencia entre el valor actual de la finca y el precio de adjudicación.

El Juzgado estima sólo el punto 3.º, al entender que el *B. H. E.* conocía el domicilio real del deudor hipotecario y lo ocultó en el procedimiento especial. La Audiencia revoca esta sentencia al admitir sólo el pedimento 1.º El TS estimó el recurso de casación interpuesto por los adjudicatarios del inmueble y confirmó íntegramente la de primera instancia. (*I. D. L.*)

DERECHO DE FAMILIA

72. La promesa de matrimonio no sirve de fundamento a los daños y perjuicios.—El daño moral, causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal y lo mismo cabe decir del estado de depresión reflejado en el informe forense que consta en las actuaciones.

Los «gastos hechos» y las «obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido», a los que alude el artículo 43 CC, deben guardar relación de causalidad directa con la promesa de matrimonio y, además, no pueden incluir una especie de indemnización por daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa, con las limitaciones que este precepto entraña en orden a las consecuencias económicas del incumplimiento.

Unión de hecho al modo uxorio. Normas sobre uso de la vivienda familiar. Aplicación analógica.—Comienza el Tribunal sentenciador considerando que debe rechazarse la aplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales a las uniones *more uxorio*, puesto que la libertad que se autoconceden los convivientes al margen de formalidades matrimoniales, no puede paradójica y contradictoriamente tener parigual con vinculaciones societarias de carácter matrimonial, a no ser que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y dentro de sus límites, se constituyeran pactos válidos de esta naturaleza. Pero, a continuación, señala que la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de

sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. Partiendo de estas consideraciones entiende que «las normas que sobre el uso de la vivienda familiar, contiene el Código civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquellas valen también en este último caso». (STS de 16 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Establece la sentencia recurrida, como base fáctica probada, la certeza de la convivencia que la demandante mantuvo con el ahora recurrente, la cual se prolongó por espacio de unos tres años y en la que se integraron los tres hijos que aquélla tuvo de su precedente matrimonio disuelto. Dicha convivencia se mantuvo en el domicilio que el recurrente estableció en la calle Vidrio, 29 de Sevilla, y creó una auténtica comunidad de intereses económicos, a más de naturales vínculos afectivos y de un claro reconocimiento social, de todo lo que se derivó un estado de hecho semejante al generado por una unión matrimonial solemnizada legalmente. La ahora recurrida, doña M.^ª L. P., convino en mantener tal convivencia ante la certidumbre de que habría de alcanzar el refrendo legal, mediante la celebración de matrimonio civil con el recurrente Sr. C. C., y así se promovió e incoó el oportuno expediente previo, en el que llegó a hacerse concreto señalamiento para el acto de la ceremonia. La aceptación de esta suerte de convivencia uxoria movió a la señora P. a resolver el contrato de arrendamiento que venía disfrutando respecto de otra vivienda en la misma ciudad, donde residía en unión de sus tres aludidos hijos, y en la que aceptaba un número reducido de huéspedes, que representaban para ella unos fluctuantes ingresos económicos.

Frustrado el proyecto matrimonial, doña M.^ª L. P. formula demanda en la cual solicitaba que se dictara sentencia en la que se acogieran los siguientes pronunciamientos: a) conceder a la actora el uso y disfrute del inmueble urbano sito en la calle Vidrio, núm. 29 de Sevilla; b) conceder a la actora el uso y disfrute del automóvil marca «Volkswagen» Polo, matrícula SE-2592-AU; c) señalar una indemnización por incumplimiento de promesa matrimonial a cargo del Sr. C. C. y a favor de la actora consistente en 6.000.000 de pesetas; d) condenar al Sr. C. C. a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y ser condenado al pago de las costas. Esta demanda fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia. Interpuesto recurso de apelación la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta, dictó sentencia revocando parcialmente la sentencia recurrida. Don C. C. formalizó recurso de casación que no prospera. (O. M. B.)

73. Sociedad de gananciales. Litisconsorcio pasivo necesario.—Como sostienen, reiteradamente, sentencias de esta Sala en relación al ejercicio de acciones personales derivadas del contrato, cuando se postula la eficacia o ineficacia de una relación negocial basta dirigir la pretensión contra aquel de los cónyuges que haya

sido parte en el contrato, sin necesidad de demandar, también, al otro cónyuge que no intervino en el mismo (SSTS, Sala 1.ª, de 10 de junio y 30 de octubre de 1985, 26 de septiembre de 1986, 4 de abril y 6 de junio de 1988 y 16 de junio de 1989).

Por el contrario, si los dos esposos tuvieron intervención, de manera directa o indirecta (representado uno por el otro) en el contrato cuestionado, la demanda debe, inexcusablemente, ser dirigida frente a los dos, pues lo contrario significa una defectuosa o inadmisibile constitución de la relación jurídica procesal (SSTS de 6 de junio de 1988 y 25 de enero de 1990).

Respeto al precio aplazado. Causa no imputable al comprador.—Entiende el Tribunal sentenciador que no puede accederse a la petición del actor consistente en la reclamación de la totalidad del precio restante de la compraventa, ya que lo que se pactó fue una primera entrega ya satisfecha y un aplazamiento del resto en trece años mediante subrogación en un crédito hipotecario. Señala en relación a esta cuestión que la falta de instrumentación técnica a través de las escrituras y documentos precisos de esta subrogación o su imposibilidad devenida por causa de no haber alcanzado el vendedor la calificación prometida, no es óbice para que se respeten aquellos pactos en la forma que sea posible, ya que, como la parte reconoce, aquella calificación definitiva no pudo obtenerse por causas imputables al promotor. De este incumplimiento no puede inferirse que los compradores tengan que cumplir con la totalidad de la obligación sin reconocimiento de los plazos establecidos para su pago. (STS de 26 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan R. M. presentó demanda de menor cuantía contra doña Manuela A. P., doña Ángeles F. L. y otros, sobre cumplimiento de contratos de compraventa. Los demandados se opusieron, formulando reconvencción sobre incumplimiento contractual del demandante.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la reconvencción, siendo esta resolución revocada parcialmente en grado de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Sobre la doctrina del TS en relación al litisconsorcio pasivo necesario en la defensa de los bienes y derechos gananciales se puede consultar Guilarte Gutiérrez, V., *Defensa de los bienes y derechos gananciales y litisconsorcio pasivo necesario*, Tecnos, Madrid, 1994. (A. G. B.)

74. Matrimonio de hecho. La aplicación analógica de las normas del régimen de gananciales.—Debe mantenerse la aplicación de las mismas, cuando no existen elementos derivados de la propia conducta de los que así conviven determinante de la exclusión de esa aplicación analógica, y ello, por el sentido estricto con que debe entenderse cualquier juego extensivo del régimen de gananciales, pues si bien puede ser aplicable en las llamadas uniones de hecho o *more uxorio*, ello habrá de ser cuando en la compulsa de la conducta concreta de la convivencia que ha presidido esta unión no aparezcan circunstancias de hecho, o hasta instrumentos de pactos expresos suficientes que eliminen esa aplicación de reenvío. (STS de 4 abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—J. G. H. M. solicita al Juzgado de Primera Instancia que se declare, entre otras peticiones, el carácter ganancial de la

vivienda objeto del litigio, aplicándose el régimen de gananciales, a la relación de hecho que mantenía con T. G. T. El Juzgado de Primera Instancia deniega la declaración del carácter ganancial de la vivienda. La Audiencia Provincial considera procedente la aplicación analógica de las normas de la sociedad de gananciales. El TS estima el recurso confirmando la sentencia de instancia. (Y. B. M.)

