

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LII, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 1999



**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	
José Javier LÓPEZ JACOISTE: «La profesión, condición civil de la persona» .....	915
Alfredo GARCÍA-BERNARDO LANDETA: «Deuda de valor y subrogación real imperfecta» .....	947
Margarita Isabel POVEDA BERNAL: «La constancia en el registro de la propiedad del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles en los derechos suizo y austríaco. Análisis comparado con referencia al ordenamiento jurídico español» .....	999
Iris BELUCHE RINCÓN: «La donación <i>mortis causa</i> (desde la prohibición de pactos sucesorios)» .....	1057
Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias	
Por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ.....	1109

## Bibliografía

**LIBROS**

- BUSTOS PUECHE, José Enrique: «Manual sobre bienes y derechos de la personalidad», por Juan Pozo Vilches ..... 1145
- CALVO-ÁLVAREZ, Joaquín: «Los principios del Derecho Eclesiástico español en las sentencias del Tribunal Constitucional», por Máximo Juan Pérez García ..... 1146
- DÍAZ ROMERO, María del Rosario: «La aportación a sociedad de vivienda arrendada como supuesto del derecho de retracto legal del arrendatario», por Lis Paula San Miguel Pradera ..... 1151
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La responsabilidad contractual de las Agencias de Viaje», por Alicia Real Pérez ..... 1154

**REVISTAS ESPAÑOLAS**

- Por Isabel ARANA DE LA FUENTE ..... 1157

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

- Por Isabel ARANA DE LA FUENTE ..... 1191

## Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA EN MATERIA CIVIL DURANTE LOS AÑOS 1995-1996**

- Por Juan Manuel ABRIL CAMPOY y María Eulalia AMAT LLARI ..... 1229

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

**SENTENCIAS COMENTADAS**

- Sofía de SALAS MURILLO: «Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio, sobre la Ley vasca de Asociaciones» ..... 1253

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIAS COMENTADAS**

- Alma M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN: «Relevancia jurídica del cambio de voluntad del testador tras el otorgamiento del testamento (a propósito de la STS de 29 de diciembre de 1997) ..... 1275

**SENTENCIAS**

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep Maria BECH SERRAT, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Andrea MACÍA MORILLO, Esther MONTERROSO CASADO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Albert RUDA GONZÁLEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ ..... 1285

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LII, FASCÍCULO III  
Julio-septiembre, 1999

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Centro de Publicaciones



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 1999



---

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

---

NIPO (BOE): 007-99-033-2  
NIPO (M. de Justicia): 051-99-011-2  
ISSN: 0210-301X  
Depósito Legal: M-125-1958

---

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

# ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

## La profesión, condición civil de la persona

JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE

Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. *La profesión, dimensión existencial insoslayable.*—II. *El quehacer de la persona, concreción de su vivir.*—III. *Un componente de plenitud personal.*—IV. *La profesión, ocupación vital socialmente determinante.*—V. *Hacedores del mundo civil.*—VI. *Entre objetividad y subjetividad.*—VII. *Las profesiones, ámbitos objetivos de acción específica.*—VIII. *Las profesiones, espacios de discrecionalidad enmarcados en responsabilidad.*—IX. *La profesión, condición civil de la persona.*—X. *«Intuitus personae».*—XI. *Dialéctica jurídica entre profesión y empresa.*—XII. *Sociedades profesionales.*—XIII. *Hacia la profesionalidad de la persona jurídica.*

### I. LA PROFESIÓN, DIMENSIÓN EXISTENCIAL INSOSLAYABLE

Sobremanera vertebradoras de la cultura jurídica actual han venido a ser las directrices centradas en ofrecer puntos de vista sobre la persona. Especialmente al referirse a la persona en su íntima tensión de ser al mismo tiempo todo y parte. Todo, por su radical plenitud; parte, por su ineludible integración en el plexo social, fuera del cual ni realiza sus virtualidades totales ni culmina la ejemplaridad de que potencialmente es capaz. Tensión que con sentido y alcance diversos se da en toda existencia humana, pero que aparece culminante en las vidas más plenarias, que se exigen más y más a sí mismas, por la mayor dificultad que entraña su incorporación al todo social sin abdicar de su individual calidad. Porque, es preciso declararlo, el mantenimiento de algún modo de acción y servicio, siquiera virtual, dentro de lo colectivo y del mundo civil, es presupuesto de

autenticidad personal y punto de partida de todos los desenvolvimientos conducentes a colmar de sentido la propia existencia.

En el seno de esta tensión, observada con criterio jurídico, las profesiones ofrecen especial aptitud conciliatoria. Entrañan componente de armonización y concierto. En su virtud le cabe a la persona encontrar cumplida realización subjetiva mediante su incorporación activa al orden de necesidades, exigencias y planteamientos humanos en su formulación objetiva y social. Por el cauce profesional puede el hombre culminar su plenitud al aprontarla a la sociedad organizada. Sin embargo, desde la Teoría General del Derecho ha sido relativamente poco contemplada la significación de las profesiones como elemento de la condición civil de la persona. Y es sorprendentemente que así suceda, pues se trata de una circunstancia de notoria eficacia configuradora de su vivir.

En un derrotero cultural como el hoy día vigente, en el que los temas referentes a la persona se encuentran en la base de toda especulación filosófica, el jurista precisa detectar y aprehender tales fenómenos en cuanto implicados en su propia área. A lo largo del siglo XIX todo lo personal fue tenido por acientífico, pero el viraje operado en la segunda mitad del XX representa un retorno a la tradición científica europea, de la cual es inseparable el interés por el destino humano, consustancial a sus raíces helénicas, romanas y cristianas. Y en este contexto cultural, las profesiones expresan un dato por demás relevante al ilustrar acerca del cometido que se ha asumido dentro del conjunto social. Es lo que Jaspers, en feliz atisbo, denominó «esclarecimiento de la existencia», orientado hacia una metafísica, porque a través del hacer cotidiano se evidencia y recalca la identidad de la persona. Las profesiones deparan así cauces conducentes hacia las metas de concreción propugnadas y exigidas por la más actual metodología jurídica.

Cuando se inquieren datos acerca de alguien, cuando se pregunta sobre su edad, su domicilio o su nacionalidad, cuando se da noticia del estado civil de la persona, ¿qué significa pedir, asimismo, que la profesión sea puntualizada? Se halla en juego nada menos que el valor jurídico de la ocupación habitual de la persona. En una sociedad fluida e industrial, como al presente acontece, el cometido profesional define a la persona y expresa su ser e individualidad de modo probablemente más significativo y determinante que cualquier otra circunstancia. Ihering decía tratarse de una misión o vocación con la cual el individuo, mediante una determinada forma de actividad, se pone de modo estable a disposición de la sociedad, y ocupa su cargo de servicio social <sup>1</sup>. Una ya bastante lejana juris-

---

<sup>1</sup> R. VON IHERING, *Der Zweck im Recht*, § 75.

prudencia atinaba al apreciar que el oficio o profesión viene a «situar en la vida» a la persona <sup>2</sup>. En la realidad última, no es que la persona «tenga» una misión, sino que «es misión»: «necesita la fuerza de estar haciéndose, necesita que le hagan hacerse a sí misma» <sup>3</sup>. Está así en juego, ahora más que nunca, una dimensión existencial, jurídica y socialmente ineludible.

El presente ensayo jurídico sobre las profesiones aspiraría a ser una contribución al Derecho de la persona. El problema así planteado no concierne propiamente al Derecho laboral, sino que se sitúa en el quicio de las cuestiones nucleares del orden jurídico general, en mucha relación con la responsabilidad y también con planteamientos actuales de la persona jurídica, como se verá. Determina el oficio o la profesión a la persona al indicar el sentido de su despliegue y al dar una relevante razón acerca de su identidad a través de un componente muy existencial y propio. Identidad que se manifiesta aun a través de cambios, en otro sentido tan importantes como los de estado civil, por ejemplo, y frente a otras diversas vicisitudes de vida, por lo que implica una de las dimensiones de la subsistencia que es propia y expresiva del ser personal. Cobra aquí todo su valor la profunda concepción de la persona como forma de existencia del espíritu subsistente. La persona se manifiesta en su operar; operar que la profesión recoge y subraya en su más acusada habitualidad, por lo que ocasiona una coherencia personal reconocible y diferenciadora.

La vida le es dada al hombre para que él mismo se la haga, o lo que es igual, decía Legaz, la existencia sólo recibe plenitud y sentido en la forma de la personalidad que se ha dado a sí mismo. Si el trabajo, en general, es el fundamento de la vida social, si la solidaridad que a todos nos une es una solidaridad en el trabajo, todas las formas concretas que adopta la vida social refiérense a una forma de trabajo. Si toda vida individual es un hacer, toda vida en común es una cooperación en el trabajo <sup>4</sup>. Paralelamente a como el estado civil de la persona la determina, sobre todo, en función o por referencia a la familia u a otras situaciones en orden a la capacidad de obrar, la profesión lo hace en relación con las incumbencias de su ocupación. De ahí la necesidad de diferenciar a la profesión respecto del estado civil. Hubo a veces tendencias asimiladoras, mas no son viables, ni cabe confundirlas. Se las reseña por lo común una a continuación de la otra: estado civil, profesión, domicilio, naciona-

---

<sup>2</sup> STS de 6 de mayo de 1967.

<sup>3</sup> X. ZUBIRI, *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, 1974, p. 371.

<sup>4</sup> LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1972, pp. 761 y 762.

lidad, pero se trata de circunstancias personales diferentes, no asimilables, como bien se recalcó <sup>5</sup>.

Las profesiones afectan a algo tan eminentemente jurídico como es la identidad y determinación de la persona en la vida social. Le trazan un campo de autonomía y responsabilidad genuino, de máximo respeto y competencia. Incluyen un importante aspecto de la autoposesión del propio ser y de los propios actos. De ahí su conexión con la dignidad personal; redundan en cualidad definitiva y explicativa de la individualidad a través de su ocupación socialmente reconocida y estimada <sup>6</sup>.

## II. EL QUEHACER DE LA PERSONA, CONCRECIÓN DE SU VIVIR

Las profesiones ofrecen relieve jurídico singularizador por cuanto el quehacer de la persona redundante en concreción de su vivir. Las actividades propias expresan siempre al ser que las desarrolla. Habría de ser atinado trazar aquí un bosquejo histórico de cómo el reparto de tareas en la vida social acentúa y tiende a mantener la identidad de quienes las asumen.

La cuestión se presenta apasionante ya en el mundo antiguo. Las fuentes literarias griegas y romanas nos dan noticia de ello con ocasión de las migraciones y navegaciones marinerías de cretenses, fenicios, cartagineses y griegos por el Mediterráneo. La asignación de oficios en tierra, a la llegada, en el lugar o asentamiento consiguiente al desembarco, respondía a notable continuidad con los cometidos previamente desarrollados por cada uno a bordo durante la travesía. La nave es muy determinante de puestos y ocupaciones, cualifica destinos y encargos que tienden a mantenerse en la organización urbana de arribada. Resulta así frecuente la evocación de la «nave de la república» como expresiva del buen reparto ciudadano de trabajos y empleos. El orden de la nave vendría a ser expresión del buen orden ciudadano: *Gubernare navem, gubernare rem publicam* <sup>7</sup>. La participación activa de cada uno en el todo de

<sup>5</sup> F. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, II, p. 77.

<sup>6</sup> Ofrecen interés las palabras que Cervantes pone en boca de Don Quijote referentes a la identificación que resulta del oficio y profesión. Don Quijote desea saber quiénes son los viandantes con quienes camina, «... y para obligarlos, en breves razones les dijo quién era, y su oficio y profesión, que era de caballero andante...» (2.ª parte, cap. XIX). En otra ocasión, «... en el camino preguntó Don Quijote al primero de qué género y calidad eran sus ejercicios, su profesión y estudios; a lo que él respondió que su profesión era ser humanista; sus ejercicios y estudios componer libros para dar a la estampa, todos de gran provecho y no menos entretenimiento para la república» (2.ª parte, cap. XXII).

<sup>7</sup> Vid. MOSCHETTI, «Il gubernator navis», *Riv. Dir. Navigazione*, 30, 1964, pp. 172 a 252.

los menesteres colectivos representará así factor decisivo en la progresiva y generalizada urbanización del hombre <sup>8</sup>.

La caracterización que el trabajo habitual imprime a la persona se acentúa cuando se traduce en asumir no ya las precisiones y urgencias propias, sino las ajenas, que es lo específico de las profesiones. Antecedente memorable lo ofrece al respecto el *officium* romano. *Officium* es el ámbito en que se desarrolla la función del magistrado; pero el término, tan grato a Cicerón, aparece generalizado a diversas actividades a desarrollar en beneficio ajeno... *omnibus officiis tribuendis* <sup>9</sup>. Resplandece su presencia en los cometidos tutelares, en el *officium pietatis* de los padres para con los hijos hecho patente en la *querella inofficiosi testamenti* en caso de preterición, así como en servicios prestados por razón de amistad o de confianza con el amigo (*officium amicitiae*). El *officium* expresa módulos de hacer diligente, de entrega a un deber asumido en interés de otro <sup>10</sup>; ofrece vertiente moral, pero sin excluir una eventual reclamación jurídica *extra ordinem* <sup>11</sup>. La noción de *officium* supuso así recurso fecundo para insertar elemento extrajurídico en las construcciones jurídicas, propicio por ello a doctas investigaciones de metodología jurídica <sup>12</sup>. No es que el *officium* ofrezca una realidad equiparable en un todo a las modernas profesiones, pero traza pautas de interés, sobre todo por la ejemplaridad que imparte el «tomar uno sobre sí los cuidados ajenos», conforme lo encomiara Cicerón <sup>13</sup>. Los cuidados ajenos tomados sobre sí, habitual y conocidamente, imprimen sesgo diferencial y notorio al transcurrir humano de quien los hace suyos.

No hay un vivir abstracto. Las vidas entrañan a la postre proyección como acontecimiento objetivo. El quehacer, como trayectoria vital, viene a dar razón de la identidad de la persona a través de su actividad decantada como específica. Al elegir una profesión anticipamos el curso del propio vivir, respondemos en buena medida al interrogante de qué queremos ser. Ser médico, agricultor, sol-

<sup>8</sup> JAEGER, *Paideia*, «Fondo Cultura Económica», 1974, 807 y ss.; especialmente, *Sobre la Medicina antigua*, ibidem, 805 y ss.

<sup>9</sup> CICERÓN, *De officiis*, 1, 19, 59. Como dice en otro lugar, el *officium* ha de servir al bien o utilidad de aquéllos a quienes ha de asistir: «... est autem non modo eius qui sociis ac civi bus praesit, sed etiam eius qui mutis pecudibus praesit eorum quibus praesit commodis utilitatique servire» (*Epistulae ad Quintum fratrem*, I, 1, 24).

<sup>10</sup> D. 21, 1, 30, 14.

<sup>11</sup> D. 50, 13, 1. Vid. DE ROBERTIS, *I rapporto di lavoro nel Diritto Romano*, Milano, 1946, pp. 186 y ss.

<sup>12</sup> Vid. BERNET, *De vi atque usu vocabuli officii*, 1930; CANCELLI, «Saggio sul concetto di officium in Diritto romano», *Riv. it. scienze giur.*, 1958, pp. 351 y ss.; DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, pp. 17 y ss.; D'ORS, *Derecho Privado Romano*, núm. 12; IGLESIAS, *Derecho Romano*, § 8.

<sup>13</sup> *De Officiis*, 1, 9, 30-32.



dado o artista, desempeñar este o aquel oficio sugiere todo un derrotero de humana circunstancia. El dinamismo social requiere de ciertos haceres calificados que, por lo mismo, plasman en áreas profesionales objetivamente diferenciadas, las cuales, al proyectarse sobre la subjetividad de quienes las desempeñan trasladan a ellos, individualizadamente, la impronta del respectivo cometido.

### III. UN COMPONENTE DE PLENITUD PERSONAL

La profesión es uno de los más señalados cauces para trascender de sí misma con que la persona cuenta. En su virtud le cabe profundizar en sí y, a la vez, actualizar servicio y entrega a los demás. Le proporciona mantenida ocasión de ejercitar unitariamente su intimidad y al mismo tiempo su apertura. La cualidad profesional inhiere y conforma a la persona y, especialmente al nivel de nuestro tiempo, es condición intensamente expresiva de su identidad. En calidad de componente de la individualidad, incide sobre el nombre de la persona al que califica con caracterización más precisa e intensa que cualquier otra circunstancia. Con la profesión u oficio la persona se hace un nombre y una incumbencia social, corrobora su identidad mediante la función diferencial del propio trabajo.

El nombre de la persona contiene la más genuina indicación del «quién», al cual designa e introduce en el mundo del lenguaje y de la interrelación; y en la misma línea opera el «qué es» de la profesión. La profesión singulariza a la persona al añadir cualidad a su nombre, al dar razón de su figura de humanidad y al indicar su programa de vida. Le traza una plenitud al reconocerle cometido, aptitudes y responsabilidad. No obedece a un modo de *estar*, ni propiamente a un *tener*, sino que trasluce un *ser* por el que se ha optado y en el cual se ha de realizar el propio y personal destino.

El no tener oficio, el carecer de cometido, siempre trae menoscabo. Está estructurada la vida social sobre la base de la división del trabajo, y el quedar fuera de ese reparto inevitablemente estigmatiza. De ahí la función social y la proyección personalista inherente a toda creación de empleo. Y, de modo entrañable, el desvelo paterno al respecto, que ya antiguas letras y sabidurías propugnaban: «A tu hijo buen nombre y oficio le procures. Poco dexa el padre al hijo si no dexa más que la hazienda, que es cosa sujeta a mil peligros; tenga cuidado de dexarle buen nombre, que es la buena fama que dura más que mil tesoros, tenga cuidado de dexarle oficio en el que pueda en algún tiempo exercitarse con honra y donde quiera que vaya

llevarle consigo sin que le dé pesadumbre»<sup>14</sup>. En el tenor del Código Civil, previo a la reforma de 1981, al regular la obligación de darse alimentos, aun en el supuesto de mínimo alcance (art. 143.4.º), se establecía el deber de los padres de costear a los hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte u oficio. La obligación de dar alimentos cesa cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria (art. 152.4.º). Actualmente, en relación con la patria potestad y con la tutela, el Código establece el deber de procurar a los hijos y al tutelado «una formación integral».

Efectivamente, el concepto de *formación* ha triunfado en el desarrollo de la cultura contemporánea. Lo analiza con profundidad Gadamer en los sentidos de la palabra *Bildung*, tan rica de aspectos, entre los cuales sobresale el de ascenso desde lo natural a lo espiritual, así como, de modo ineludible, la aptitud para desempeñar el propio trabajo con el tacto preciso para apreciar situaciones y adoptar en ellas adecuado comportamiento<sup>15</sup>. En la *formación* de la persona está implicado el oficio o profesión, no sólo como modo de actividad exterior, sino también como disposición interior. Carecer de oficio o de profesión conocida —«sin profesión conocida», en el acuñado giro—, delatará por lo común una identidad deficiente. La profesión es factor de integración personal que encuadra a la persona en la sociedad y en la vida. Por contra, la inhabilitación para la profesión o el oficio será sanción penal impuesta, o que otras sanciones la llevan consigo, con significado de restricción al ejercicio normal de la condición civil. Sin oficio o profesión no queda apenas espacio personal para expandir el ser y la libertad. Hallamos así en las vidas, como tema siempre acuciante, la conjugación entre la persona y su quehacer, la cual ha sido descrita poéticamente como vía necesaria para la tranquilidad interior, por la unidad íntima que proporciona el trabajo<sup>16</sup>. A falta de menester propio, declina el concierto de cada uno consigo mismo y con su entorno de servicios y relaciones.

En nuestra jurisprudencia la estimación de la profesión en calidad de componente de la plenitud personal ha transcurrido de forma inequívoca. Primero en vía de resarcimiento civil y luego, ya sobre la base constitucional de los derechos fundamentales, al reconocerse que el prestigio profesional entra como elemento del honor de la persona. El tema es largo y persistente. Una conocida sentencia de 14 de diciembre de 1917 ordenó reparar el daño moral causado a un médico por sus compañeros que, con publicidad, acordaron «aislarle profesionalmente». Se sancionaría el perjuicio a la buena

---

<sup>14</sup> COVARRUBIAS, *Tesoro de la Lengua Castellana o Española*, según impresión de 1611, voz «Oficio».

<sup>15</sup> GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1971, I, 1.

<sup>16</sup> RILKE, *Briefe aus den Jahren 1906-1907*, 1930, 219, § 253.

fama del comerciante, así como el causado al honor mercantil <sup>17</sup>. Se multiplicarían después las hipótesis y los razonamientos en supuestos prácticos de mucho particularismo <sup>18</sup>. Y, en fin, el Tribunal Constitucional declarará que «el trabajo representa el sector más importante y significativo en el quehacer de un ser humano para su realización personal y aprecio de los demás, con influencia en el bienestar propio y de la familia, con predominio de los aspectos ético y deontológico incluso sobre la capacitación técnica», concediendo en consecuencia amparo al honor profesional de un arquitecto <sup>19</sup>. Se ha dado así lugar a sucesivos pronunciamientos en el sentido de que el derecho al honor incluye la reputación profesional <sup>20</sup>.

Constitucionalmente se reconoce que «todos tienen derecho a la educación», la cual «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana», y también «a la libre elección de profesión u oficio» (arts. 27 y 35 CE). El ejercicio de la profesión es ocasión especialmente propicia a la vivencia de derechos fundamentales. La profesión se traduce en una posición jurídica personal en cuya estructura el honor, la intimidad y la propia imagen encuentran inseparable requerimiento. El honor, como concepción social con la que el profesional necesita contar; la intimidad, por ser inseparable del hacer profesional el asumir e impartir confidencialidades; la imagen, toda vez que el modo de aparecer ante quienes han de recibir sus servicios precisa ser fiel reflejo de la realidad. La *posición* jurídica del profesional se traduce en consecuencia en una condición personal jurídicamente relevante. Relevante de modo específico ante la responsabilidad, ante la contratación, ante la identificación personal, ante la legitimación para específicas incumbencias, e incluso ante las urgencias de la vida social, que pueden reclamar de él, ocasionalmente, una acción inmediata. Es así el oficio o profesión componente de intensa cualidad personalizadora.

#### IV. LA PROFESIÓN, OCUPACIÓN VITAL SOCIALMENTE DETERMINANTE

Si se me pidiera una definición de la profesión, probablemente habría de decir que es *ocupación vital socialmente determinante*. Es, por lo pronto, ocupación, ocupación habitual; dedicación al ejer-

<sup>17</sup> TS, 1.ª, SS de 31 de marzo de 1930 y 25 de abril de 1945.

<sup>18</sup> TS, 1.ª, de 22 de octubre de 1987, 19 de junio de 1989, 11 de febrero de 1992 y 19 de mayo de 1994.

<sup>19</sup> TC 223/1992, de 14 de diciembre.

<sup>20</sup> TS, 1.ª, de 12 de mayo de 1995, 15 de diciembre de 1997 y 27 de enero de 1998.

cicio o creación de ciertos valores, en sentido profundo, dotado incluso de mayor amplitud y panorama que el estricto trabajo, pues potencialmente incluye actividades y actitudes que rebasan del cometido laboral. Pero, además, se trata de una ocupación *vital*, perteneciente al orden existencial, con señalada intensificación del respectivo vivir. La profesión hace que la persona tenga una vida urgida. Por eso vertebra a la existencia, es forma de vida a la que confiere trayectoria y actividad cotidiana. La profesión es socialmente determinante porque, si bien se refiere a la persona en toda su entidad, e implica a todo su ser, recae sólo sobre cierto y concreto sector o aspecto de la actividad humana objetivamente considerada. Aquí se encuentra quizá su más intensa tensión caracterizadora en orden a configurar jurídica y existencialmente a la persona: incidir sobre un cierto valor o concreto quehacer objetivo, pero ser total respecto del sujeto.

De esa forma, el *condicionamiento* de metodología jurídica que halla en la estructura de las profesiones consiste en la configuración que un área del orden objetivo imprime, virtualmente, sobre la generalidad de lo subjetivo personal.

No puede el hombre dedicarse al cultivo de todos los valores y cometidos, y el que elige como profesión viene a informar todo su vivir. No se trata de mera especialización, la cual responde a un alcance más restringido, centrado en la idea de excluir lo general; la profesión trae *determinación al todo de la personalidad, pero precisamente por su aplicación a un concreto cometido* o rama de actividad socialmente discernible. Si la sociedad como tal ha de atender al cúmulo total de exigencias colectivas, individualmente a la persona le incumbe sólo un cierto orden concreto de necesidades comunes. Ahora bien, esa parcela que personalmente desarrolla y cultiva para servicio y bien de todos, la habrá de atender con absorción para él virtualmente plenaria y, por lo mismo, determinante.

Es un gran tema de metodología jurídica y de sentido humano el enlace de la profesión con la persona, del atributo con el sujeto. Cada persona es en sí irrepetible e infungible, no es objeto sino sujeto; pero, por otro lado, las profesiones expresan campos objetivos de actividad, son objeto creado y modificable por la norma jurídica. Así es como en el acoplamiento de la profesión a la persona surgen contrastes de tanto matiz entre lo objetivo y lo subjetivo. El tino jurídico está en que ha de permanecer, en múltiples aspectos, la infungibilidad de la persona, pero aplicada a un ámbito que es típico. Es algo en cierto modo parecido al lenguaje; las palabras están en el diccionario objetivamente, pero las dice alguien, y ese decir es del todo suyo.

Por otra parte, la condición profesional incluye la exigencia de que, además de habitual, se trate de un ejercicio notorio, público;

público en el sentido del poder ser conocido por cualquiera. El verbo latino *profiteor*, del que deriva la palabra profesión, encerraba el sentido de declarar o decir públicamente. *Profiteri nomina* significó en las fuentes literarias del mundo romano hacerse inscribir entre los candidatos que habían de ser conocidos por el público, o al cual ofrecían el propio trabajo (*profiteri operam suam*). Una ocupación estrictamente particular no ofrece relieve como oficio o profesión. La dedicación profesional ha de poder ser conocida en el medio social donde se ejerce. De otra manera vendría a ser mera afición, acaso desvelo personal, pero no en rigor profesión, pues ésta redundaría en el ofrecimiento abierto de una disponibilidad comprometida con el curso del menester colectivo. La profesión vincula a un hacer concreto orientado hacia el bien o la utilidad común, lo cual concuerda en el fondo con el sentido último de todo trabajo, según lo enseña la filosofía tradicional <sup>21</sup>. Y, una vez asumida, la cualidad profesional no se revoca, pues entra a configurar a la persona perdurablemente, de forma que le comunica por lo común incluso una mentalidad propia. Así ha podido señalarse que la jubilación no borra a la persona su condición profesional <sup>22</sup>.

## V. HACEDORES DEL MUNDO CIVIL

El que abraza una profesión —explicaba Ihering—, proclama por lo mismo públicamente que se halla apto y dispuesto a realizar todos los servicios que aquélla permite; pone sus servicios a disposición del público, y concede a todos el derecho a reclamarlos. Ha dado a la sociedad una garantía, y de ella debe responder <sup>23</sup>. La *profesionalidad* es así modo de cumplir el cometido asumido. Es paradigma de una actitud, de sensibilidad por los propios deberes, de diligencia, conocimiento y adecuación a las pautas informantes del respectivo menester, al *ars officii*, así como de emancipación respecto de todo politicismo en torno a ese hacer. La profesionalidad, como dedicación habitual, informó a la figura del comerciante trazada por el Código de Comercio; según la jurisprudencia penal, implica ejercicio habitual y público, es actividad diferencial, requiere una cierta duración y supone un saber o pericia. La impericia profesional es falta de aptitud para el desempeño del propio menester, incompetencia o descuido inexcusable en quien hace del mismo

<sup>21</sup> AQUINATE, *In Sent. 4 d*, 26, 1, 2.

<sup>22</sup> SSTs, 1.ª, de 19 de mayo de 1986 y 7 de noviembre de 1997. Referentes a la condición de profesional de la agricultura.

<sup>23</sup> IHERING, *loc. cit.*, § 76.

su modo de vida; se la ha de tomar como *culpa* por cuanto, como dijo el jurista, se aceptó el oficio como si bien se lo conociera <sup>24</sup>.

Enlaza la profesionalidad con el buen orden de la *razón práctica* que da hechura a las actividades y servicios; no, pues, en rigor, con la mera *razón teórica*; no con una racionalidad abstracta, sino con la praxis razonable mediante la cual se estructura la vida social. Implícense activamente los profesionales y las profesiones como hacedores del mundo civil, con protagonismo activo, de continuo sometido a conceptualización, muy configurador. La profesión coloca a la persona en el mundo civil con investidura propia y autónoma. La idea «mundo civil» entronca en la cultura europea con las nociones de *humana civilitas* y de *umana civilitate* impartidas por Dante y luego por Vico, que tanto sentido imprimieron al hacer de cada uno en función del flujo del comercio social de requerimientos y necesidades, mediante el principio de confianza: *cuique in arte sua credendum est*.

Quienes desempeñan su oficio o profesión con arreglo a exigencia y estilo participan efectivamente de la cualidad de hacedores del mundo civil, como artífices que son de actividades específicas, de tareas creativas y relacionales. Los oficios y profesiones dispensan servicios, proveen a urgencias y, desde dentro de ese mundo, delimitan menesteres y atienden necesidades. Imparten confianza al hacerse cargo los profesionales de cuestiones que los demás de por sí difícilmente afrontarían, sin que, en cambio, una vez aceptada la encomienda, puedan ellos excusarse. El viejo principio *difficultas non tollit obligationem* les mantiene en una imputabilidad, la cual viene en descargo y esperanza de buen resultado para el cliente. Se habló ya hace tiempo de *sendas* de servicio y desvelo humanitario <sup>25</sup>; pero el transcurrir postrero ha acentuado el rigor obligacional inherente a los cometidos profesionales los cuales se traducen en exigibles diligencias, no ya humanitarias, sino de orden jurídico muy específico. Se genera en su virtud un tupido intercambio de prestaciones y servicios que entraman relaciones concretas y dan lugar a deberes implícitos. El principio de confianza, con la diligencia esperada y el riesgo asumido, actualmente inseparables del hacer profesional, ofrecen así intensa eficacia articuladora de vida social.

Hacer mundo civil mediante asumidas responsabilidades específicas, he ahí, probablemente, la vertiente jurídica formal que expresa la *razón última* de las profesiones. Hace ya años, en una importante contribución, sugería Hans Jonas que los paradigmas más cumplidos de responsabilidad son los que ofrecen las figuras de los

<sup>24</sup> *Digesto*, 19, 2, 9, 5.

<sup>25</sup> POUND, *New Paths of the Law*, 1950, pp. 26 y ss.



padres de familia y de los cargos públicos o políticos <sup>26</sup>. Pero me parece ineludible añadir el de las profesiones. En el mundo moderno la vinculación de la persona a la responsabilidad encuentra planteamiento de intensa vivencia en el hacer profesional cotidianamente desarrollado. El «prestador de servicios profesionales» ostenta una *condición jurídica* muy señalada para con la marcha de las cosas que entran en su respectivo ámbito, de la cual derivan responsabilidades y encuadramientos que lo cualifican ahora muy especialmente.

La expansión del tráfico y el intercambio de bienes y servicios traza posiciones jurídicas en otro tiempo sin apenas relieve. Se implanta hoy con gran vigencia la contraposición entre *consumidores y profesionales*. En tanto a los consumidores se les ha de proporcionar protección y seguridad como destinatarios últimos de los productos y de las actividades, los profesionales están llamados a redoblar cautelas y asumir responsabilidades. En la jurisprudencia europea resulta patente el contrastar el principio de protección a favor de los consumidores <sup>27</sup>, con el principio de responsabilidad que afecta personalmente a los profesionales <sup>28</sup>. Y en ese reparto dual de posiciones jurídicas, también las empresas y los empresarios quedan normativamente presentes e incluidos en explícita y genérica consideración de profesionales <sup>29</sup>. La profesionalidad no será ya sólo actitud y modo de hacer, sino condición jurídica caracterizadora, en la cultura europea actual sobremanera determinante.

Se advertirá, en consecuencia, que la condición de profesional en cuanto tal excluye la consideración de consumidor <sup>30</sup>. Se puntualizará que los despachos profesionales no tienen consideración de domicilios <sup>31</sup>. La vida profesional y la vida doméstica quedan así como en disyuntiva expresiva de contrapuestas posiciones jurídicas. La antigua distinción expresada mediante los genitivos locativos *miliciae* y *domus* parece como si renovara actualidad y enseñanza acerca del distinto trato y consideración que la persona debe esperar según se encuentre en su domicilio u hogar o inmersa en su cualificada incum-

<sup>26</sup> Hans JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt, 1979, III, 4.

<sup>27</sup> TJCE, 5.ª, S de 14 de mayo de 1998: *Verein für Konsumenteninformation v. Österreichische Kreditversicherungs AG*.

<sup>28</sup> TJCE, 3.ª, S de 27 de octubre de 1998: *Réunion européenne SA y otros v. Spliethoff's Bevrachtingskatoor BV, Capitaine commandant le navire «Albasgrach V002»*. La profesión no determina lugar, sino persona.

<sup>29</sup> Cfr. Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril. Transposición española en Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

<sup>30</sup> TJCE, S de 14 de marzo de 1991. TS, 1.ª, S de 17 de marzo de 1998. De modo concluyente, los «Principios Unidroit», Preámbulo.

<sup>31</sup> STS, 2.ª, S de 6 de julio de 1995. Sobre ventas a domicilio, Propuesta de Directiva CE 96/C. 307/09.

bencia profesional o empresarial, en la dinámica y en el flujo del tráfico, inconciliable con la mera pasividad receptora. El consumidor es, en definitiva, un adquirente, que como tal ha de recibir seguridad y protección; el profesional y el empresario son operadores del tráfico, enmarcados en concepciones y responsabilidades más y más reconocidas y puntualizadas, pero también de más específica presencia informante del entramado social. El profesional viene así concertado a impartir servicios, diligencias y certidumbres, a crear recetas configuraciones, a vivir en responsabilidad.

## VI. ENTRE OBJETIVIDAD Y SUBJETIVIDAD

El despliegue funcional de las profesiones bascula entre objetividad y subjetividad. Las profesiones son, antes de nada, una realidad objetiva discernible; están en la organización social como «puestos» o «trabajos» a ofrecer y proveer, en calidad de menesteres consolidados y previstos para atender a necesidades específicas, reconocidas como virtualmente comunes; consisten en haceres definidos, jurídicamente previstos y regulados. Después, una vez asumida por quien la desempeña, la profesión adviene en *vida* de la persona, en condición civil suya, existencial y determinante.