75. Tercería de dominio. Requisitos para su ejercicio.—Siguiendo la doctrina consolidada de esta Sala a través de muchas sentencias, como la de 2 de junio de 1994 que señala la no identificación de la acción de tercería de dominio con la acción reivindicatoria, puesto que la finalidad primordial de la primera no es la recuperación del bien (...) sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo.

Para el ejercicio con éxito de la misma, son necesarios los siguientes requisitos: a) que en un procedimiento de ejecución o apremio se constituya un embargo sobre un bien cuya titularidad se atribuya al deudor sin ostentarla, b) que quien la ejercite acredite el dominio exclusivo y excluyente sobre aquél con anterioridad a la constitución de la traba, c) que no está vinculado de algún modo, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó el embargo, es decir, que por su ajeneidad a la deuda reclamada ostente respecto a ella la condición de tercero, y d) que la acción de liberación se ejercite antes de otorgarse escritura o consumarse la venta de los bienes como exige el artículo 1533 LEC.

Modificación de las capitulaciones matrimoniales y derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales.—Toda modificación del régimen económico matrimonial implica que los bienes han de responder directamente frente al acreedor del marido por las deudas por éste contraídas, señalando la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aún después de la disolución de la sociedad, pueden accionar los acreedores contra los bienes gananciales, incluso, que hubieran sido adjudicados al cónyuge no deudor, por aplicación del artículo 1401 CC. Y conforme al artículo 1365.2 CC, que establece como principio general que la responsabilidad de los bienes gananciales no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados a cualquiera de los cónyuges. (STS de 17 de julio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—P. G. S. promovió tercería de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social y contra R. C. V. demandando el levantamiento del embargo trabado sobre la vivienda propiedad de la actora. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, cuya sentencia es revocada por la Audiencia Provincial, en la que estimando parcialmente la demanda, declaró la propiedad exclusiva de la actora sobre la vivienda embargada; pero declara no haber lugar al levantamiento del embargo. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto. (Y. B. M.)

76. Separación conyugal. Naturaleza y eficacia del convenio regulador no aprobado judicialmente.—El convenio que le falta la aprobación judicial,

conditio iuris de su eficacia, no es el convenio regulador que contempla el artículo 90 CC y al que se refieren los artículos 81 y 86. Es un negocio jurídico de derecho de familia. No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico. (STS de 22 de abril de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Unos cónyuges celebran un convenio de separación matrimonial. Dicho convenio no se presenta en el proceso contencioso de separación que se siguió en el Juzgado de Primera Instancia, por lo que en la sentencia se dispone que se estará a lo dispuesto por el artículo 81.1 CC, es decir, a las medidas adoptadas por la sentencia. Posteriormente, la esposa formuló demanda interesando el cumplimiento parcial del convenio pactado anteriormente con su esposo. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia revocando la anterior sentencia, declara la ineficacia del convenio. El TS casa la sentencia dictada por la Audiencia Provincial y confirma el fallo del Juzgado de Primera Instancia. (Y. B. M.)

77. Filiación paterna no matrimonial. Valoración de la negativa a someterse a las pruebas biológicas.—Es conocida la tesis general respecto al valor que tiene la negativa a la práctica de la prueba biológica establecida por profusa jurisprudencia, entre la que cabe destacar la S de 19 de septiembre de 1996, en la que se afirma que «sin alcanzar el carácter de *ficta confessio*, debe ser determinante de la convicción del órgano enjuiciador cuando, a su vez, aparte de esta negativa existen otros elementos de prueba que, en el sentir del Tribunal sentenciador propenden a alcanzar la paternidad discutida». Asimismo, recuerda la Sala su S de 22 de marzo de 1996, según la cual, «ante la terminante prescripción del ordenamiento vigente (arts. 39 CE y 127 CC), es patente que la investigación de la paternidad, si bien no puede imponerse a la fuerza, hoy día obligatoriamente, en punto al sometimiento a la práctica de pruebas biológicas, porque ello quizá vulneraría el artículo 10.1 CE, por lo que actualmente pudiera reflejar una cierta vejación, es lo cierto que, aquellos preceptos son portadores de un mensaje legal enderezado al bien público —la primera célula de la sociedad es la familia y su átomo más irradiante la relación paterno-filial—, cuyas exigencias merecen una mayor y más específica protección, sobre todo en su instrumentación jurídica finalista y adecuada».

Inconsistencia de la negativa a someterse a las pruebas biológicas por el riesgo del *plurium concubentium*.—En el caso resuelto por la sentencia, la justificación de la negativa a la práctica de la prueba biológica solicitada se basa en la posibilidad de que el progenitor del demandante fuera otro miembro de la familia del demandado, esto es, su propio padre, otro hermano y un tío suyo, todos ellos ya fallecidos. Respecto a esta cuestión, matiza el TS que, sin perjuicio de que estas singulares circunstancias, en su caso, pudieran albergar alguna cierta explicación de contarse con una probanza indiscutible de sus asertos —lo que obvio es, resulta imposible—, nunca pueden suponer una concluyente expli-

cación exonerativa de responsabilidad en el comportamiento del demandado, siendo *per se* bien significativo de que por el mismo se reconozca la posibilidad, por no decir la realidad, de unas relaciones sexuales verificadas en el domicilio paterno –sin que tampoco se excluya de forma contundente que las pudiera haber tenido también el propio demandado con la madre del actor y sus demás parientes, padre, tío carnal o hermano–.

Tampoco resulta atendible, según se declara en la sentencia, que por el riesgo de esa eventual interferencia en cuanto a la cualidad del progenitor, pudiese justificar dicha negativa, ya que, en una actitud evidentemente honesta y consecuente con la verdad –con su verdad–, el propio demandado podía perfectamente haberse sometido a esa prueba, pues, desde el punto de vista científico (y sin perjuicio de la afinidad genética suya con las de los parientes que se indican en su escrito de recurso, y que como mucho puede marginar a cierta similitud, pero nunca identidad) ello perfectamente puede ser decantado a través del filtro analítico de compulsa genética correspondiente, y, de esa manera, haber prevalecido la controvertida realidad progenitora del interesado. Finalmente, como otros instrumentos probatorios que concilian el objetivo acreditado de la paternidad, cita la sentencia el contenido de la prueba testifical practicada, la asistencia económica mantenida durante tiempo por la familia del demandado a favor del actor y las demás circunstancias de notoriedad en la cualidad paterna del demandado. (STS de 17 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.–Don F. O. P. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de juicio declarativo de menor cuantía, sobre reconocimiento de filiación paterna no matrimonial, contra don M. M. C., suplicando sentencia por la que se declarase su filiación paterna no matrimonial respecto del demandado.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, siendo esta sentencia revocada en grado de apelación por la Audiencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (O. M. B.)