En la realidad objetiva, las profesiones se estructuran como *tipos* diferenciales de acción, en el riguroso sentido de ámbitos o esquemas de actividad social, desde luego más propicios a la descripción que a las definiciones, como bien explicó Engisch. Los conceptos se definen, los *tipos* se describen, sugería<sup>32</sup>. Por cuanto son dedicaciones previstas al servicio de urgencias y requerimientos que pueden afectar a cualquiera, las profesiones ofrecen señalada consideración de *bien social* a los efectos de un encuadramiento jurídico<sup>33</sup>, y también a los de su protección por el orden penal con una objetividad puntualizada a través de los consiguientes contornos *típicos*. En cambio, en el aspecto subjetivo, se hace patente la pertenencia de la profesión al mundo existencial de la persona. Hay, sin duda, una concomitancia entre las dos vertientes, la *típica* y la *existencial*, pero también hay una distinción que no se debe olvidar, pues, si no, se ocasionarían desenfoces de apreciación y de método jurídico como a veces ocurre en el orden práctico. Son dos *campos* de razonamiento diferentes, necesitados, por consiguiente, de

---

<sup>32</sup> Karl ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1968, VIII A, 4.

<sup>33</sup> Vid. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, pp. 207 a 213.

matiz y distinción, de diversa metodología, como hubo de recalcar S. E. Toulmin <sup>34</sup>.

Los dos aspectos, el objetivo y el subjetivo, se han de tener en cuenta y se deben ponderar en todo momento. Cabe adoptar puntos de vista predominantemente objetivos o subjetivos, pero lo que no cabe es desconocer esa doble consideración tanto en estructura como en función.

El punto de vista objetivo suele ser el más inmediato y predominante en Estados Unidos. Está, en efecto, arraigada la idea de profesión expresada por Roscoe Pound, como cuerpo de personas que dan respuesta a cierta área de actividad o atención social, «como arte docta y como servicio público» <sup>35</sup>. Las colecciones de casos mantienen en punto a responsabilidad profesional marcada orientación hacia la objetividad del cometido y a los respectivos códigos de conducta –*Model Rules of Professional Conduct*– específicos del área, más que a la consideración como circunstancia personal <sup>36</sup>. Bastante de lo mismo ocurre en la tradición alemana <sup>37</sup>. En cambio en el mundo latino es más inmediata la perspectiva subjetiva, como ejercicio y cualificación personal <sup>38</sup>.

Son, pues, dos indisociables aspectos que se requieren y se configuran mutuamente. En la conjugación, y en la distinción prudencial, de uno y otro se encuentra la riqueza metodológica que la dinámica de las profesiones ofrece hoy como realidad jurídica viva. El orden lógico está en partir de la vertiente objetiva para alcanzar la subjetiva.

## VII. LAS PROFESIONES, ÁMBITOS OBJETIVOS DE ACCIÓN ESPECÍFICA

Las profesiones implican, objetivamente, ámbitos de acción al servicio de la sociedad, que se encuentran reconocidos y delineados

<sup>34</sup> S. E. TOULMIN, *The uses of Argument*, Cambridge, 1958, p. 14: «It will be convenient to introduce a technical term: let us accordingly talk of a *field* of arguments. Two arguments will be said to belong to the same field when the data and conclusions in each of the two arguments are, respectively, of the same logical type: they will be said to come from different fields when the backing of the conclusions in each of the two arguments are not of the same logical type».

<sup>35</sup> ROSCOE POUND, *Jurisprudence*, IV, 1960, pp. 348 y ss.

<sup>36</sup> PIRSIG-KIRWIN, *Professional responsibility. Cases and materials*, West Publishing Co., 1976, pp. 593 y ss.; G. HAZARD-W. HODES, *Lawyering: a Handbook on the Model Rules of Professional Conduct*, New York-Washington, 1985, pp. 26 y ss.

<sup>37</sup> IHERING, *loc. cit.*, § 77.

<sup>38</sup> ARE, «Interesse alla qualificazione e tutela della personalità», *Riv. Dir. Commerciale*, 1965, I, pp. 81 a 136; SAVATIER, «Contribution à une étude de la profession», *Études Hamel*, Paris, 1961, pp. 3 a 17; TUNC, «Ébauche du droit des contrats professionnels», *Études Ripert*, pp. 158 y ss.; HUSSON, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, 1974, pp. 273 a 329; LEGA, *La libera professione*, Milano, 1950, pp. 17 y ss.; B. CAVALLO, *Lo status professionale*, Milano, 1967, I, pp. 61 y ss.

en sus perfiles, con notoriedad y relevancia diferenciales. La persona elige para sí una profesión, pero lo hace sobre la base de que esa profesión existe y es conocida objetivamente. Antes de venir subjetivamente asumidas, las profesiones constituyen cometidos dotados de vigencia social y jurídica que la convicción común distingue con la suficiente claridad. La sociedad organizada ha de proveer a necesidades que en su seno surgen y se experimentan como potencialmente comunes a cualquiera. Las profesiones son así actividades de respuesta implantadas frente a requerimientos consolidados socialmente como de atención específica, que, por lo mismo, advienen diferenciados y a los cuales, consecuentemente, el orden jurídico dota de concreción.

Acontece, en el curso histórico, el fenómeno de las llamadas nuevas profesiones, tan patente en la vida social del presente. El nivel de las épocas hace necesarios trabajos y servicios antes no echados en falta. También sucede a contrario, ocupaciones antaño muy estimadas vienen a quedar más tarde sin apenas sentido. Ése es el transcurrir de la cultura, el cual transforma los planteamientos de la vida social; abroga empleos quizá seculares y requiere, en cambio, otros nuevos, algunos de los cuales plasman como atenciones o como dedicaciones que la vida colectiva necesita prevenir y proveer. Ihering hacía notar que en su siglo XIX la práctica del arte musical garantizaba a los artistas una existencia, lo cual no había ocurrido en el XIV, cuando tenían que mendigar por castillos y palacios; tal es —recalcaba— el flujo de *pulsaciones de la necesidad social*, a las cuales se acomoda la organización y el reparto de las diferentes ramas profesionales<sup>39</sup>. Responden las mismas a bases objetivas de continuo renovadas, ello ahora más que nunca en virtud de las descripciones de puestos y cometidos, sobremanera precisas, que implanta la técnica moderna.

El ámbito de cada profesión consiste así en un área de acción específica. Su contenido y perímetro delimitador suele venir materialmente determinado por razones y factores de diverso orden. Cuentan, desde luego, las tradiciones, la costumbre y los usos, que suelen mantener larga presencia; pero se imponen en definitiva los nuevos menesteres y planteamientos.

Acontecen variaciones de módulos e interrelaciones profesionales. Desde luego ha quedado de algún modo pretérita la idea de una suficiencia isolativa, colmada de entidad individual plenaria. Adviene inexcusable en múltiples cometidos la articulación de tareas y dedicaciones, la conjugación de especializaciones. La univer-

---

<sup>39</sup> IHERING, *Der Zweck im Recht*, §§ 75 y 79.

salización de los saberes, de las comunicaciones y de los recursos diluye protagonismos y adscripciones personales inflexibles, pero en cambio sugiere y estimula horizontes. El significado de la informática en las actividades del presente es tan relevante que ha llegado a implicar sustanciales ampliaciones de campos y de presencias, pues la intercomunicación proporcionada por *Internet* declina fronteras de experiencias y de exclusividades. Casos recientes de la jurisprudencia norteamericana, sobre todo en punto a intromisiones y competencia comercial, así lo evidencian con indudable interés acerca de cómo se abren paso nuevos planteamientos y realidades <sup>40</sup>.

### VIII. ESPACIOS DE DISCRECIONALIDAD ENMARCADOS EN RESPONSABILIDAD

¿Cómo describir formalmente el espacio *objetivo* inherente a una profesión? Me parece que se trata de ámbitos de competencia técnica enmarcados en responsabilidad. Por los años veinte escribió don José Ortega y Gasset la conocida «meditación del marco». Viven los cuadros alojados en los marcos, decía; la asociación de marco y cuadro no es accidental, el uno necesita del otro. Un cuadro sin marco parece desparramarse y deshacerse en la atmósfera. Viceversa, el marco postula constantemente un cuadro para su interior, hasta el punto de que cuando le falta tiende a convertir en cuadro cuanto se ve a su través <sup>41</sup>. Bastante de lo mismo ocurre entre el ámbito de la actividad profesional y la correspondiente responsabilidad. Describiría yo a las profesiones como espacios de discrecionalidad técnica enmarcados en responsabilidad. En el interior del entorno prevalece el saber y experiencia, la iniciativa, la confianza depositada en el profesional. Pero siempre está la delimitación que circunscribe al hacer profesional con líneas de responsabilidad, tanto frente a las conductas intromisorias que puedan advenir desde afuera, como, asimismo, respecto a las extralimitaciones y negligencias ocasionadas desde dentro del propio ámbito.

El servicio que las profesiones entrañan no puede menos de sustentarse en una aptitud reconocida a los profesionales. La habilitación para el oficio profesional descansa en ciertos saberes, estudios y experiencias, en maestrías y pericias que se consideran concurrentes en las personas a las cuales se atribuye el respectivo ejercicio. Se les

<sup>40</sup> Así, *Cubby Inc. v. Compu Serve Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S. D. N. Y., 1991). *MTV Networks v. Curry*, 867 F. Supp. 202 (S. D. N. Y., 1994). *Tasini v. New York Times*, núm. 93 Civ. 8678 (S. D. N. Y., 1993).

<sup>41</sup> *El espectador*, III y IV, C. Austral, 113.

reconoce una competencia para desempeñar su cometido en el ámbito de que se trate. Los ámbitos profesionales son campos de acción entregados a la competencia del profesional. Esa competencia consiste, en buena medida, en una discrecionalidad técnica y prudencial, informada por diligencia y justo sentido de los medios y de los fines, acerca de qué hacer y cómo hacer. Pues, sobre la base de la preparación que les viene reconocida, se les ha de dejar elegir la actuación a su juicio más acertada, más eficaz y acomodada al caso o asunto concreto al que han de proveer. Una considerable libertad de elección de instrumentos y caminos, de tratamientos y soluciones, de técnicas y estrategias es, profesionalmente, inexcusable.

Son inseparables y concomitantes el ejercicio profesional y ese margen de discrecionalidad técnica. No se trata de una potestad formal, sino de la opción a *determinar* lo más razonable concierne al caso. No hay profesión sin autonomía reconocida y sin aptitud de discernimiento en el orden técnico. Ello hace que la condición personal de profesional no decaiga aun cuando incorpore su trabajo a una empresa o a una persona jurídica, pues, siquiera haya entonces dependencia funcional, habrá de persistir la connatural discrecionalidad de cometido y de técnica que tiene y mantiene. En la profesión hay así, inseparable, una estimativa en libertad que es su atmósfera, su estructura y su impulso. Sin esa discrecionalidad, que redundaría en afán de excederse y de diligencia, en honda intención de cumplir, de superarse y superar, no serían las profesiones cauce de buen servicio, ni de estímulo, ni de realización personal colmada, ni de «estima de sí». Pero esa discrecionalidad no puede menos de tener unos confines precisos, un marco que la rodee y la destaque, articulado mediante específicas responsabilidades.

La responsabilidad es así moldura que da perfiles, unidad y coherencia al hacer profesional. Sin responsabilidad se diluiría falta de encaje social, desdibujado y genérico, sin perímetro nítido. El ejercicio legítimo de un oficio o cargo, dentro de su ámbito, así como los actos que están incluidos en su órbita, tradúcese por eso en una *causa de justificación*; pues la responsabilidad no ha de ahogar, ni inhibir, el avance perfectivo que técnicamente les es propio y las profesiones requieren. Ahora bien, tampoco ha de faltar la perspectiva de unos linderos. El cometido profesional incluye eventuales ponderaciones de técnicas y de límites, de prudencias, de la *communis opinio doctorum* y del valor de los nuevos conocimientos. Se mueve en un espacio cuyo reconocimiento y respeto pertenece al orden jurídico constitucional, que hace de la materia expresa reserva de Ley (art. 36 CE). Pero en torno a esos espacios se hallan ineludibles líneas y pautas de la responsabilidad.



Frente a la intromisión de extraños, los ámbitos profesionales tienen terminante salvaguardia en el delito de intrusismo, el cual ha suscitado una jurisprudencia interesante <sup>42</sup>; ha requerido matizaciones muy precisas en la reforma de 1995, patentes ahora en el artículo 403 del Código Penal <sup>43</sup>. Los confines que la norma penal sanciona necesitarán, frecuentemente, puntualizaciones administrativas y técnicas, ser integrados con lo dispuesto en normas extrapenales <sup>44</sup>, pero constituyen linderos típicos y sugieren uno de los supuestos acaso más aleccionadores de la moderna doctrina de la imputación objetiva <sup>45</sup>. El título habilitante de la profesión es así presupuesto de cualquier ejercicio de «actos profesionales». También lo es, para las profesiones colegiadas, la incorporación al correspondiente Colegio Profesional. Los Colegios Profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender los intereses privados de sus miembros y atienden asimismo finalidades de interés público <sup>46</sup>. La calificación de una profesión como colegiada, con la consiguiente incorporación obligatoria, requiere, desde el punto de vista constitucional, la existencia de intereses generales que puedan verse afectados o, dicho de otro modo, la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes <sup>47</sup>.

Desde dentro del respectivo ámbito, opera la responsabilidad propiamente profesional, la cual circunscribe y modula a la respectiva competencia. Ésta viene así vertebrada por las pautas del *ars officii* y de saberes, de la diligencia debida y la obligación de informar al cliente, de poner a contribución cuantos medios propios del respectivo campo conduzcan hacia el resultado buscado. La responsabilidad *profesional* o *del profesional* es así capítulo sobremanera específico del moderno Derecho de daños.

Cada *campo* profesional implica una acción específica; y en modo alguno se lo podrá referir sólo a los modos y niveles de una prudencia genérica. El profesional es, por principio, poseedor de unos conocimientos de acceso restringido; de ahí los contrastes entre la diligencia a él exigible y la que es usual y propia de un «cuidadoso padre de familia» <sup>48</sup>. Al efecto específico de su competencia,

<sup>42</sup> Cfr., entre otras, Sentencia 111/1993 TC, de 25 de marzo; SSTS, 2.ª, de 28 de octubre, 20 de septiembre de 1993 y 22 de noviembre de 1994.

<sup>43</sup> Vid. CHOCLAN MONTALVO, *El delito de intrusismo*, Barcelona, 1998, pp. 147 y ss.

<sup>44</sup> TS, 2.ª, de 29 de enero de 1990.

<sup>45</sup> Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Cuadernos Civitas, 1996.

<sup>46</sup> STC 29/1988, S de 18 de febrero. Vid. CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Madrid, 1998, pp. 826 y ss.

<sup>47</sup> STC 194/1998, de 1 de octubre.

<sup>48</sup> Vid. Ferrán BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, «Publicaciones del Real Colegio de España», Bolonia, 1987, pp. 125 a 135.

al profesional no se lo ha de mensurar en dirección a la figura de un «diligente padre de familia», pues precisamente es un buen padre de familia quien acude al profesional en busca de respuesta a una necesidad que está del todo fuera de sus alcances. Por eso, el punto de vista que da enfoque predominante, que da panorama y congruencia a la responsabilidad profesional, se encuentra en el discernimiento que ha de hacer el profesional en torno al caso o quehacer, aprontando la solución más razonable. En ese concepto, de discrecionalidad y competencia técnica, la actuación del profesional no es susceptible de ser sustituida. De ese modo, no será misión de los juzgadores interferir *a posteriori* con otros criterios técnicos los que profesionalmente se emplearon, sino, en su caso, delatar y enjuiciar, con el informe de expertos, eventuales negligencias o acaso ignorancias <sup>49</sup>.

## IX. LA PROFESIÓN, CONDICIÓN CIVIL DE LA PERSONA

Subjetivamente, una vez elegida y ejercida, la profesión imprime faz propia a la persona. Sobre la base diferencial objetiva entre unas y otras áreas de especial cometido, la profesión o el oficio trae una impronta a la subjetividad, una impronta muy personalizadora y caracterizadora. Trasciende como *condición jurídica* expresiva del respectivo modo de ser y de realización personal. Todo ser alcanza plenitud a través de su específico obrar, conforme lo enseña una filosofía permanente. Desde luego el existir es anterior a todo hacer, pero en el mundo de la persona hay una propia realización que va más allá de la existencia fáctica, mediante ella los humanos llegan a tener una identidad personal más intensa, más colmada y real, precisamente en razón de lo que hacen como peculiarmente suyo <sup>50</sup>. En la profesión hallamos oferta y disponibilidad de servicio hacia los demás y, a la recíproca, los demás consideran y ponderan en el profesional la *condición* personal en virtud de la cual le buscan y se confían.

Pertenece a la esencia de la profesión el recalcar el carácter personal del correspondiente hacer. La prestación a título de profesional pone en ejercicio e implica a la específica cualidad personal. Se otorga así a ésta una relevancia decisiva a modo de motivo condi-

---

<sup>49</sup> Cfr. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pp. 470 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1987, en especial capítulo XII.

<sup>50</sup> *Aquinas*: «operatio est actus secundus operantis», 1, II, 70, 1; «actus secundus est perfectior quam actus primus», C. G. I, 45.

cionante o causa concreta principal del negocio jurídico <sup>51</sup>; redundará la misma, en su caso, en el error sustancial sobre la persona, y en puntualizar singularizadamente quién está llamado a cumplir y quién, efectivamente, puede cumplir. «En las obligaciones de hacer —señala el artículo 1161 CC— el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación». La condición del profesional adviene operativa y presente en el correspondiente hacer al que cualifica con rasgos de matiz personalísimo; y también con una consideración que ha de serle respetada <sup>52</sup>.

La condición profesional lleva implícita la presunción de unos conocimientos, de forma que hace variar las previsiones referentes a las posiciones jurídicas de las personas. Así, en la compraventa, el vendedor está obligado a responder de los defectos ocultos que tuviera la cosa vendida, pero no lo estará si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente reconocerlos (art. 1484 CC); y, en cuanto a la venta de animales, si el profesor, por ignorancia o mala fe, dejara de descubrirlos o manifestarlos, será responsable de daños y perjuicios (art. 1495 CC); así, en fin, la presunción de gratuidad del mandato cesa cuando el mandatario se dedique habitualmente a gestiones como la encomendada (Fuero Nuevo de Navarra, Ley 558). El equilibrio contractual no puede menos de tomar en consideración la circunstancia profesional, por la desigualdad de información que supone.

Es tan patente la *condición* operativa en el profesional que, en algunos aspectos, llega a entenebrecer a la correspondiente vinculación contractual. Sucede como si allí viniera a disolverse, o no fuera pertinente, la negociación previa, usual en el ordinario modo de contratar. Así se explica que su relación con el cliente se haya podido incluir, en ocasiones, entre las denominadas «relaciones contractuales fácticas», o por «conducta social típica», o como «contrato de responsabilidad». Con todo, casi siempre se evidenciarán ciertos «modos concluyentes» por ambas partes hacia el nexo contractual; y también, por el lado del profesional, en calidad de justa causa para actuar y, asimismo, para retener lo cobrado. Como causa habilitante para intervenir, aun a falta de requerimiento formal, ante la urgencia, o cuando lo contrario pudiera significar denegación de auxilio <sup>53</sup>; y, como *justa causa* para retener, en los términos del

<sup>51</sup> DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 102 y 103.

<sup>52</sup> Cfr. TS, 3.ª, Secc. 7.ª, S de 24 de abril de 1998.

<sup>53</sup> Vid. JESTAZ, *L'urgence et les principes clasiques du droit civil*, París, 1968, pp. 94 y 95.

artículo 1901 del Código Civil, al probarse que el servicio se prestó no por liberalidad sino en el normal ejercicio del correspondiente trabajo. Este artículo 1901 transcurre relativamente poco aplicado, pero es de mucha significación. La actuación profesional puede encontrar en él positivo encaje como *iusta causa perceptionis*. En definitiva, la relación contractual se hará presente, por lo común, a través de los elementos, acaso difusos o diluidos, pero inconfundibles, del arrendamiento de servicios.

Lo que en ningún caso cabrá desconocer es la relación de confianza que la profesión incluye y pone en ejercicio. La condición profesional es, connaturalmente, receptora de confianza, la cual dará configuración a sus obligaciones con el cliente. La condición profesional suscita contextos jurídicamente informados por la confianza. Desde luego ha de haber confianza referida al estricto hacer, al *facere* técnico, depositada en el profesional; pero, ineludiblemente, estará implicada, además, una confianza de orden moral, inseparable de aquélla. No cabe, en el orden práctico, escindir ambas vertientes en el ejercicio de la actividad profesional, pues existencialmente se implican en un mismo *porqué* causal y determinante. Así ocurre que el secreto profesional, como bien se ha dicho, abarca al todo de esos aspectos, que no son, ni pueden ser, autónomos <sup>54</sup>.

## X. «INTUITUS PERSONAE»

El profesional recibe confianza y debe corresponder desplegando fidelidad. En ese contexto ha de situarse el secreto profesional. Con razón hacía notar De Cupis que el profesional está llamado a la confidencialidad de acoger secretos, pues la prestación de sus servicios requiere puntual información referente al caso <sup>55</sup>. Entra así en consideración la intimidad de las personas cuyo respeto y atención es presupuesto necesario de la posición profesional y elemento típico de ella, cual lo evidencia el artículo 199 del Código Penal y resulta consustancial con el sentido del menester y de los contenidos abarcados. Las personas, en su infungible ser y dignidad, en su circunstanciada ocasión, estarán contempladas en la respuesta que el profesional ha de impartir a la necesidad, urgencia o actividad que le ha sido encomendada. Componentes de confianza y de fidelidad dan así tónica a la relación de servicios profesionales. No ciertamente mediante subordinación, como es propio de la relación

<sup>54</sup> Cfr. TS, 3.ª, Secc. 6.ª, S de 17 de febrero de 1998.

<sup>55</sup> DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1959, I, pp. 343 y ss.

laboral del contrato de trabajo, sino en el plano horizontal de respetos, deberes y lealtades.

Al expresar una *condición* tan específica y caracterizadora de la persona, la profesión enlaza con el significado del *intuitus personae*. Los múltiples aspectos que el *intuitus personae* sugiere ofrecen consideraciones de mucho interés como tema de método jurídico. Me parece importante al respecto el logrado estudio de Rumpf <sup>56</sup>, de fecha un tanto pretérita pero quizá doctrinalmente no superado. Explora con docta construcción la atracción jurídica determinante que emana de la personalidad humana. En el Código Civil hallamos previsiones dirigidas a mantener como inherentes a la persona los bienes y útiles de trabajo que vengan adscritos a su actividad profesional. Así, en el artículo 1346.8, se nos dice que son privativos de cada uno de los cónyuges, y no gananciales, los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, con la advertencia de que esos bienes no perderán su condición de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes, si bien en este caso la sociedad conyugal será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho. También se previene, respecto de la liquidación de la sociedad de gananciales, la preferencia de cada cónyuge, para que se incluya en su respectivo haber el local donde hubiere venido ejerciendo su profesión (art. 1406.3.º). La consideración de la finalidad profesional se traduce así en adscribir cosas y derechos a la titularidad privativa.

En la jurisprudencia se pondera expresamente el *intuitus personae* que preside las relaciones contractuales del orden jurídico profesional, con encarecimiento de que redunde en deber de fidelidad y en exigencias de una «ejecución óptima» <sup>57</sup>.

Ahora bien, los interrogantes que la profesión suscita en calidad de *condición* de la persona cobran últimamente proyecciones en cierto modo nuevas. Así, es muy actual —en el frecuente caso de que la actividad de un profesional se inserte en la de una empresa o persona jurídica—, el cuestionar acerca de si se desvanece o perdura entonces el *intuitus personae*. Y, por otra parte, es ahora incitante la reflexión en torno a si el *intuitus personae* profesional, en cuanto que es propio de la persona física, impide que una sociedad civil o mercantil pueda adoptar como objeto social el campo de actividades objetivas conocidamente propias de una determinada profesión.

<sup>56</sup> RUMPF, «Wirtschaftrechtliche Vertrauensgeschäfte», *Archiv für civ. Praxis*, año 1921, pp. 1 y ss.

<sup>57</sup> Cfr. SSTS, 1.ª, de 30 de marzo y 11 de mayo de 1993, 9 de febrero de 1996 y 28 de enero y 25 de marzo de 1998.

Son éstas unas temáticas de muy vivo interés doctrinal, y también de mucho alcance práctico. Pero, antes de aludir a ellas, es conveniente hacer referencia a los contrastes funcionales que median entre las nociones de profesión y empresa.

## XI. DIALÉCTICA JURÍDICA ENTRE PROFESIÓN Y EMPRESA

La dialéctica jurídica entre profesión y empresa está lejos de encontrarse doctrinalmente apaciguada. Disposiciones referentes al régimen tributario, y señaladamente al IVA, producen frecuentes acercamientos entre una y otra. Sin embargo en modo alguno cabe identificarlas. La diferencia más concluyente está en que la empresa puede ser y es objeto de transmisión y de negocios jurídicos, y no así la profesión al sustentarse en una condición jurídica personal. Además, está el diverso sesgo de las actividades: en la profesión, al menos de modo común, se despliega una actividad de medio, mientras la empresa se estructura hacia actividades de resultado.

Entre la profesión y la empresa acontecen indudables cercanías. Tanto el profesional como la empresa son *operadores del tráfico*, y es bien sabido que el profesional como tal no tiene la consideración jurídica de consumidor<sup>58</sup>, y que le son aplicables, como a la empresa, las cautelas y previsiones establecidas contra eventuales cláusulas abusivas que impusieran<sup>59</sup>. También ocurre que el lenguaje es propicio a ciertas aproximaciones, como cuando se habla de la empresa del profesional<sup>60</sup>. En la profesión, paralelamente a la empresa, hay una peculiar tensión entre objetividad y subjetividad, pero, en principio, de dirección contraria. Pues mientras la profesión tiene previa configuración objetiva, que pasa a vivencia subjetiva al ser practicada, la empresa, al revés, es primero idea subjetiva del empresario, que ha de plasmar luego en actividad y realización objetiva. En suma, la profesión y la empresa son realidades diversas.

La profesión tiene y mantiene su inherencia en la persona. Por contraste, la empresa como tal no es sujeto sino objeto de derecho. Ocurre, ciertamente, que la conjunción empresarial de recursos y actividades en orden al logro del destino informante genera unos dinamismos endógenos, desde luego extraños a la pasividad de las cosas aisladas, que, en alguna medida, son proclives a insinuar suge-

<sup>58</sup> TJCE, S de 19 de enero de 1993. TS, 1.ª, S de 17 de marzo de 1998.

<sup>59</sup> Cfr. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. TS, Sala 1.ª, S de 28 de noviembre de 1997.

<sup>60</sup> SANTORO-PASSARELLI, «Professioni Intellettuali», *Novissimo Digesto Italiano*, XIV. 23-28.



rencia hacia una titularidad que los unifique, pero sin alcanzar por eso estricta subjetividad o personalidad. En la profesión, el determinante jurídico está en la persona; en cambio, en la empresa se encuentra en el impulso organizador inducido de los elementos y factores productivos, en cuanto orientado a poner en el mercado de bienes y servicios. Precisamente por tener la organización significado jurídicamente relevante en la empresa, y no así en la profesión los instrumentos de trabajo, se dijo en memorable estudio que el profesional lleva a cabo una *obra del todo suya*; lo cual no acontece al empresario ni al funcionario, pues éstos han de reconocer el decisivo papel que en su hacer corresponde respectivamente a la dinámica de la empresa o a la Administración pública <sup>61</sup>. El tratarse de una obra del todo suya justifica el derecho a participar en beneficios ulteriores <sup>62</sup>.

En consonancia con esa diferente estructura, en el orden funcional la diversidad se hace patente en la índole de las responsabilidades que se derivan. Mientras en la actividad profesional la responsabilidad habrá de fundarse en la negligencia de las actuaciones, en la empresa prevalece la objetividad de los resultados y de los efectos causados. Los criterios doctrinales y jurisprudenciales son claros y terminantes, con orientación respectiva, hacia la responsabilidad por culpa, o hacia las agravadas estimaciones del riesgo objetivo de la empresa y de los eventos acaecidos en el desarrollo de las correspondientes actividades.

El interrogante interpretativo puede surgir, acuciante, como ya se ha insinuado, en el caso de que el profesional como tal se integre en el servicio de una empresa. ¿Se borrará entonces su cualificada condición de tal, para pasar a la genérica de trabajador de la entidad, en orden a las responsabilidades frente a terceros? En la jurisprudencia han sido resueltas cuestiones muy expresivas acerca de si el oficio o profesión perdura como tal, como nexo civil o mercantil con la empresa o si, por el contrario, es absorbido, indiferenciado, en el cúmulo de relaciones laborales de la misma. Me parece muy indicativo un supuesto en donde el criterio diferencial acaba centrándose en si venía o no exigida para la correspondiente tarea la obtención de un «título administrativo habilitante» <sup>63</sup>. El título tiene valor perso-

---

<sup>61</sup> RITTER, *Unternehmen und freier Beruf*, Tübingen, 1962, p. 22, donde explica: «... Das alles duldet der Begriff des freien Berufes nicht, weil er voraussetzt, das Berufsträger, der Mensch, der den betreffenden Beruf gewährt hat, selbst die ihm übertragenen und von ihm übernommenen Aufgaben erfüllt».

<sup>62</sup> Vid. Propuesta de Directiva CE 98/C125/10, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

<sup>63</sup> TS, 4.ª, S de 2 de noviembre de 1995. En el caso de un transportista con vehículo propio que prestaba servicios a la empresa, se ponderó que «en los transportes públicos o privados realizados con vehículo cuyo peso supere las dos toneladas será necesaria la obtención del correspondiente título administrativo habilitante». Sobre la actividad del

nalmente singularizador, confiere legitimación para desempeñar la actividad propia del contexto objetivo al cual se refiere, pero, al mismo tiempo, cualifica a la persona subjetivamente y mantiene, persistente en ella, la correspondiente conceptualización. No cabe olvidar aquí la proximidad de significados entre *título* y *concepto* vivida en otro sector jurídico tan relevante como es la posesión<sup>64</sup>. El título profesional es título de legitimación e, inseparablemente, expresivo de una conceptualización, de una *condición* personal.

La profesión, vale la pena reiterarlo, redundante en cualidad personal inherente. De ahí que se haya matizado la responsabilidad civil respectiva de la persona jurídica y la de sus profesionales en frecuentes decisiones jurisprudenciales, sin desconocer, por lo común, la *condición* que a estos últimos corresponde; otra cosa es que los terceros consideren de mayor conveniencia demandar a aquélla. Se mantienen así invocables, pero distintas, las responsabilidades del profesional y las de la entidad; aquéllas como fundadas en culpa o negligencia, éstas orientadas hacia una imputabilidad objetiva, de forma que el menoscabo o el daño inducen de por sí a presumir culpa<sup>65</sup>. Mas, por otra parte, es verosímil que las conductas profesionales individuales hayan podido quedar, acaso, más o menos despersonalizadas, o diluidas en el conjunto y, en consecuencia, resulten referibles en el orden práctico a la entidad como tal. La obligación que impone el artículo 1902 CC es así exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino también, según el 1903 CC, por los de aquellas personas de quienes se debe responder, entre las cuales están quienes vienen incorporados profesionalmente al servicio de la correspondiente actividad empresarial o societaria. Pero también se aclara que la responsabilidad impuesta por este último precepto viene a configurarse no ya como subsidiaria, sino como directa<sup>66</sup>. Criterios que, por lo demás, hallamos igualmente asumidos en la jurisprudencia comparada<sup>67</sup>.

En consecuencia, el seguro de responsabilidad civil ha venido a ser previsión de muy razonable presencia de todos estos órdenes de actividad, especialmente al tratarse de corporaciones, agrupaciones o sociedades profesionales.

---

servicio de transporte y su exclusión del ámbito laboral, STC 227/1998, de 26 de noviembre; contiene consideración de actividad de resultado y no de medio.

<sup>64</sup> Vid. A. M. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, 89.

<sup>65</sup> SSTS, Sala 1.ª, de 22 de abril de 1997, 12 de junio de 1997 y 27 de noviembre de 1997.

<sup>66</sup> SSTS, 1.ª, 22 de junio de 1988, 6 de marzo de 1995, 19 de julio de 1996, 12 de mayo de 1997 y 31 de marzo de 1998.

<sup>67</sup> J. P. LE GALL, «Liability for Persons Under Supervision», *International Encyclopedia of Corporate Law*, XI, Torts (1983), ch 3.

## XII. SOCIEDADES PROFESIONALES

En otro sentido, el *intuitus personae* inherente a la profesión viene puesto a prueba con ocasión del candente tema de las sociedades profesionales. Es aquí especialmente necesario mantener en perspectiva el contrapunto de los aspectos objetivo y subjetivo de las profesiones. La cuestión surge ya en las «sociedades de profesionales», o sea de medios e instrumentos de trabajo, pero se delata propiamente en las «sociedades profesionales», esto es, de objeto profesional<sup>68</sup>. El problema resultó por demás interesante en Francia al prepararse la Ley 90/1258, de 31 de diciembre, referente a las «sociedades de ejercicio liberal», con estructura de anónimas, limitadas o comanditarias por acciones. El punto clave de discusión fue la «despersonalización» de las profesiones que eventualmente pudiera seguirse. Se había preparado el clima favorable a la nueva normativa a través de la llamada «sociedad consorcial» de profesionales. Adalid del asunto había sido el ilustre abogado Lyon-Caen, quien años antes mantuvo al respecto diversas sugerencias persuasivas<sup>69</sup>.

El temor principal a conjurar consistió en que la atribución del carácter de profesional liberal a una sociedad pudiera venir a desdibujar la dimensión humana y personalista tradicional de las profesiones. Pero hubo de prevalecer la protección que, según se pensaba, la vía societaria traería al profesional en orden a la defensa de sus intereses, a la conceptualización respectiva de los asociados, a la ampliación de recursos y a su organización y presencia efectiva. Sector favorable a la admisión de esas sociedades hubo de ser el de los arquitectos, que por ese camino buscaban defenderse frente a los grandes grupos inmobiliarios. En el proyecto legal se articulaba la responsabilidad de forma que, a más de mantener la de cada asociado por sus propios actos profesionales, se añadía la solidaria de la sociedad. Se especificó que esas sociedades no realizarán por sí «actos propios» de una determinada profesión, sino a través de alguno de sus miembros que cuenten con la cualificación profesional necesaria al efecto. El texto resultante fue de mucho pormenor, sugerente<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios*, I-2, pp. 238 y ss.; M. ALBALADEJO GARCÍA, «La distinción entre comunidad y sociedad», *Actualidad Civil*, 1995, pp. 97 y ss.; CAPILLA RONCERO, *Com. Edersa*, XXI-1, pp. 155 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, *Com. Edersa*, XX-2, pp. 32 y ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., cap. VIII; DELGADO GÓMEZ, *Las sociedades profesionales*, Academia Sevillana del Notariado, 1995, pp. 351 y ss.

<sup>69</sup> LYON-CAEN, *L'exercice en société des professions libérales en Droit français*, París, 1975.

<sup>70</sup> Vid. MEZQUITA DEL CACHO, *Las sociedades de profesionales*, Academia Sevillana del Notariado, VII, pp. 343 a 418.

Con relación a España se ha dicho con buen tino que la sociedad civil es el tipo natural para las sociedades de ejercicio profesional, con la posibilidad de acogerse al artículo 1670 del Código Civil a fin de adoptar una mera forma estructural mercantil. Recálcase la permisión que el 1678 CC hace respecto del ejercicio de una profesión o arte <sup>71</sup>. Desde luego se ha de decir que la responsabilidad del profesional en modo alguno declina frente a terceros por el hecho de integrarse en una sociedad de objeto y fines profesionales. Se mantiene, sin duda, operante el *intuitus personae* respectivo en tanto efectivamente actúe un concreto profesional, siendo razonable, por otra parte, la adición de la responsabilidad de la sociedad. En nuestra jurisprudencia hallamos bastantes supuestos en donde la condición de profesional entra en ponderación y contraste frente a la estructura jurídica de una sociedad <sup>72</sup>.

Interesante es el caso de una «entidad médico colegial» constituida como sociedad anónima, en la cual, según los estatutos, los accionistas habían de ser licenciados en medicina y colegiados en la propia provincia, con incompatibilidad de prestar servicios en otra organización de servicio sanitario privado. Se añadía la cautela de que, si ese extremo se conculcara por algún socio, el consejo de administración podría declarar la nulidad de los títulos de sus acciones y, tras reembolsar al desposeído, sacar a subasta los correspondientes duplicados. Suscitada la cuestión, recabaron varios accionistas, médicos, la nulidad de esa previsión estatutaria. La Audiencia admitió la «validez de la prestación accesoria de no hacer», pero declaró nulo el acuerdo societario de anular las acciones, por cuanto los estatutos no prevén las consecuencias de tal anulación, sin que se pueda privar al socio de su derecho. No se dio lugar al recurso de casación planteado <sup>73</sup>.

Las sociedades civiles o mercantiles de asistencia médica cobran de día en día más extensión y presencia en el sector de los servicios. Su estructura ha traído nitidez ejemplificadora acerca de la necesi-

---

<sup>71</sup> PAZ ARES, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, II, en artículo 1678, IV.

<sup>72</sup> *Vid.*, entre otras, STS, 1.ª, de 23 de enero de 1990. En STS, 1.ª, de 3 de octubre de 1995, se desestima la demanda interpuesta por agentes de la propiedad inmobiliaria que recaban la nulidad de una sociedad por cuanto su objeto social coincide con las funciones específicas de esos profesionales. Se resuelve que el «concepto funciones propias de los agentes de la propiedad inmobiliaria no equivale a exclusividad», y se sugiere «la necesidad de fijar la atención legislativa en las sociedades que responden de la realización de actividades profesionales». La STS, 1.ª, de 5 de julio de 1996, se refiere a una sociedad de ingeniería. La RDGRN de 10 de noviembre de 1993 señala que «la asignación legal de objeto exclusivo para unas sociedades especiales no va acompañada de una reserva del mismo a su favor».

<sup>73</sup> STS, 1.ª, de 16 de marzo de 1995.

ria distinción entre los *actos societarios*, u orgánicos, de la persona jurídica como tal, respecto de los *actos profesionales* de los médicos –socios o especialistas incorporados– que contribuyen a la realización del objeto social precisamente mediante su condición profesional. Son éstos unos contrastes ineludibles. El *objeto social* es propio de la persona jurídica y se implanta en la objetividad del tráfico de bienes y servicios; en cambio, el efectivo ejercicio de la profesión emana de la *condición* subjetiva, obedece a la discrecionalidad técnica y a la responsabilidad correspondientes a un hacer personal.

Expresiva de este orden de problemas resulta la hipótesis de una sociedad de responsabilidad limitada, «cuyo objeto era el propio de la actividad profesional de los arquitectos». Se resolvió que «el carácter estrictamente personal de la actividad profesional impide que ésta pueda ser atribuida a un ente abstracto creado a tal efecto en lugar de al profesional al que la ley confiere tal actuación»<sup>74</sup>. El Colegio de Arquitectos de Madrid habrá dictado normas acerca del ejercicio profesional societario; y hay que reconocer que una cosa es que el objeto social de una sociedad se exprese por referencia a las actividades usuales de esa profesión, y otra que ello suponga asumir por parte de la entidad la condición –subjetiva– de arquitecto. De ahí que las precisiones del lenguaje hayan de ser rigurosas.

En la *sociedad profesional*, lo que en principio está en juego no es que la persona jurídica como tal vaya a actuar de arquitecto, de médico o abogado, sino que el *objeto* de la misma se determina por relación al espacio de actividades que constituyen el área de una profesión. Presupuesto para encontrar la perspectiva adecuada de la cuestión es distinguir los sentidos objetivo y subjetivo de las profesiones; y, también, reconocer que el objeto de una sociedad es noción siempre en línea institucional con la objetividad propia del tráfico, con la cual puede guardar precisa consonancia<sup>75</sup>.

El problema en estos casos podría estar en cómo describir el objeto social de forma que no se le venga a tomar como condición subjetiva. Por eso puede ser cautela razonable indicar expresamente lo que, por otra parte, es obvio, que los «actos profesionales» los habrán de realizar los profesionales al efecto legitimados. Efectivamente hay que pugnar con la «tiranía de las palabras», *The Tyranny of Words*, decía Chase con razón. Pero las palabras han de interpelar a los respectivos ámbitos y nociones. Está en juego de esta forma un aspecto de mucho alcance para la metodología. Coordinar lo subjetivo con lo objetivo en la estructura del orden

<sup>74</sup> RDGRN de 23 de abril de 1993. En el mismo sentido, RDGRN de 26 de junio de 1995, respecto de la actividad de asesoramiento jurídico.

<sup>75</sup> Vid. Enrico ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, cap. VI.

jurídico siempre acarreó, y acarrea, matizaciones muy precisas que necesitan armonizarse; se conjugan, por lo común, en la idea de posición jurídica <sup>76</sup>. En efecto, la posición jurídica del profesional, caracterizada por el discernimiento técnico que le corresponde como actividad personal, no se ha de confundir y es armonizable con la posición de la sociedad profesional, la determinación de la cual está en función del tráfico objetivo de bienes y servicios. Cuestión distinta es cómo insertar la actividad de la persona física en el fin propio de la persona jurídica, susceptible de matiz y de muy variada concreción <sup>77</sup>; entran ahí el arrendamiento de servicios, la relación societaria como tal, así como otros cauces de creciente actualidad centrados en torno al negocio jurídico de autorización.

La entidad de la sociedad profesional, precisamente por lo concluyente de su objeto social, despliega un contexto especificado y especificante que, lejos de evocar menoscabo o contradicción con la cualidad profesional de quienes llevarán a cabo los efectivos «actos profesionales», coadyuva por lo común a incrementar su concepción, a ofrecer sugerencia de respectiva especialización de cada uno, a complementariedad de cometidos, de relaciones y garantías. Todo lo cual ha creado orientación jurídica general favorable a las sociedades profesionales como lo evidencia la Directiva 98/5/CE, de 16 de febrero, referente a la abogacía, que contempla el «ejercicio en grupo», confiriéndole expreso relieve, susceptible de plasmar en gama abierta de formas jurídicas. Al profesional solitario puede llegar a resultarle difícil mantener presencia y ejercicio en un mundo dinámico sustentado ahora en tan vastas interrelaciones funcionales de recursos y de información. De ahí que los desenvolvimientos del Derecho Comparado traigan notable expansión hacia diversas formas de sociedades profesionales, y que no se las quiera interpretar en mengua del respectivo *intuitus personae*.

### XIII. HACIA LA PROFESIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Ciertamente la evolución de las cosas no tiende ya a poner en cuestión a la sociedad profesional, sino que, a la inversa, paradójicamente, son las sociedades, y en general la persona jurídica, quienes necesitan ahora alcanzar y ofrecer configuración profesional. Se

---

<sup>76</sup> Vid. D'ORS, «Aspectos objetivos y subjetivos del *ius*», *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, 1980, pp. 280 a 312.

<sup>77</sup> Vid. K. ENGISCH, *ob. cit.*, VII, I, 1.

hace ello sobremanera patente en la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, relativa a condiciones generales y cláusulas contractuales abusivas, e igualmente en la Ley 7/1998, de 13 de abril, que la transpone a nuestro orden jurídico, en cuyo contexto reciben condición de profesionales cuantas personas *físicas o jurídicas* actúen en el marco de actividades relacionadas o contrastables frente al mundo de los consumidores. De ese modo, el despliegue de cualquier designio empresarial, e incluso objetivos de las fundaciones o asociaciones, quedan virtualmente abarcados en esa concepción, toda vez que necesitan tener presencia en el tráfico. Se imprime así a quien asuma cualquier quehacer dinámico de actividades, fines, servicios o atenciones, la impronta de una profesionalidad.

Significativa de esa impronta es, sin duda, la generalizada implantación de específicas normas de comportamiento y buen hacer señaladas para los administradores y ejecutivos de empresas, sociedades y servicios organizados <sup>78</sup>. Así ocurre que la consolidación de los grupos de sociedades podría venir delatada precisamente a través de hacerse patente una profesionalidad común y unificadora <sup>79</sup>. Por otra parte, el riesgo de la empresa social encuentra frecuente concepción precisamente como «riesgo profesional» del correspondiente sector del tráfico <sup>80</sup>.

Acontece, en suma, que cualquier manifestación del «operar teleológico» actual tiende a revestirse de profesionalidad. Entre los ámbitos de las profesiones y los campos de acción de las personas jurídicas cabe así establecer crecientes concomitancias. Como trasfondo de continuidad entre aquéllos y éstos están las respectivas actividades, que, en el orden práctico, se solapan muchas veces unas a otras, lo cual ya hace tiempo pudo hacerse notar certeramente <sup>81</sup>. Es ésa una realidad que ha encontrado explicaciones de teoría jurídica y aplicaciones cada vez más cargadas de sentido. La persona jurídica está llamada a hacer lo que no puede hacer la persona física.

El ser de la persona jurídica responde a complementariedad de acción respecto de la persona física. La personalidad moral tiene indudable realidad, siquiera sea una realidad accidental, a diferencia de la que es propia de la persona física, la cual es de orden sustancial. Algunas profesiones han requerido convertirse en sociedades. Pero las sociedades precisan más y más adoptar una

---

<sup>78</sup> M. OLIVENCIA, «Reglas de conducta de los consejeros y funcionamiento de los Consejos de Administración», conferencia en la *Academia Matritense del Notariado*, 5 de marzo de 1998.

<sup>79</sup> Vid. Peter UMER, «Die Gesamthandsgesellschaft ein noch immer unbekanntes Wesen?», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1998, pp. 113 a 152.

<sup>80</sup> Cfr. TS, 1.ª, S de 9 de febrero de 1998.

<sup>81</sup> ZANELLI, *ob. cit.*, cap. VII.

ejecutividad profesional. La responsabilidad cada vez más perfilada de los administradores es índice muy expresivo de la profesionalidad que ha de asumir la persona jurídica. Tal es, desde luego, el derrotero que se anuncia ya como ineludible a toda persona jurídica, de modo peculiarmente urgente a las grandes sociedades anónimas<sup>82</sup>.

Hace ya bastante tiempo un recordado colega, Alfonso de Cossío, publicó un sugerente trabajo acerca de la persona jurídica en donde distinguía entre personalidad hacia afuera y personalidad hacia adentro; hacía notar que, aún después de constituida, le queda pendiente obtener su autonomía interior<sup>83</sup>. Y es verdad que el interrogante que acucia ahora a la persona jurídica no está propiamente en cómo nace a la vida del Derecho, sino bastante más en cómo culmina su estructura real. Después de tener una existencia jurídica formal, ha de labrarse una configuración propia, sustancialista y vertebradora. Y ahí está y urge el gran propósito de adquirir y ganar una profesionalidad conocida, urgencia en muchos aspectos paralela a lo que ocurre con la ocupación de la persona física. La profesionalidad en uno y otro caso se ha de implantar desde dentro, como identidad caracterizadora, como actitud y disposición.

Es hoy muy de considerar el loable esfuerzo de muchas fundaciones y asociaciones por consolidar líneas de acción que les traigan una fisonomía concreta y propia. Háblase así de «cultura de la entidad», de la empresa, del grupo, de la casa. Me parece que esa modeladora fisonomía interna y externa se compendia y consiste en llegar a una profesionalidad discernible que mantenga e incremente modos y estilos. La jurisprudencia<sup>84</sup> proclama el derecho al honor de las personas jurídicas, y ese honor no es sino honor profesional. La profesionalidad de la persona jurídica es así un gran hecho actual de la teoría general del Derecho. Los modos y estilos de la profesionalidad encarecen nivel y cautelas, conocimiento del área y del cometido, innovación y crecientes saberes; requieren atención al pormenor cotidiano y, al mismo tiempo, horizontes. Implican estar en la realidad y adelantarse a la ocasión. Exigen desvelo y servicio, coherencias, afinados sentidos de responsabilidad.

---

<sup>82</sup> Vid. J. GIRÓN TENA, «Problemas y reformas de las grandes sociedades anónimas», *La Ley*, 17 de enero de 1989.

<sup>83</sup> Alfonso DE COSSÍO, «Hacia un nuevo concepto de persona jurídica», *ADC*, MCMLIV, pp. 623 a 654.

<sup>84</sup> TS, 1.<sup>a</sup>, SS de 9 de diciembre de 1993, 2 de julio de 1996 y 11 de febrero de 1995.





# Deuda de valor y subrogación real imperfecta

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA

SUMARIO: I. *Deuda de valor y subrogación real imperfecta en el Derecho francés.*—II. *Crítica de esta concepción.*—III. *Los sistemas monetarios y la inestabilidad de la peseta:* A) El metalismo. B) El nominalismo. C) La evolución del poder adquisitivo de la peseta oficial. D) Peseta plata. E) Peseta oro. F) La medida del poder adquisitivo de la peseta.—IV. *La deuda de valor en el Derecho común español:* A) Efectos del nominalismo. El curso forzoso del billete del Banco de España. B) La medida para corregir el nominalismo. C) La construcción legislativa de la deuda de valor en nuestro Derecho positivo. V. *Conclusión.*

## I. DEUDA DE VALOR Y SUBROGACIÓN REAL IMPERFECTA EN EL DERECHO FRANCÉS

Raynaud inicia el prólogo de la obra de Pierre-François <sup>1</sup> así: «Si la moneda cumpliera correctamente su función de medida de valores, la noción de deuda de valor no tendría ninguna utilidad y debería aplicarse a todas las deudas expresadas en moneda. Mas como no traduce más que por un instante fugitivo, el valor real del bien o del servicio que debe representar, las exigencias de una elemental justicia han impuesto la busca, a través de una expresión monetaria puramente nominal, del verdadero objeto de ciertas obligaciones, que sólo en apariencia son sumas de dinero. En estos tiempos de inestabilidad monetaria los juristas franceses han podido ver una explicación de ciertos métodos de evaluación, imaginados por la jurisprudencia y adoptados por el legislador, para conservar el valor

---

<sup>1</sup> *La notion de dette de valeur en droit civil. Essai d'une Theorie*, L. G. de D. et J., París, 1975.

de ciertos créditos contra la erosión monetaria y un medio técnico susceptible de generalización para superar el empirismo de soluciones parciales. Las sitúa entre las obligaciones no dinerarias o *in natura* y las de suma de dinero; éstas están definitivamente cristalizadas en su valor comercial. Como las obligaciones dinerarias nominativas, las deudas de valor se ejecutan en moneda, pero como las obligaciones no dinerarias están al abrigo de la depreciación monetaria, porque la evaluación necesaria para su ejecución debe siempre expresar el valor real que constituye su objeto. Su función es conservar en valor el patrimonio del acreedor. Por último, Raynaud, después de aludir a la relación de la deuda de valor con la novación y los dos tipos de subrogación real que llama perfecta e imperfecta (esta es la liquidativa) concluye el prólogo diciendo, que desde el instante en que la moneda no es capaz de expresar y de conservar los valores es necesario reducir su función a un medio de pago para evitar que arrastre en su ruina las obligaciones que permite ejecutar. Los derechos reales resisten la erosión monetaria de la cual los créditos son víctima <sup>2</sup>.

Como consecuencia de la inflación, tan grave en Alemania después de la primera guerra mundial, algunos autores alemanes han propuesto la distinción entre deudas de suma de dinero (*Geldschuld*) cristalizadas en su expresión nominal y deudas de valor (*Wertschuld*) que también expresadas en moneda tienen en realidad por objeto, no esa suma, sino el valor que ella expresa y escapan a la devaluación monetaria. La depreciación monetaria recae sobre las obligaciones no sobre los derechos reales, por eso frente a ella la naturaleza del derecho real es la fuerza y la del derecho de crédito la impotencia. La depreciación sólo afecta al valor del crédito, si se trata de una obligación monetaria que tiene por objeto una suma de dinero y en la cual la moneda está en la obligación. Por el contrario, los créditos que tienen por objeto un valor distinto del monetario en el cual la moneda está en la solución y sólo interviene para pagar, no para medir, escapan, como las obligaciones que recaen sobre una prestación no dineraria, a la depreciación monetaria. La deuda de valor, insiste Pierre-François <sup>3</sup>, posee una naturaleza híbrida: por su objeto participa de una obligación *in natura*, no dineraria, pero se ejecuta en dinero como las deudas de suma de dinero.

Un problema que plantean las deudas de valor es el de la novación, o sea, si una vez efectuada la evaluación se transforma la deu-

<sup>2</sup> Prólogo a la obra citada de Pierre-François, pp. XIX a XXIII.

<sup>3</sup> *Ob. cit.*, pp. 2 y ss.

da de valor en una deuda de suma de dinero, que ha perdido su virtud cardinal de remedio contra la devaluación monetaria <sup>4</sup>.

Para resolver la cuestión planteada, previamente deben explicarse otras, como es la de la naturaleza híbrida de la deuda de valor, que es intermedia entre las deudas de suma de dinero y las obligaciones de entregar una prestación no dineraria, pues la moneda que sirve para medirlas no es el objeto esencial, ella interviene a título secundario. En el momento de la ejecución de estas obligaciones es necesario evaluar la deuda; v. g., el valor de construcción en caso de edificación en suelo ajeno, el daño a reparar o el importe de la pensión alimenticia <sup>5</sup>.

Más adelante se preocupa Pierre-François <sup>6</sup> de distinguir las deudas de valor de las otras dos clases de obligaciones. «La naturaleza de la prestación marca en efecto muy profundamente la noción de deuda de valor. Cuando el objeto de la obligación puede ejecutarse *in natura* la inestabilidad monetaria no afecta al poder satisfactorio de la prestación que utiliza, por hipótesis, la moneda, ni como instrumento de pago ni como instrumento de evaluación. Pero cuando la obligación se ejecute por el pago en dinero, el objeto fundamental de la prestación impone una estricta equivalencia entre ejecución *in natura* y ejecución en valor... El instrumento jurídico de esta equivalencia reside en la naturaleza y los caracteres particulares del objeto de estas obligaciones en valor. Ellas dan derecho a una prestación *in natura*, pero ellas se ejecutan en valor por el pago de una suma de dinero. Es esta necesaria ejecución en dinero, lo que distingue las obligaciones en valor de las en dinero. Que la deuda de valor se presente como una deuda de suma de dinero o como una obligación *in natura*, lo que importa fundamentalmente es determinar sobre qué recae la obligación. En el primer caso no es la suma nominal la que es debida y en el segundo, no es la cosa misma la que es debida. Lo que es debido en las dos hipótesis, lo que constituye una obligación del deudor, posee una naturaleza idéntica en ambas: un valor que la moneda tiene sólo por misión traducir... Naturaleza híbrida en efecto, porque... el objeto de la deuda es una cosa a entregar, a restituir, a reparar; este objeto con un valor real debe encontrarse intacto a pesar de las fluctuaciones de los precios. Por su objeto no se trata de una deuda de suma de dinero, ... sino que ella supone una ejecución en dinero, una ejecución por equivalente y en esto se aproxima a la obligación de suma de dinero, la moneda servirá para su ejecución». Las deu-

---

<sup>4</sup> PIERRE-FRANÇOIS, *ob. cit.*, p. 77

<sup>5</sup> PIERRE-FRANÇOIS, *ob. cit.*, pp. 88 y s.

<sup>6</sup> *Ob. cit.*, pp. 118 y ss.

das de valor son obligaciones que tienen por objeto un valor distinto del monetario. La deuda de valor es utilizada por el legislador francés en la reforma del régimen de comunidad por la Ley de 13 de julio de 1965 y concretamente en el párrafo último del artículo 1469 para mantener el equilibrio pecuniario entre las masas. Los reembolsos debidos por un patrimonio o a un patrimonio propio o común se modelan sobre las variaciones del valor del bien que el desembolso ha permitido adquirir, conservar o mejorar; este reembolso, valor incluido en un bien, es una deuda de valor. Gracias a ella ningún patrimonio puede enriquecerse injustamente a expensas de otro, y las universalidades especializadas que constituyen las diferentes masas de bienes guardan su individualidad sustancial realizando así la finalidad de la teoría de las compensaciones <sup>7</sup> y el artículo 1469, párrafo último, inciso final, es importante tenerlo en cuenta, pues es el fundamento legal de lo que Malaurie ha calificado como subrogación real imperfecta y que los juristas franceses han aceptado esta expresión e incluso la han calificado de feliz, concretamente Raynaud en el prólogo citado y que nosotros rechazamos para nuestro Derecho común, por las razones que exponremos al distinguir o clasificar la subrogación real en perfecta o imperfecta. Dicho inciso dice: «Si el bien adquirido, conservado o mejorado ha sido enajenado durante la comunidad, el beneficio es evaluado el día de la enajenación, si un nuevo bien ha sido subrogado por el enajenado, el beneficio es valorado sobre este nuevo bien. También la denomina subrogación real liquidativa Català para explicar el mismo fenómeno, denominación también aceptada por el autor.

La evaluación en la deuda de valor debe hacerse el día del pago o reembolso o retrasarse hasta ese día y así lo hizo la Ley francesa de 17 de mayo de 1960, que modificó en este sentido los artículos 566, 570 y 574 del *Côde* referentes a la adquisición de muebles y que Pierre-François <sup>8</sup> lamenta que el legislador no lo haya elevado a principio general.

La Ley de 3 de julio de 1971, modificando los artículos 833.1, 868 y 1075.2, ha recurrido a la deuda de valor tanto en caso de aplazamiento de pago por exceso de valor del lote adjudicado a un coheredero, de modo que si los bienes incluidos en el lote aumentan o disminuyen en más de un cuarto después de la partición, las sumas restantes debidas aumentarán o disminuirán en la misma proporción salvo pacto en contrario (art. 833.1), como en el de reducción de donaciones o legados no exigibles *in natura*, la indem-

---

<sup>7</sup> PIERRE-FRANÇOIS, *ob. cit.*, pp. 176 y ss.

<sup>8</sup> *Ob. cit.*, p. 215.

nización se calcula según el valor de los objetos donados o legados en la época de la partición y su estado el día en que la liberalidad haya tenido efecto (art. 868) y en caso de la partición hecha por los ascendientes el artículo 1075.2 se remite al artículo 833.1, a las indemnizaciones puestas a cargo de los donatarios, no obstante toda convención en contrario.

En el supuesto del artículo 860, la colación es debida por el valor del bien donado al tiempo de la partición, según su estado en la época de la donación, como en el caso de reducción del artículo 868, pero si el bien ha sido enajenado se tendrá en cuenta el valor que tenía en la época de enajenación y, si un nuevo bien se ha subrogado en el lugar del enajenado, el valor de este nuevo bien en la época de la partición. Este mismo criterio adopta el artículo 922.2 en materia de reducción de donaciones y legados, si bien la valoración ha de hacerse a la apertura de la sucesión. El mismo criterio de este artículo tiene el 869 al que se remite, en el caso de que la suma de dinero a colacionar haya servido para adquirir un nuevo bien, ya que la colación es debida por el valor de este nuevo bien en las condiciones previstas en el artículo 860».

Pierre-François,<sup>9</sup> entiende que hay novación cuando «la evaluación desliga la obligación de su objeto primario. Una tal situación supone que la evaluación coincide con el pago o es hecha en vista de un pago. Inversamente una evaluación sin relación necesaria con un pago y que no desligaría la obligación de su causa inicial, no produciría el efecto de transformar la deuda de valor en deuda de suma de dinero».

Una evaluación sin relación necesaria con un pago y que no afecta a la obligación en su medida pecuniaria, es insuficiente para transformar la deuda de valor en deuda de suma de dinero. Mas cuando la deuda de valor tiene por objeto una evaluación necesaria por la enajenación del bien que le servía de medida, y si el precio ha servido para adquirir un nuevo bien, la deuda de valor no se transforma por tanto en deuda de suma de dinero; ella se mide sobre el nuevo bien adquirido. La deuda valor utiliza entonces la subrogación real con fines liquidativos para evitar los daños de una novación prematura.

Pierre-François destina un capítulo al estudio de la subrogación real como procedimiento técnico de conservación y revalorización de la deuda de valor<sup>10</sup>: «Cuando la deuda de valor tiene por objeto un valor incluido en un bien o representa el valor de un bien, esta obligación se ha extendido al valor del bien que sirve de medida en

<sup>9</sup> *Ob. cit.*, pp. 300 y 360.

<sup>10</sup> Capítulo II del título II, pp. 361 a 388 de la obra citada.

el momento del pago. Pero si este bien es enajenado, el deudor percibe una suma de dinero que, cristalizada en su expresión monetaria, sufrirá los nefastos efectos de la depreciación monetaria. A fin de evitar el efecto novatorio de esta enajenación, el legislador ha utilizado la técnica de la subrogación real para conservar el valor de estos créditos hasta el día del pago: el crédito tendrá en efecto por medida el bien subrogado en lugar del enajenado. Este mecanismo subrogatorio y su efecto liquidativo están expresamente previstos por los artículos 1469.3, 860 (869 por reenvío al 860) en caso de enajenación del bien que servía de medida inicial a la deuda de valor». Artículos a los que me he referido anteriormente.

El artículo 855.2 utiliza la técnica subrogatoria, si el bien sujeto a colación, que ha perecido sin culpa del deudor, ha sido reconstruido merced a la indemnización percibida por razón de su pérdida, en cuyo caso el donatario debe colacionar en la proporción en que la indemnización ha servido para su reconstrucción.

La subrogación real interviene para asegurar la permanencia de la deuda de valor, mantener la variabilidad de su expresión monetaria, evitar el efecto novatorio que podría resultar de las diversas vicisitudes que afectan el bien en caso de enajenación o pérdida.

La deuda de valor puede consistir desde su nacimiento en un valor o en una suma de dinero incluida en un bien, supuestos respectivamente de los artículos 1469.3 y 869. Por este mecanismo propio de la deuda de valor una suma de dinero fija es convertida en una deuda de valor variable, es un mecanismo subrogatorio que ha sido cualificado de subrogación real imperfecta. Esta subrogación real puede también ser parcial. Para el nominalismo un franco es siempre un franco, pero, económicamente, la inflación hace falsa esta afirmación.

Jurídicamente, dice Malaurie, cuando con dineros comunes se compra un bien propio, no hay subrogación real puesto que el bien no pierde su cualidad de propio; mas porque hay un valor común incluido en el bien propio hay una suerte de subrogación real imperfecta. Imperfecta porque la teoría de los reembolsos no confiere más que un derecho personal y no un derecho real: el derecho no recae directamente sobre el bien que ha sido comprado, sino sobre una suma de dinero. Pero el valor esta ligado al bien en el cual ha sido empleado, acabará en una reconstitución por valor equivalente como la que realiza *in natura* la subrogación real: hay subrogación real imperfecta constituida por el derecho a la recompensa o reembolso.

La subrogación real es un instrumento técnico que utiliza la teoría de la deuda de valor para realizar la equivalencia del valor nominal al valor real, equivalencia que es la más pura finalidad de la deu-

da de valor, técnica que se adecúa perfectamente al fin. En efecto, la subrogación real imperfecta que constituye el derecho al reembolso está ligada a la afectación del valor prestado para la compra de un bien, valor incluido en el bien. Por otra parte, esta subrogación real imperfecta y su fundamento, valor incluido en un bien, que determina la naturaleza del reembolso. Este crédito no real no recae sobre una suma de dinero, sino sobre el valor del objeto que ha permitido adquirir: crédito de valor que escapa a las depreciaciones de la moneda hasta el momento en que es liquidado. Merced a la subrogación real imperfecta por la naturaleza particular de su objeto, posee como todos los créditos en valor, la eficacia de un derecho real en cuanto a la conservación del valor.

La subrogación real es un procedimiento técnico que pone en juego una idea de equidad. La afectación del valor tomada de la adquisición o mejora de un bien no disfraza la realidad; decir que el derecho de reembolso, que nace de la compra de un bien, es una subrogación real imperfecta no modifica la naturaleza del derecho de reembolso. No se hace ficción. Concluye el autor con Malaurie «que el derecho de reembolso es una subrogación real imperfecta que tiene la misma extensión que la subrogación real variable».

La subrogación como técnica de la deuda de valor es utilizada con fines liquidativos, es decir, que el bien subrogado por el bien enajenado o perdido da la medida de la deuda del deudor el día del pago. Así, en los artículos ya vistos 855.2, 860, 869, 922 y 1469, párrafo 3.º, y esta misma subrogación en valor se dispone en los artículos 1099.1 y 1571, párrafo 1.º<sup>11</sup>.

Pierre-François<sup>12</sup> entiende que el cambio de objeto de una deuda de valor por una suma de dinero entraña una novación de la obligación, pero el problema es determinar el momento en que la valoración de una deuda de valor es definitiva y queda sustituido su objeto primario por una suma de dinero.

Y concluye<sup>13</sup>: una evaluación previa a la ejecución, no siempre tiene por objeto transformar una deuda de valor en una deuda de suma de dinero cristalizada en su expresión monetaria. La conservación del valor real de los créditos, la equivalencia entre valor nominal y real expresado en poder de compra, virtudes cardinales y

---

<sup>11</sup> Estos dos artículos introducidos respectivamente por las Leyes 67-1179, de 28 de diciembre de 1967, y 65-570, de 13 de julio de 1965, referentes a donaciones entre cónyuges para adquirir un bien y a la disolución del régimen de participación en las ganancias, que son estimados según el valor actual del bien y si el bien ha sido enajenado, según el valor el día de la enajenación, y si un nuevo bien ha sido subrogado en el bien enajenado, el valor de este nuevo bien.

<sup>12</sup> *Ob. cit.*, pp. 389 y s.

<sup>13</sup> *Ob. cit.*, pp. 405 y s.



características de las deudas de valor, exige que el crédito sea conservado íntegro en tanto que la prestación, que constituye el objeto de la deuda, no haya sido entregada ni ejecutada. Los mecanismos subrogatorios han sido utilizados para que hechos como la enajenación y la pérdida sin conexión necesaria con el pago puedan operar una novación por cambio de objeto. Sólo un pago, una oferta de pago o una evaluación con el fin de pagar, realizan íntegramente el objeto de la obligación y explican que la variabilidad del importe de la deuda de valor esté en adelante cristalizada y sometida a las deudas de sumas de dinero.

Define Pierre-François la deuda de valor descriptivamente: «La deuda de valor es una obligación que tiene por objeto un valor distinto del monetario y en el cual la moneda no está jamás en la obligación, sino siempre en el pago. De naturaleza híbrida es una figura intermedia entre la obligación de suma de dinero y la obligación de suministrar una prestación *in natura*; como obligación *in natura* queda al abrigo de la depreciación monetaria, pero se ejecuta necesariamente en dinero. Como la obligación de suma de dinero, su evaluación se hace el día del pago, lo que tiene por fin conservar el valor real del crédito y por efecto transformar la deuda de valor en deuda de suma de dinero <sup>14</sup>.

Una década después, en 1985, Ranouil en su monografía sobre la subrogación real <sup>15</sup> plantea la cuestión de si la subrogación real imperfecta, según la denominación de Malaurie o la subrogación real liquidativa, según la denominación de Català, utilizada como medio técnico por la deuda de valor es o no una verdadera subrogación real y sigue, sobre las huellas de Català y Malaurie, la postura de Pierre-François, a quien cita en la bibliografía, pero no a pie de página, diciendo: «El concepto de subrogación real no puede ser extendido sin matices. La subrogación que interviene en el funcionamiento de la deuda de valor no tiene la misma función ni los mismos efectos que la subrogación clásica... Su defecto con relación a la subrogación clásica, que es la perfecta, proviene de la inferioridad del derecho personal con relación al derecho real. Ahora bien, la imperfección no es un obstáculo para ampliación de una institución». Ampliación que no solamente es necesaria, sino que es también útil.

Al estudiar la subrogación real imperfecta, dice Ranouil <sup>16</sup>, que el problema que plantea «no es el de saber si es una subrogación real sino de definir qué tipo de subrogación real representa. Es una subrogación real, puesto que cumple la condición necesaria y reali-

<sup>14</sup> *Ob. cit.*, p. 407.

<sup>15</sup> *La subrogation réelle en droit civil français*, L. G. D. et J., París, 1985, pp. 19 y s.

<sup>16</sup> *Ob. cit.*, pp. 230 y ss.

za el fin general, en efecto, ella no puede producirse más que gracias a un desplazamiento de bienes» y tiene lugar en primero o en segundo grado, «según que el bien que va a servir de referencia en el cálculo de la deuda de valor, ha sido adquirido en empleo de dineros originarios, reemplazo o reemplazo del precio de venta del bien adquirido gracias a estos dineros». También «cumple el fin general de garantía de derechos que es éste de la subrogación real. Ciertamente los derechos que protege son créditos de sumas de dinero: éstos son pues derechos personales y derechos de valor; pero se ha visto que la realidad de la subrogación no procede a la conservación de los derechos reales. Esto la refuerza, pero no la crea. Respecto al hecho que el derecho en causa no esté garantizado más que en valor, no es suficiente para excluir la subrogación real, justifica solamente su carácter imperfecto».