78. Reclamación de paternidad con respecto a un nacimiento producido en 1947 y habiendo fallecido el presunto progenitor en 1977. Inaplicabilidad a este supuesto del artículo 137 CC en su redacción anterior a la Ley de 13 de mayo de 1981. Desestimación de la acción por falta de prueba de la paternidad, no hallándose el demandante en la posesión de estado de hijo del presunto y fallecido progenitor.–La remisión que la DT 7.^a de la ley de 13 de mayo de 1981 (Ley 11/1981) hace a la «legislación anterior», en materia de acciones de filiación cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor dicha Ley 11/1981, no puede, en modo alguno, entenderse referida a preceptos que sean contrarios a la Constitución, pues tales preceptos no pueden aplicarse a procesos que se tramiten después de la entrada en vigor de aquélla, sin que ello implique, dice textualmente la STC de 20 de diciembre de 1982, «la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo, el de la vinculatoriedad inmediata del artículo 14 y la afirmación de que, en consecuencia todo español tiene desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho a no ser discriminado por razón de su nacimiento, por lo cual no puede preceptuarse, vigente la Constitución, esta situación discriminatoria surgida al amparo de la legislación pre-

constitucional y de la diferencia en ella existente entre los regímenes contenidos en los artículos 118 y 137 CC», agregando la misma sentencia que «antes de la promulgación de la ley 11/1981 modificadora Código Civil... el artículo 137 había quedado derogado por el juego del artículo 14 y la DD 3.^a de la Constitución...» y que «... la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 genera su nulidad y produce necesariamente efectos incluso en los procesos pendientes...». En concordancia con ello, ya la Sala de lo Civil del TS en su S de 10 de marzo de 1987 declaró que la aplicabilidad CC en su redacción anterior a la reforma que en él introdujo la Ley 11/1981 solamente habrá de producirse «siempre que ello no implique un ataque o lesión a los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional».

Por otro lado, no puede decirse que nos hallemos ante una situación ya agotada o consolidada (por caducidad de la acción), toda vez que la DT 3.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981 establece que «las acciones concernientes a la filiación nacidas conforme a la legislación anterior durarán el tiempo que señale esta legislación, salvo que por la nueva tuvieren mayor plazo», siendo este el supuesto aquí contemplado, pues el artículo 133.1 CC, en la vigente redacción que le dio la citada Ley, prescribe que «la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida».

La negativa por las demandadas a someterse a una prueba biológica no permite considerar que la filiación se encuentre acreditada respecto al demandante.—En efecto, el hecho de que las demandadas (hijas matrimoniales del fallecido) se hayan negado a someterse a la prueba biológica propuesta por el actor, no permite, por sí solo, llegar a la conclusión pretendida por el actor, porque la negativa a someterse a tal prueba, que en ningún caso entraña una *ficta confessio* de la pretendida paternidad, sólo podría ser tenida en cuenta como un importante indicio que, unido a las demás pruebas obrantes en autos, permitiera llegar a la conclusión del acreditamiento de la pretendida filiación, pero es que en este caso, como ya se ha dicho, no existe en el proceso ningún otro eficaz elemento probatorio de dicha filiación, al que pudiera sumarse la negativa de las demandadas a someterse a la repetida prueba biológica. (STS de 24 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formula ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Jerez de la Frontera demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, sobre reclamación de estado de filiación, solicitando se declare el estado de filiación no matrimonial del actor, constando así inscrito en el Registro Civil, así como le sea entregada la parte que le corresponda en la sucesión habida al fallecimiento de su padre, equiparando su condición de heredero con la de los demás. Dictada sentencia en Primera Instancia se resuelve estimando parcialmente la demanda interpuesta, declarando la paternidad reclamada por el actor y en consecuencia atribuyéndole todos los derechos inherentes a tal pronunciamiento, sin hacer pronunciamiento sobre costas. Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia estimando el recurso de apelación, revocando la sentencia dictada en primera Instancia, y sin entrar a conocer del fondo del asunto, absuelve a las recurrentes de la demanda, al haberse producido la caducidad de la acción. Se interpone recur-

so de casación por el demandante, estimando el TS no haber lugar al recurso, estableciendo expresamente la imposición de costas al recurrente. (A. I. H. O.)

79. Filiación extramatrimonial. Acción de reclamación. Posesión de estado.—Es doctrina de esta Sala (contenida entre otras, en las SS de 29 de mayo de 1984, 5 de noviembre de 1987, 17 de marzo de 1988, 20 de mayo de 1991, 14 de noviembre de 1992, 2 de marzo de 1994) que la posesión de estado es una cuestión de hecho, cuya estimación corresponde a los Tribunales de instancia y que ha de ser mantenida en casación, en tanto no se desvirtúe por medio impugnatorio adecuado para ello. Por posesión de estado ha de entenderse aquella relación del hijo con el padre (o madre, en su caso), en concepto de tal hijo (*nomen, tractatus, fama*) manifestada por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública.

Valor de la prueba biológica no practicada.—La no realización de la prueba biológica, no impide que se declare la filiación siempre que conste la posesión de estado, según establece el artículo 135 CC. (STS de 6 de mayo de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—A-B. H. O., promueve contra C. G. G., en calidad de madre y heredera del fallecido J.-L. S. G. G., y contra aquellos otros posibles e ignorados herederos del mismo, el juicio de menor cuantía para que se declare la paternidad de J.-L. S. G. G., respecto del niño J.-G. H. Se concede por el Juzgado de Primera Instancia y se confirma íntegramente por la Audiencia Provincial.

El TS rechaza el recurso formulado y confirma la sentencia impugnada. (Y. B. M.)

80. Filiación no matrimonial. Negativa a la práctica de la prueba pericial biológica.—La negativa a la práctica de la prueba pericial biológica no constituye *facta confessio* y sólo es un dato a valorar por el Juez en relación con las demás aportaciones demostrativas incorporadas a las actuaciones. (STS de 14 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—A. M. C. demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a J.-A. O. G., sobre declaración de paternidad y petición de alimentos, y, entre otras peticiones, solicitó la manifestación de que el menor S. M. C. es hijo de la actora y del demandado. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y su sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial. El TS desestima el único motivo objeto del recurso. (Y. B. M.)

81. Patria potestad. Privación.—Establece la Sala que, aunque la patria potestad, por Derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no sólo derechos sino muy principalmente deberes, puede en determinados casos restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la Ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, confor-

me prescribe el artículo 170 CC, que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquel, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil.

Privación por parricidio.—Difícilmente podría encontrarse en la práctica judicial, según se declara en la sentencia, un caso más claro que ampare la completa aplicación de las prescripciones del artículo 170 CC, ya que repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno, pues a pesar de su apegado cariño hacia el hijo, cuestión que esta Sala no duda, la proyección de tal sentimiento no ha llegado, como así debería haberlo sido, al sacrificio de sus propios impulsos, exarcebados a raíz de la crisis matrimonial, al acabar, en acción que ninguna justificación puede tener, por privar, de forma trágica, a quien según se alega, constituye el objeto de sus desvelos, de la figura materna.

La medida adoptada se funda en uno de los más graves incumplimientos que imaginarse puedan respecto de la patria potestad, en flagrante transgresión de lo prevenido en el artículo 154.1 CC, lo que implica no ya la conveniencia, sino la auténtica necesidad de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de su hijo a quien, guiado de sus arrebatos y frustraciones, le ha cercenado de uno de sus más trascendentales derechos, al romper definitivamente el marco natural, aun previa la ruptura convivencial de sus progenitores, en que se desenvolvía la vida cotidiana de aquél.

Inexistencia de vulneración del artículo 39.1 CE.—Constitucionalmente se impone a los padres y a los Poderes Públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes, por razones de edad, no estén en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno. La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Más que un poder, se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente. El carácter familiar de la patria potestad, no excluye que el legislador, teniendo en cuenta las razones que justifican una especial protección de los menores, prevenga la intervención judicial en esa institución protectora, así como la del Ministerio Fiscal, y la entidad pública administrativa. Consecuentemente, la patria potestad deber ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor. De ahí que la privación de la patria potestad en determinados supuestos, como son los comprendidos en el artículo 170 CC, se establezca como una medida de protección del menor. (STS de 31 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña D. E. M., tía del menor H. M. T. E., formula demanda contra don M. T. T. sobre privación de la patria potestad.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando la demanda. Esta Resolución es confirmada por la Audiencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (O. M. B.)