La subrogación real tradicional confiere una protección *in natura* a los derechos amenazados y la imperfecta asegura una garantía en valor. Aquella se mueve preferentemente en el campo de los derechos reales que solo permiten una garantía *in natura*; preserva la integridad física de una masa de bienes o restituye un objeto material al derecho amenazado por la pérdida de su primitivo objeto. La imperfecta por el contrario evoluciona en el mundo particular de los derechos de crédito y permite unas veces su nacimiento y otras su supervivencia. En los dos casos se sitúa en un terreno estrictamente contable. Surge una deuda de valor en todos los casos en que el dinero que representa al importe originario del crédito, es empleado en la adquisición de un bien sobre el cual está evaluado este crédito; v. g., cuando la suma prestada por la comunidad o a ella sirve para adquirir un bien que se encuentra al disolverse en el patrimonio del tomador, el reembolso será calculado sobre el valor de este bien.

Con relación a la antigua teoría de los reembolsos tal y como la configuraba el *Côde* antes de la reforma del artículo 1469.3 por la Ley de 13 de julio de 1965, incurría en dos imperfecciones: confería un derecho personal, haciendo correr el riesgo del activo de la comunidad y en período de inflación no garantizaba el valor, sino el importe nominal de la suma prestada. Esta última imperfección desaparece con la reforma del artículo 1469.3 gracias a la subrogación real imperfecta. Continúa Ranouil <sup>17</sup> diciendo que dos razones explican que la subrogación real se proyecta casi exclusivamente en los regímenes familiares, una técnica, pues sólo es posible, si la suma originaria se emplea en un bien susceptible de conservar un valor y

---

<sup>17</sup> *Ob. cit.*, pp. 234 y s.

no si es consumible y a esto se añade otra razón más teórica: «Los reglamentos familiares se escalonan sobre una larga duración, muchos años pueden separar la donación de una suma de dinero y su colación y es razonable considerar su empleo y su reemplazo y proveer que el valor a colacionar, será el del último bien adquirido».

El derecho positivo o los artículos del *Côde* en que fundan la subrogación real imperfecta tanto Pierre-François como Ranouil son los mismos, salvo el artículo 815.13 que aquel no invoca por haber sido redactado por la Ley del 31 de 1976, más de un año después de la publicación de la obra <sup>18</sup>, y la interpretación que ambos dan a dichos artículos reformados, fundamento de la subrogación real imperfecta expuestos al examinar el libro de Pierre-François no difieren en lo esencial.

## II. CRÍTICA DE ESTA CONCEPCIÓN FRANCESA DE LA SUBROGACIÓN REAL IMPERFECTA

Extrañará al lector la extensión de este epígrafe destinado a la distinción y relación de la deuda de valor con la subrogación real, que además, está en contradicción con el título de este libro, sin embargo, la justifico por estos motivos: la doctrina francesa es la que mas se ha preocupado por la subrogación real y la que ha aportado estudios más importantes, a la misma, en libros, en artículos en Revistas y en tesis doctorales, aparte los tratados de Derecho Civil, entre los que no se pueden silenciar el de Merlín, *Repertoire universel et raisonne de jurisprudence de Guyot*, t. XVI, 5.º Subrogation de choses. 1827-1828; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4.ª ed., t. VI, 1873; Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. III, 1926, y Malaurie, «Problèmes actuels du droit des obligations», *Cours photocopié pour le D. E. S.*, 1973-1974; «Les régimes matrimoniaux», *Cours de Licence et Maîtrise*, 1983-1984, edite par Les cours du droit, Les successions, Cours de Licence et Maîtrise 1983-1984, edite par Les cours du droit.

Monografías importantes son: Renusson, *Traité de la subrogation*, 1685; Flach, *De la subrogation réelle*, 1870; Paulmier, *De la subrogation réelle en Droit français*, 1882; Demogue, «Essai d'une

---

<sup>18</sup> Este artículo regula, utiliza implícitamente, según Ranouil, la subrogación real para evaluar la indemnización debida a un copropietario que ha conservado o mejorado un bien indiviso gracias a sus desembolsos personales y que debe ser igual al aumento del valor del bien al tiempo de la partición o enajenación, bajo la reserva de eventuales modulaciones por el juez, por razones de equidad.

théorie générale de la subrogation réelle», *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901; Stora, *De la subrogation réelle*, 1901; Aurenge, *Subrogation réelle*, 1901; Magnillat, *De la subrogation réelle*, 1901; Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et legale*, 1913; Capitant, «Essai sur la subrogation réelle», *Rev. trim. de dr. civ.*, 1919; Cerban, «Domaine et natura de la subrogation réelle», *Rev. trim. dr. civ.*, 1939; Lauriol, *La subrogation réelle*, 1954; Rives, «La subrogation réelle a titre particulier et propriété immobilière», *Rev. trim. dr. civ.*, 1968; Chapuisat, «Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, a propos des lois du 13 juillet 1965 et du 13 juillet 1971», *Rev. trim. dr. civ.*, 1973; Català, *La réforme des liquidation successorales*, 1982; y Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil française*, 1985.

Mientras que en nuestro Derecho la subrogación real ha merecido mucha menos atención monográfica: De la Cueva, *La subrogación real de los bienes*, 1933; Foncilla, «De la subrogación real», *Rev. crít. der. inm.*, 1935; Roca Sastre, «La subrogación real», *Rev. der. priv.*, 1949, y Marín Padilla, en cuatro artículos publicados en la *Rev. crít. de der. inm.* entre los años 1975 y 1980: «La formación del concepto de subrogación real», «El principio general de la subrogación real en los derechos de garantía y de goce», «Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia» y «Estudio y aplicación del principio general de la subrogación real en el Derecho de Sucesiones», entre las monografías más conocidas.

La deuda de valor como la subrogación real tienen una función primordial y común, prevenir o corregir un enriquecimiento injusto, causado por el sistema monetario en épocas de inflación por devaluación o por depreciación e incluso en momentos de deflación, por apreciación o revalorización, manteniendo el equilibrio de los patrimonios especiales o separados y conservando el valor de éstos y de los derechos y por eso es preciso delimitarlas, señalar sus respectivos campos, impedir su confusión. La doctrina francesa que acabamos de exponer de Pierre-François y de Ranouil, sobre la huella de Català y Malaurie los ha confundido, mezclado, al incluir dentro de las deudas de valor y con la denominación de subrogación real imperfecta una clase de deudas de valor, creados por el legislador francés, en las que el pago se mide por lo que vale la última prestación, que es el último eslabón de la cadena que se inicia con el acto jurídico que causa la deuda y que a veces no llegan a formar cadena, por ser único el eslabón, en cuyo supuesto no hay problema de subrogación real imperfecta, porque no hay sustitución y la solución, como veremos, que adopta nuestro Derecho común con el reembolso o deuda de valor pura, es decir la indexada o de escala móvil, que no sustituye la medida. Por otra parte, el artículo 1895

del *Côde civil* da al nominalismo un vigor que, como también veremos, no le da nuestro artículo 1170 del Código Civil.

El método exegético que perduró en Francia casi un siglo desde la publicación del *Côde civil*, promulgado el 14 de marzo de 1803 y la veneración doctrinal al Derecho positivo en su manifestación legislativa, más que al Derecho en su normatividad de la justicia, ha influido en esta corriente doctrinal que, afortunadamente, no se ha infiltrado en nuestro Derecho común.

Si cada cual pudiera denominar las cosas, los bienes las instituciones, las figuras, como quisiera, esta libertad llevaría a una Torre de Babel, dificultaría el conocimiento y entorpecería el entendimiento. La expresión subrogación real imperfecta, que para Raynaud es una expresión feliz de Malaurie <sup>19</sup>, para nosotros es una denominación desafortunada, porque habla de subrogación real donde no hay subrogación real <sup>20</sup>, y porque la dualidad subrogación real perfecta e imperfecta, que es fundamental para nosotros, hasta el punto de identificar ésta, la subrogación real imperfecta, con la clásica y aquella con la moderna, que tiene una proyección principalmente inmobiliaria; pero con esa deuda de valor que los franceses llaman subrogación real imperfecta, se desvirtúa esa clasificación esencial, equiparándose los dos tipos de subrogación, que responden, como veremos, a caracteres distintos, dentro de los esenciales de la subrogación real.

En lo que parte de la doctrina francesa llama subrogación real imperfecta, no hay la fluctuación típica de los negocios onerosos y conmutativos para que se produzca la subrogación real, sino que muchos supuestos son de negocios jurídicos gratuitos, y en los que son onerosos, no hay esa sustitución de un bien por otro, sino de una medida de valor por otra para valorar una restitución, un reembolso.

Además, y esto es importante también, en la subrogación real clásica los riesgos, los beneficios o perjuicios, los asume quien dispone, quien gestiona la sustitución de un derecho por otro, el titular, el propietario, el acreedor; mientras que en la subrogación real llamada por la doctrina francesa imperfecta o liquidativa es el deudor el que gestiona, el que dispone, el que asume los riesgos, los beneficios o perjuicios, que inciden en el patrimonio del acreedor, sea el común o el del otro cónyuge o el de los coherederos, quienes sufrirán un daño si permuta, vende o reemplaza mal económicamente el cónyuge deudor o el donatario sujeto a colación o computación; es por tanto un perjuicio <sup>21</sup> extraño a nuestro sentido jurídico,

---

<sup>19</sup> En el prólogo a la obra citada de Pierre-François, p. XXII.

<sup>20</sup> Así lo reconoce el propio Malaurie, como hemos visto anteriormente.

<sup>21</sup> También puede ser un premio para los acreedores y un perjuicio para el deudor, si gestiona bien.

no ya del equilibrio, esencia del contrato oneroso y conmutativo, del equilibrio de los patrimonios del matrimonio y de la herencia y sus anticipos por vía de donación, sino también, y esto es más grave, extraños a la onerosidad aleatoria, ya que nada apuestan, juegan ni arriesgan los acreedores, incluido el cónyuge, los coherederos en quienes van a incidir los resultados de esa impropriadamente llamada subrogación real imperfecta o subrogación real liquidativa. Esta doctrina que criticamos es la que construye una parte de la doctrina moderna francesa para explicar, entre otros, los artículos ya examinados del *Côde civil* francés 860, 869, 922, 1091.1, 1469, párrafo 3.º, y 1571, párrafo 1.º

Indudablemente hay una atenuante para la doctrina francesa, ya que el legislador no optó por restringir el alcance del nominalismo que irradia el artículo 1895 del *Côde*, que reza así: «La obligación que resulta de un préstamo en dinero es sólo la de la suma numérica enunciada en el contrato. Si ha habido aumento o disminución de valor antes de la época de pago, el deudor debe restituir la suma numérica prestada y no debe restituir más que esta suma en las monedas que tengan curso en el momento del pago»; y buscó una mitigación de los efectos del mismo en estas sucesivas medidas de las deudas de valor, que denominó subrogación real imperfecta.

Por todas estas razones rechazamos la construcción de la doctrina francesa de la subrogación real imperfecta, así como su denominación, intentando seguidamente explicar, a grandes rasgos, la postura dominante en nuestro Derecho común acerca de la deuda de valor, previo examen de los sistemas monetarios, para poner de relieve la inestabilidad de la peseta, y los perjuicios que causa en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias, si no se corrige la depreciación o la devaluación o la apreciación o revalorización con una cláusula de estabilización o una indexación legal.

### III. LOS SISTEMAS MONETARIOS Y LA INESTABILIDAD DE LA PESETA

La deuda de valor es una figura creada por los juristas para corregir, como el Derecho pretorio, una disfunción de la moneda, la medida de valor, que la inflación provoca, depreciándola, lo que es normal o que la deflación causa, apreciándola, lo que es excepcional, muy excepcional; pero también alteran esta medida de valor los gobiernos devaluando la moneda o revaluándola. Ni con la inflación ni con la deflación la moneda cumple con esta función conservadora de valores, de equilibrio de intereses, por no reflejar el valor

real de los bienes, por no mantener el poder adquisitivo, aunque cumple la otra de sus funciones por imperio de la Ley, la de ser un instrumento de pago. Si actualizamos el valor de la moneda, si la traducimos a moneda constante mediante la indexación precedente y pagamos con la moneda devaluada además del nominal, la diferencia de valor, corrigiendo la inflación o la deflación, cumplimos con aquella función de la moneda, la conservadora.

La variabilidad de valor de la moneda no la resuelve el sistema monetario, sea metalista o nominalista. El valorista <sup>22</sup> es una técnica correctora de ambos sistemas, pero no un tercer sistema monetario.

## A) EL METALISMO

Este sistema que perduró más o menos puro hasta después de iniciada la mitad de este siglo en algún Estado y fue el imperante en casi todos hasta la primera guerra mundial, se fundaba en la cantidad de metal noble, oro o plata, de cada moneda, cuyo valor real era el de la misma y que en la primera época había que comprobar en cada transacción, comprobación que evitó la acuñación de la moneda y más tarde facilitó la creación y acuñación de la unidad monetaria y sus múltiplos e incluso algún submúltiplo <sup>23</sup> en uno de los dos metales nobles, oro y plata, y a veces con frecuencia había monedas acuñadas en ambos. Estos metales solían variar poco de valor, sobre todo el oro, aunque había alteración en ambos y, además, la variación del valor no era igual en el oro que en la plata, aquél variaba mucho menos que ésta <sup>24</sup>. En 1930 y 1931, 1 kg de plata valía entre 105

<sup>22</sup> Véase BONET CORREA, «Metalismo, nominalismo y valorismo en las deudas de dinero», *Rev. D. N.*, enero-marzo de 1976, pp. 11 y ss., y *Las deudas de dinero*, Civitas, S. A., Madrid, 1981, pp. 134 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, «La antítesis inflación y justicia», *Rev. Internacional del Notariado*, 2.º y 3.º trimestre de 1961, pp. 47 y ss., que reproduce el artículo publicado en la *Rev. Jurídica de Cataluña*, septiembre-octubre de 1960, y que inserta con algún retoque en *Sociedad de masas y Derecho*, Taurus Ediciones, S. A., Madrid, 1969, pp. 489 y ss., y refunde ambos en sus *Estudios varios*, Montecorro, S. A., Madrid, 1980, pp. 29 y ss., que será la que citaremos; MERINO GUTIÉRREZ, *Alteraciones monetarias y obligaciones pecuniarias en el Derecho privado actual*, Servicio de publicaciones Universidad de Oviedo, pp. 40 y ss., 98 y ss., 116 y ss.; en las pp. 215 a 243 contienen una amplia bibliografía; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, «El cumplimiento de la obligación», *Rev. Derecho Privado*, Madrid, 1954; HERNÁNDEZ GIL, *El Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960

<sup>23</sup> Los submúltiplos raramente se acuñaban en oro o plata, sino en cobre, níquel, aluminio y hasta se emitieron billetes.

<sup>24</sup> Esto se ve en el cambio o relación del oro y la plata que fue en la Antigüedad 1 (oro) y entre 14 u 11 (plata); en el período Carolingio que se extiende desde el siglo VIII hasta finales del X, entre 1 oro y 12 plata, después hubo considerables oscilaciones, hasta el descubrimiento de América, que está en el punto más bajo, 1 y 11; en el siglo XVII, entre 1 y 12 y 1 y 15; entre 1700 y 1860, entre 1 y 14,60 y 1 y 15,65; en la década de 1861 a 1870, 1 y 15,48; entre 1871 a 1875, 1 y 15,97; desde 1876 a 1880, 1 y 17,81; de 1881 a 1885,

y 110 pesetas<sup>25</sup> y como 1 kg de oro valía unas 3.444,44 pesetas, la relación entre el oro y la plata oscilaba entre 1 y 31,31 y 1 y 32,80, según mis cálculos. El 29 de enero de 1997, según el mercado de metales preciosos que publica *Expansión* al día siguiente, la plata se paga 30,24 pesetas y el oro a 1.742,95 pesetas, siendo la relación de 1 a 57,63.

No obstante estas oscilaciones, fueron los más idóneos para medir el valor.

La acuñación de moneda fue una regalía, una prerrogativa real, que después pasó a ser competencia del Estado, que en España la ejercía a través de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y que el Banco de España ponía en circulación la moneda, desde que el Decreto de 19 de marzo de 1874 puso fin a la pluralidad de Bancos de Emisión. La acuñación determinaba y determina el valor extrínseco, formal o nominal de la moneda y que en la época del metalismo debía y solía coincidir con el valor intrínseco, real o comercial de la moneda acuñada, pero ya desde muy antiguo hubo abusos por parte de los reyes y de las repúblicas, emitiendo monedas con un valor nominal inferior al real. Aristóteles opinaba que era potestad de aquéllos variar la moneda y alterar su valor, lo que en la realidad era frecuente, opinión y práctica que prestigiosos moralistas y juristas condenaron y reprobaron<sup>26</sup>. La variación de la moneda tenía otras fuentes, como la cercenación, una ilícita práctica privada, pero también la disminución o aumento de la oferta o demanda de moneda, que producían una variación de su valor real y también la velocidad de la circulación. La autoridad fijaba la unidad monetaria y se acuñaba fijando el número de unidades que cada moneda tenía, lo que se hacía o debía de hacerse en correspondencia con el metal noble que cada una contenía; más tarde fue la ley la que determinaba la cantidad de metal noble que contenía la moneda.

Refiriéndome a España, el Decreto de 19 de octubre de 1868 establecía que en todos los dominios españoles la unidad monetaria será la peseta, moneda de plata de 5 gramos de peso y una ley de 0,855, o sea, 4,275 gramos de plata pura, y el gramo valía 23,40 céntimos. En esa época se estableció el sistema bimetalista. Uno de los múltiplos de la peseta fue el duro de oro, igual a 5 pesetas, tenía un

---

1 y 18,63; desde 1886 a 1890, 1 y 21,16; entre 1891 y 1895, 1 y 26,56; entre 1896 y 1900, 1 y 33,48; de 1901 a 1905, 1 y 36; de 1906 a 1910, 1 y 35,57; desde 1911 a 1915, 1 y 36,57; en 1916, 1 y 30,02; en 1917, 1 y 23,14; en 1918, 1 y 19,81; en 1919, 1 y 16,48; en 1920, 1 y 15,25; en 1921, 1 y 25,51; en 1922, 1 y 27,35; en 1923, 1 y 29,47. Datos que tomo de C. J. FUCHS, *Economía Política*, Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1942, pp. 134 y s.

<sup>25</sup> Según TRAVÉ, *Estudios sobre la peseta y los cambios (1898-1935)*, Editorial Reus, Madrid, 1935, p. 121.

<sup>26</sup> Véase ASCARELLI, «La moneta. Considerazioni di diritto privato», Padova, 1928, inserta en su obra *Studi giuridici sulla moneta*, Guiffré. Milano, 1952, pp. 3 y ss., y VALLET DE GOYTISOLO, *ob. últ. cit.*, pp. 122 y ss.



peso de 1,612 gramos una ley de 0,900, o sea, contenía 1,4508 gramos de oro fino, que valía 5 pesetas valiendo el gramo de oro 3,4463 pesetas, siendo la relación entre el oro y la plata de 15,5, según el citado Decreto. El sistema bimetalista o de doble metal oro y plata fracasó, precisamente porque el cambio del 15,5 fijado para el oro y la plata dio lugar a pingües negocios de extranjeros que por la depreciación de la plata cambiaban las monedas de plata que estaban más depreciadas por las de oro y después cambiaban ésta por plata en su país, por lo que el oro dejaba de circular de acuerdo con la Ley Gresham: la moneda de inferior calidad excluye de la circulación a la de mejor calidad del mismo valor. Desde 1878 estuvo vigente una especie de patrón oro, pero en 1883 el Banco de España, que desde el Decreto de 19 de marzo de 1874 tenía el monopolio de la emisión, de acuerdo con el Gobierno, suspendió la convertibilidad en oro de sus billetes <sup>27</sup>.

La suspensión de la convertibilidad en oro no afectó fundamentalmente al respaldo metálico de nuestra moneda; cierto que las monedas de oro circulaban, pero la circulación iba decreciendo hasta desaparecer y que el billete de banco no se convertía en monedas de oro, pero estaba respaldado por oro y plata íntegramente, principalmente por aquel metal que el Banco de España tenía en sus cajas en moneda nacional o extranjera de oro, en monedas de plata o en barras o lingotes de oro en una cantidad igual a los billetes en circulación. La Ley de 9 de agosto de 1899 limitaba la emisión de billetes del Banco de España a 2.000.000.000 de pesetas, cantidad que circulaba en 1914. En 1914 y el 5 de agosto se autorizó al Banco de España para aumentarla por etapas, hasta el 27 de diciembre de 1919, en 2.500.000.000 de pesetas, si bien el aumento debía estar totalmente garantizado en oro <sup>28</sup>. Sin embargo, en 1917 había, según Travé <sup>29</sup>, casi 3.000.000.000 de pesetas circulando en billetes emitidos por el Banco de España y respaldados por 2.100.000.000 en oro amonedado o en pasta y 700.000.000 en monedas de plata, además de unos 470.000.000 de estas últimas en circulación <sup>30</sup>. Por Decreto de 6 de agosto de 1918 se autoriza de nuevo al Banco de España para aumentar la circulación fiduciaria en 500.000.000 de pesetas, y el 2 de enero de 1919 igual cantidad, ambas totalmente garantizadas con oro. Por Real Decreto de 27 de diciembre de 1919 se vuelva a

---

<sup>27</sup> Véase MERINO GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, pp. 41 y ss., y BONET CORREA, *ob. cit.*, pp. 119 y ss.

<sup>28</sup> TRAVÉ, *ob. cit.*, pp. 97 y s.

<sup>29</sup> *Ob. cit.*, pp. 42 y s. y 53.

<sup>30</sup> En los cincuenta años siguientes a 1868 se habían acuñado en plata en números redondos 1.050.000.000 en monedas de duro y 250.000.000 en monedas de 2, 1 y 0,50 pesetas, total unos 1.300.000.000, de los que se conservaban unos 1.170.000.000, los 130 restantes se habían perdido en las antiguas colonias, en África, en naufragios, en incendios, etc. (TRAVÉ, *ob. cit.*, pp. 42 y s.).

autorizar al Banco de España a emitir otros 500.000.000 de éstas totalmente garantizados en oro, pero su artículo 4 decía que el Consejo de Ministros podía autorizar al Banco de España para disminuir su existencia en oro. Este artículo abre la puerta al nominalismo, al menos en cuanto a la cantidad que el Consejo autorice para quedar en descubierto. Por Decreto de 7 de octubre de 1920 se autoriza otro aumento de 500.000.000, alcanzando la circulación fiduciaria 5.000.000.000 de pesetas, rebajando la garantía de oro y plata al 60 por 100, con la facultad de emitir una circulación en descubierto de 2.000.000.000 de pesetas, siendo evidente la mezcla del sistema metalista y el nominalista, o más exacto, la infracción del sistema legal, el metalista.

La Ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1921, cuya disposición en esta materia recoge literalmente la Ley de 24 de enero de 1927, en su artículo 1 dice: «La circulación de billetes del Banco de España deberá estar garantizada por su metálico en caja en la proporción siguiente: Hasta 4.000.000.000 por el 45 por 100, siendo el oro por lo menos el 40 por 100». Sobre el exceso de 4.000 millones hasta 5.000.000.000, el 60 por 100, siendo el oro, por lo menos, el 50 por 100 y el resto plata, si el gobierno considera indispensable el aumento hasta 6.000.000.000, este aumento deberá garantizarse como el de 4.000 a 5.000 millones.

La Ley de 1927 fue modificada parcialmente por la de 26 de noviembre de 1931, que mantuvo la misma proporción en la garantía metálica de la circulación fiduciaria, pero si era inferior al 50 por 100 la gravaba con un impuesto progresivo. La relación entre el oro y la peseta seguía con una alteración imperceptible, al menos en esta Ley, ya que su artículo 11 preveía el restablecimiento del patrón oro y tomaba como referencia para regularlo el precio del kilo del metal fino en 3.444,44 pesetas, o sea, el gramo en muy poco más de 3,44 pesetas, casi igual que el de 1868. No obstante la moneda metálica que circulaba y en la que era convertible el papel moneda era la de plata, que como veremos raramente se pedía la conversión.

La aparición del papel moneda, del billete de banco, en las últimas décadas del siglo pasado, no desvirtuó el metalismo o bimetalismo en tanto el billete tuvo totalmente garantizada su convertibilidad con una reserva de oro o plata o de ambos metales nobles, lo que explica el tipo de patrón, oro, plata o bimetalismo, que ya hemos referido. Los billetes de banco configuraban en su anverso la cantidad de pesetas que representaban y su convertibilidad con esta frase: El Banco de España pagará al portador... pesetas» (la cantidad que exprese el billete) y se pagaban en oro o plata, según el patrón <sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Esta promesa de pago se continuó imprimiendo en los billetes vigente plenamente el sistema nominalista, si bien desde hace unos años ha dejado de imprimirse.

En nuestro país, aunque la convertibilidad en oro está en la Ley, así se lee en el artículo 1170 del Código Civil, como veremos, de hecho, como dijimos, no había convertibilidad del billete en oro desde 1883 y la conversión en moneda de plata no era interesante, tanto por la incomodidad física como por la variabilidad del valor de la plata. En 1931, Inglaterra y otros muchos países abandonaron el patrón oro monetario y establecieron el patrón lingote. «El oro no es ya dinero para la economía interior, sino que sólo estaba disponible, precisamente en forma de lingotes, para las necesidades del tráfico de pagos internacionales». La obligación del Banco de emisión de pagar sus billetes en oro no fue restablecida en muchos países, en su lugar estaba obligado a consignar la suma que correspondía a la Ley de la moneda en oro en barras <sup>32</sup>. El oro amonedado no circula, no es convertible, no es medio de pago ni medida de valor en el comercio interior, aunque puede medirse el valor con él a través de una cláusula de estabilización pactada. El oro es medio de pago en el trueque interestatal de mercancías y servicios, en defecto de divisas y para ello cada moneda se pone en una relación fija con el oro <sup>33</sup>. Después del paréntesis de la segunda guerra mundial, hasta 1971 el problema de los pagos internacionales se resuelve en el sistema de pesos conocido con el nombre de Bretton Woods, que también se llamó patrón cambio-oro, en el que los dólares americanos eran directamente convertibles en oro y que resume en estos términos Lipsey <sup>34</sup>. «En resumen, el sistema de pagos internacionales de Bretton Woods era un patrón fijo ajustable, de cambio de oro en que el último dinero internacional era el oro, pero en el que las naciones mantenían gran parte de sus reservas de divisas en dólares estadounidenses, que podían convertir en oro y en libras esterlinas británicas, que podían convertir en dólares». Este sistema es una modalidad del sistema de la década de los años 30, tipificada por la canalización de la libra al dólar y de éste al oro; mientras que el sistema de patrón barra o lingote, el pago, si no había divisas, se hacía directamente en oro. Fracasado el sistema del patrón cambio-oro, «el mundo dice Lipsey <sup>35</sup>, ha operado *de facto* sobre la base de un patrón dólar con una sustancial flexibilidad del tipo de cambio».

<sup>32</sup> ASCHOFF, «El dinero y el oro», traducción de Julián Marías, *Revista de Occidente*, Madrid, 1940, pp. 70 y s.

<sup>33</sup> El dólar, por la Ley de 12 de febrero de 1873, estaba formado por oro, a base de un peso total de 1,672 gramos y una ley de 900 milésimas, y antes de la década de los 30 se devaluó casi a la mitad, 0,8886. GARRIGA, *Teoría de los cambios*, Gustavo Gili, Barcelona, 1938, pp. 28 y 20. En esta breve obra pueden verse la composición de la mayor parte de las monedas del mundo en 1937 y 1924, pp. 16 y ss. y 74 y ss.

<sup>34</sup> *Introducción a la economía positiva*, traducción de Hortalá Arán de la 4.ª edición inglesa de 1975 de Vicens-Vives, Barcelona, 1977, p. 766.

<sup>35</sup> *Ob. cit.*, p. 765.

La exclusión del metalismo de los sistemas monetarios estatales y la función del oro en las transacciones internacionales, abrió las puertas de par en par al nominalismo. Paso a exponer este sistema en nuestro Derecho.

## B) EL NOMINALISMO

En pleno auge de la teoría metalista del dinero que definía la unidad de valor (franco, marco, peseta) como una cantidad determinada de metal, aparece en 1905 la crítica de Knapp y su teoría, quien dice que aquella teoría es falsa, porque no explica todos los sistemas monetarios y construye su teoría partiendo de la distinción entre bienes de cambio (los que producen una satisfacción real) y medios de cambio (los que producen una satisfacción circulatoria) no siendo el dinero un bien de cambio que tenga un valor por si mismo, sino un medio de cambio, por cuanto es un medio estatal de pago, aunque pueden existir medios de pago, medios de cambio que sean a la vez bienes de cambio, como el oro, pero no todos los medios de cambio son bienes de cambio. El dinero es un medio de pago cartal, independiente de la cualidad de la materia; es el ordenamiento jurídico el que decide las piezas que pueden ser admitidas como medio de pago. La unidad de valor o la unidad monetaria es una creación del ordenamiento jurídico y no se define metalística, sino nominalmente. Lo que da valor al dinero no es el de la materia de que está compuesto, sino el mandato jurídico, la proclamación del Estado. El dinero es instrumento de pago sancionado por el Estado y afirmaba Knapp en 1905 que un sistema monetario, sin moneda metálica puede existir, lo que hoy es un hecho generalizado <sup>36</sup>.

Este sistema, a diferencia del metalista, se funda en el valor formal o extrínseco de acuñación o emisión o nominal de la moneda, no en el material, intrínseco, o adquisitivo de la moneda o de su representación cartularia, de su convertibilidad. Su valor es jurídico. El nominalismo aparece en forma impura cuando en la emisión o la acuñación de la moneda de curso legal no hay ecuación entre el valor real y el nominal, o no hay respaldo total de los billetes emitidos en su expresión pura, cuando no hay respaldo metálico del papel moneda en circulación, cuando no hay convertibilidad ni de hecho ni de derecho, cuando el curso es forzoso, cuando una peseta es una peseta, cualquiera que sea su poder adquisitivo. Este sistema ya asomaba en el artículo 312 del Código de Comercio en materia de préstamos: «Consistiendo el préstamo en dinero pagará el deu-

---

<sup>36</sup> He seguido en esta exposición a GARRIGUES en su obra *Contratos bancarios*, impresa en los talleres de Silvero Aguirre Torre, Madrid, 1958, pp. 65 y ss.

dor una cantidad igual a la recibida, con arreglo al valor legal que tuviera la moneda al tiempo de la devolución...». Digo que asomaba, porque el valor legal no puede ser arbitrario y devolver el préstamo en una moneda depreciada sería devolver un valor al amparo de una ley injusta, que no es ley en sentido jurídico, aunque el positivismo lo discuta o no lo niegue. El nominalismo no era tan claro en el artículo 1753 del Código Civil que habla de «devolver otro tanto de la misma especie y calidad», frase que se refiere más a cosas fungibles que a dinero y que el artículo siguiente confirma y menos presente o mejor ausente estaba el nominalismo en el artículo 1170, que se refiere a «la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España» y en el artículo 1754 que invoca el 1170 y desvirtúa, como acabo de escribir, el 1753, pues se refiere al préstamo dinerario.

La guerra civil, la segunda guerra mundial, las otras guerras, la crisis del petróleo, el abandono definitivo del patrón oro por Gran Bretaña en 1931, a quien siguieron otros muchos países, la exclusión de la moneda de oro y del oro en el comercio interior, el aumento vertiginoso de la circulación fiduciaria, los mercados del oro y de la plata, que sujetan fuertemente estos metales a la ley de la oferta y la demanda, en resumen, la complejidad en el mundo de la vida actual en la que el tiempo y el espacio se reducen hasta casi desaparecer en muchos casos y en que la población ha crecido vertiginosamente, destierran los sistemas metalistas.

El sistema nominalista se implanta definitivamente en España en la guerra civil, por hechos y leyes: las reservas de oro del Banco de España fueron expoliadas al Estado por el Gobierno republicano en 1936 y destinadas a la compra de material de guerra principalmente, las de plata y la moneda circulante de este metal disminuyen rápidamente, metal este que no garantizaba adecuadamente la convertibilidad de los billetes del Banco emisor, como hemos visto. La Ley de 20 de enero de 1939 traduce estos hechos y priva de curso legal a la moneda española de plata acuñada hasta el presente (art. 1); obliga a sus tenedores a cambiarla a la par por billetes del Banco de España (art. 2); considera delitos monetarios «el comercio o tenencia de moneda española de plata» (art. 3) y dispone que la moneda de plata que se recoja, se abone en una cuenta especial titulada «Plata propiedad de la Hacienda Pública» (art. 4). No existiendo reservas de oro, desterrada la plata, constituyendo delito el tráfico de ambos metales, el papel moneda circulante, no sólo no era convertible, sino que carecía en absoluto de garantía metálica. El sistema nominalista que estaba parcialmente implantado de hecho en cuanto al oro empieza a tomar cauce legal, pues con esta Ley no había convertibilidad del billete. Solamente el artículo 1170 del Código Civil estaba al margen de los hechos al seguir proclamando

de curso legal la moneda de oro o plata, cuando ambas monedas de oro o plata ya no eran de curso legal, aquéllas, porque el patrón oro puro o monometalista no llegó a establecerse nunca, a pesar de la previsión contenida en el artículo 11 de la Ley de 26 de noviembre de 1931, que modificaba la de Ordenación Bancaria y había sido excluido indirectamente del tráfico por el artículo 3 y concordantes del Decreto-Ley de 14 de marzo de 1937, y las de plata, porque había sido excluida por la Ley citada el 20 de enero de 1939; las monedas de oro y plata no sólo no eran de curso legal, sino que eran de curso delictivo, su tráfico estaba incluido en la Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938, artículo primero, números 3.º, 12 y 20 y la de 20 de enero de 1939 antes citada. Los billetes del Banco de España no tenían respaldo metálico alguno, la promesa de pago en ellos impresa: «el Banco de España pagará al portador... pesetas» no tenía el más leve fundamento, era falsa, no había convertibilidad de ellos en oro o en plata, frase que después de mucho tiempo de vigencia del sistema nominalista ha desaparecido de los billetes en circulación, como ya dije.

La Ley 9 de noviembre de 1939 impuso el curso forzoso modificando en estos términos el artículo 1170, párrafo 1.º, del Código Civil: «Los billetes del Banco emisor son, preceptivamente, medio legal de pago con pleno poder liberatorio» (art. 1). La frase de aquel artículo «la moneda de plata y oro que tenga curso legal en España» hay que sustituirla por la siguiente: «La moneda emitida por el Banco de España que tenga curso legal en España», pues así lo prescribe la disposición derogatoria contenida en el artículo 2 de dicha Ley. Ahora bien este curso legal es el curso forzoso, si se quiere curso legal forzoso, que sustituye al curso legal de la moneda de plata u oro o al billete de banco convertible en plata u oro. Esto no lo desvirtúa la Ley 12 de 18 de mayo de 1966, que autorizó la «emisión de hasta 2.500 millones de pesetas de monedas de plata de 100 pesetas, porque los particulares sólo están obligados a admitirlas «hasta mil pesetas, cualquiera que sea la importancia del pago» (art. 4) ni por la Ley de 22 de julio de 1967 que amplió la emisión a 7.500 millones, que adquirieron poder liberatorio desde el 1-X-1966 en virtud de la Orden de 22 de septiembre de 1966; cuyas monedas, el Gobierno, a pesar de declarar vigentes estas dos Leyes por el Decreto 3447 de 19 de diciembre de 1975, por el Decreto 3448 de la misma fecha, dictado al amparo del párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley 10 del 2 de marzo de 1975, que autorizaba al Gobierno para retirar de la circulación las monedas que por... valor comercial inadecuado u otras causas sea conveniente eliminar del sistema de pago» y retiró de la circulación las monedas de 100 pesetas de plata [art. 1.a)], ya que su valor comercial, era muy superior al normal en esa fecha, agrego yo. Por

Órdenes ministeriales de 8 de julio de 1994, 24 de marzo de 1995, 23 de febrero de 1996 y 17 de abril de 1997 se acuñaron y emitieron monedas de plata de 2.000 pesetas, también con un poder liberatorio limitado a 20.000 pesetas.

Estamos, pues, en pleno sistema monetario nominalista en el que tendremos que distinguir, si el dinero de curso legal está en la obligación y el pago o solamente en este último, es decir, si está solo en el pago no se infringe la Ley de 9 de noviembre de 1939 y demás leyes referentes al curso forzoso del dinero, de lo cual me volveré a ocupar más adelante, al examinar en nuestro Derecho común la deuda de valor, una vez que concluya con la evolución en España del sistema monetario nominalista, completando la exposición de los efectos de los sistemas monetarios en las deudas dinerarias.

La evolución posterior del sistema monetario con posterioridad a la Ley de curso forzoso está jalonada por la segunda guerra mundial, la derrota de los potencias totalitarias fascistas, el cerco internacional económico y diplomático a España, la guerra fría, el levantamiento del cerco y la integración en el Fondo Monetario Internacional y en los acuerdos de Bretton Woods y después de su fracaso, continuar en la política de los Estados occidentales.

El 31 de diciembre de 1946 se promulga la Ley de Ordenación Bancaria, derogando su disposición final la Ley de 29 de diciembre de 1921, refundida el 21 de enero de 1927, y la Ley de 26 de noviembre de 1931. El artículo 1 confiere al Banco de España el monopolio de la emisión de billetes de curso legal, lo que confirma el párrafo 1.º del artículo 11, cuyo párrafo siguiente dice: «Los billetes del Banco de España son, preceptivamente, medio legal de pago con pleno poder liberatorio». Este artículo, en su párrafo 4.º, dispone: «El límite que podrá alcanzar la circulación de billetes será fijada por Ley...». Por último el artículo 19 se refiere en estos términos a la cobertura o garantías de la circulación fiduciaria: «el importe de billetes en circulación unido a la cantidad constituida por depósitos y saldos de cuentas corrientes de efectivo y el saldo acreedor en su caso de la cuenta de tesorería, habrá de estar representado en el activo del balance del Banco: a) Por el oro y plata del mismo. b) Por las divisas y saldos a su favor debidos por correspondenciales extranjeros. El Gobierno podrá fijar un límite a las existencias a que este apartado se refiere. c) Por el título refundido de la deuda del Estado a que se contrae el artículo 26: Por los valores y bienes de cualquier clase en que se halle materializada, en su caso, la amortización del mismo con arreglo al artículo 27; por los anticipos hechos al Tesoro y por operaciones de crédito o de inversión distintas de las anteriores, efectuadas según la Ley». Estos preceptos están confirmados casi literalmente por los artículos 1, 6 y 24 de los Estatutos del Banco de España aprobados por Decreto de 24 de julio de 1947. El

Decreto-Ley de 18 de agosto de 1947 fijó en 25.500.000.000 el límite que podían alcanzar los billetes en circulación.

Esta Ley de Ordenación Bancaria, confirma sin plazo el monopolio del Banco de España en la emisión de billetes, su carácter de medio legal de pago y habiendo sido expoliado el oro y en pleno aislamiento internacional, equipara la cobertura del billete de banco, que es dinero oficial con pleno poder liberatorio, a las garantías que concede a los depósitos y saldos de cuentas corrientes de efectivo y al saldo acreedor de la cuenta del Tesoro, en una amalgama que aparta nuestro sistema monetario del sistema de los países occidentales, donde la cobertura a efectos de pagos internacionales debía estar concretada en divisas y oro y no mezclada con otras garantías ni cubriendo otro pasivo del Banco emisor.

Iniciada poco tiempo después de esta Ley la guerra fría, se inicia paulatinamente el levantamiento del cerco a España y la integración de ésta en la política monetaria de los Estados occidentales liderada por los Estados Unidos de Norteamérica, por el dólar.

Ingresada España en el sistema monetario occidental se procura adaptar nuestro sistema al de los países occidentales de Bretton Woods y el artículo 7 del Decreto-Ley de 4 de julio de 1958 autorizó al Gobierno para establecer la paridad de la peseta y el dólar por la vía del oro, lo que hizo por Decreto de 17 de julio de 1959, a razón de 0,0148112 gramos de oro fino por peseta, lo que es plenamente coherente con la cotización del dólar a 60 pesetas, pues el dólar contenía 0,888672 gramos de oro fino, que si los dividimos entre los 0,0148112 de la peseta dan una cociente de 60, que eran las pesetas que costaba el dólar. El Decreto de 19 de noviembre de 1967 revisó esta paridad y la fijó en 0,0126953 la cantidad de oro fino por peseta, que era el cociente de dividir la cantidad de este metal que contenía el dólar por 70, que eran las pesetas que costaba el dólar. Estas paridades no estaban pensadas en relación con el patrón oro, ni guardaban una relación con la peseta de curso legal en España, que tenía un poder adquisitivo superior, sino que se fijaba para hacer los pagos interestatales que hubiese que hacer en oro en defecto de divisa; el oro actuaba como medida de valor en el comercio internacional y nada tenía que ver con el comercio interior, pues 1 peseta de oro de 1931 equivalía, en virtud de la paridad impuesta en 1959, a 19,59 pesetas oro del Decreto-Ley de 1958 a 22,85 del Decreto del año 1967, cuando el poder adquisitivo de la peseta de curso legal en 1931 en relación con las pesetas de 1959 y 1967 era, respectivamente, de 8,74 y 14,25. Era el recargo que imponía a nuestro comercio internacional en defecto de divisas, en los pagos en oro, el Fondo Monetario Internacional.



En la actualidad «el tratado de la Unión Europea, que introduce profundas modificaciones en la Comunidad Europea para hacer de ella una Unión Económica y Monetaria, exige que, en el ámbito de la política monetaria, se otorgue al Banco de España la autonomía» en esta materia, lo que se hizo por la Ley 13 de 1994, cuyo principio de la Exposición de Motivos acabo de transcribir, disponiendo esta Ley en lo que nos afecta, que corresponden a dicho Banco «la facultad exclusiva de emisión de billetes en pesetas, que... serán los únicos medios de pago de curso legal dentro del territorio español con poder liberatorio pleno e ilimitado» (art. 15.1). «Determinará la cuantía de los billetes en circulación» (art. 15.2) «Atendiendo a las necesidades del público, podrá determinar con carácter anual el límite máximo que podrá alcanzar la emisión de moneda metálica» (art. 15.4); así como efectuar su puesta en circulación [art. 7.d)] «poseer y gestionar las reservas de divisas y metales preciosos, instrumentando la política de tipo de cambio [art. 7.a)]. «Prevía consulta al Banco de España, el Gobierno adoptará el régimen de tipo de cambio y la paridad de la peseta con otras monedas, que deberán ser compatibles con el régimen de la estabilidad de los precios» (art. 11).

### C) LA EVOLUCIÓN DEL PODER ADQUISITIVO DE LA PESETA DE CURSO LEGAL

La depreciación de la peseta en nuestra economía desde 1913 hasta hoy y la depreciación o apreciación de haber seguido garantizada con el patrón oro o plata se aproxima a las cifras que doy a continuación, no exactas, pero con un margen de error pequeño y tomaré solamente los hitos de años que interesen para hacer comparaciones de los sistemas monetarios antes referidos. Los hitos que fijo son: 1913, último de la *Belle Époque* y precedente de la Gran Guerra en que empezó la agonía del sistema metalista; 1931 y 1936, cambio de régimen en España e inicio de la guerra civil, siendo casi igual en 1931 y 1936 el valor de la peseta; el final de la Segunda Guerra mundial, que provoca otro cataclismo en los sistemas monetarios y se refleja en 1946, que es el año del Concierto Internacional Económico; 1959, año en que España es admitida al orden económico occidental; 1967, primer reajuste de la peseta; 1976, año que principió la Transición del régimen franquista, y, hoy, 1 de enero de 1997. La evolución del poder adquisitivo de la peseta oficial la hago por indexación o indicación de la peseta y la he construido desde 1913 a 1936 a base de los índices ponderados que publico la *RCDI* desde 1913 a 1963. Desde 1936 a 1954, con los de valor adquisitivo de la peseta en esos años, según el Índice del Coste de la Vida ela-

borado por el Instituto Nacional de Estadística, y desde 1955 hasta 1997 con el Índice Nacional de Precios al Consumo (IPC), que publica dicho Instituto y que en parte recoge la Orden de 28 de diciembre de 1994, entre los que no existe casi diferencia en ese período común en la depreciación de la peseta.

1 peseta de 1913 tenía un poder adquisitivo equivalente a 1,688 de 1931; a 1,672 de 1936, y a unas 362,65 pesetas de 1 de enero de 1997.

1 peseta de 1931 tenía un poder adquisitivo igual a 0,59 pesetas de 1913, y casi igual a 1 peseta de 1936.

El poder adquisitivo de 1 peseta de 1936 que es, como dijimos, aproximadamente igual a la de 1931: 1 peseta de 1936 es igual a 1,0095 de 1931 y tienen poder adquisitivo igual a 3,60 de 1946; a 8,66 pesetas de 1959; a 14,12 de 1967; a 33,50 de 1976; a 97,64 de 1983, y a 216,89 de 1 de enero de 1997.

1 peseta de 1946 equivale a 0,277 de 1936; a 2,40 de 1959; a 3,92 de 1967; a 9,30 de 1976; y a 60,24 de 1997.

1 peseta de 1959 equivale a 0,115 pesetas de 1936; a 0,416 de 1946; a 1,63 de 1967; a 3,86 de 1976; y a 25,04 de 1 de enero de 1997.

1 peseta de 1967 equivale en poder adquisitivo a 0,07 pesetas de 1936; a 0,25 de 1946; 0,61 de 1959; a 2,37 de 1976, y 15,36 del 1 de enero de 1997.

1 peseta de 1976 equivale a 0,03 pesetas de 1936; a 0,10 de 1946; a 0,26 de 1959; a 0,42 de 1967, y a 6,47 de 1997

1 peseta de 1 de enero de 1997 equivale a 0,0027 pesetas de 1913; a 0,0046 pesetas de 1936; a 0,016 de 1946; a 0,04 de 1959; a 0,065 de 1967, y a 0,154 de 1976.

Como se lee, comparando la peseta de 1931, casi igual a la de 1936, 1 de este año, como digo, es igual a 1,0095 de aquel año y viceversa, 1 peseta de 1931 es igual a 0,9905 de 1936, época en que el nominalismo se implantó plenamente en España, de hecho se ha depreciado en esos sesenta años convirtiéndose casi un doscientos diecisieteavo (1/217) de su valor real. El quebranto que el nominalismo ha causado en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias ha sido gravísimo, arruinó a un amplio sector de la clase media, al más indefenso, viudas, huérfanos, solteras, pensionistas..., al congelar las rentas, especialmente las urbanas, pero también las rústicas, pues el valor trigo no era real, sino tasado, las pensiones, el interés de los títulos de la Deuda Pública y de los préstamos societarios representado por obligaciones. En los negocios entre particulares también el nominalismo causó estragos, a pesar de los parches, como la Ley de Contratación en Zona Roja, etc. Todos estos atropellos del nominalismo tuvieron por horizonte mitigar la inflación a costa, repito, de la clase media más indefensa, a la que se expolió de

sus rentas. La actualización de las rentas mediante cláusulas de estabilización, que se iniciaron a finales de la década de los 50, con la LAU de 13 de abril de 1956, por la vía de la renuncia a los beneficios de su artículo 6, y sólo para futuros contratos, cuando el valor adquisitivo de la peseta se había reducido a unos 15 céntimos, fueron un correctivo importante de las injusticias del nominalismo, que se completó con la lenta indexación de las rentas aprobada por Orden de 28 de diciembre de 1994 en cumplimiento de la disposición final 3.<sup>a</sup> de la Ley de 24 de noviembre de 1994 de Arrendamientos Urbanos y que los particulares corregían en sus contratos de arriendo, préstamo y cualesquiera otros, que implicaban una deuda dineraria a término o plazo convirtiéndola en deuda de valor, mediante una cláusula de estabilización que rectificaba las variaciones monetarias, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo (IPC).

Estos han sido los resultados del nominalismo, actualmente corregido por la deuda de valor, por el valorismo, que sin duda no es un sistema monetario, sino un instrumento corrector de las variaciones monetarias, con un metro no tan exacto como el lineal, el de la barra de platino iridio a cero grados que mide la diezmillonésima parte del cuadrante del meridiano que pasa por París, pero que mide el valor del dinero, que a veces no coincide con el de algunos bienes por razones económicas y porque los valores económicos son sinuosos e inexactos.

No obstante, vamos a referir brevemente las consecuencias de haberse mantenido el patrón oro o plata en España.

En esta cuestión de sustancia económica, con fuerte sello jurídico, vamos a aventurar unas opiniones.

#### D) PESETA PLATA

El curso legal de la moneda de plata y el patrón plata, que permitía la conversión del billete de banco en plata, no tuvieron una influencia decisiva en el sistema monetario español, haciéndolo metalístico, sino que más bien fue nominalista, protegido por el patrón plata y la moneda circulante de esta metal e indirectamente por una importante reserva de oro, cuya convertibilidad estaba suspendida, como vimos, desde 1883. Esto explica que el poder adquisitivo de la peseta desde 1913 hasta 1936 hubiese perdido un 40 por 100, 1 peseta de 1936 equivalía a unas 0,60 pesetas de 1913. Esta depreciación en 24 años de la peseta en un 40 por 100, no significa que en ese período la plata, único metal noble que directamente la respaldaba, hubiese impedido una mayor depreciación, pues la plata ha sido siempre un metro de valor muy variable en relación con el oro, como hemos puesto antes de relieve siguiendo

las estadísticas de Fusch, además, a mi profano entender en esta materia, el respaldo de la plata a la peseta era pequeño, la convertibilidad del billete de banco no se ejercitaba no sólo por esas alteraciones de su valor, sino también porque era muy incómoda, piénsese que la conversión en monedas de 5 pesetas, en duros, de un billete de 1.000 pesetas implicaba la recepción, de 200 duros con un peso de 4,25 kilogramos, por lo que la conversión no se practicaba, el patrón plata no existía ni funcionaba en este aspecto; y por otro, las monedas de plata que circulaban de 5, 2, 1 y 0,5 pesetas constituían un porcentaje cada vez más pequeño en relación con la circulación fiduciaria de billetes (prescindo de añadir la fraccionaria de cuproníquel, de reales, y cobre: perronas, 10 céntimos; perrinas, cinco céntimos y céntimo; porque suponían muy poco) y por tanto la moneda de plata depositada en el Banco de España y la circulante no pesaba decisivamente, ni mucho menos, en el respaldo metalístico de nuestro sistema monetario en el período de 1883 a 1936, y esto explica que las monedas de plata circulantes tuviesen un valor real unos años, los menos, superior a su nominal, y otros, los más, inferior, muy inferior, y por eso no despertaron codicia ni avaricia, ni hubo importantes acaparamientos de monedas de plata.

Si el patrón plata se hubiese conservado y sido efectivo, la depreciación de la peseta al 1 de enero de 1997, desde el año 1936 ó 1931, hubiese sido muy variada, pero en grandes hitos podemos decir que el valor metalístico de una peseta de plata de 1931, 4,275 gramos a 0,11 pesetas el gramo, valdría la peseta 47 céntimos, que multiplicado por 217 daría un valor de 102,04 pesetas de hoy, del 1 de enero de 1997; 1 peseta al precio de la plata de hoy, con 4,275 gramos de plata, tendría un valor metalístico superior, o sea 30 por  $4,275 = 128,25$ . El valor en este caso no sufrió apenas apreciación, pero en 1931 el precio de la plata era muy bajo, si tomamos el de 1920, que valía el gramo 0,235 pesetas, multiplicadas por  $4,275 = 1,0046$ , y como 1 peseta de 1920 valdría unas 163,50 pesetas de hoy, resulta que esta peseta de plata valdría hoy 163,50 pesetas de curso legal. Como vemos, la peseta en los tres casos tenía que valer unas 217 de hoy y en ningún caso las vale, sino 102,04 y 128,75 la de 1936, y 163,50 la de 1920, que tuvo el valor más alto en el casi cuarto de siglo que discurre entre 1913 y 1936. La relación oro-plata que se había fijado en 15,5 sufrió variaciones grandes: en 1920 era de 14,65; en 1936, de 31,31, y en 1997, el 1 de enero, de 58,06, pues si el gramo de oro valía en 1920, 1931 y 1936 a 3,44444 pesetas, para mantener la relación de 15,5 el de plata debía valer 0,22222 pesetas; si el valor era superior, como en 1920, la proporción era inferior al 15,5, 14,65; si era inferior, como en 1936, casi la mitad, 0,11 pesetas, la proporción era un poco más del doble, 31,31. Éstas son las razones por las que patrón plata no es pensable y la cláusula valor plata no es aconsejable.

## E) PESETA ORO

Cosa distinta hubiese ocurrido, si se hubiese restablecido el patrón oro, si bien para esa hipótesis los datos comparativos con la peseta de 1959 y 1967, como ya veremos, nada tienen que ver, fue una cuestión política no económica.

Como hemos visto un duro de oro, o sea, cinco pesetas, tenían 1,4508 gramos de oro fino, una ley de 0,900 y un peso de 1,612 gramos, correspondiendo a una peseta idealmente 0,29016 gramos de oro fino en 1931, cantidad que resulta tanto de la operación anterior de dividir la cantidad de oro de un duro por las cinco pesetas que tiene el duro, como de convertir en duro y después en pesetas el precio del oro fino previsto en el artículo 11 de la Ley de 26 de noviembre de 1931, ya que en él el precio del gramo resultaba a 3,44444 pesetas y multiplicado por 1,4508 gramos, cantidad de oro fino del duro en nuestra legislación monetaria daba un producto de 4,9971935 y dividida entre cinco pesetas que tiene el duro, el cociente es 0,9994387, o sea 1 peseta.

Por último si la moneda de oro circulase de acuerdo con el Decreto de 19 de octubre de 1868, o sea, 1,4508 gramos de oro fino por duro con una ley de 0,900, dado que el precio del oro hoy en el mercado es de 1.742,95 pesetas el gramo, tendríamos que una peseta oro de 1931 valdría 505,73 de hoy; que es el producto del precio del gramo de oro por 0,29016; mientras que una peseta de curso legal de 1931 tendría un valor real de 216,89 el 1 de enero de 1997. Esto implicaría una deflación del 233,17 por 100, y una peseta oro de hoy equivaldría a 2,3317 pesetas de 1931, con una apreciación de la peseta en más del doble, revalorización tan perturbadora para las deudas dinerarias como la inflación en ese mismo porcentaje, aunque los sujetos beneficiados por aquélla serían los perjudicados por ésta; lo contrario que en la inflación.

## F) LA MEDIDA DEL PODER ADQUISITIVO DE LA PESETA DE CURSO LEGAL

De la tesis que hemos expuesto se desprende que ni el nominalismo ni el metalismo, puros o mezclados, pueden hoy resolver el problema del equilibrio de intereses en materia de deudas pecuniarias, porque las constantes alteraciones, mayores o menores, de la moneda la incapacitan para conservar el valor, que sólo, más o menos fugazmente expresan y que a medida que transcurre el tiempo va siendo más inexacto ese metro. En el sistema monetario metalístico el valor intrínseco de la moneda, por el oro o la plata que contenía o la convertibilidad del billete de banco en oro o plata, según

el patrón, especialmente el oro, constituían una previsión del desequilibrio de las prestaciones en los contratos conmutativos, causada por la depreciación monetaria, equivalente, evidentemente, a una cláusula de estabilización, siempre que el pago pudiese exigirse en oro o plata; ahora bien, con el establecimiento del sistema nominalista en el mundo para los pagos interiores, la posibilidad del pago en oro amonedado, en lingote o lámina, o en plata, sólo subsiste por pacto, mediante la inserción en el contrato de la pertinente cláusula.

La alteración del equilibrio de las prestaciones en los contratos onerosos y conmutativos intentaron algunos juristas, con la construcción de la cláusula *rebus sic stantibus*, que tácitamente entendían inserta en el contrato conmutativo, corregir los desequilibrios que originase en las prestaciones la alteración de las circunstancias, que no implicaban imposibilidad de cumplimiento, desde la celebración del contrato hasta su consumación, cuando éste era de tracto sucesivo o de ejecución única diferida, pues sí había imposibilidad objetiva; v. g., fuerza mayor o caso fortuito o subjetiva, culpa del deudor, el contrato no podía consumarse y se extinguía; mientras que en nuestro caso, el contrato puede ejecutarse, aunque con excesiva onerosidad para una de las partes, con gran dificultad.

Las teorías tendentes a corregir la excesiva onerosidad, tuvieron su formulación más antigua en la tácita o implícita cláusula *rebus sic stantibus* que ya aludí, cuyos orígenes son discutidos, citándose precedentes romanos en textos nada claros del *Digesto* de Marcelo, Marciano y Paulo; canónicos en los *Comentarios a la 2.<sup>a</sup> Parte del Decreto de Graciano* en la Glosa; en los posglosadores, especialmente, teniendo una formulación clara en Bartolo, quien decía que en todo contrato es preciso suponer la existencia de una cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, suponer que las partes no quieren o no entienden mantener el contrato si las circunstancias cambian <sup>37</sup>. Ésta no fue la única teoría con fundamento objetivo, hubo otras, como la de la base del negocio, que también tuvo su versión subjetiva del equilibrio y equivalencia de las prestaciones y la de la causa, menos difundidas y paralelas a éstas, otras de fundamento subjetivo: la de la presuposición de Windscheid; la de la base del negocio jurídico, de Oertmann, e incluso se fundó la revisión contractual en principios generales como la de la buena fe, la lesión contractual, el enriquecimiento injusto, el abuso del derecho y la equidad; mas ninguna de estas teorías formuladas es convincente,

---

<sup>37</sup> Véase BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, pp. 334 y ss., quien dedica el capítulo VII de la parte 2.<sup>a</sup> al estudio de la alteración de las circunstancias en el cumplimiento de las obligaciones, pp. 305 y ss., a quien sigo.

dice Beltrán de Heredia y Castaño <sup>38</sup>, «porque no sólo no pueden considerarse fundadas en preceptos legislativos, sino porque se encuentran todas ellas, con algún obstáculo legal, dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Pero, además, no hay tampoco en éste indicios que permitan la construcción de un principio general que informase, en este punto, el Derecho de la contratación». La revisión contractual, por sobrevenida alteración de las circunstancias que hace excesiva la prestación para una de las partes, choca en nuestro Ordenamiento con el principio de objetivización del contrato, que es ley para las partes (art. 1091), a las que obliga a cumplir todo lo expresamente pactado (art. 1258) y sólo resulta decaída esta obligación en los supuestos de imposibilidad objetiva de la prestación (arts. 1105 y concordantes), no pudiendo quedar el contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256). «Este principio no es otro que el de la obligatoriedad y soberanía de las relaciones contractuales». La alteración de las circunstancias «no puede ser considerada como un efecto, ni legal, ni tan siquiera racional del contrato bilateral, en ejecución continuada o simplemente diferida..., no puede, en nuestro Derecho, justificar una revisión contractual».

La cláusula *rebus sic stantibus* ha sido objeto de muchas sentencias, cuya uniformidad constituye hoy jurisprudencia que resume la de la Sala de lo Civil de 24 de junio de 1993, que, entre otras cuestiones, resolvió la que planteó la cláusula sexta del contrato celebrado el 14 de junio de 1986 entre la propietaria de unas fincas, «Urbanizadora Somosaguas, S. A.», que se comprometió a venderla a «Somosaguas Sur, S. A.», una vez aprobado el proyecto de compensación: «No obstante, la compradora podrá optar hasta el 1 de febrero de 1988 por llevar a cabo la compraventa de los terrenos e instalaciones objeto del presente contrato, en cuyo caso debiera el día que ejercite la opción, satisfacer a «Urbanizadora Somosaguas, S. A.» la cantidad de 1.960 millones de pesetas». La compradora, como consecuencia de la nueva situación urbanística, pretendía, al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus*, una reducción del precio de la opción adecuándolo a la circunstancia sobrevenida de estar *sub iudice* el importe del precio, favoreciéndose de no estimarse así, la mala fe de la parte vendedora, rechazándose no sólo por no destruirse la base fáctica de la sentencia recurrida, sino también por no darse los presupuestos necesarios para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que son, según reiterada jurisprudencia, entre otras las sentencias de 6 de octubre de 1987, 16 de octubre de 1989, 26 de octubre y 10 de diciembre de 1990, 23 de abril y julio de 1991,

---

<sup>38</sup> Véase BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, pp. 346 y s.

los siguientes: *a*) una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; *b*) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; *c*) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles; y *d*) que se carezca de otro medio para salvar y remediar el perjuicio. Se rechaza porque lo que se pretende realmente es un nuevo contrato al solicitar que se fije un nuevo precio.

La sentencia de la misma Sala del 26 de julio de 1993 aplica la cláusula *rebus sic stantibus* por alteración extraordinaria de las circunstancias iniciales, después de casi 50 años, a la enajenación para otros fines de un terreno del Ayuntamiento vendido con prohibición de disponer de él para destino distinto al deportivo; mientras que la de 17 de diciembre de 1993 rechaza, en otro caso distinto, su aplicación por no existir alteración extraordinaria de las circunstancias.

Los requisitos que exige nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo para que entre en juego la cláusula *rebus sic stantibus*, o sea, la imprevisibilidad de la alteración extraordinaria de las circunstancias durante la vigencia del contrato, la desproporción exorbitante de las prestaciones que verdaderamente derrumben el contrato, acercan la cláusula a aquellos sucesos imprevisibles, al caso fortuito, a la imposibilidad objetiva de cumplir la prestación.

A la doctrina de la base del negocio en sus dos versiones se refiere la S de 14 de diciembre de 1993. El supuesto litigioso fue la venta por doña Luisa M. V. a don Manuel A. P. y su esposa de la planta 1.<sup>a</sup> y parte de la 2.<sup>a</sup> en 50.000.000 de pesetas, de un edificio que proyectaba construir de cuatro plantas en Monforte de Lemos. La Comisión Territorial del Patrimonio Histórico-Artístico de Lugo se opuso a la aprobación del proyecto de cuatro plantas, siendo confirmado su criterio por la Dirección General del Patrimonio Artístico, de la Consejería de Cultura y Deportes de la Junta de Galicia, trámite necesario para la concesión del Ayuntamiento de la licencia de edificación, lo que constaba en el expediente y, en consecuencia, la licencia se concedió para edificar sólo tres plantas, alegando la vendedora en «relación al contrato de compraventa en cuestión una alteración esencial y sustancial de la base de dicho negocio jurídico que le privan de la causa que le dio origen», ya que el presupuesto fue que las plantas fuesen cuatro y no tres, por limitaciones urbanísticas, y que esta limitación repercute en el precio asignado a cada planta. Dice el considerando tercero que, aunque de este planteamiento confuso no se puede saber si sostiene la teoría subjetiva u objetiva de la base del negocio, «la primera consiste



en las representaciones de las que las partes en un contrato han partido para sus estipulaciones, en una común representación mental por la que ambas se han dejado guiar al fijar el contenido contractual. La segunda, en un conjunto de circunstancias cuya existencia o preexistencia son necesarias para lograr que se alcance el fin del contrato o para que las prestaciones pactadas no resulten desequilibradas con grave onerosidad, si se cumplen de modo que se destruya la relación de equivalencia entre ellas. Lo que no ocurre en el supuesto de Autos».

Una de las circunstancias cuya alteración grave y frecuente en este siglo, a partir de la primera Gran Guerra en unos países, de la guerra civil en España y de la segunda guerra mundial en casi todos los demás, ha sido la depreciación monetaria, consecuencia del nominalismo, que a su vez fue causado por los acontecimientos antes referidos y la vertiginosa expansión de la circulación dineraria, y que en nuestro Ordenamiento no tiene otra previsión ni otro correctivo que la cláusula de estabilización, salvo en algunos casos concretos, como por ejemplo en el contrato de arrendamiento desde la entrada en vigor de la Ley de 1994 <sup>39</sup>.

Por esto creemos que en los contratos conmutativos y pecuniarios de tracto sucesivo o a plazo en que, por su duración o por la inestabilidad de la peseta, es necesario acudir a la cláusula de estabilización, habrá que estudiar y buscar la más adecuada antes de insertarla en el contrato, pues puede alterar el valor con más fuerza que la depreciación o apreciación monetaria; piénsese en las cláusulas valor o moneda oro y en la variabilidad de las cláusulas valor o moneda plata y en lo que acabamos de exponer de estos nobles metales como moneda y como patrón y lo mismo respecto de otras referencias, como una moneda extranjera, el trigo, etc. Quizás o mejor sin duda, y con carácter general, cuando se defiende la conservación del poder adquisitivo de la peseta sea la ya citada del Índice de Precios al Consumo (IPC) y que recoge nuestra legislación.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala de lo Civil de 30 de diciembre de 1991, resuelve que los módulos de valoración de los

---

<sup>39</sup> En el Derecho italiano, el artículo 1467 consagra la revisión contractual o la resolución del contrato en estos términos: Contratos con prestaciones correspectivas o conmutativos. «En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes llega a ser excesivamente onerosa por verificarse acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede pedir la resolución del contrato con los efectos establecidos en el artículo 1458: «La resolución no puede ser pedida si la onerosidad sobrevenida entra en el riesgo normal del contrato»». «La parte contra la que es pedida la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato».

elementos contruidos de los inmuebles, son aplicables únicamente a los casos de entrega de éstos en cumplimiento del contrato, para lo cual se pactaron, «pero no al supuesto de incumplimiento que origina la necesidad de un cumplimiento por equivalente, como es el caso que se contempla, a cuyo supuesto el precepto aplicable es el artículo 1101 (no el art. 1091 que se invocaba en el recurso) y, consecuentemente, la indemnización sustitutoria en cuanto restitutoria y resarcidora debe consistir en este caso... en una suma *ad valorem* que equivalga económicamente a la prestación *in natura* que hubo de hacerse, sin que, por ello, quepa, hacer una extrapolación, de los módulos económicos fijados, contractualmente, con referencia a un evento concreto que se establece... pero que tiene, como norte casual, el efectivo cumplimiento específico del convenio».

La sentencia de 30 de enero de 1997 condena al vendedor de dos locales de negocio sitos en Pumarín (Oviedo) que no puede, sin culpa suya, entregárselos *in natura* y sustituirlos por el cumplimiento por equivalencia y rechaza la aplicación al precio debido del principio valorista, pues se trata de una deuda de dinero regida por el principio nominalista.

La doctrina de aquella sentencia nos parece interesante y correcta, la de ésta es confusa, pues aunque se trate de una deuda de dinero, ésta puede regirse por el principio valorista, si se pacta una cláusula de estabilización, como sostenemos.

Las cláusulas de estabilización en los contratos de préstamo presentan o pueden presentar alguna peculiaridad como consecuencia de la doble función que desempeñan los intereses en épocas de inflación fuerte: retribución del capital prestado y corrección de la presente inflación; finalidad esta última reconocida por la sentencia de 25 de enero de 1984, negando al interés litigioso la calificación de usurario, diciendo que «en algunos años no llegó a cubrir ni siquiera la depreciación monetaria producida por la inflación». Cuando el interés es superior, o muy superior, al normal del dinero incurrimos en el supuesto típico de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908 o Ley Azcárate, si no hay inflación o ésta es pequeña, o en otro, el de su artículo 9 (interés usurario encubierto bajo otra forma contractual) si habiendo inflación se hace una doble corrección de la misma, en los intereses y con una cláusula de estabilización, supuesto de las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero y 8 de marzo de 1997.

En el contrato de préstamo la cláusula de estabilización destinada a que el capital conserve su poder adquisitivo, convirtiendo la obligación del deudor de devolver el capital en una deuda de

valor, no debe ir articulada en el contrato con un interés superior o muy superior al normal del dinero, para evitar incurrir en un supuesto de usura.

Las cláusulas de actualización de los intereses variables no lo son de estabilización, que conviertan en deuda de valor una deuda nominativa, sino que tienen por misión la remuneración del dinero, adaptándolo a los cambios en el tiempo del precio del dinero y que puede llevar a la usura.

Esta es la solución para las obligaciones contractuales, pero inaplicable a las extracontractuales, deriven de la Ley, de los cuasi contratos o de los actos ilícitos, sea la ilicitud civil o penal. Estas obligaciones cuando son pecuniarias en su modalidad de deudas de valor, la inflación incide sobre ellas y la deuda de valor es una figura idónea para corregir sus efectos en muchos casos, planteando el problema de cuál será el metro adecuado para medir y corregir la depreciación o la apreciación, la devaluación o desvalorización, o la revaluación o revalorización. Ya hemos visto este metro cambiante en los supuestos de hecho de los artículos 860, 869, 922, 1099.1, 1569, párrafo 3.º, y 1571, párrafo 1.º, del *Código civil* en que la medida de valor cambia con los actos de disposición del deudor que recibió el bien, que causó la obligación y que un sector de la doctrina francesa (Malaurie, Català, Pierre-François, Ranouil...) que se ha ocupado de ellos denomina subrogación real imperfecta o subrogación real liquidativa, porque hay sustitución de un bien por otro o por dinero y reemplazo de éste, no para seguir la misma afectación, sino para seguir midiendo la misma deuda, medida que procura o crea el propio deudor, que aumentará o disminuirá la deuda al margen de la voluntad del acreedor; sustituciones de metros, de valoraciones, que para nosotros nada tienen que ver con la subrogación real y en muchos casos desde el principio, porque la fluctuación patrimonial no es onerosa, sino gratuita.