DERECHO DE SUCESIONES

82. Testamento abierto. Nulidad por incumplimiento de los requisitos formales.—Evidentemente, el criterio de libertad que impera en el ámbito contractual —del que es ejemplo el artículo 1255 CC— quiebra en lo sucesorio, en especial, en materia de testamentos, como ponen de relieve sus disposiciones reguladoras, al ser constante la jurisprudencia en el sentido de establecer que el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a su interpretación restrictiva, de manera que para su validez es absolutamente necesario que se cumplan de modo riguroso todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por el Código Civil, como explícitamente reconoce su artículo 687, que estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se observasen las formalidades establecidas, y ello, hasta el punto en que este aspecto formal —imperativamente impuesto— predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del testador, interpretación que avala el artículo 675 del Código.

Artículo 695 CC.—Este precepto está redactado en términos imperativos en cuanto a las formalidades que prescribe, de entre las que es de destacar las relativas a que el testamento abierto será firmado por el testador y si éste declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos instrumentales u otra persona. El requisito de ser firmado el testamento por uno de los testigos a ruego del testador se encuentra condicionado por una de las dos circunstancias que contempla: no saber o no poder hacerlo. Pues bien, cuando no concurre ninguna de dichas circunstancias y esté acreditado, por el contrario, no ser cierta la manifestación del testador de no saber firmar, nos encontramos, sin lugar a duda alguna, que se omitió una de las formalidades esenciales que previene el precitado artículo en orden a la eficacia y validez del testamento, sin que al respecto pueda concederse trascendencia a cual fuese la causa o razón de la omisión al no afectar ello a la realidad de la falta de observancia de la mentada formalidad. (STS de 16 de junio de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Eugenio y don José T. B. promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra doña Dominga y don Domingo T. B., don José Eulogio B. S. y doña Caridad R. G., sobre declaración de nulidad de los testamentos otorgados por don Francisco T. B. en fechas 14 de agosto de 1968 y 2 de marzo de 1983, y declaración de ser únicos y universales herederos abintestato de don Francisco T. B., su hermana de doble vínculo doña Dominga T. B., su sobrino don Domingo T. B. y sus también sobrinos don José T. B. y don Eulogio T. B., la primera, por cabezas, y los demás, por estirpes, y, en su consecuencia, a doña Dominga, en una tercera parte, y a don José y don Eulogio, en la otra tercera parte; pretensiones las referidas que fueron íntegramente desestimadas por el Juzgado de Primera Instancia, en sentencia de 5 de marzo de 1992, que fue revocada por la dictada, en 22 de febrero de 1992, por la Audiencia Provincial. El TS desestima el recurso de casación. (A. C. S.)

83. Sustitución ejemplar.—Esta Sala tiene declarado, desde la sentencia de 6 de febrero de 1907, que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento

de heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quien opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente y, en la coyuntura del debate éste, don José V. P. verifica la nominación en favor de su segunda esposa doña Sofía y, si hubiese fallecido, en el de los herederos legítimos de ésta; asimismo, no hay duda que el testador, al llamar a los herederos legítimos de su segunda esposa en la hipótesis reseñada, sabía sin duda quiénes eran, pues estaba casado en segundas nupcias con la hija de su hermana doña María V. P., de manera que al llamar a la stirpe abintestato de su consorte, estaba designando a la suya propia, pues sólo tenía como descendiente al hijo incapaz, por confundirse la de su hermana con los herederos abintestato de su referida consorte; en definitiva, don José efectuó la sustitución sin dejación de las precisiones sucesorias a eventualidad alguna, cuando la posibilidad de que hubiera comisionado a doña Sofía para que ésta, nombrada heredera por él, a su vez designara a los del incapaz, constituida, de un lado, delegación de la facultad de testar, y de otro, la consumación de un testamento por comisario, si se hubiera efectuado, que son actos prohibidos por el Código Civil. (STS de 26 de mayo de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante don Félix R. S. es hijo de don Ricardo R. V. y doña Augusta S. V., y sobrino carnal, por línea materna, de doña Sofía S. V., esposa de don José V. P., a su vez padre de don Ricardo V. G., quien fue declarado incapaz y falleció en el sanatorio psiquiátrico San José de Málaga a los 92 años. Don José V. P. otorgó testamento abierto, el 12 de diciembre de 1924, y lo ratificó en otro, de 10 de noviembre de 1931, excepto en lo relativo a la tutela de su único hijo. En la cláusula quinta del primer testamento, legó el tercio de libre disposición en pleno dominio a su segunda esposa y sobrina carnal doña Sofía S. V. y en la sexta instituyó y nombró heredero, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, a su único hijo don Ricardo V. G., nacido de su primer matrimonio con doña Antonia G. L. En la cláusula séptima del segundo testamento dispuso que, si «por continuar en el estado de incapacidad su hijo don Ricardo no pudiese éste testar, nombra por heredera universal del mismo a la esposa del otorgante doña Sofía S. V. y si hubiera fallecido a sus herederos legítimos». Doña Sofía falleció en Málaga, el 12 de octubre de 1950, sin descendientes ni ascendientes, sobreviniéndole, entre otros, su hermana doña Augusta, madre del actor. Don José V. P. constituyó la tutela de su hijo don Ricardo en los mencionados testamentos; el Consejo de Familia fue reconstituido en diversas ocasiones, la última, en 13 de marzo de 1971; asimismo, los cargos de tutor y protutor cambiaron en el tiempo, y en la fecha del fallecimiento del incapaz, don Rafael S. B y don Juan L. M. eran, respectivamente, tutor y protutor. Por escritura pública otorgada, el 24 de marzo de 1981, fueron transmitidas a don Augusto Francisco S. S. y don Alfonso R. S. —por este orden, hijo y sobrino del tutor— diversas fincas. En dicho documento, que se inscribió en el Registro de la Propiedad cuatro años después de su otorgamiento, se detalla que los adquirentes se obligan a pagar al sanatorio psiquiátrico San José la cantidad de 551.715 pesetas, adeudadas al centro por la residencia y asistencia a don Ricardo V. G. e,

igualmente, a abonar todos los gastos, tanto ordinarios como extraordinarios, entendidos como alimentos y con la amplitud señalada en los artículos 142 y concordantes del Código Civil, que ocasione el internamiento del incapaz hasta su muerte, así como el impedimento de enajenar las fincas referidas en vida de éste.

Don Félix R. S., en nombre propio y de la comunidad hereditaria de don José V. P., a excepción de don Rafael S. B. y doña María Victoria S. B. demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a don Rafael S. B., don Augusto Francisco S. S., don Alfonso R. S., don Manuel R. R., don Rafael S. S., don Honorio R. C., don Jesús P. S., don Juan L. M., don Rafael F. M., doña María Dolores F. P., los herederos de don Joaquín M. P. y a los cónyuges de los mismos, y entre otras peticiones, interesó la declaración de nulidad radical de la enajenación realizada en escritura pública, de fecha 24 de marzo de 1981, por la que se transmitieron a don Augusto Francisco S. S. y don Alfonso R. S. las fincas registrales núm. 1822, 1823 y 1825, inscritas en el Registro de la Propiedad, y la nulidad de las mencionadas inscripciones y la orden de cancelación para que recobren plena validez las inscripciones anteriores a favor de don Ricardo V. G.