Esta denominación aplicada a esta clase de deudas de valor no ha tenido acogida en nuestro Derecho común ni en nuestra doctrina, que, como veremos, solucionan el problema del poder adquisitivo del dinero, de la deuda de valor por la vía de la indexación, como hemos visto ya en algún caso en el ámbito contractual.

Y el rechazo de la inconsistente tesis que identifica un tipo de deudas de valor con la subrogación real imperfecta nos permite, nos legitima, no sólo para conservar el auténtico sentido de la subrogación real clásica, para nosotros subrogación real imperfecta en contraposición con la subrogación real perfecta, sino también para continuar explicándola de acuerdo con sus esencias tradicionales adaptadas a los caracteres de nuestra época.

#### IV. LA DEUDA DE VALOR EN EL DERECHO COMÚN ESPAÑOL

La deuda da valor como figura correctora de la depreciación o apreciación de la peseta es más necesaria en el sistema monetario nominalista, porque la inestabilidad monetaria no tiene el freno del metal noble que da a la moneda un valor intrínseco, real o comercial; pero también en los sistemas metalistas podía jugar un papel como consecuencia de la variación del precio del oro y sobre todo de la plata y de las acuñaciones devaluadas, en que el valor real del metal noble era inferior al nominal acuñado en la moneda; ya Savigny afirmaba que lo que debe el deudor es el importe del valor comercial, es decir, que la deuda del deudor es «sustancial» y no formal, y que el objeto de la deuda es el valor real y no el nominal <sup>40</sup>; sin embargo, como he puesto de relieve, es el nominalismo el que ha causado estragos en el poder adquisitivo de la moneda, en su valor real, como consecuencia del hundimiento monetario que sufrió Alemania por dos veces en menos de treinta y cinco años después de las dos guerras mundiales, pero también sufrieron Francia, Bélgica y otras naciones a menor escala, y España por guerra civil y también por causas indirectas de las dos guerras mundiales, en las que no intervino. Esta persistente depreciación monetaria ha obligado a los juristas a buscar correctivos para evitar las injusticias que acarrea.

Es coherente que Nussbaum, que tiene una concepción nominalista del dinero inspirada en la de Knapp, pues define el dinero como aquellas cosas que en el comercio se entregan y reciben, no como lo que físicamente representan, sino sólo como fracción, equivalente o múltiplo de una unidad ideal, es de los primeros en preocuparse por las cuestiones que plantean las alternativas monetarias y su obra <sup>41</sup> fue traducida al español por Sancho Seral, profesor de la Universidad de Zaragoza, quien ya unos años antes se había ocupado de este tema <sup>42</sup>.

La cuestión no arrastró la preocupación de la doctrina en España, porque si bien la peseta había sufrido alteraciones (entre 1921 y 1936 la peseta tuvo su poder adquisitivo más alto en 1933 y más bajo en 1922, una peseta de aquel año equivale a poco más de 86 céntimos de la de éste) éstas no eran graves ni alarmantes y, además, un año se depreciaba y al siguiente se apreciaba, y viceversa.

---

<sup>40</sup> Citado por Pierre-François a través de la obra de DOUCET, *L'indexation*, L. G. D. J., París, 1965, en la obra citada, p. 25, si bien contraponen esencia y forma y yo creo que debe traducirse la contraposición por sustancia y forma.

<sup>41</sup> *Teoría jurídica del dinero*, traducción de Sancho Seral, I. E., Reus, Madrid, 1929, pp. 196 y ss. y 250 y s.

<sup>42</sup> *El problema de las deudas de dinero en el Derecho actual*, Zaragoza, 1926.

A partir de 1936 la peseta se deprecia todos los años, depreciación que continúa, aunque más leve, y no parece nada probable que la inflación se contenga en el futuro, aunque se ha debilitado en los últimos años notoriamente. Esto ha preocupado y preocupa hoy a la doctrina no sólo respecto de las obligaciones contractuales dinerarias, estudiando las cláusulas de estabilización, sino también las extracontractuales, en las que ni los acreedores ni los deudores tienen decisión correctiva y en este sentido, Antonio Polo Díez <sup>43</sup>, Rafael Núñez-Lagos <sup>44</sup>, José Beltrán de Heredia y Castaño <sup>45</sup>, Juan Vallet de Goytisoló <sup>46</sup>, Antonio Hernández Gil <sup>47</sup>, José Bonet Correa <sup>48</sup>, Arturo Merino Gutiérrez <sup>49</sup>, etc., si bien la mayoría se preocupa de las cláusulas de estabilización en las obligaciones contractuales.

Nosotros hemos señalado en el epígrafe anterior que la depreciación o apreciación monetaria es un fenómeno económico con importante incidencia jurídica, que implica un caso frecuente hoy de la alteración de las circunstancias del contrato, que si bien no hacen imposible el cumplimiento lo dificulta. Vamos a examinar las deudas de valor en las obligaciones que no se ha insertado una cláusula de estabilización, deriven del contrato, de la Ley, del cuasi-contrato o de acto ilícito civil o penal.

Los problemas que vamos a plantear son:

1.º Efectos del nominalismo en nuestro Derecho positivo desde la Ley de curso forzoso de 26 de noviembre de 1939, que modificó el artículo 1170 del Código Civil, al establecer el curso forzoso de los billetes emitidos por el Banco de España, confirmado por el artículo 11 de la Ley de 31 de diciembre de 1946 de Ordenación Bancaria, y el artículo 15.1 de la Ley 13, de 1 de junio de 1994, que regula el Banco de España, ya citadas, en los que la cuestión primordial es la propia de la deuda de valor, o sea si el dinero de curso legal ha de estar en la obligación y en la solución o pago, o basta con que esté en este último y se corrija la diferencia de valor con moneda de curso legal.

No planteamos la cuestión de las cláusulas moneda oro o plata, o valor oro o plata, porque el tráfico de los mismos ha dejado de ser delito monetario, hasta el punto que el Estado español, como ya

---

<sup>43</sup> «Comentarios a la sentencia de 27 de febrero de 1945», en la *Revista de Derecho Privado* de 1945, pp. 512 y ss.

<sup>44</sup> «La colación y crítica de los problemas de valoración», *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia* de 1946, pp. 121 y ss.

<sup>45</sup> *El cumplimiento de las obligaciones*, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1956.

<sup>46</sup> Obras citadas.

<sup>47</sup> *Derecho de obligaciones*, Maribel Artes Gráficas, Madrid, 1960, actualizada en el t. III de sus obras completas, Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1988, pp. 483 y ss.

<sup>48</sup> Obras citadas.

<sup>49</sup> *Ob. cit.*

dije, por Ley 12, de 18 de mayo de 1996, autorizó la acuñación de 2.500 millones de monedas de 100 pesetas de plata, con poder liberatorio desde el 1 de octubre siguiente, según Orden de 22 de septiembre de 1966, y que la Ley de 22 de julio de 1967 amplió hasta 7.500 millones. Estas monedas de plata de 100 pesetas tenían un peso de 19 gramos y una ley de 800 milésimas, y los particulares sólo estaban obligados a admitirlas como pago, hasta 1.000 pesetas, hasta diez piezas, cuando su valor metalístico superó el nominal, fueron expulsadas del mercado, de acuerdo con la Ley Gresham y después retiradas de la circulación como ya escribí. Por Órdenes ministeriales de 8 de julio de 1994, 24 de marzo de 1995, 23 de febrero de 1996 y 17 de abril de 1997, se acuñaron monedas de plata de 2.000 pesetas con un valor intrínseco muy inferior al nominal, valen en enero de 1997 unas 500 pesetas y el número primero.<sup>3</sup> de las Órdenes dispone que «esta moneda será admitida... entre particulares hasta 20.000 pesetas, cualquiera que sea la cuantía del pago». Su peso es 18 gramos, su ley de 0,925 (segundo); prácticamente no circulan.

2.º Qué metro, qué medida vamos a elegir o eligió el legislador para que el valor real de la moneda, para que su poder adquisitivo sea el mismo al tiempo de pactar la prestación o sufrir el daño y al tiempo de su cumplimiento o reparación.

3.º Examen no exhaustivo de los casos de nuestro Código Civil y alguna Ley especial, como la LAU, en que se consagra la deuda de valor.

#### A) EFECTOS DEL NOMINALISMO. EL CURSO FORZOSO DEL BILLETE DEL BANCO DE ESPAÑA

El nominalismo, como expuse al estudiarlo, sólo estaba impuesto en el artículo 312 del Código de Comercio en materia de préstamos, el articulado del Código Civil no lo establecía en su artículo primordial, el 1170, ni la lectura del artículo 1753 nos conduce al nominalismo, pues no es tal la obligación de devolver «otro tanto de la misma especie y calidad» que la recibida y el artículo 1754, párrafo 1.º, cuyo supuesto de hecho exclusivo es el préstamo dinerario, se remite al artículo 1170 del Código Civil. Ciertamente que cuando se promulgó el Código Civil en el ordenamiento jurídico estaba el sistema metalista, pero fracasado el bimetalismo implantado en 1868 por Decreto de 19 de octubre y estando de hecho suspendida la convertibilidad en oro del billete de banco desde 1883, el artículo 1170 aparece como un intento legislativo de confirmar el bimetalismo, pero la convertibilidad en oro siguió suspendida y la garantía de la plata no sellaba un sistema monetario metalista por su variabilidad constante y por la incomodidad que causaba la conversión a causa de su peso. Nuestro sistema monetario desde la promulgación del

Código Civil fue un sistema híbrido hasta la Ley de 20 de enero de 1939, que retira de la circulación la plata y su tráfico constituye delito monetario y la de 26 de noviembre de 1939, que impone el curso forzoso del billete de banco de modo directo, sin convertibilidad en oro o plata y que continúan las leyes de 31 de diciembre de 1946 y 1 de julio de 1994, con lo cual el sistema nominalista puro queda consagrado legalmente en nuestro ordenamiento jurídico, sin que suponga impureza metalística en nuestro sistema nominalista las acuñaciones y circulación de monedas de plata en 1966 y en los años siguientes, después retiradas de la circulación, en 1976, ni las actuales monedas de 2.000 pesetas, que antes hemos referido, como lo evidencia su débil poder liberatorio entre particulares, que se limitaba a la obligación del acreedor de recibir en pago a diez monedas.

Ahora bien, el curso forzoso del billete de banco tiene un alcance limitado: ser medio de pago, no medida de valor; el billete del Banco de España de curso legal y forzoso tiene pleno poder liberatorio, cualquiera que sea la cantidad adeudada, el acreedor está obligado a admitirlo sin límite. El nominalismo que se sintetiza en la frase: una peseta es igual a una peseta cualquiera que sea su poder adquisitivo, sólo vale como medio o instrumento de pago, no como medida de valor; pues la obligación cumple con el requisito de la determinación tanto si se fija o concreta al contraerla la cantidad de pesetas que ha de pagarse al ejecutarla, como si se fija el índice o referencia que ha de medir la cantidad en el momento de la ejecución, o sea, la suma de pesetas que hay que pagar con relación a las pactadas al constituirse la obligación; y esto es claro en el contrato de compraventa, cuyos artículos 1447 y 1448 supuestos de hecho de una obligación dineraria, el precio, lo consideran cierto si lo es «con referencia a otra cosa cierta» o al «que la cosa vendida tuviese en determinado día, Bolsa o mercado o un tanto mayor o menor...», pero que con carácter general, o sea para cualquier clase de contrato, lo admite el artículo 1273 inciso final: «La indeterminación de la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de un nuevo convenio entre los contratantes». Basta que el objeto del contrato esté determinado en la forma amplia que señalan los artículos citados, para la validez del contrato. Las cláusulas de estabilización insertas en los contratos de tracto sucesivo o a término en sus múltiples variedades, bien por las partes, bien por Ley (como ocurre con la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos que impone la cláusula móvil o la indexación, según el IPC), vemos que al celebrarse el contrato la prestación pactada y aplazada, normalmente dineraria, es por una cantidad, que al ejecutarla no coincide nominalmente con la inicial, porque ha sido corregida por la cláusula de estabilización o por el índice legal, aunque su pago ha de hacerse en

moneda de curso legal y vemos también que esta corrección pretende que el dinero objeto de la prestación o prestaciones diferidas conserve el mismo valor, el mismo poder adquisitivo cuando se contrae la obligación, que cuando se cumple. La depreciación monetaria se corrige con la cláusula de estabilización o con la indexación o referencia legal, lo que es la esencia de la deuda de valor y que en nuestro Derecho hoy nadie duda de su validez y eficacia, ni el legislador, que la inserta en sus leyes ni los Tribunales de Justicia que las acogen en múltiples sentencias que no es necesario transcribir ni la doctrina jurídica, que las formula y las acepta sin discusión ni duda.

Sin embargo, el contrato no es la única causa de las obligaciones, éstas tienen otras fuentes: «las obligaciones nacen también de la Ley... de los cuasi contratos y de los actos u obligaciones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», según el artículo 1089 del Código Civil. En esta clase de obligaciones, o sea, en las obligaciones extracontractuales, la cláusula de estabilización no puede insertarse como una cláusula contractual; no obstante, cuando entre el nacimiento de la obligación y el cumplimiento de la misma media un plazo más o menos largo, de más o menos años, no puede pretenderse que se solucione, en el caso de deudas dinerarias con pesetas de cada año, con un nominalismo riguroso, sino con pesetas constantes, con la técnica jurídica de la deuda de valor; no puede pretenderse que se cumpla la obligación con la suma de pesetas que figura en ella al constituirse, sino con una cantidad de pesetas que tengan el mismo poder adquisitivo que aquéllas. Un ejemplo evidencia la justicia de nuestra solución y lo tomamos de una obligación legal, la de colacionar, artículo 1035: Un padre dona a un hijo 1.000.000 en el año 1976 y fallece intestado dejando tres hijos más en enero de 1997, 21 años después; su herencia se valora a su muerte en 23.000.000; no hizo más que aquella donación; si computamos y colacionamos la donación considerando iguales las pesetas de cada año, el valor de lo dejado más lo donado sería de 24.000.000, correspondiendo a cada hijo 6.000.000; como el donatario había recibido ya 1.000.000, recibiría 5.000.000, y los demás 6.000.000 cada uno; si lo computamos y colacionamos en pesetas constantes, resulta que el 1.000.000 de pesetas de 1976 tiene un poder adquisitivo en enero de 1997 equivalente a unos 6.470.000 pesetas y la suma de *relictum* y *donatum* en pesetas constantes será 29.470.000 pesetas, debiendo recibir cada hijo 7.367.500; el donatario, 897.500 pesetas del *relictum* y 6.470.000 que recibió por vía de donación, total 7.367.500 pesetas, y cada uno de los otros tres hijos, del *relictum* 7.367.500 pesetas, que multiplicado por tres igual a 22.102.500, que sumadas las 897.500 que recibirá el donatario igual a 23.000.000 de pesetas. Esta solución es para nosotros la justa, si el



donatario invirtió bien, tendrá más dinero que los otros hijos, si despilfarró o no acertó en la inversión, tendrá menos dinero, pero es cuestión de riesgo y ventura de él, no del padre difunto ni de los hermanos <sup>50</sup>. Esto como veremos es el sentido del artículo 1045 CC antes y después de la reforma de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981, en relación con los artículos 1047 a 1049. La misma solución de la deuda de valor hay que dar en las obligaciones en que hay que reparar el daño por culpa o negligencia, supuesto del artículo 1902, pues será absurdo que, si transcurrió cierto tiempo, se valorase el daño cuando ocurrió y se cumpliese la obligación con una peseta devaluada que no cubriese el importe de la reparación.

## B) LA MEDIDA PARA CORREGIR EL NOMINALISMO

Tenemos que distinguir la esfera contractual en que la decisión en muchos casos está en el acuerdo de las partes, de la extracontractual. En la primera la cláusula de estabilización es la solución y en cada tipo de contrato puede preferirse una; v. g., en un arrendamiento rústico puede ser el producto que se cultive; pero nosotros, fuera de casos concretos como el anterior o análogos que tengan como él una referencia concreta, nos inclinamos por Índice de Precios al Consumo, el IPC, que es el que más se aproxima para reflejar la apreciación o depreciación de la peseta. Hay supuestos en que las partes del contrato no pueden elegir la cláusula de estabilización, la inserta la propia ley, como en el supuesto del artículo 18.1 de la LAU vigente, que exige que la actualización de la renta durante los cinco primeros años de contrato se haga de acuerdo con el IPC, sin que puedan pactar arrendador y arrendatario nada en contrario.

En las obligaciones extracontractuales, el IPC será normalmente un buen metro para medir el valor de la peseta, si bien en caso de daños debe ser la cantidad suficiente para pagar la reparación, que coincidirá con la depreciación o apreciación de la peseta, pero que en algún caso concreto puede no coincidir por haber bajado o subido el costo.

## C) LA CONSTRUCCIÓN LEGISLATIVA DE LA DEUDA DE VALOR EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

En el campo contractual la cláusula de estabilización tiene su fundamento, por un lado, en el apotegma jurídico *pacta sunt ser-*

---

<sup>50</sup> La solución del Derecho francés con esa subrogación real imperfecta, no de bienes ni de valores, sino de medida de éstos dejada al arbitrio del donatario, es la contraria, como vimos y poco humana

*vanda*, que recoge nuestro Código Civil en sus artículos 1091: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos», y 1258: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley»; ahora bien, la libertad contractual tiene unos límites, como son que los pactos, cláusulas y condiciones «no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público» (art. 1255 CC). Las cláusulas de estabilización hoy nadie las considera contrarias al orden público por chocar con el nominalismo; no son contrarias a la Ley, aunque ésta puede imponer una cláusula con carácter excluyente, como es el caso del artículo 18.1 de la LAU hace poco examinado, y tampoco son contrarias a la moral hoy tan degradada <sup>51</sup>. Por otro lado, como ya expusimos en el artículo 1273 y los que lo desarrollan en algunos tipos contractuales, dan también carta de naturaleza a la deuda valor al admitir que la prestación dineraria, al constituirse la obligación, conserve su mismo valor, su mismo poder adquisitivo, que al ejecutarse la obligación y no se identifique con una misma cantidad en ambos momentos, por exigencias de un nominalismo riguroso.

En materia contractual, la deuda de valor nace no sólo con la cláusula de estabilización sino también con la Ley, que la inserta en algún contrato; v. g., en materia de actualización de rentas el artículo 18 de la LAU vigente.

En el ámbito extracontractual, la construcción de la deuda de valor es casuística y de los distintos casos hay que extraer el principio jurídico que la consagra, para poder hacer una lectura jurídica de la Ley y no una lectura literaria, como es frecuente. Nosotros vamos a tratar de descubrir los cimientos y una vez descubiertos y deducido el principio, vamos a poner de relieve que en nuestro Derecho común no tiene ni tuvo acogida esa deuda de valor llamada por un sector de la doctrina francesa subrogación real imperfecta y que no es, como ella misma reconoce, subrogación real.

Principiaremos por decir que nuestro Código Civil con un criterio certero y justo a pesar de la estabilidad de la moneda de curso legal en la época de su promulgación en relación con la de los años 1936 a 1996, pero que, como vimos, desde 1868 había sufrido depreciaciones y alteraciones, sobre todo la de plata, y por eso éste prefirió, siempre que fuese posible, la restitución de los mismos bienes,

---

<sup>51</sup> Con relación a la cláusula oro o valor oro, BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *ob. cit.*, pp. 243 y ss., hace un examen de estas limitaciones a la libertad contractual del artículo 1255 y concluye que no existe obstáculo, legal, moral, ni de orden público.

es decir, la obligación *in natura*, y si no hay bien que restituir, compensar o igualar en el valor real. El Código Civil prefiere el pago con otros bienes de la misma naturaleza, especie y calidad, es decir iguales, porque así el equilibrio es perfecto, sólo en defecto de los mismos bienes, por ser imposible o de otros idénticos, por no existir, acude el Código Civil a la deuda de valor o a la subrogación real.

La restitución de los mismos bienes, la obligación *in natura*, no la deuda de valor y menos aún la deuda dineraria nominalista, la imponen, entre otros, los artículos siguientes: el 197, «recobro por el declarado fallecido, que vive, de sus bienes en el estado en que se encuentren»; el 360, inciso final, relativo a la accesión industrial causada por el dueño del suelo, concede al dueño de los materiales el derecho a arrancarlos, si puede hacerlo sin menoscabo; el 645, dispone restitución al donante de los bienes donados en caso de revocación por supervivencia o sobrevivencia de hijos, con efectos *ex nunc e in personam*, y lo mismo el artículo 647, aunque con efectos *ex tunc e in rem*, salvo frente a adquirentes *a non domino* de los artículos 34 de la Ley Hipotecaria, 85 y 549 del Código de Comercio; los artículos 968 y 969 referentes a la reserva ordinaria y 811 relativo a la lineal, según la interpretación auténtica o legal del artículo 184 de la Ley Hipotecaria (que aplica a la lineal los mismos criterios que a la ordinaria, cuando así se pide por el reservista, los reservatarios o las otras personas referidas en el artículo 187 de la Ley Hipotecaria) exigen que haga constar la calidad de reservables de los bienes al tiempo de inscribirlos a nombre del reservista y si ya estuviesen inscritos, por nota marginal, de acuerdo con los artículos 259, 262, párrafo 1.º, y 265, párrafo 1.º, del Reglamento Hipotecario; el artículo 1303, en el supuesto de anulación del contrato, que impone a los contratantes la obligación de «restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato», etc.

En los casos que los mismos bienes no puedan ser restituidos, el Código Civil acude a la subrogación real clásica como medio de tutela del derecho o a la deuda de valor.

En los casos en que hay que compensar, no en el sentido técnico de extinguir obligaciones, sino de igualar, como ocurre en los supuestos de la obligación de colacionar, el artículo 1047 prescribe que el donatario tomará de menos lo que hubiese recibido, «percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad»<sup>52</sup>. La cuestión la resuelve más que con una o varias obligaciones *in natura* con uno o varios créditos

---

<sup>52</sup> En el mismo criterio que emplea el Código Civil en el artículo 1061 en materia de partición, donde la igualdad o proporcionalidad cuantitativa de las cuotas de los coherederos la iguala cualitativamente con lotes integrados por «cosas de la misma naturaleza, calidad o especie».

*in natura* de los demás coherederos, no contra el coheredero donatario, sino contra la herencia y si no es posible, como no se puede pensar en la subrogación real, porque faltan los requisitos para que tenga lugar la fluctuación recíproca y por eso el Código Civil, en sus artículos 1045 y 1048, acude a la deuda de valor, porque los bienes sujetos a colación, entre los que está incluido el dinero, se evaluarán por el valor que tuviesen al tiempo de evaluarse los bienes hereditarios (art. 1045 vigente). El artículo 1045, en la redacción de la promulgación del Código Civil, se refería «al valor que tenían al tiempo de la donación», hay que entender que ese valor se pudo reflejar con aproximación hasta 1936, pero después la fuerte depreciación de la peseta lo impidió y si se pretende equiparar las pesetas de un año con las de otro, si se pretende un nominalismo a ultranza, se causaría un daño a los demás herederos y por eso la palabra «valor» hay que entenderla haciendo referencia al valor real, no al nominal, ya que de otro modo estaría en contraste inicuo con la solución del artículo 1047, según que lo colacionable sean inmuebles, joyas, etc., o sea dinero de curso forzoso<sup>53</sup>. Ésta fue ya la postura de Núñez Lagos en 1946<sup>54</sup>, contraria a la nominalista de Marín Monroy<sup>55</sup>, sosteniendo aquél que el objeto de la colación son sumas de valor y no sumas de dinero y que la cuantía colacionable ha de ser la concurrente para compensar el valor real, según los números índices en el momento de la donación de los bienes donados. Ésta también es la postura de Juan Vallet de Goytisoló<sup>56</sup>, quien dice: «no parece justo que la unidad de valor no sea la misma para el cómputo de los diversos elementos de la masa contable». Por tanto, el artículo 1045 y antes de su redacción por la Ley 11, de 13 de mayo de 1981, había que interpretarlo como hoy, como deuda de valor, si bien la valoración de los bienes donados había que hacerla en pesetas de hoy o traducir éstas a las de hoy y no como dispone el artículo 1045 vigente haciendo la valoración de los bienes donados al tiempo de la partición.

La colación es una obligación legal, extracontractual, y en los supuestos en que no se satisface *in natura*, se compensa, se paga

---

<sup>53</sup> El problema se plantea en los casos en que lo donado al heredero sean títulos de la deuda o de obligaciones emitidas por una sociedad, si el donatario los conserva, ya que se habrán depreciado y la depreciación la sufren todos los coherederos, y si los enajenó e invirtió bien, si colaciona por el nominal donado, se beneficia. La cuestión debe resolverse por equidad o mejor por vía de enriquecimiento injusto o con sujeción al nominal de los títulos. VALLET DE GOYTISOLO (*ob. últ. cit.*, p. 115) tiene también esta duda y dice: «Pero a veces resulta poco equitativa la aplicación de la moneda actual para medida del valor que lo donado tenía el día de la donación»; poniendo a continuación unos ejemplos.

<sup>54</sup> *Ob. cit.*, p. 727.

<sup>55</sup> «La colación. Historia y crítica de los problemas de valoración», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo IV, pp. 252 y ss.

<sup>56</sup> *Ob. últ. cit.*, pp. 114 y s.

como deuda de valor, según hemos visto y que nunca da lugar a un supuesto de subrogación real imperfecta, porque no hay fluctuación entre el patrimonio del causante, después herencia de los coherederos beneficiarios y el patrimonio del coheredero donatario y menos aun, esa subrogación real imperfecta que ha construido un sector de la doctrina francesa, porque no hay subrogación real y porque en nuestro Derecho lo colacionable es siempre lo donado, lo que se empobreció el donante y en ese momento se enriqueció el donatario, no el precio que éste obtuvo con la venta de lo donado, o los bienes en que invirtió o reemplé el dinero de ese precio.

La diferencia entre el artículo 1045 del Código Civil como dije, es que antes de la reforma de 11 de mayo de 1981, la valoración de los bienes donados se hacía al tiempo de la donación, pero en pesetas de la época de la partición, y después se hace dicha valoración en la época de la evaluación del caudal hereditario y en pesetas de esa época. La modificación introducida por este precepto <sup>57</sup>, pretendiendo aclarar o explicar que se trata de una deuda valor, lo que gramaticalmente ha conseguido, a costa de un desacierto jurídico grave. El dinero es medida de valor menos inexacta que otros bienes, mucho menos, si se hace con pesetas constantes y no de cada año, por eso la valoración de los bienes donados no plantea problema, si fue dineraria, pero si no es dineraria, los bienes hay que valorarlos el día de la donación, como hace el artículo 1357, según veremos y no el día de la partición, en pesetas de esa época y traducirlas a pesetas del día de la partición, evitando así que se valore como sujeto a colación un solar cuando lo donado fue un prado, con el consiguiente aumento de valor en perjuicio del donatario.

Al modificar dicha Ley de reforma el párrafo último del artículo 1045 introduce la palabra «físico», lo que nos complica la lectura jurídica del precepto: «el aumento o deterioro posterior y aun su pérdida total casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario», introduciendo la reforma: «el aumento o deterioro físico posterior a la donación...» <sup>58</sup>. La complicación no deriva de que se atribuya al donatario el beneficio o perjuicio de aumento o deterioro posterior del bien donado, lo que es una doctrina correcta, la de responsabilizar a quien actúa, a quien decide, a quien dispone <sup>59</sup>, sino de que por temor a que lo donado fuese dinero y éste se apre-

---

<sup>57</sup> No contemplo la supresión de las palabras referentes a la dote, que es acertada y de mera concordancia sistemática.

<sup>58</sup> La frase «a la donación» es superflua, pues no puede referirse al aumento o deterioro anterior a la donación ni al posterior a la partición.

<sup>59</sup> La doctrina francesa, como hemos dicho y repetido, se separa de ella al medir esas deudas de valor, acudiendo a lo que denomina subrogación real imperfecta, a las medidas que derivan de las disposiciones de esos bienes por el deudor.

ciase o depreciase, es decir, aumentara o disminuyera de valor, se entendiera que ello sería en perjuicio o beneficio del donatario, lo que estaría en plena contradicción con el párrafo 1.º del mismo artículo, ya que el valor sólo puede medirse con el dinero, en consecuencia, pretendió excluir el dinero, con la palabra físico referida al aumento o deterioro posterior, frase que no es aplicable al dinero, pero tampoco lo es a otros aumentos o deterioros jurídicos como la conversión en suelo urbanizable sin alteración física de un prado. La valoración ha de hacerse, debe hacerse, en pesetas de la época de la donación y debe ser traducida a pesetas de la época de la partición, y haciéndose así no se plantearía el problema del aumento o deterioro posterior a la donación, porque la valoración se hace al tiempo de ésta.

La restitución de los bienes enajenados en la reserva clásica ha de asegurarse con hipoteca especial y suficiente (art. 184, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria), hipoteca aplicable a la lineal, de acuerdo con la interpretación auténtica del párrafo último de este artículo que impone al reservista de la lineal iguales obligaciones, en cuanto le sean aplicables y aunque el artículo 978.3.º, inciso 1.º, refiere la hipoteca a «la devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados», el artículo 974 habla «de asegurar el valor de aquellos», el 976 de «la obligación de indemnizar», que es pagar el valor del bien y no una fracción que a causa de la inflación representaría el precio, y el 978, núms. 3.º inciso final, y 4.º, se refieren al valor de los bienes donados y al valor de los inmuebles válidamente enajenados lo que una interpretación gramática, lógica y sistemática consagra la deuda de valor como técnica para asegurar la conservación de los bienes reservables, y la interpretación histórica conduce también a la deuda de valor, pues el artículo 1170 del Código Civil, al imponer que la deuda se pague en la moneda de oro o plata que tenga curso legal en España <sup>60</sup>, lo que es contrario al nominalismo en que incurriríamos si asegurásemos un precio y no un valor, que es la interpretación que más se aproxima al artículo 1170, incluso en los casos de curso forzoso del dinero.

La subrogación real no puede ser acogida por el legislador en las enajenaciones a título gratuito o donaciones, porque no hay fluctuación ni se da el requisito del contravalor, pero en las onerosas, donde hay fluctuación y los dos elementos del contravalor, la procedencia y la equivalencia, no la impuso el legislador, ni hay decisión legal estableciendo la subrogación real y la negocial no cabe en las reservas.

---

<sup>60</sup> En este supuesto no hay contrato y cabe el pago en la moneda pactada.

Otros supuestos importantes de deuda de valor los tenemos en el régimen de gananciales.

La deuda de valor está consagrada con una claridad meridiana en el régimen de gananciales, siendo el artículo más evidente en este sentido el 1358, cuyo supuesto de hecho es la adquisición de bienes privativos a costa de bienes gananciales, o viceversa, y dispone que «habrá de *reembolsarse* el *valor* satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el *reintegro de su importe actualizado* al tiempo de la liquidación». Las letras, las palabras de este artículo, no son lo suficiente ricas o expresivas para encerrar el espíritu, la potestad de este precepto o no tienen fuerza bastante para expresar el espíritu de esta norma jurídica. Si la adquisición se hizo con dinero privativo o ganancial hay que traducir las pesetas del año de la adquisición a pesetas del año de la liquidación; si la adquisición se hizo con bienes no dinerarios privativos o gananciales, hay que valorar esos bienes el día de la permuta o cambio en pesetas y después traducir las pesetas de ese día, a pesetas del día de la liquidación, con lo cual este precepto evita la injusticia que supondría; *v. gr.*, valorar una finca por lo que es hoy un solar o suelo urbano y no por lo que era cuando se adquirió, una finca rústica o no urbanizable, beneficiándose el acreedor, el marido, mujer o sociedad de gananciales, de una situación jurídica con importante incidencia económica a la que no han contribuido, de un aumento en cuyo riesgo no han participado.

Ahora bien, la deuda de valor o reembolso del artículo 1358 del Código Civil tendrá naturaleza privativa o ganancial según «la procedencia del caudal con que la adquisición se realice», y aquí, como en todos los créditos o derechos reales, el crédito de una deuda de valor será privativo o ganancial, según la causa o título adquisitivo del mismo, según la procedencia del bien al que suceda en el patrimonio privativo o ganancial, según quienes sean el acreedor y el deudor que estarán determinados.

Supuestos de deuda de valor son los desembolsos hechos en plantaciones, edificaciones o mejoras con bienes privativos en bienes gananciales o viceversa, en que hay que pagar no el nominal del dinero gastado, sino el valor satisfecho al liquidarse la sociedad (art. 1359, párrafo 1.º, en relación con el 1397.3.ª y la regla 3.ª del 1398) que hablan del «importe actualizado de las cantidades» y que el párrafo 2.º del artículo 1359 modifica y contradice al 1.º, en el supuesto de que «la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges», en el sentido de que el crédito de la sociedad no se medirá por el importe de la inversión actualizada o por la presunta remuneración del trabajo del cónyuge, sino por el aumento del

valor de los bienes al tiempo de su disolución o enajenación. En el primer caso de mejora realizada con inversión de fondos comunes, no entendemos porqué el Código Civil no contempla la actualización monetaria de la cantidad anticipada, que es la regla general y se inspira en el principio de quien toma un anticipo de los fondos comunes y dispone de él invirtiéndolo en un bien privativo suyo, debe devolver a la sociedad esa cantidad actualizada, pues si la inversión fue buena, la sociedad no debe beneficiarse de algo que no hizo ella, la cual sólo anticipó ese dinero y es lo que hay que restituirle y si la inversión fue mala, no tiene porqué soportarla. Este párrafo último del artículo 1359 está en contradicción con el primero y debe prevalecer éste. En supuesto de mejora debida al trabajo de uno de los cónyuges, como no hubo desembolso dinerario que actualizar y el trabajo es difícil de evaluar, la solución es aceptable.

En todos estos casos relativos a la sociedad de gananciales no juega la subrogación real, pues «el crédito sustituye al dinero desembolsado privativo o ganancial, en el patrimonio privativo o ganancial, o a los fondos comunes invertidos o a la retribución en especie del trabajo o actividad del cónyuge» en el patrimonio ganancial, y determinan por sí mismos su naturaleza privativa o ganancial de la deuda de valor.

Para no insistir más en materia de sociedad de gananciales, me limitaré a indicar que los supuestos del núm. 2 del artículo 1397 y la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 1398, que se refieren al «importe actualizado del valor», son casos evidentes de deudas de valor cuyos sujetos activo y pasivo concretan la naturaleza privativa o ganancial del mismo.

Las soluciones que da nuestro Derecho común a las deudas de valor derivadas de la colación están presididas por el principio de actualización de la moneda, directamente en la donación dineraria, o a través del bien donado, valorándolo en pesetas de la época de la partición; pero en ninguno de los casos hay cambio de medida, aunque se enajene el bien donado o se reemplace, en su caso, el precio, cambio de medida que decreta el *Côde* en los supuestos de los artículos reformados y ya estudiados, 855.2, 860, 869 y también en el artículo 1469, cuyos supuestos de hecho son los de los artículos 1358 y 1359 de nuestro Código Civil, que no contemplan el cambio de medida de valor en el caso de permuta o de venta y reemplazo <sup>61</sup>.

En todos estos últimos supuestos, o sea, los de los artículos 1358 y 1359 del Código Civil y 1469 del *Côde*, tanto en nuestro Derecho como en el francés, no se superpone a la deuda de valor una subrogación real propiamente dicha, porque sería superflua, pero en la

---

<sup>61</sup> Nuestro Código Civil refiere siempre la deuda de valor al gasto hecho, mientras que el francés lo refiere alternativamente al gasto hecho o al beneficio o provecho obtenido.



concepción francesa de este tipo de deuda valor, que denominan subrogación real imperfecta se explica ésta, la deuda de valor, por una subrogación real imperfecta o liquidativa, que nada tiene que ver con la subrogación real clásica y por otra parte nada aportaría ésta a la naturaleza privativa o ganancial, ya que la deuda de valor determinará si el crédito que constituye su lado activo es privativo o ganancial, sin necesidad de la figura de la subrogación real imperfecta.

Los demás casos de cambio de medida de valor o subrogación real imperfecta contemplados en el *Côte* son: artículo 922.2, reducción de donaciones y legados.

El párrafo 2.º del artículo 922 del *Côte* referente a la reducción de donaciones y legados, éstos no plantean normalmente problema en nuestro Derecho, porque la valoración ha de ser en la época de la partición y las pesetas las de esta fecha y si hay aplazamiento en el pago previsto por el testador y nada se previó respecto a la variación de la peseta o el aplazamiento fue pactado y nada se previó a este respecto, parece que debe imperar el criterio nominalista, puesto que estamos ante obligaciones contractuales y las partes pueden pactar la cláusula de estabilización. En cuanto a la reducción de donaciones, nuestro Código Civil no es un dechado de técnica, porque el artículo 818, reformado en 1981, sigue hablando erróneamente de donaciones colacionables, olvidando que son todas las donaciones, sean o no colacionables, las que hay que agregar a los bienes relictos, operación que se llama computación, para fijar la legítima después de imputar, en todos los casos, y colacionar en muchos, y los criterios de valoración son los mismos que hemos expuesto al tratar de la colación, de acuerdo con los artículos 1045 y concordantes, que en ningún caso acuden a un cambio o sustitución de la medida de valor en caso de enajenación del bien donado o reemplazo del precio en otro bien, como hace el artículo 922, párrafo 2.º, inciso final, del *Côte*.

En cuanto al supuesto del artículo 815.13, no es claro que regule un nuevo supuesto de lo que un sector de la doctrina francesa llama subrogación real imperfecta, hasta el punto, como he dicho, que Ranouil afirma que la regula o utiliza implícitamente y no hay disposición idéntica en nuestro Código Civil, por lo que no nos ocupamos de ella.

Lo mismo decimos de los supuestos de los artículos 1099.1 y 1571, párrafo 1.º, del *Côte* referentes, aquél a las donaciones entre cónyuges, cuyo tratamiento jurídico es muy distinto del que da el artículo 1323 de nuestro Código Civil, y éste al régimen de participación en las ganancias, que admite una sustitución de la medida de valor por el nuevo bien, en caso de permuta o el comprado, en el supuesto de reemplazo; mientras que nuestro Código Civil, en su artículo 1425, mantiene una medida invariable en caso de enajenación gratuita o

fraudulenta, ya que toma en cuenta «el estado que tenían el día de la enajenación y por el valor que hubieran tenido, si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación» del régimen, agrego yo. En ambos casos esa subrogación real imperfecta, que construye la doctrina francesa, no se refleja en nuestro Derecho común.

## V. CONCLUSIÓN

La deuda de valor que construye la doctrina a partir de la crisis económica causada por la primera guerra mundial, que se acentuó con la segunda, con los problemas del patrón oro y otros, como he puesto de relieve al exponer los sistemas monetarios y que nos condujo al actual sistema nominalista, es una construcción jurídica que contribuye a impedir expolios, a equilibrar contratos onerosos y conmutativos de tracto sucesivo o con prestaciones aplazadas, a adecuar las donaciones, como anticipos de herencia, con sus herencias con las operaciones de computación, imputación y colación y los anticipos de los cónyuges a la sociedad de gananciales o de ésta a aquéllos con los reembolsos liquidativos.

Los estudios de la deuda valor los hemos referido a la doctrina francesa, no porque los juristas franceses hayan sido los pioneros, que no lo fueron, los únicos, que tampoco han sido o los mejores, hay muchos que pueden competir con ellos, sino porque son los que más han aportado al estudio de la subrogación real y al estudiar ésta o la deuda de valor han pretendido y pretenden tipificar a una clase de ésta deuda como una modalidad de subrogación real que denominan imperfecta, lo que por un lado les lleva a unificar la subrogación real clásica con la subrogación real moderna, predominantemente inmobiliaria y llamada perfecta, contraponiendo ambas a la imperfecta en la que no hay subrogación real sino sustitución de la medida de valor<sup>62</sup>, y por otro, al ocupar la denominación de subrogación real imperfecta, esta sustitución sucesiva de la medida de valores y unificar la subrogación real clásica y la moderna, nos priva de esa división importante en caracteres y efectos jurídicos de ambas clases de subrogación real y nos impone una nomenclatura, un nombre inadecuado a la figura. Por eso nos hemos ocupado del examen de esos supuestos de deuda de valor llamados subrogación real imperfecta en el Derecho francés,

---

<sup>62</sup> Vallet de Goytisoló llama subrogación de valor a la «sustitución de una cosa a la hora de su restitución por su valor, fijado bien por su precio o por su estimación en el momento de ser enajenado», pero previamente advierte que la subrogación de valor «sólo impropriadamente es subrogación real» y no la llama subrogación real de valor, sino subrogación de valor (*ob. últ. cit.*, p. 108).

para tratar de demostrar que nada tienen que ver con la subrogación real clásica o la moderna. La deuda valor tiene como objeto en los contratos onerosos y conmutativos de tracto sucesivo, o en que las prestaciones son diferidas, conservar el equilibrio económico de los mismos, y en los anticipos de herencia o donaciones y de dinero privativo a la sociedad de gananciales o de dinero ganancial al patrimonio del marido o de la mujer, conservar el valor real de los que hay que computar, imputar o colacionar a la muerte del donante<sup>63</sup>, o de lo que hay que reembolsar a la liquidación de la sociedad conyugal o enajenación del bien adquirido o mejorado, y esta conservación de valor hay que hacerla contemplando el valor en el momento de la donación o del anticipo y actualizando en pesetas del día de la partición o de la liquidación de la sociedad conyugal o enajenación del bien, pero no como hace el *Côde* con referencia a bienes que por disposición del deudor han sustituido a los donados o al dinero anticipado, manipulando el deudor una medida, que no sólo puede perjudicarlo o beneficiarlo, sino que correlativa y respectivamente beneficiará o perjudicará a los acreedores coherederos o a un cónyuge en relación con el otro. La medida de valor debe ser lo más imparcial, lo más objetiva posible, como ocurre en nuestro Derecho común, y no debe ser arbitraria ni dependiente de una parte, porque chocaría con nuestro artículo 1256 y su principio, y por eso hay que realizar la medición actualizada el día en que se dispone y de lo que se dispone.

La importancia de la deuda de valor reside en su función correctora del nominalismo de la moneda, de la peseta. Una vez demostrado que el valor real de la peseta, que su poder adquisitivo varía día a día, mes a mes, año a año, como puede leerse en los epígrafes anteriores relativos a la peseta oro, a la peseta plata y a la peseta de curso legal y forzoso. Los estragos que ha causado la devaluación o la depreciación y también, aunque mucho menos frecuentes, de los que puede causar la apreciación y la revalorización, evidencian la necesidad de impedirlos o mitigarlos al máximo, siendo una de las figuras constituidas para corregir esos estragos la deuda de valor, cuya función correctora del desequilibrio monetario pongo de relieve, distinguiendo su actuación en las dos clases de obligaciones: las nacidas de contrato en la que la autonomía privada, la libertad civil de contratación, pone a disposición de las partes, deja a su decisión, la corrección de los cambios monetarios con las cláusulas de estabi-

---

<sup>63</sup> La computación es una operación particional necesaria cuando hay uno o más legitimarios y el causante hizo alguna donación. La imputación también siempre que haya uno o más legitimarios y donaciones o legados que puedan ser inoficiosos y la colación si es coheredero el donatario y no hubo dispensa, pues si es legatario no hay imputación a su legítima, salvo si el testador dispuso lo contrario (art. 1037 CC).

lización, entre las que están las de indexación monetaria, referidas primordialmente al IPC y las nacidas de las obligaciones extracontractuales en que al no haber ese remedio pactado, porque surgen al margen del contrato, hay que buscarlo en la Ley, lo que hemos hecho con cierta amplitud al estudiar los anticipos de herencia o donaciones y los anticipos de dinero privativo o ganancial, donde el tiempo que discurre entre el nacimiento de la obligación y el de su cumplimiento es, con frecuencia, largo, lo que acentúa la alteración de la moneda. Ese tipo de deudas de valor denominadas subrogación real imperfecta por un sector de la doctrina francesa, con clara impropiedad y débil base jurídica, constituyen una solución de rango muy inferior a la de nuestro Derecho y oscurecen nuestra nomenclatura y concepción de la subrogación real.

La subrogación real imperfecta que ha construido un sector de la doctrina francesa choca con los principios de nuestro Derecho común, con sus bases jurídicas, que evalúan la obligación al constituirse y actualizan su valor al extinguirse, sin valorarla durante el curso de la misma y, en consecuencia, responsabilizan de los efectos del acto a quien o quienes lo realizan, sin extenderlos a quien o quienes no han participado en él, no son responsables del mismo.

La subrogación real perfecta no tiene relación ninguna con la deuda de valor de nuestro Derecho común, es incompatible con ella; y lo mismo la subrogación real imperfecta o clásica en los casos de negocios onerosos y conmutativos, como los reembolsos en los anticipos de gananciales o de privativos al marido o a la mujer o a la sociedad de gananciales, el crédito que constituye el lado activo de la deuda de valor ocupa en el patrimonio común o en el del marido o la mujer la misma posición que el dinero o bien de procedencia y el crédito será privativo o ganancial, según la naturaleza del dinero invertido, lo que está determinado en la deuda de valor y no necesita para determinar su naturaleza de la subrogación real imperfecta, aunque no sea ni compatible con ella, porque ésta y la deuda de valor tienen una función paralela, evitar y corregir respectivamente un desequilibrio patrimonial, un enriquecimiento injusto.



# La constancia en el registro de la propiedad del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles en los derechos suizo y austríaco. Análisis comparado con referencia al ordenamiento jurídico español

**MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL**

Doctora en Derecho  
Profesora Titular E. U. de Derecho Civil  
Universidad de Burgos

## **I. PLANTEAMIENTO**

El arrendamiento de cosas presenta, en su evolución histórica, una serie de peculiaridades relacionadas con la naturaleza, forma y duración del contrato, que constituyen el punto de arranque para la comprensión de toda la problemática planteada por la dogmática jurídica moderna en torno a la categorización de este contrato y su acceso a los Registros públicos inmobiliarios.

Entre estas peculiaridades, ocupa un lugar destacado la inscribibilidad del contrato cuando recae sobre bienes inmuebles. Causa extrañeza el acceso al Registro de la Propiedad, destinado primordialmente a dar publicidad a las relaciones generadoras de mutaciones jurídico reales, de un derecho meramente obligacional, máxime cuando este ingreso se produce mediante el asiento de inscripción como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico.

Hasta tal punto que los primeros hipotecaristas y los civilistas próximos a la Codificación que, fieles a la tradición romana entendieron que el arrendamiento regulado en el Código Civil atribuye al arrendatario un derecho personal, consideraron, sin embargo, que

en aquellos casos en que el contrato accedía al Registro mutaba su naturaleza, convirtiéndose en real. Concepción consagrada en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861, y que aún mantiene algún ordenamiento jurídico como tendremos ocasión de analizar.

Se ha considerado que la duda sobre la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario comienza cuando el Código de Napoleón, vuelto de espaldas a la tradición romana representada en este punto por la *Lex Emptorem* que consagra el principio *emptio tollit locatum*, vincula al tercer adquirente a la relación arrendaticia creada por el transmitente, y se acentúa al desarrollarse las posibilidades de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, tal planteamiento no es correcto; la controversia sobre la naturaleza del arrendamiento no se plantea *a posteriori* y como consecuencia de la inscribibilidad, la raíz es muy anterior.

El problema de la naturaleza jurídica del arrendamiento no es un problema dogmático, sino histórico, que se ha resuelto de manera diferente en base a exigencias de orden social y, sobre todo, económico. Es un problema que se inserta en el problema mayor de la estructura de la *locatio rei* como el sedimento de un cierto clima histórico <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. M. KASER, *Das Römische privatrecht*. t. I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2.<sup>a</sup> ed. 1971, pp. 564 ss.; A. D'ORS, «La formación histórica de los tipos contractuales romanos», *A. A. M. N.*, núm. V, 1950, pp. 259 ss.; KAUFMAN, *Die altrömische Miete, Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft, und staatliches Vermögensverwaltung*, 1964, pp. 3 ss.; M. KASER, *Das Römische privatrecht...*, cit., t. I, pp. 564 ss.; MAYER-MALY, *Locatio-conductio, Eine Untersuchungen zum Klassischen Recht*, 1956, pp. 17 ss.; W. KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, trad. esp. de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana, por L. PRIETO CASTRO, 1965, p. 337, nota 5; E. COSTA, *Locazione di cose nell diritto romano*, 1915, pp. 24 ss.; J. ARIAS RAMOS/J. A. ARIAS BONET, *Derecho romano*, t. II, *Obligaciones, familia, sucesiones*, 17.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1984, p. 262; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 4.<sup>a</sup> ed., 1970, pp. 955 ss.; A. TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, 1987, pp. 461 ss.; Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, 1909, t. XXIV, pp. 308 ss.; G. DE AZCÁRATE, *Historia del Derecho de propiedad*, t. II, 1879, pp. 65-72; P. OURLIAC/J. DE MALAFOSSE, *Droit Romain et ancien droit: les biens*, trad. esp. y anotaciones de M. FAIRÉN, 1963, pp. 239-247; L. M. BALLESTERO HERNÁNDEZ, «Anotaciones y puntualizaciones a la historia del reformismo agrario español», *R. D. P.*, 1990, pp. 282 ss.; U. BRASIELLO, «L'unitarietà del contratto di locazione nell diritto romano», *Riv. it. Sc. Giur.*, núm. 2, 1927, pp. 529 ss., y núm. 3, 1928, pp. 3 ss., citado por C. VATTIER FUENZALIDA, *Las mejoras en el Arrendamiento Rústico*, 1978, p. 5; V. ARANGIO-RUIZ, *Instituzioni di diritto romano*, 14.<sup>a</sup> ed., 1966, p. 347; R. GIBERT y SÁNCHEZ DE LA VEGA, «Los contratos agrarios en el Derecho medieval», *Boletín de la Universidad de Granada*, núm. XXII, 1950, pp. 309 ss.; E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, 1956, pp. 251-252. F. DE CÁRDENAS, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, t. II, pp. 9-24; P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, 1963; P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, 1968, pp. 27 ss.; F. MAYER-MALY, *Locatio-conductio, Eine Untersuchungen zum Klassischen Recht...*, cit., pp. 42 ss.; E. BETTI, *Instituzioni di diritto romano*, t. I, 1947, pp. 371 ss.; A. GÓMEZ, «*Varieae resolutiones juris civilis comunis et regii*», 1701, cap. III, núm. 9, p. 235. G. LÓPEZ, *Glosa a las siete Partidas de Alfonso X el Sabio*, 1555; F. GARCÍA

El arrendamiento se configura, a finales de la República, como contrato consensual, al lado de la *emptio-venditio*, la *societas*, o el *mandatum*, consistente en el intercambio de una prestación (ya sea el uso o uso y disfrute de una cosa) por tiempo determinado, a cambio de una renta.

El *conductor* no adquiere sino una acción personal contra el *locator*; como contrato traslativo de la *mera detentatio*, constituye un acto de simple administración y no genera derecho real alguno en la cosa locada cuya propiedad y posesión quedan en el arrendador.

Por ello nos dice Ulpiano en un famoso texto del *Digesto* (D. 19.2.39): «*Non solet locatio dominium mutare*».

Si el arrendador enajena la propiedad, nada tiene que ver el nuevo propietario con las acciones personales de un contrato en que no intervino. Esta regla, conocida (incorrectamente a juicio de los romanistas) como *emptio tollit locatum*, aparece fundamentalmente consagrada en la *Lex Emptorem*, (C. 4.65.9): «*Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locaverit, nisi esa lege emit*».

El contrato, que se desarrolla en Derecho clásico con una abierta indiferencia hacia el problema agrario, sufre una profunda transformación en Derecho postclásico y vulgar, fruto de una nueva atmósfera en el ámbito de las concesiones fundiarias y en estrecha conexión con la crisis bajo-imperial romana<sup>2</sup>.

La generalización de los latifundios y de las concesiones del *ager vectigalis*, y, en general, el cambio de las estructuras agrarias imponen la necesidad de reorganizar los sistemas de explotación en una imparable consolidación de los derechos del poseedor y el cultivador.

La situación del arrendatario ya no es contemplada desde la óptica clásica del dominio, sino desde la perspectiva de una nueva realidad económico-social.

La praxis fundiaria altomedieval viene a confirmar esta situación. La ausencia del Estado y la estructura corporativa de la sociedad desembocan en un fenómeno de desindividualización acentuado por el cambio de atención del ordenamiento del sujeto a la cosa y la general «realización» de las situaciones jurídicas.

---

GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, 1974, pp. 790 ss.; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, 1965, pp. 8 ss.; J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, t. IV, vol. 1.º, 1979, pp. 106 ss.; D. DE MORATÓ, *El Derecho civil español*, t. II, 1868, p. 426; J. DE SALA, *Derecho Real de España*, 2.ª ed., t. I, 1820, pp. 294-304; I. JORDÁN DE ASSO/M. DE MANUEL RODRÍGUEZ, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, 5.ª ed., 1792, pp. 217 ss.; J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. 1, 1847, pp. 281-284 y 516 ss.; B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Estudios de Derecho civil...*, cit., t. IV, pp. 424-433.

<sup>2</sup> Vid., P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, 1968, pp. 27 ss.; *La locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, 1.93, pp. 47 ss.



La tipología clásica se viene abajo y la distinción romana entre *dominium*, *possessio* y *detentatio*, deviene absolutamente inutilizable.

El problema de la relación del hombre con la cosa, especialmente con la tierra, tiende a resolverse en un esquema nuevo: el de las relaciones reales, que no se conciben como un *numerus clausus* sino como un grupo elástico de figuras amorfas sumaria y libremente configuradas por la costumbre.

En este contexto adquiere una importancia excepcional, en los contratos agrarios, el elemento duración.

La permanencia en la explotación va a provocar que la situación del arrendatario *ad longum tempus* se caracterice por su derecho de duración ilimitada sobre las tierras arrendadas, incluso transmisible a los herederos; en apariencia el contrato sigue siendo un simple arrendamiento, pero en realidad nace aquí un nuevo derecho real.

El régimen jurídico del arrendamiento inscrito no ha sido nunca objeto de un verdadero tratamiento doctrinal. Recién publicada la Ley Hipotecaria, los civilistas que atribuían al arrendamiento inscrito naturaleza real lo asimilaban, en su régimen hipotecario, a los demás derechos reales que accedían al Registro y apenas se preocupaban de analizar los antiguos condicionantes del artículo 2.5.º LH.

No hubo tiempo para una consolidación teórica del estudio de esta figura jurídica: las leyes especiales de arrendamientos rústicos y urbanos, casi desde principios de siglo, hicieron prácticamente inservible la inscripción del arrendamiento.

Tan sólo en el mínimo ámbito de los arrendamientos excluidos de las leyes especiales tenía interés; entre ellos merece destacarse, por su trascendencia económica y su habitualidad, el arrendamiento de industria, tradicionalmente excluido del ámbito de actuación de las leyes arrendaticias urbanas <sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Vid. F. CERRILLO QUÍLEZ, *Contratos excluidos de la legislación arrendaticia urbana*, t. III, s. f., pp. 11 ss. Sobre los arrendamientos complejos y su exclusión del régimen del T. R. de 1964. Vid. F. CERRILLO QUÍLEZ, «Arrendamientos complejos», *ADC*, 1956, pp. 1195 ss.; J. M. PORCIOLES Y COLOMER, *Arrendamientos complejos en el Código civil y en las legislaciones especiales*, 1950, pp. 23 ss.; J. A. BERNAL SÁNCHEZ, «Ámbito de aplicación del derecho especial de Arrendamientos Urbanos», *ADC*, núm. 9, 1956, p. 1145; J. CASTÁN TOBEÑAS/J. CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos* t. I, 1956, pp. 204 ss.; F. SOTO NIETO, *Supuestos de inclusión y exclusión en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, 1956, pp. 395 ss.; J. V. FUENTES LOJO, *Nueva suma de Arrendamientos urbanos*, t. I, 1994, pp. 153 ss.; M. BROSETA PONT, «La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento», *R. D. M.*, núm. 107, 1968, pp. 60 ss.; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, t. I, vol. 1.º, 1921, pp. 811 ss.; ROCCO, *Principios de Derecho Mercantil*, 1931, pp. 240 ss.; VIVANTE, *Tratado de Derecho Mercantil*, t. III, 1932, pp. 4 ss.; POLO, *vid.* «La empresa como objeto del tráfico jurídico», *R. D. P.*, 1946, pp. 563 ss.; J. CASTÁN TOBEÑAS/J. CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, *Tratado práctico...*, *cit.*, t. I, pp. 202 ss.; J. DE UDAONDO BARINAGARREMENTERÍA, «El arrendamiento de empresa en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *ADC*, núm. III, 1950, pp. 365 ss.; J. BONET CORREA, «El contrato de arrendamiento de industria con

En la actualidad, pese a estar incluido en la nueva LAU, y no tener ya trascendencia la polémica diferenciación entre arrendamiento de industria y de local de negocios, sigue siendo uno de los arrendamientos donde más utilidad presenta la constancia registral, al ser un arrendamiento de uso distinto al de la vivienda no sometido a período mínimo legal; siendo además habitual que se concierne por un importante período temporal, debido al gran desenvolvimiento patrimonial que implica para el arrendatario y a las finalidades propias de este tipo de contrato, derivadas de la explotación de una unidad patrimonial con vida propia.

La ausencia de regulación legal hace más evidente aún la necesidad de una constancia registral que fije el contenido contractual y le otorgue oponibilidad; siendo además la inscripción requisito necesario para la hipoteca del arrendamiento de empresa.

La implantación de un sistema de subrogación legal y prórrogas forzosas ha sido la causa principal de que al arrendamiento sujeto a las leyes especiales le fuera indiferente la inscripción.

El artículo 9 RDL, de 30 de abril de 1985, suprimió la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos, pero una desacertada interpretación jurisprudencial determinó, en muchos casos, que salvo expresa exclusión siguiera siendo aplicable.

La nueva LAU, en su artículo 9, suprime –salvo en los cinco primeros años– la prórroga forzosa, debiendo entenderse sólo subsistente para los contratos celebrados antes del 9 de mayo de 1985, sometidos al TR de 1964, y contemplados en las DDTT 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> LAU, en los que la prórroga forzosa desaparece para los arrendamientos de locales de negocio, con arreglo a los criterios de duración de la DT 3.<sup>a</sup>, pero inevitablemente debe mantenerse para los de viviendas, si bien con las limitaciones que para las subrogaciones establece la DT 2.<sup>a</sup>

Los contratos celebrados entre el 9 de mayo de 1985 y la entrada en vigor de la nueva LAU no están nunca sujetos al régimen de prórroga forzosa del TR de 1964, pese a las dudas suscitadas por la DT 1.<sup>a</sup> LAU.

---

cláusula de elevación de renta», comentario a la *STS de 29 de diciembre de 1971*, *ADC*, núm. XXV, 1972, p. 629; MORO LEDESMA, «La hacienda comercial», *R. C. D. I.*, 1931, pp. 71 ss; MOTOS, «El arrendamiento de la empresa», *Estudios jurídicos en homenaje a J. Garrigues*, t. I, 1971, pp. 479 ss. J. PELLICER VALERO, «La noción jurisprudencial de empresa en la C. E. C. A.», *R. D. M.*, núm. 91, 1964, pp. 370-375; F. LAGUNA IBÁÑEZ, «La transmisión de la empresa mercantil y de sus obligaciones», *ADC*, núm. 15, 1952, pp. 670-671; C. FERNÁNDEZ NOVOA, «Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos», *R. D. M.*, núm. 95, 1965, pp. 37 ss.; F. RICO PÉREZ, «La empresa como objeto del derecho», *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, 1978, pp. 674 ss.; A. CALVO ALFAGEME, «La empresa como objeto de negocios jurídicos», *A. A. M. N.*, núm. 1.º, 1943, p. 519; J. MUÑOZ CAMPOS/E. CEREZO CARRASCO, «Concepto jurisprudencial de la empresa a efectos arrendaticios», *R. D. M.*, núm. 55, 1955, pp. 284-285.

Tampoco es posible, ni para estos últimos contratos, ni para los celebrados bajo el imperio de la nueva LAU, pactar el sometimiento al sistema de prórrogas forzosas de la legislación derogada.

La resurrección convencional de un régimen legal derogado es posible al amparo del artículo 1255 CC, pero tiene los límites que del mismo precepto se desprenden y así no es posible aplicar una norma derogada imperativa y excepcional que atenta contra otra de orden público vigente, cual es la de la temporalidad del contrato de arrendamiento consagrada en el artículo 1543 CC que configura el arrendamiento como un contrato temporal de duración más o menos extensa, pero determinada o determinable –por los tribunales, con arreglo a las reglas generales de las obligaciones, si se deja al arbitrio de una de las partes esa determinación (art. 1128 CC), o supletoriamente, aplicando los plazos legales establecidos en los artículos 1577 y 1581 CC, respectivamente, para los arrendamientos urbanos y rústicos, si no se pactó tiempo determinado–.

Por su parte, el artículo 28 de la Ley de 4 de julio de 1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias, al establecer un período mínimo de duración legal del contrato de cinco años, elimina también las prórrogas forzosas en relación con los arrendamientos rústicos sometidos a la LAR, subsistiendo sólo para los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley.

El estudio del arrendamiento inscrito, desaparecida la legislación excepcional, resulta ahora de evidente trascendencia teórica y práctica. Habiéndonos ocupado de la inscripción del arrendamiento en nuestro ordenamiento jurídico y del régimen jurídico del Ordenamiento inscrito <sup>4</sup> nos parece de especial interés en este momento el estudio de algunos Ordenamientos comparados, concretamente el Ordenamiento suizo y el austríaco en los cuales la constancia registral del Ordenamiento presenta coincidencias y puntos de contradicción en relación con nuestro Derecho nacional que adquieren particular interés teniendo en cuenta la afinidad de las regulaciones civil e hipotecaria entre los Ordenamientos comparados.

## II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS COMPARADOS

El papel principal de la ciencia del Derecho comparado <sup>5</sup> es el de comparar los órdenes jurídicos para descubrir sus elementos

---

<sup>4</sup> Vid. nuestro trabajo sobre *La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.

<sup>5</sup> Concebido como una «disciplina dogmática independiente», en tesis de Arminjón/Nolde/Wolf, quienes señalan que: «*Le droit comparé n'est pas seulement un*

determinantes, a fin de poder ordenarlos y clasificarlos en sistemas jurídicos de acuerdo con su parentesco real <sup>6</sup>.

La comparación de cualquier institución jurídica en otros Ordenamientos debe realizarse teniendo en cuenta los grandes sistemas jurídicos a cuyo modelo responden los Ordenamientos comparados; sólo de este modo habrá coincidencia entre la problemática planteada y las soluciones adoptadas en los diversos órdenes jurídicos podrán ser tenidas en consideración.

Esta circunstancia tiene especial relevancia en el ámbito civil. En los Derechos que forman parte de la familia romano-germánica todos los Códigos se han establecido sobre una base de Derecho comparado, de un modelo de Código <sup>7</sup>. Destacando la tradicional clasificación entre el modelo latino o romano-francés, y el modelo germánico <sup>8</sup>.

Resulta especialmente difícil establecer los Ordenamientos extranjeros cuyo análisis tiene interés en el tema de la inscripción del arrendamiento.

Por una parte nuestro Código Civil, y nuestra regulación arrendaticia, son de clara inspiración romano-francesa; por otra nuestro sistema registral inmobiliario tiene un evidente, si bien matizado, influjo germánico.

En este contexto hemos excluido, en el análisis comparado de la inscripción arrendaticia y su régimen jurídico, aquellos Ordenamientos como el francés o el italiano que, pese a tener una regulación del contrato de arrendamiento muy similar a la establecida en nuestro Código Civil, y prever la constancia de los arrendamientos de determinada duración en el Registro de la Propiedad, tienen un sistema inmobiliario registral de transcripción muy alejado de nuestro sistema hipotecario <sup>9</sup>.

Tampoco el modelo alemán del Registro de la Propiedad puede servirnos como referencia; pese a la clara inspiración germánica de nuestro sistema hipotecario en muchos aspectos, su extraña concepción del negocio real abstracto hace que se aleje

---

*moyen de mieux comprendre les institutions juridiques et les lois nationales et étrangères. En raison de son caractère normatif [...] c'est une discipline autonome au même titre que l'histoire et la philosophie» (vid. Traité de droit comparé, t. I, 1950, p. 23).*

<sup>6</sup> Vid. L. J. CONSTANTINESCO, *Tratado de Derecho comparado*, t. I, 1981, p. 76.

<sup>7</sup> Vid. RÉNÉ DAVID, *Les grandes systèmes de droit contemporains*, 7.<sup>a</sup> ed., 1978, pp. 66 y 11-112.

<sup>8</sup> Vid. ARMINJÓN/NOLDE/WOLF, *Traité...*, cit., t. I, pp. 55 ss.; RÉNÉ DAVID, *Les grands systèmes...*, cit., pp. 69-70. RÉNÉ DAVID, *Traité élémentaire de Droit civil comparé*, 1950, pp. 245 ss.

<sup>9</sup> Vid. L. GARCÍA GUIJARRO, *Bases del Derecho inmobiliario en la legislación comparada*, 1911, pp. 86-92.

en gran medida, de nuestro causal sistema inmobiliario registral<sup>10, 11</sup>.

Por el contrario, estimamos de gran interés, en este punto, el análisis de los Ordenamientos austríaco y suizo.

El estudio de la codificación en Austria nos revela, de un modo inequívoco, la razón de la semejanza, en la regulación de muchas instituciones jurídico privadas –entre ellas el contrato de arrendamiento– entre nuestro Código Civil, inspirado en el francés, y el *Osterreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, o *ABGB*.

En Austria, la emperatriz María Teresa se propuso dar a sus súbditos un Código general de leyes movida por el objetivo de que unas mismas normas generales rigiesen en todos los países hereditarios de la monarquía.

En 1753 se crea una comisión compiladora, cuya misión fue reunir y mantener las disposiciones vigentes que fuesen más naturales y equitativas, y complementarias en lo necesario, de acuerdo con el Derecho natural y de gentes, según lo que «una sabia previsión indicase y conforme a los consejos de la libre razón»<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Vid. L. GARCÍA GUIJARRO, *Bases del Derecho inmobiliario...*, cit., pp. 95 ss.

<sup>11</sup> Por otra parte, la regulación del contrato de arrendamiento en el *BGB* se aleja también de nuestra concepción del contrato: los §§ 572 ss. *BGB* consagran en principio *Kauf bricht nicht Miete*, al establecer que el contrato de arrendamiento produce efecto bajo determinados presupuestos asimismo a favor y en contra del tercer adquirente del inmueble arrendado y de algunos otros sucesores a título particular del arrendador. Señalando D. Medicus que con ello se puede ver incluso una cierta «realidad» del arrendamiento. El efecto contra tercero aproximaría la posesión del arrendatario a un derecho real (vid. *Tratado de las relaciones obligacionales*, t. I, ed. española de A. MARTÍNEZ SARRIÓN, 1995, p. 486).

<sup>12</sup> En 1766 terminó la Comisión sus trabajos y el *Codex Theresianus* fue presentado a la emperatriz. El consejo de Estado informó en contra del proyecto y la emperatriz no lo sancionó. En 1772 se encargó de modo especial, a la Comisión a la que se confiaba la reforma del *Codex Theresianus*, que no se vinculasen al Derecho romano y que procurasen simplificar las leyes todo lo posible. En 1785, bajo el reinado de José II, se concluye su primera parte (Derecho de las personas) y ella, con algunas modificaciones, fue publicada independientemente, como «Código Josefino», el 1 de noviembre de 1786 (con vigencia en las provincias alemanas, en 1 de enero de 1787 y 1 de mayo en Galitzia). El emperador Leopoldo II, en 1790, encarga la dirección de los trabajos codificadores a Von Martini, profesor de Derecho natural en Viena, discípulo de Wolf y vicepresidente del Tribunal Supremo. Aunque se recogen los trabajos anteriores, Martini les da una nueva dirección, utilizando el proyecto prusiano y aplicando las ideas de Wolf. Se termina el proyecto en 1796 y se da como Código a la Galitzia occidental el 13 de febrero de 1791. Después de haberse separado de la dirección de estos trabajos; V. Martini, prosigue la Comisión, bajo el influjo de Von Zeiller, profesor de Derecho natural y discípulo de Martini, con una doctrina claramente influenciada por Kant y partidaria de la separación entre la moral y el Derecho.

El proyecto se sancionaba el 7 de julio de 1810, con excepción de algunas materias del contrato de préstamo. Es sancionado en general el 26 de abril de 1811, después de reformadas las disposiciones sobre el contrato de mutuo, y, por patente de 1 de junio de 1811, se declaró vigente el Código en todas las provincias austríacas (no en los territorios de la Corona húngara), con vigencia desde 1 de enero de 1812 (vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, t. I, pp. 142-143).

El Código Civil general austríaco, aunque aprobado y en vigor después que el Código napoleónico, se gesta con anterioridad y está por completo dentro del pensamiento de la escuela *ius-naturalista* del individualismo alemán, preservado del influjo de las ideas revolucionarias francesas.