El Juzgado acogió parcialmente la demanda con la absolución de don Rafael F. M. y doña María Dolores F. P., y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la Audiencia, donde se absolvió a todos los demandados de los pedimentos del escrito inicial. Don Félix R. S. formalizó recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia. El TS declara haber lugar al recurso. (A. C. S.)

84. Donación. Falta de prueba de inoficiosidad.—El motivo perece, desde el momento en que el Tribunal de instancia no estimó las peticiones principales de la demanda y no calificó como inoficiosa la donación de la vivienda al demandado (arts. 819 y 1036 CC), pues el que recurre no demostró que efectivamente resultase dañado en su legítima, teniendo en cuenta que también recibió por vía de donación de sus progenitores el negocio en plena explotación comercial.

Aceptación de la herencia pura y simple.—La sentencia recurrida no acogió la pretensión por falta de pruebas y no la consideró, que tendría, caso de concurrir, influencia en la determinación de la cuota legitimaria, pues por la aceptación pura y simple, el heredero asume la representación de la personalidad jurídica de su causante, sin limitaciones y debe pechar con las cargas que aquél consintió en vida, con lo que viene a ser tanto sujeto activo, como pasivo de sus relaciones jurídicas patrimoniales no debidamente extinguidas, accediendo de esta manera a una responsabilidad ilimitada e indeferenciada, de la que responden no sólo los bienes hereditarios, sino también los propios.

Carga de la prueba.—La distribución de la carga de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia es la correcta, pues los herederos son continuadores de los causantes en cuanto no han renunciado a la cuestión y les incumbe la prueba de determinar los bienes que integran la masa hereditaria, y con ello fijar la porción de legítima. De esta manera el recurrente estaba obligado a demostrar lo que la sentencia le impone, para poner de manifiesto que lo a él donado no cubría la legítima y por tanto resultaba perjudicado en cuanto que la donación de la vivien-

da a su hermano la sobrepasaba, imponiéndose la correspondiente reducción, toda vez que lo que se declara es haber recibido de sus padres más valor que el que corresponde al referido piso. (STS de 21 de abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Miguel G. L. promovió juicio de menor cuantía contra don Cristóbal G. L., demandando la inclusión en el inventario de la herencia con sus padres de los bienes donados a los hijos, a fin de determinar su inoficiosidad, la reducción de las donaciones realizadas en la cuantía que se establecía para cada una de ellas, el reconocimiento de un crédito del actor sobre la herencia de sus padres en el importe que asimismo se señalaba y otros extremos. El Juzgado dictó sentencia por la que, estimando en parte la demanda, condenó al demandado a pagar la suma de 7.399.974 pesetas. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial la revocó mediante sentencia en la que se desestimó la demanda. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A. C. S.)

85. Naturaleza de la legítima.—El TS acepta la tesis según la cual la legítima es *pars hereditatis* y así la S, de 8 de mayo de 1989, dice que «la S de 31 de marzo de 1970 establece que en nuestro Ordenamiento, por tener eficacia dicha institución (la legítima) la consideración de *pars hereditatis* y no de *pars valoris*, es cuenta herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales —arts. 829, 838, 840 y párrafo 1.º del 1056 CC—»; esta calificación de la legítima como *pars hereditatis*, parte alícuota del caudal hereditario con todo su activo y su pasivo, no impide que el testador pueda disponer de alguno de los bienes de la herencia en su totalidad a favor de un legitimario o de otra persona siempre que se respete la legítima de sus herederos forzosos y ésta se pague con bienes de la herencia.

Diferencia entre legado de cosa ajena y legado de bien ganancial.—Referido el legado a un bien ganancial, el precepto aplicable al mismo es el artículo 1380 CC, según el cual *la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento*, precepto que, introducido en aquel Cuerpo Legal por la Ley 13 mayo, fue tenido en cuenta, aunque no está expresamente citado, por el testador al otorgar su última voluntad como se pone de manifiesto por la literalidad de la disposición del testamento y no el artículo 864 que se cita como infringido, regulador del llamado legado de cosa ajena. (STS de 26 de abril de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Julio C. C., casado con doña Trinidad L. R. y padre de doña Adela y doña Felisa C. L., falleció el día 3 de diciembre de 1990, bajo testamento notarial, otorgado el 13 de noviembre de 1985. El matrimonio formado por don Julio C. y doña Trinidad L. era propietario, con carácter ganancial, de una farmacia, instalada en un local arrendado, en Almería, Carretera de Níjar, núm. 247. En su testamento, don Julio lega a su esposa, entre otros bienes, «el usufructo vitalicio de dos terceras partes de todos sus bienes y derechos en el

que queda incluido el correspondiente a la Farmacia»; instituye herederas por partes iguales a sus dos citadas hijas y, en defecto de cada una de ellas, a sus respectivos descendientes; a continuación establece a favor de sus hijos legados con cargo a sus bienes privativos que «se entienden deferidos en nuda propiedad, supeditados al usufructo de los tercios legados a la viuda». En la Disposición D dispone legados a favor de ambas hijas «con cargo al patrimonio ganancial del testador y que se harán efectivos sobre la totalidad o parte divisa o indivisa que correspondan al mismo de los gananciales que se dicen a continuación»; entre estos legados figura el hecho a favor de su hija Felisa consistente en «la nuda propiedad de la Farmacia del testador con todas sus existencias y elementos, incluido el derecho de arrendamiento sobre el local en que esté instalada, sito en Carretera de Níjar, núm. 75, de Almería, en cuyo arrendamiento podrá subrogarse como heredera la hija del testador doña Felisa». Por el citado contrato de compraventa doña Trinidad L. vende a doña Felisa C. «cuantos derechos le corresponden sobre la farmacia y demás bienes descritos en el expositivo segundo de este documento, con cuanto sea accesorio o inherente, sin reserva de cosa o derecho alguno, en concepto de cuerpo cierto, y libre de cargas y responsabilidades», tales derechos referidos a la farmacia en cuestión son los que le corresponden «por su mitad de gananciales» y «por su cuota usufructuaria». Doña Felisa C. L. ejerció acción de retracto de coherederos basándose en su condición de legitimaria, entendiéndolo que la legítima es una *pars bonorum* y no una *pars hereditatis* ante el Juzgado de Primera Instancia competente que desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Almería rechazó el recurso de apelación interpuesto. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

DERECHO MERCANTIL

86. Calificación jurídica de un contrato como de compraventa o de suministro.—El TS estima que la cuestión resulta intrascendente en cuanto que el contrato de suministro se caracteriza por su atipicidad pero no deja de ser «afín al de compraventa» (STS de 8 de julio de 1988) puesto que el hecho de que su objeto viene constituido por entregas repetidas o diferidas de mercancías no es ajeno a la compraventa. Además, si se acepta la calificación del contrato como de suministro y no de compraventa no se desvirtúan las consecuencias prácticas extraídas.

Artículo 329 CCO.—No resulta aplicable la consecuencia prevista en dicho precepto cuando se efectúa la entrega tardía de las mercaderías al comprador, y éste no las rehúsa, sino que las acepta y retiene en su poder. En ese caso, aunque el plazo de entrega tenga carácter esencial la recepción sin reservas supone una aceptación de ese defecto de cumplimiento y una voluntad de mantenimiento del contrato, hechos que impiden aplicar las consecuencias resolutorias del artículo 1124 CC.

El segundo párrafo del artículo 1169 CC sólo resulta aplicable cuando la deuda conste de una parte líquida y otra ilíquida.—Cuando la prestación se

caracteriza por su integridad e indivisibilidad, para que el pago pueda liberar al deudor, salvo pacto en contrario, ha de ser total. Además, dicho párrafo no otorga facultad alguna al deudor pues es el acreedor el que puede exigir la realización del pago correspondiente a la parte líquida. (STS de 2 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandada recibió con plena conformidad tres entregas de material realizadas fuera de plazo, remitiendo facturas y girando unos cheques que no fueron abonados. Más tarde procedió a la devolución de parte del material entregado alegando que el retraso en la entrega no le permitió su utilización (el retraso le impidió cumplir un contrato con otra empresa que procedió a su resolución), y remitió un cheque por la diferencia de precio, según el material devuelto. La vendedora, presenta demanda en reclamación de cantidad por el total del precio. La demandada se opuso y en reconvencción solicitó que se condenase a la demandante a aceptar la devolución de las mercancías que no han podido ser objeto de utilización y a pagar los daños y perjuicios causados por la resolución el contrato que tenía celebrado con otra empresa. En primera instancia se estima parcialmente la demanda. La Audiencia revoca la sentencia y estima íntegramente la demanda condenando a la demandada a abonar la totalidad del precio. La compradora demandada presenta recurso de casación, entre los motivos alega, que no se trata de un contrato de compraventa sino de suministro, que no se ha aplicado el artículo 329 CCO y que no se ha tenido en cuenta que el retraso en la entrega de la mercancía ha supuesto la resolución del contrato que ella tenía con otra empresa. El TS desestima el recurso. (L. S. M. P.)

87. Seguro marítimo.—El Seguro marítimo se rige por sus propias normas y por los principios que las inspiran, entre los cuales destaca, por la naturaleza jurídica del seguro, una gran libertad contractual para las partes (arts. 738 y 755 CCO) no existiendo un vacío legal que haga entrar en juego el artículo 2 LCS. El seguro marítimo se rige por los artículos 737 a 805 del CCO y no por la LCS, tal y como establecen las SSTs de 19 de octubre de 1987, 22 de abril y 2 de diciembre de 1991 y 22 de junio de 1992.

Interpretación del contrato de seguro. Cobertura del riesgo asegurado.—Conforme al artículo 1283 CC cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidas en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar, «máxime tratándose de una cláusula limitativa de derechos inserta en un contrato de seguro, cuyas dudas interpretativas han de solventarse en todo caso a favor del asegurado, de conformidad con el artículo 1288 CC, de primordial aplicación en los contratos de adhesión, como lo es el contrato de seguro» (SSTS de 23 de octubre de 1980, 12 de mayo de 1983 y 13 de abril de 1984). Sin olvidar que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer en casación a menos que se demuestre que es ilógico o absurdo (SSTS de 3 de enero, 3, 11 y 23 de marzo, 8 de mayo, 18 de junio, 14 de julio, 7 de octubre y 10 de noviembre de 1992).

Inaplicación del artículo 20 LCS 50/80 al contrato de seguro marítimo.—A pesar de que la STS de 19 de febrero de 1988 entendió que al menos las disposiciones del Título I de la LCS de 1980 han de aplicarse también al contrato de seguro marítimo, es bien sabido que una sola sentencia no crea jurisprudencia y son muy numerosas las sentencias que rechazan la aplicación de dicho precepto a este tipo de seguro (SSTS de 21 de julio de 1989, 24 de abril de 1991, 16 de febrero de 1994, 26 de abril de 1995, 23 de enero, 12 de febrero y 21 de noviembre de 1996). Se puede hablar de una doctrina firme y consolidada a favor de la no aplicación.

Inexistencia de negligencia que excluya la cobertura del seguro.—No es suficiente para excluir la cobertura del seguro el hecho de que uno de los maquinistas del buque tenga titulación inferior en un grado a la que le correspondía, si este extremo no se revela en modo alguno como causa eficiente, ni aislada ni en conjunto, o como contribución al siniestro del buque. (STS de 31 de diciembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del incendio y posterior hundimiento de un buque propiedad de *Pesquera Garrido, S. L.*, esta última presenta demanda contra *Mutua de Riesgo Marítimo, Sociedad de Seguros a prima fija*. La demanda es estimada parcialmente en primera instancia y se condena a la demandada a abonar al demandante 25.000.000 de pesetas, más los intereses legales desde la presentación de la demanda y el 20 por 100 desde el fallo hasta el completo pago. En apelación se confirma la sentencia de Primera Instancia. El TS estima parcialmente el recurso presentado por la aseguradora en el sentido de que los intereses del 20 por 100 establecidos en la sentencia de Primera Instancia se sustituyen por los establecidos en el artículo 921 LEC. No se estiman los motivos del recurso que pretenden la exclusión de la cobertura del riesgo asegurado por existencia de negligencia. (*L. S. M. P.*)

88. Cláusula de sumisión expresa en contrato bancario. Validez.—Declara el TS que las cláusulas de sumisión son admisibles porque no son contrarias a la buena fe, ni rompen por sí solas el equilibrio de las prestaciones de las partes.

Contrato de crédito pactado en póliza mercantil. No es contrato de adhesión.—El TS afirma que los contratos de crédito pactados en póliza mercantil no son contratos de adhesión, pues en tales contratos y en virtud de las negociaciones de las partes se incluyen condiciones particulares sobre el capital, los intereses, las garantías y demás aspectos configuradores del contrato. (STS de 4 de diciembre de 1996.)

HECHOS.—El *Banco Español de Crédito, S. A.* formula demanda sobre reclamación de cantidad derivada de la concesión de un crédito ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid contra don M. D. D. El demandado, don M. D. D., en base al lugar de cumplimiento de la obligación, consideraba que la competencia para conocer del litigio correspondía a los Juzgados de Primera Instancia de Sevilla. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid desestimó el requeri-

miento de inhibición planteado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sevilla. Ello dio lugar a una cuestión de competencia ante la Sala Primera del TS.

Declara el TS que la competencia territorial para conocer del litigio planteado corresponde al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid.

NOTA.—De la lectura de la presente sentencia no queda claro si el crédito que da origen al litigio tiene finalidad de consumo empresarial o si por el contrario se trata de un crédito destinado al consumo particular. Sólo podremos afirmar que el sujeto que contrata con la entidad bancaria tiene la condición de consumidor, si consideramos que se trata de un crédito de consumo particular. En tal caso, debemos manifestar que la resolución judicial que nos ocupa es contraria a la nueva línea jurisprudencial que surge con la aprobación de la directiva comunitaria número 93/13, de 5 de abril de 1993 (SSTS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio, 14 de septiembre y 8 de septiembre de 1996, 1 de febrero de 1997), según la cual las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos de adhesión son abusivas porque suponen un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. (M. J. P. G.)

89. Efectos de la nulidad de las sociedades mercantiles: irretroactividad.—La declaración de nulidad de las sociedades mercantiles, incluida la anónima (doctrina relativa a la LSA de 17 de julio de 1951), no tiene efectos retroactivos. Los actos y contratos celebrados antes de la presentación de la demanda han de subsistir. La declaración de nulidad produce técnicamente los mismos efectos que si se hubiera producido una causa de disolución de la sociedad.

La acción subrogatoria: su carácter oblicuo. Al resultado patrimonial con ella obtenido habrá de aplicársele las reglas de la concurrencia.—No es una acción directa, sino oblicua, por ello, las cantidades obtenidas mediante la misma pasan a engrosar el patrimonio del deudor sin que el acreedor que ejercita la acción subrogatoria ostente, por esta razón, preferencia alguna en la satisfacción de su crédito.

Los pronunciamientos implícitos no producen incongruencia omisiva.—La congruencia que debe observar la sentencia con relación a los pedimentos contenidos en la demanda y contestación no exige la desestimación expresa y detallada de todas y cada una de las excepciones aducidas por el demandado, pues siempre que se estima la acción ejercitada por el demandante, se entienden implícitamente desestimadas, por ese mismo hecho, las excepciones del demandado, siendo suficiente que se razone tal desestimación (STS de 29 de enero de 1994).

Adhesión al recurso de apelación: consecuencias.—La adhesión a la apelación supone una ocasión que la Ley brinda al apelado para que, después de conocer la impugnación de su oponente, pueda recurrir también contra la sentencia en aquellos extremos que le son perjudiciales; con esta actitud se abre el examen del Tribunal sobre extremos, en otro caso consentidos, y le permiten al mismo dictar una resolución conforme a las pretensiones iniciales del apelado, convertido en apelante adhesivo (STS de 20 de abril de 1992).

Presunciones judiciales: naturaleza. Su impugnación en casación.—La esencia de la presunción se encuentra en que el enlace preciso y directo que liga

el hecho-base al hecho-consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, sin que se exija que la deducción sea necesaria y unívoca. Asimismo, el juicio lógico del Tribunal *a quo* sólo es censurable en casación cuando notoriamente falta ese enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trate de deducir, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio lógico. (STS de 25 de noviembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—La demanda origen de estas actuaciones la formuló la *Caja de Ahorros de Navarra* contra *Sana, S. A.*, y contra tres socios de esta entidad, solicitando: 1.º) la nulidad de la cláusula 5.ª («desembolso y liberación») de la escritura pública de 12 de marzo de 1992, constitutiva de la sociedad codemandada, y 2.º) que cada uno de los tres socios pague a la sociedad 7.667.000 pesetas, en concepto de desembolso de las acciones suscritas por ellos, para que con dicho importe se abonen a la actora las cantidades que la sociedad codemandada le adeuda. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia, por el contrario, la estimó íntegramente. El TS apreció el recurso presentado por dos de los socios demandados en el sentido de no condenar a los mismos a que entreguen directamente a la entidad demandante la cantidad que ésta reclamaba a la sociedad codemandada. (I. D. L.)

90. Sociedades Anónimas. Derecho al dividendo: doctrina general.—El accionista no tiene derecho al dividendo sino cuando el derecho abstracto al mismo se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad sólo nace con el acuerdo de tal Junta. Este acuerdo social ha de ser expreso, sin que pueda presumirse adoptado, ya que las presunciones no pueden suplir la voluntad social que se plasma exclusivamente a través de los acuerdos obtenidos en el procedimiento regulado al efecto. En consecuencia, no existe derecho al dividendo sin acuerdo expreso en tal sentido, aunque los términos empleados por los administradores, en este caso «dividendos a repartir», o preceptos de índole fiscal, introduzcan alguna duda. (STS de 10 de octubre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La recurrente A. G. D. reclama a una *Distribuidora de Sistemas Eléctricos S. A.*, el abono de determinadas cantidades en concepto de dividendos no satisfechos. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia. El TS declaró no haber lugar al recurso. (I. D. L.)

91. Sociedad de Responsabilidad Limitada. Derecho del socio a la información: laguna legal.—El silencio de la LSRL de 1953 sobre el derecho del socio a la información, debía ser resuelto por la aplicación analógica de las normas previstas para tal situación en la LSA de 1951. Dicha operación analógica es totalmente viable y subsumible, sobre todo, cuando el derecho de información, esté actualmente regulado en la nueva LSRL, y preconizado por la necesaria adaptación de la legislación mercantil al Derecho Comunitario.

Derecho del socio a la información: concepto y alcance.—El derecho del accionista a ser informado, «derecho de información social», es la facultad que,

el mismo, tiene atribuida por Ley, para obtener un correcto y debido conocimiento, lo más exacto posible, de la situación económica, patrimonial y financiera de la sociedad, así como los datos necesarios para calibrar y calificar la gestión social. Se trata de un derecho esencial no sólo inderogable, sino, asimismo, irrenunciable, y, que desde luego, su desconocimiento acarrea ineludiblemente la nulidad de los acuerdos de la Junta, en que se ha denegado a cualquier socio la información solicitada aunque se aprobaran por mayoría.

Derecho del socio a la información: límites.—El derecho del socio a la información no es ilimitado. Así, podrá negarse cuando la información solicitada perjudique los intereses sociales como prevé el artículo 65 LSA de 1951. Pero, este límite no puede llevarse al extremo de privar al socio, por el hecho de que el solicitante se dedique a una actividad concurrente con la social, de la más mínima información contable indispensable para una adecuada formación de la voluntad social. (STS de 9 de diciembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—El socio R. R. R. impugna los acuerdos adoptados por las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias de la entidad *Roper Barcelona S. L.*, ya que se le había negado información sobre las cuestiones a tratar. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia estimó parcialmente el recurso. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D. L.)

92. Sociedad Anónima. Acuerdo de reducción de capital: modalidades.—La reducción del capital social, por parte de la sociedad puede ser voluntaria u obligatoria. La de la primera clase es la que tiene lugar cuando la sociedad, sin obligarle a ello ningún precepto legal, acuerda libremente la reducción cuando estime que es necesaria o conveniente para el cumplimiento de su objeto social, pudiendo dicha reducción tener distintas finalidades como: la devolución de aportaciones, la condonación de dividendos pasivos, la constitución o el incremento de reservas voluntarias o el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas.

Acuerdo obligatorio de reducción.—La reducción obligatoria del capital social es aquella que la sociedad ha de acordar forzosa y necesariamente, por imperativo legal, en determinados supuestos, uno de los cuales es el de que las pérdidas hayan disminuido el patrimonio social por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiera transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio (art. 163.1.2). Producida dicha situación, los administradores tienen forzosamente que convocar la pertinente junta con esa finalidad de reducción de capital, de tal modo que si así no lo hacen, además de incurrir en la correspondiente responsabilidad, se puede acudir por quien está legitimado para ello a la convocatoria judicial de la Junta con esa finalidad.

Supuesto de reducción voluntaria del patrimonio por pérdidas.—Cuando las pérdidas hayan disminuido el patrimonio por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital, a pesar de que todavía no se haya convertido en obligatoria la reducción del capital (por no haber transcurrido un ejercicio social), es evidente que la sociedad puede voluntariamente (previa la oportuna convocatoria y constitución de la Junta con todos los requisitos legalmente exigidos para ello, lo que aquí no se cuestiona) acordar la reducción del capital para el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio, pues no existe ningún

precepto que prohíba dicha reducción voluntaria, antes de haberse producido la obligatoriedad de la misma. (STS de 23 de diciembre de 1996; ha lugar.)

HECHOS.—El socio L. D. F. impugnó el acuerdo de reducción de capital por pérdidas, adoptado por la Junta General de *Smyth Morris S. A.*, por considerar que era lesivo para el interés social con beneficio para uno o varios accionistas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia revocó parcialmente la sentencia. El TS declaró que da lugar al recurso de casación. (I. D. L.)

DERECHO PROCESAL

93. Error judicial. Concepto jurisprudencial.—Según reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 4 de febrero de 1988, 21 de abril de 1989, 18 de abril de 1992, 7 de febrero de 1994 y 11 de noviembre de 1996) para poder declarar la existencia de error judicial deben existir en las resoluciones judiciales equivocaciones manifiestas en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la ley. Afirma el TS que el procedimiento para la determinación de la existencia o inexistencia de error judicial no es una tercera instancia. Lo cual significa que no puede analizarse en dicho procedimiento la fijación de los hechos enjuiciados, la valoración de las pruebas ni la aplicación e interpretación que el juzgador de instancia realice de las normas, cuando obedezca a un criterio lógico y racional. (STS de 14 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Seem, S. A.*, es titular de los derechos de explotación de la obra musical *Blanca Gaviota*. El Ayuntamiento de Torreveja, a través del *Patronato de Habaneras y Polifonía*, editó y distribuyó partituras de la mencionada obra musical. Como consecuencia de lo anterior, la entidad *Seem, S. A.*, formuló demanda, en base al artículo 125 LPI, contra el Ayuntamiento de Torreveja. El demandado opuso excepción de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber demandado al *Patronato*. Dicha excepción fue estimada por el Tribunal y no entró a conocer del fondo del asunto.

La entidad mercantil *Seem, S. A.*, interpuso demanda sobre declaración de error judicial. Se basa, principalmente, en que la resolución judicial ignora los documentos públicos que con carácter de prueba constan en autos y que demuestran que el Patronato no tenía personalidad jurídica propia en el momento en que se realizó el acto ilícito. Asimismo, alega que la sentencia incurre en error de derecho por inaplicación de las normas relativas a la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones.

El TS desestima la demanda sobre reconocimiento de error judicial. (M. J. P. G.)

94. Error judicial. Concepto.—De acuerdo con las SSTs de 15 de diciembre de 1994 y de 22 de julio de 1989, el error judicial debe dimanar de una reso-

lución injusta o equivocada, y dicho error requiere que se haya actuado fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto del debate y sobre los cuales el juez haya tenido un conocimiento equivocado. Al amparo de la figura del error judicial no pueden denunciarse interpretaciones de la ley que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico dentro de las normas de la hermenéutica jurídica. Conforme a lo expuesto, existe error judicial cuando la conducta a contemplar como merecedora o no de sanción disciplinaria queda limitada a un escrito determinado, y sin embargo la resolución de la alzada por el Tribunal Superior de Justicia, enjuicia hechos distintos a los que motivaron dicha sanción disciplinaria del juzgado, hechos sobre los cuales no se ha dado audiencia al interesado. (STS de 25 de noviembre de 1996.)

HECHOS.—El Abogado don A. N. N. instó la declaración de error judicial respecto los acuerdos adoptados por el Juzgado de Primera Instancia en la pieza de responsabilidad disciplinaria iniciada por falta de respeto cometida por escrito y por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia que resuelve el recurso de alzada interpuesto por el letrado contra el acuerdo de Primera Instancia que le sancionaba con una multa de 100.000 pesetas. El error invocado consistía en que se sancionó al letrado por un escrito de 11 de junio de 1993 cuando en la pieza de responsabilidad se hacía referencia al escrito de 14 de junio de 1993. El TS declara la existencia de error judicial en el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia porque se refería al escrito de 11 de junio de 1993, mientras que el acuerdo del Juzgado de Primera instancia lo hacía respecto del de fecha 14 junio de 1993. (L. S. M. P.)

95. Error judicial. Concepto y ámbito.—Reiterada jurisprudencia del TS señala que hay error judicial cuando en la actuación judicial existen equivocaciones manifiestas en la fijación de los hechos o en la aplicación de la Ley. El proceso destinado a la determinación de la existencia o no de error judicial no es una tercera instancia. Es por ello por lo que el TS declara que sólo puede apreciarse error judicial cuando el tribunal actúa fuera de los cauces legales, es decir, cuando exista un error patente que haya dado lugar a una resolución judicial que contenga conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas o irracionales. Señala el TS que en el proceso destinado a la declaración de error judicial no se puede analizar la interpretación del tribunal relativa a la aplicación o no al caso enjuiciado de la caducidad de la acción ejercitada. (STS de 26 de noviembre de 1996; no ha lugar.)

HECHOS.—*Readymix Asland, S. A.*, suministró a *Estructuras Sabadell, S. A.*, el hormigón necesario para que esta última realizase una determinada obra. El hormigón suministrado carecía de la resistencia requerida, produciéndose desperfectos en la obra que debieron ser reparados. Como consecuencia de lo anterior, *Estructuras Sabadell, S. A.*, interpone demanda contra *Readymix Asland, S. A.*, solicitando el pago de una determinada cantidad de dinero. En primera instancia, se estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y estimó en su totalidad la demanda.

Readymix Asland, S. A., formuló demanda sobre declaración de error judicial contra la sentencia de la Audiencia Provincial, basándose, entre otros argumentos, en que la sentencia no apreció la caducidad de la acción ejercitada.

El TS declara no haber lugar a la demanda sobre declaración de error judicial. (*M. J. P. G.*)

96. Error judicial.—Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 4 de febrero, 13 de abril y 16 de junio de 1988; 21 de abril, 3, 13 y 22 de julio y 5 de diciembre de 1989; 18 de abril de 1992; 27 de marzo, 15 y 16 de octubre y 15 de diciembre de 1993 y 23 de febrero de 1994, entre otras) el error judicial se configura como una actuación en la que se incurre en equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la aplicación de la Ley. Para que se aprecie la existencia de error judicial es necesario que el Tribunal haya actuado fuera de los cauces legales, partiendo de hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto de debate o aplicando las normas fuera de su alcance o sentido sin responder a un proceso lógico dentro de las normas de la hermenéutica jurídica. En ningún caso debe confundirse este proceso especial con una tercera instancia. (**STS de 31 de diciembre de 1996.**)

HECHOS.—Presentada demanda sobre declaración de error judicial cometido por la AP de Baleares, que en sentencia de 21 de enero de 1993 revoca la sentencia de primera instancia que desestimaba la demanda de resolución del contrato de arrendamiento. La Audiencia estima la demanda y declara la resolución del contrato de arrendamiento por cesión incontestada porque no considera suficientemente probado el consentimiento tácito de la cesión. El TS desestima la demanda de error judicial porque no se ha partido de hechos distintos de los que fueron objeto de debate, ni se han desatendido datos de carácter indiscutible. (*L. S. M. P.*)

97. Plazo de ejercicio de la acción para la declaración del error judicial.—El artículo 293.1.a LOPJ establece un plazo de tres meses para el ejercicio de la acción para el reconocimiento del error judicial. Existe reiterada doctrina que declara que dicho plazo es de caducidad y comienza a contar a partir del día «en que pudo ejercitarse», es decir, aquel en el que la sentencia quede firme por haberse agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento. Esta referencia a los recursos previstos en el ordenamiento ha de entenderse exclusivamente a los propiamente jurisdiccionales, entre los cuales no se incluye el recurso de amparo ante el TC, ni la demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. (**STS de 4 de diciembre de 1996.**)

HECHOS.—A. M. S., presenta demanda de declaración de error judicial contra la sentencia de primera instancia y la de la audiencia que desestiman la demanda por los efectos de cosa juzgada de la sentencia dictada en un juicio anterior. Se basa la demanda en el error judicial consistente en aplicar los efectos de cosa juzgada. El TS desestima la demanda por haber transcurrido el plazo de tres meses

previsto para el ejercicio de la acción. El plazo corre a partir del momento en que la sentencia devino firme (sentencia de apelación), pues contra ella ya no cabía ningún otro recurso jurisdiccional. Ello no obsta que hubiese interpuesto un recurso de amparo que fue inadmitido por el TC, ni la interposición de demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, que fue desestimada. (*L. S. M. P.*)