El Código consta de una introducción –sobre las leyes civiles– y de tres partes: derecho de las personas, derechos en las cosas y disposiciones comunes a los derechos personales y derechos en las cosas. La segunda parte, después de una introducción –de las cosas y su división jurídica–, se divide en dos secciones: la primera de los derechos reales en las cosas –*dingliches Sachenrechte*–, que comprende a los derechos reales propiamente dichos y el Derecho hereditario; la segunda sección, de los derechos personales en las cosas –*persönliches Sachenrechte*–, que comprende al Derecho de obligaciones con inclusión de los pactos con ocasión de matrimonio. La tercera parte comprende la doctrina general aplicable a las dos primeras.

El influjo kantiano parece señalarse en la unión de los derechos reales y de obligación, como derechos en las cosas, frente a los derechos de la persona. El *ABGB* acepta gran número de reglas del Derecho romano; el Derecho germánico se admite bajo las ideas del Derecho prusiano y de los tratadistas; ambas tendencias son acogidas para formar una obra «ajustada a los tiempos»<sup>13</sup>.

En cuanto al Código Civil suizo, su promulgación reviste para nosotros, como esfuerzo legislativo moderno, excepcional importancia y nos ofrece, sobre todo en lo relativo al sistema inmobiliario, detalles utilísimos, tanto por las especiales circunstancias de la propiedad territorial, que se hallaba en aquel país, igual que en España, muy dividida, recargada de derechos reales arcaicos, provista de titulación deficiente y falta del apoyo topográfico del catastro, como por las múltiples variedades de las instituciones de derecho privado que se trataba de armonizar<sup>14</sup>.

La Confederación suiza aparece formada por veintidós Cantones –tres de los cuales están divididos en semicantones, lo que eleva a veinticinco los Estados–, entre los cuales existen profundas diferencias de lengua, raza, religión, instituciones jurídicas, vida, desenvolvimiento social, organización agrícola e industrial, etc., al

---

<sup>13</sup> Vid. F. CASTRO Y BRAVO, quien destaca el indiscutible valor interno y externo del Código civil austríaco (*Derecho civil de España...*, cit., t. I, p. 143); R. B. Schleinger/H. W. Baade/M. R. Damaska/P. E. Herzog, destacan su originalidad y su influencia en las codificaciones posteriores (vid. *Comparative Law*, 5.<sup>a</sup> ed., 1988, pp. 546, nota 2, y 328-329).

<sup>14</sup> Vid. J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, t. I, p. 149.

lado de las cuales se desvanecen las características regionales contra las cuales fracasaron los intentos codificadores en España.

Proclamada al contacto con la Revolución francesa la República helvética, fueron acentuándose las tendencias centralizadoras, y en la sesión de su Consejo legislativo celebrada el 5 de diciembre de 1798, se aceptó la propuesta del Directorio relativa a la formación de un Código Civil general.

No estaba todavía preparado el terreno para la unificación jurídica y se necesitaba, ante todo, obtenerlo dentro de los mismos Cantones. Contribuyeron a este fin los dos grandes cuerpos de Derecho civil que aparecieron en las fronteras occidental y oriental, el Código napoleónico de 1804, que extendió su influencia a los Cantones franceses, y al de Tesino, y el Código austríaco de 1811 que atrajo a Berna y a los Cantones de lengua alemana <sup>15</sup>. Con estas influencias, y tras un complicado proceso codificador se logra la promulgación del ZGB el 10 de diciembre de 1907 <sup>16</sup>. Posteriormente se promulgaría el 30 de marzo de 1911 el Código de las Obligaciones.

En lo referente a los sistemas hipotecarios en los Ordenamientos suizo y austríaco, nos hallamos en ambos casos ante un sistema inmobiliario registral semejante al nuestro, aunque más enérgico al adoptarse el sistema de inscripción constitutiva.

---

<sup>15</sup> Vid. J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario...*, cit., t. I, p. 150.

<sup>16</sup> Zurich promulgó un Código (1853-1855) original y técnico, en donde el derecho cantonal se modelaba sobre construcciones romanas y germánicas. La Constitución de 1848 estrechó los lazos políticos más que los propiamente jurídicos, al convertir la federación de Estados en Confederación. De ahí que la asociación de Juristas suizos abogara por una revisión constitucional que se llevó a cabo en 1872, bajo la divisa: un ejército y un solo derecho. En los diez años siguientes se promulgaron algunas leyes comunes sobre las materias económicas que reclamaban con mayor apremio la unificación, y entre las cuales merece especial mención el Código de Obligaciones de 24 de junio de 1881.

Todavía se consideraba necesaria otra modificación constitucional para codificar el derecho penal y el civil, y mientras se acordaba, se encargó al profesor Dr. Eugenio Huber, que ya había publicado en 1898 cuatro volúmenes sobre el *Sistema e historia del Derecho privado suizo*, la redacción de un proyecto de Código. El trabajo se hallaba casi terminado cuando se votó la reforma del pacto constitucional el 13 de noviembre de 1898, y fue presentado en 1900 e inmediatamente publicado para su conocimiento y discusión por el Gobierno, con las aclaraciones o motivos redactados por el mismo profesor.

Una vez del dominio público, el anteproyecto se sometió al examen de una Comisión de peritos que a modo de parlamento y asesorado por Huber lo discutió detenida y luminosamente de 1901 a 1903, formando el llamado proyecto del Consejo federal que este organismo envió a la Asamblea, con un título final de introducción en los diversos Cantones. La mesura y sabiduría demostrada por los representantes del pueblo suizo en la tramitación parlamentaria, así como la especie de tregua pactada por los más radicales partidos, dieron como feliz resultado la promulgación del Código civil suizo (vid. J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho hipotecario...*, cit., t. I, p. 150).

### III. REGULACIÓN EN EL DERECHO SUIZO

#### 1. BREVES INDICACIONES SOBRE EL SISTEMA HIPOTECARIO SUIZO

Está regulado por el *ZBG* y por la Ordenanza sobre el Registro Inmobiliario de 22 de febrero de 1910. Aunque el sistema es de inspiración germánica y tiene bastante parecido con el sistema alemán, tiene una serie de especialidades respecto al mismo, alguna de ellas de carácter fundamental, como la configuración causal y no abstracta de las transmisiones <sup>17</sup>.

Podemos destacar los siguientes caracteres fundamentales del sistema registral suizo <sup>18</sup>:

##### 1.º LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

Como en el sistema alemán, la inscripción en el sistema suizo es constitutiva del dominio y derecho reales inscritos <sup>19</sup>. La diferencia es que el sistema suizo sigue la teoría del título y el modo, y no el acuerdo real abstracto del sistema alemán. Pero el modo, tratándose de bienes inmuebles es la inscripción en el Registro y no la tradición posesoria <sup>20</sup>.

El artículo 971.1 *ZGB* dice: «Todo derecho cuya constitución se halla legalmente subordinada a una inscripción en el Registro no

---

<sup>17</sup> Sobre el sistema registral suizo destaca especialmente la obra de I. SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo comparado con el Derecho español*, 1934; Vid. también, J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, prólogo al libro de I. SERRANO Y SERRANO, *Estudios de Derecho hipotecario...*, cit., t. I, pp. 152-181

<sup>18</sup> Vid. A. MANZANO SOLANO, *Derecho Registral Inmobiliario*, t. I, 1991, pp. 156-158.

<sup>19</sup> I. Serrano y Serrano juzga muy positivamente el valor constitutivo de la inscripción en el sistema registral suizo y considera que en el Derecho español debería regularse la inscripción como constitutiva en los términos que ya diseñara Luzuriaga, en su famosa base 52 del proyecto de 1843, en virtud de la cual: «Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público»; de manera que los derechos reales no inscritos en el Registro no produjeran sino efectos meramente obligacionales. Si bien entiende el autor que en los sistemas como el suizo, de inscripción constitutiva, no es la inscripción sola la que da origen a los derechos reales, es preciso que esta inscripción esté válidamente hecha, es decir, que se funde sobre un título jurídico válido. De modo que «las inscripciones llamadas constitutivas, en las que el derecho real no nace hasta el momento de la inscripción en el libro Mayor, no despliegan plenos efectos si no están basadas sobre un título válido» (vid. *El Registro de la Propiedad...*, cit., pp. 4-5 y 165).

<sup>20</sup> Sin embargo, señala J. M. García, hay una serie de supuestos en que la inscripción de bienes inmuebles no es constitutiva en el sistema suizo. La inscripción constitutiva se da en los casos de adquisiciones por negocio jurídico. En cambio, según el artículo 656, párrafo 2.º, *ZGB*, «el que adquiere un inmueble por ocupación, sucesión, expropiación forzosa o sentencia deviene propietario antes de la inscripción». Sin embargo, aun en estos supuestos, la inscripción es requisito necesario para poder disponer (vid. *Derecho inmobiliario*, t. I, p. 403).



existe como derecho real más que cuando la inscripción se realiza»; y, conforme al artículo 972 ZGB: «Los derechos reales nacen [...] con la inscripción».

## 2.º EXISTE EL NEGOCIO REAL, DIFERENCIADO DEL OBLIGACIONAL, PERO CON CARÁCTER CAUSAL Y NO ABSTRACTO

Al igual que en el Derecho alemán, en el Derecho suizo existe el negocio real, dispositivo o de transmisión efectiva del derecho, aparte del negocio obligacional previo. Pero la esencial diferencia respecto al sistema alemán, es que en el Derecho suizo existe una total conexión entre el negocio real y el obligacional. El sistema suizo se basa en un negocio real o dispositivo totalmente apoyado en el negocio obligacional y comunicado con él. Si el negocio obligacional no existe o está viciado, ello repercute en el negocio real o dispositivo (art. 975 ZBG)<sup>21</sup>.

## 3.º LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL<sup>22</sup>

La presunción de existencia *iuris tantum* en que consiste el principio de legitimación registral está proclamada por el artículo 937 ZGB, según el cual «tratándose de bienes inmuebles inmatriculados en el Registro de la Propiedad, la presunción del derecho y las acciones posesorias solamente corresponden a la persona inscrita».

La legitimación registral es fundamental en el Derecho suizo, a efectos de destacar que sólo el titular registral tiene legitimación de la facultad de disponer. Por eso el Registrador debe calificar este importante aspecto, lo que viene a significar el cumplimiento del tracto sucesivo, pero desde la perspectiva de un requisito de legitimación material o sustantiva de la facultad de disponer<sup>23</sup>.

## 4.º LA FE PÚBLICA REGISTRAL

La presunción de exactitud *iuris et de iure*, en que consiste el principio de fe pública registral, en beneficio del tercer adquirente de buena fe, se encuentra regulada en el artículo 973 ZGB conforme al cual: «El que adquiera la propiedad u otros derechos reales

<sup>21</sup> Existe además de los negocios obligacional y real, en el sistema suizo el consentimiento a la inscripción, que es una especie de consentimiento formal, pero con la importante diferencia respecto al sistema alemán, de que no está desligado ni del negocio real ni del obligacional. Respecto a este consentimiento y su diferenciación con la petición de inscripción, *vid.* I. SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad...*, *cit.*, pp. 43 ss.

<sup>22</sup> *Vid.* I. SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad...*, *cit.*, p. 96.

<sup>23</sup> *Vid.* J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, *cit.*, t. I, p. 404.

fundándose de buena fe sobre una inscripción del Registro, será mantenido en su adquisición».

No se hace la distinción entre tercero a título oneroso o gratuito; ambos son objeto de protección por la fe pública registral; si se exige la buena fe, añadiéndose la nota especial de la diligencia en la buena fe <sup>24</sup>. Merece destacarse la expresión «será mantenido en su adquisición» que coincide con la que posteriormente adoptó nuestro artículo 34 LH.

Otra de las especialidades interesantes del Derecho suizo en materia de fe pública registral consiste en que ésta se extiende también a los datos de linderos y planos de las fincas <sup>25</sup>.

## 5.º EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

Una característica muy importante del sistema suizo, que le diferencia del sistema alemán, es la existencia en aquél y no en el Derecho alemán del Libro Diario de presentación de documentos. Al lado de él, existe también el Libro Mayor, que es propiamente el Libro de Inscripciones.

La fecha de prioridad la da la presentación en el Libro Diario y no el lugar que ocupa el derecho en el Libro como en el Derecho alemán. Conforme al artículo 972 *ZGB*: «Los derechos reales nacen, toman su prelación y reciben su fecha por la inscripción en el Libro Mayor. El efecto de la inscripción se retrotrae a la época en que se ha hecho la del Diario [...]».

En cuanto al rango de los derechos reales, existe la teoría del rango fijo <sup>26</sup>.

## 6.º EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Se sigue el sistema de folio real; el historial se inicia con la inmatriculación de la finca, que es una operación independiente de las transmisiones y constituciones de derechos. La inmatriculación se

---

<sup>24</sup> El artículo 974, *ZGB*, establece: «Cuando un derecho real ha sido inscrito indebidamente, la inscripción no puede ser invocada por el tercero que ha conocido o debido conocer sus vicios. La inscripción se entiende hecha indebidamente cuando ha sido extendida sin derecho o en virtud de un acto jurídico no obligatorio. Aquel cuyos derechos reales hayan sido perjudicados puede invocar directamente contra el tercero de mala fe la irregularidad de la inscripción. Sobre esta exigencia, *vid.* I. SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad...*, *cit.*, p. 134.

<sup>25</sup> *Vid.* I. SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad...*, *cit.*, p. 129.

<sup>26</sup> I. SERRANO Y SERRANO, señala que en este punto se ha superado en el *ZGB* el antiguo criterio de los cantones que seguían el sistema romano de avance de rango, que, a juicio del autor no era práctico ni justo (*vid.* *El Registro de la Propiedad...*, *cit.*, pp. 138 ss.).

práctica de oficio, individualizando la finca en un plano y en plena coordinación con el Catastro <sup>27</sup>.

Existe un *numerus clausus* de derechos inscribibles, siguiendo en los libros la forma del encasillado <sup>28</sup>.

## 7.º EL PRINCIPIO DE CALIFICACIÓN REGISTRAL

La calificación es mucho más amplia que en el sistema alemán, como consecuencia de ser un sistema causal y no abstracto <sup>29</sup>. Las facultades calificadoras del Conservador suizo se amplían con elementos no resultantes de los documentos presentados, y que resulten del conocimiento de circunstancias por el propio Conservador, lo que se justifica por estar a su cuidado la exactitud del Registro <sup>30</sup>.

## 8.º LAS ANOTACIONES O ASIENTOS PROVISIONALES

Con objeto de dar mayor apertura al Registro respecto a determinadas situaciones especiales que, aunque no constituyan derechos reales, merecen protección registral, el *ZGB* ha regulado en los artículos 959 a 961 las anotaciones o asientos provisionales. El efecto de estas anotaciones es hacer oponible *erga omnes* esos derechos personales; pero no convierten en real el derecho personal <sup>31</sup> –a diferencia de lo que ocurre en el Derecho austríaco–. El

<sup>27</sup> Existe una plena coordinación entre Registro y Catastro; la Exposición de Motivos del *ZBG* señala que: «los datos catastrales son, ante todo, el elemento necesario de la designación registral del inmueble, porque constituyen una garantía muy seria del contenido real»

<sup>28</sup> Vid. I. Serrano y Serrano, quien señala las ventajas de adoptar el sistema de *numerus clausus*, al uniformar toda la gama de derechos sobre las cosas en unas categorías perfectamente definidas y con caracteres bien determinados; evitándose de esa manera la riquísima floración de derechos reales, algunos sin nombre conocido en Derecho, se facilita la labor del Registrador, en cuanto a su deber de calificación; se adquieren unos moldes fijos en que colocar las nuevas construcciones jurídicas; se facilita en alto grado la gestión del Registro, y se deja expedito el camino de los derechos personales, para la satisfacción de las nuevas exigencias jurídicas (*El Registro de la Propiedad...*, cit., pp. 165-166).

<sup>29</sup> Señala J. González y Martínez, que: «La íntima unión entre el título de adquisición y el consentimiento inscribible, extiende desmesuradamente la función calificadora del encargado del Registro, que retrocede a la relación causal, como en las antiguas legislaciones basadas en el principio de legitimidad» (vid. *Estudios...*, cit., t. I, p. 160). Por su parte, I. Serrano y Serrano manifiesta que: «Puede decirse que la legalidad es uno de los principios fundamentales del sistema inmobiliario suizo, de no serlo no se justificarían los enormes esfuerzos para poseer un Registro casi perfecto» (vid. *El Registro de la Propiedad...*, cit., p. 96).

<sup>30</sup> Vid. I. SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad...*, cit., p. 410; J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Estudios...*, cit., t. I, pp. 160 ss.

<sup>31</sup> Señala I. Serrano y Serrano, que el derecho sigue teniendo naturaleza personal, aunque, en virtud de la anotación preventiva en el Registro tenga efectos *erga omnes* (vid. *El Registro de la Propiedad...*, cit., p. 74). Vid. también, J. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Estudios...*, cit., t. I, pp. 164-166).

primero de estos preceptos contempla anotación preventiva del derecho de arrendamiento junto a otros derechos personales, entre los que deben incluirse: el derecho a adquirir un inmueble por un precio determinado, el derecho de retracto convencional, el de opción de compra, el derecho de retorno de la cosa donada a poder del donante en caso de premoriencia del donatario y el derecho de avance en el rango de un acreedor pactado con el propietario, en el caso de existir una casilla hipotecaria libre <sup>32</sup>.

## 2. ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En el Derecho suizo, se establece, como regla general, el principio «compra rompe arrendamiento» (*Kauf bricht Miete*). En efecto, el artículo 259 CO señala que, si después de la conclusión del contrato, el arrendador enajena la cosa arrendada y el comprador no se ha obligado contractualmente a ello, el arrendatario no tiene derecho a imponer a los terceros adquirentes la continuación del arrendamiento; pudiendo solamente exigir del arrendador la ejecución del contrato, o la indemnización de daños y perjuicios.

Por tanto, el adquirente no está obligado a continuar la relación contractual hasta el transcurso del término pactado, sino que puede proceder al desahucio. Si no lo hace se le considera subrogado en la relación de arrendamiento <sup>33</sup>.

El artículo 281 CO establece la misma solución para el arrendamiento rústico: En caso de enajenación de la finca, el precepto permite al adquirente desahuciar al arrendatario, pero si no lo hace, se entiende que ha asumido la continuación del arrendamiento <sup>34</sup>.

La LPR (*Loi fédérale sur le maintien de la propriété foncière rurale*) de 12 de junio de 1952, en su artículo 26 introdujo en el artículo 281 *bis et ter* CO, estableciendo que cuando se arrendaran fincas agrícolas, si la finca es enajenada por el arrendador después de

---

<sup>32</sup> Estudia con detalle estos supuestos I. SERRANO Y SERRANO, *vid. El Registro de la Propiedad...*, *cit.*, pp. 75 a 85.

<sup>33</sup> Con arreglo al párrafo segundo del artículo 259: «*Toutefois, dans les baux d'immeubles, et à moins que le contrat ne permette de les résilier plus tôt, le tiers acquéreur doit respecter le bail jusqu'au plus prochain terme légal de congé, et il est réputé en avoir assumé la continuation, s'il ne le dénonce pas*».

<sup>34</sup> Señalando literalmente el precepto que: «*1. Si, après la conclusion du contrat, le bailleur aliène la chose affermée, ou qu'elle soit enlevée par l'effet de poursuites ou de sa faillite, le preneur n'a pas le droit d'imposer au tiers acquéreur la continuation du bail, à moins que ce dernier ne s'y soit obligé; il peut seulement exiger du bailleur l'exécution du contrat, ou des dommages-intérêts.*

2. *Toutefois, à moins que le contrat ne puisse être résilié plus tôt, le tiers acquéreur doit observer, en donnant congé, le délai fixé par la loi, et in est réputé avoir assumé la continuation du bail s'il ne le dénonce pas [...]*».

haberse celebrado el contrato de arrendamiento, el adquirente se subrogaba en los derechos y deberes derivados del contrato de arrendamiento.

Tales menciones, sin embargo, han sido suprimidas por el artículo 253 de la LF, de 4 de octubre de 1985 (*sur le bail à ferme agricole*).

Resultando pues, que en Derecho suizo y con bastante antelación al español, ha desaparecido la subrogación legal del adquirente del inmueble arrendado en las leyes especiales, proclamándose, con carácter general, la inoponibilidad del arrendamiento si no consta en el Registro de la Propiedad.

Tal constancia se produce no mediante inscripción, sino mediante anotación preventiva, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, en el que el arrendamiento ingresa en el Registro mediante el asiento de inscripción.

Postura criticada en nuestro país por algunos autores, que consideran útil y conveniente la constancia registral del arrendamiento pero no estiman adecuado el asiento de inscripción, sino el de anotación preventiva. Tesis sostenida fundamentalmente por Roca Sastre <sup>35</sup>, para quien la procedencia de la anotación preventiva de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles hubiera sido más razonable que el actual asiento de inscripción. Además, la anotación preventiva, es el asiento adoptado por el artículo 959 del Código civil suizo para dar publicidad registral a los derechos de arrendamiento de inmuebles, que califica de personales.

Siendo evidente, ante un sistema de Registro como el nuestro que excluye radicalmente del mismo a los derechos personales, que resulta mucho más lógico emplear la anotación preventiva, por cuanto causa extrañeza que el artículo 98 de la Ley Hipotecaria niegue efectos y facilite la expulsión de los derechos personales que hayan logrado infiltrarse en los Registros de la Propiedad, cuando por excepción, que este precepto no señala, se permite inscribir los contratos de arrendamiento o de opción de compra.

Además, debe tenerse en cuenta que, en opinión del hipotecarista, lo inscribible en materia de títulos de formación voluntaria no es propiamente el contrato aislado, sino en cuanto contemplado por la tradición, o por negocio jurídico constitutivo de derecho real inmobiliario, formando el título propiamente inscribible <sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. III, p. 533.

<sup>36</sup> Del mismo modo, para I. de Casso Romero la Ley Hipotecaria, al declarar inscribibles los arrendamientos, en ciertas circunstancias, y las resoluciones judiciales sobre incapacidad o ausencia, erige «una excepción técnica del acto inscribible». Si el arrendamiento es un derecho real, no hay que aludirlo expresamente, por estar ya comprendido en el número 2.º del artículo 2 LH. Y si, como parece, no lo es, sino un derecho personal, no debiera permitirse su inscripción, sino, cuanto más, su anotación (*vid.*

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la anotación preventiva del derecho de arrendamiento en el Derecho suizo, a que alude Roca Sastre, no puede equipararse en sus efectos a los generales que tiene la anotación preventiva en nuestro Derecho <sup>37</sup>.

No existe en nuestro Ordenamiento inmobiliario un concepto unívoco de anotación preventiva ni tampoco de sus efectos. Apenas puede señalarse, como caracteres comunes a todos los tipos de anotación, que se trata de un asiento de menor solemnidad y más simple que la inscripción, con efectos en general más reducidos y además con duración legalmente limitada; cuyas características más sobresalientes son, en consecuencia, su transitoriedad y pendencia <sup>38</sup>.

La gran variedad de anotaciones preventivas con eficacia y regulación diferentes –anotaciones con eficacia temporal de otro asiento al que representan, anotaciones de derechos en litigio o en formación, y entre ellas contradictorias de una situación real inscrita o percursoras de un cambio real, anotaciones en función de garantía o de valor puramente negativo– hace evidente la escasa comprensión y la gran extensión de un concepto general de anotación preventiva. De ahí, que decir que el asiento adecuado para la constancia registral del arrendamiento es la anotación preventiva sin señalar qué clase de anotación preventiva y con qué efectos no es decir gran cosa <sup>39</sup>.

Por otra parte su carácter de *numerus clausus* impide la práctica de una anotación no expresamente prevista en las leyes, por analogía <sup>40</sup>.

El artículo 260 CO señala que: «Las partes pueden estipular la anotación del arrendamiento de inmuebles en el Registro de la Propiedad. Esta anotación obliga a todo adquirente a permitir al poseedor, *de conformidad con el arrendamiento*, el disfrute de la cosa arrendada».

---

*Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, p. 205); B. Ménchez Benítez opina también, que una anotación preventiva, al estilo del Código civil suizo, sería vehículo propio y suficiente para llevar el arrendamiento al Registro y garantía completa del arrendatario que quisiera tener la seguridad y firmeza de un derecho real (*vid.* «La inscripción de arrendamiento de inmuebles rústicos», *R. C. D. I.*, núm. 141, 1940, p. 191); M. Albaladejo García entiende que, por excepción, son inscribibles en el Registro de la Propiedad algunos hechos relativos a derechos personales, entre los que se sitúan los arrendamientos, y censura a la Ley Hipotecaria el haber dado acceso al Registro a los arrendamientos mediante inscripción, en vez de mediante anotación preventiva (*vid. Derecho civil*, t. III, vol. 2.º, 8.ª ed., 1994, p. 435). En la misma línea, señala J. Rams Albesa, que es de lamentar que no se haya recogido la crítica, por lo acertado de la misma, que al artículo 2.5.º LH formulara en su día Roca Sastre, sobre la inscripción del arrendamiento (*vid. Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*, VV. AA., Madrid, 1995, p. 640).

<sup>37</sup> *Vid.* «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 218 ss.

<sup>38</sup> *Vid.* J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, 1984, t. III bis, p. 215.

<sup>39</sup> *Vid.* «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 219.

<sup>40</sup> *Vid.* J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. III bis, p. 218.

Y con arreglo al artículo 282 CO, el arrendamiento rústico puede ser anotado en el Registro de la Propiedad en las mismas condiciones y con los mismos efectos que el urbano.

El artículo 260 CO ha venido, sin embargo, a oscurecer la claridad del efecto «oponibilidad» que el arrendamiento tiene frente al nuevo adquirente del inmueble, cuando dicha oponibilidad viene dada por el Registro de la Propiedad.

En efecto, con arreglo al citado artículo 259 CO, en el caso de que el adquirente no proceda a desahuciar al arrendatario, la «oponibilidad» se produce mediante la subrogación legal, en los mismos términos del contrato, asumiendo el adquirente la posición de arrendador. Pero ¿cómo debe entenderse ese «obligar al propietario a dejar al arrendatario el disfrute de la cosa de acuerdo con el contrato»?

El significado de la oponibilidad que la anotación preventiva otorga al arrendamiento ha sido objeto de un profundo debate doctrinal en Suiza.

Debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 959 *ZGB* se limita a decir que los derechos personales, como el arrendamiento, pueden ser anotados en el Registro de la Propiedad, en los casos expresamente previstos en la ley. «En este caso los derechos serán oponibles a todo adquirente posterior del inmueble».

A la hora de determinar los efectos de la anotación en el Registro la doctrina suiza se ha desenvuelto, tradicionalmente, entre dos concepciones. La controversia se ha desenvuelto sobre si debe considerarse si todo adquirente del inmueble se convierte en sujeto de la relación de derecho personal anotada; o si, por el contrario, el adquirente del inmueble –como los titulares de derechos reales limitados posteriores a la anotación– solamente está obligado, en virtud de la restricción de su derecho a disponer, a sufrir la ejecución de la obligación concerniente al inmueble; obligación en la cual el sujeto pasivo continúa siendo el deudor primitivo <sup>41, 42</sup>.

---

<sup>41</sup> Vid. P. PIOTET, «Des effets de l'annotation au registre foncier de rapports de droit personnels», *Rev. Dr. Suisse*, julio de 1960, p. 401.

<sup>42</sup> En opinión de D. Scacchi, el fin de la anotación prevista en los artículos 260 y 282 CO, es asegurar la protección del arrendatario, y, concretamente, su disfrute del inmueble. El problema es ver por qué vía se asegura esta protección; cuestión estrechamente relacionada con los efectos de la anotación en el Registro de la Propiedad. La solución a este problema permite también resolver la cuestión de si por la anotación del arrendamiento se crea o no una verdadera obligación real. Dos son las soluciones posibles: o bien el nuevo adquirente no tiene sino la obligación de tolerar la continuación del arrendamiento por el arrendatario hasta el fin del contrato concluido con el antiguo propietario del inmueble, o bien la relación jurídica de arrendamiento se transfiere al adquirente con la propiedad del inmueble (vid. *L'obliteration «propter rem» el les droits personnels annotés au Registre Foncier*, 1970, p. 111).

Conforme a la teoría más antigua <sup>43</sup>, fundada en el artículo 260 CO, el adquirente del inmueble tiene que tolerar simplemente que el arrendatario se quede en el inmueble de su propiedad; pero el transmitente sigue siendo arrendador aunque haya vendido la finca, haya transmitido la propiedad del inmueble y haya entregado la posesión; los derechos y obligaciones que nacen del contrato no incumben al nuevo adquirente: no le es debida la renta, ni está obligado a las reparaciones; el arrendatario tendría que dirigirse a su arrendador-transmitente <sup>44</sup>.

Sucedería entonces, que la transferencia de las obligaciones del arrendamiento sólo se produciría con el consentimiento del arrendatario, que no está obligado a prestarlo; aun en este caso, si hay consentimiento, eso no significa que el antiguo arrendador se libere, salvo declaración o comportamiento concluyente del arrendatario en este sentido. De no existir, responderá también el antiguo arrendador de la violación del contrato por el nuevo arrendador <sup>45</sup>.

Una segunda teoría consideraba, en base fundamentalmente, a los artículos 259 CO y 959 ZGB, que si el adquirente no puede desahuciar a causa de la anotación preventiva, por ser el arrendamiento «oponible» a aquél, debe darse el mismo efecto que la ley establece para el caso de que el adquirente pueda ciertamente desahuciar, pero no lo haga: se le considera subrogado en la relación arrendaticia <sup>46</sup>.

Esta concepción parte de que, junto al efecto típico de las anotaciones de restricción de la libertad de disposición, existe otro, el efec-

---

<sup>43</sup> Defendida principalmente por H. DESCHENAUX, *vid.* «Les obligations dites réelles et leurs rapports avec le registre foncier», *R. N. R. F.*, núm. 43, 1962, p. 291.

<sup>44</sup> *Vid.* P. Liver, que —de manera ejemplificativa y para resaltar la imposibilidad de cumplimiento de muchas de estas obligaciones del transmitente— señala que el arrendatario tendría así que dirigirse al transmitente cuando fueran necesarios trabajos de mantenimiento, reparaciones o renovaciones necesarias para la conservación de la finca en el estado adecuado, o cuando los pasillos de acceso a la vivienda no se limpian, o se funden las luces de la escalera, o la calefacción no calienta bastante, o no funciona la lavadora, o el agua caliente o el aire acondicionado. Pero, añade, el transmitente puede haber cambiado su lugar de residencia y encontrarse lejos, o por otros motivos no se preocupa de la finca arrendada de la que se ha librado. Ni siquiera está ya facultado para tomar medidas en relación con la ejecución de reparaciones o trabajos de mantenimiento de la cosa vendida; podría simplemente ser demandado por daños y perjuicios, pero es inviable mantener la relación arrendaticia en los términos pactados entre arrendador y arrendatario y compatibilizar esta situación con el dominio del adquirente («Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs un Grundrech», *R. N. R. F.*, núm. 43, 1962, pp. 268-269). También D. Scacchi resalta esa imposibilidad de cumplimiento del transmitente de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento después de la transmisión de la propiedad; siendo mucho más lógico que que las obligaciones de conservación, reparación, limpieza, etc., corran de cuenta del propietario del inmueble, cosa que sólo puede ocurrir si este último se convierte en parte del contrato de arrendamiento (*vid. op. cit.*, p. 116).

<sup>45</sup> *Vid.* H. DESCHENAUX, *loc. cit.*, p. 291.

<sup>46</sup> *Vid.* HOMBERGER, *Commentaire zurichois*, t. IV, 1938, comentario al artículo 959 CC. núm. 59.



to de *rattachement*, que implicaría que el adquirente del inmueble retoma la relación jurídica que ha sido objeto de anotación; esa relación esta unida a la propiedad del inmueble, existe *propter rem* <sup>47</sup>.

Se considera así, que sólo por haber ignorado la teoría de la obligación real, ha llegado el legislador a una regulación como la establecida en el Código de las obligaciones; además de por impedimentos dogmáticos, que entendían que no es conciliable con la esencia de la obligación, la cual no se quiere debilitar y mucho menos abandonar, el que los derechos y obligaciones nacidos con el contrato de arrendamiento queden vinculados a la propiedad de la cosa arrendada y con ello pasen al eventual adquirente de la misma <sup>48</sup>.

Por contra, si el legislador hubiera tenido presente la figura de la obligación real, habría acertado con la solución clara y simple: la subrogación del adquirente en los derechos y deberes del contrato de arrendamiento en virtud de la anotación preventiva en el Registro <sup>49</sup>.

Parte esta teoría de considerar que el único efecto de las anotaciones preventivas de derechos personales, es la restricción del poder de disposición, consistente en que el derecho o la relación jurídica anotados, tendrán, necesariamente, prioridad sobre los derechos posteriormente adquiridos sobre el inmuebles; la restricción no impide al propietario transferir su dominio o gravarlo con derechos reales limitados <sup>50</sup>.

Pero la moderna doctrina discute hoy que haya subrogación, y se inclina por la oponibilidad en los términos del asiento; como ya señalara Piotet <sup>51</sup>, «antes de elegir entre la antigua teoría –restricción del derecho a disponer– y la moderna –restricción del derecho a disponer y cualidad *propter rem* de parte en el contrato–, es necesario considerar la posibilidad de una teoría, en alguna medida intermedia, según la cual el adquirente quedaría únicamente obligado por la obligación *propter rem* concerniente al inmueble, sin por ello convertirse en parte en el contrato» <sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Vid. P. H. STEINAUER, *Les droits réels...*, cit., t. I, p. 220; P. PIOTET, *Des effets de l'annotation...*, loc. cit., p. 407; D. SCACCHI, op. cit., pp. 117 ss.

<sup>48</sup> Vid. P. LIVER, loc. cit., p. 270.

<sup>49</sup> Vid. P. Liver, que concluye su argumentación con una defensa incondicionada de la obligación *propter rem*, como solución al problema planteado por los efectos de las anotaciones de derechos personales, diciendo que son precisamente las relaciones jurídicas a las que por escrúpulos dogmáticos y por una actitud escéptica ante esta figura, se ha negado el carácter de obligación real, las que más urgentemente exigen, en interés de la claridad y del sentido práctico, su tratamiento como obligaciones reales (loc. cit., pp. 270-271).

<sup>50</sup> Vid. P. H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. I, 1993, pp. 217-218; D. SCACCHI, *L'obligation «propter rem»...*, cit., p. 59.

<sup>51</sup> Vid. P. PIOTET, «Des effets de l'annotation...», cit., p. 415.

<sup>52</sup> Más recientemente, P. Piotet ha defendido ya abiertamente la oponibilidad conforme al Registro. Vid. «L'annotation au registre foncier d'une créance pécuniaire», *R. N. R. F.*, núm. 61, 1980, p. 269.

Cabe deducir de todo ello que, tampoco en Derecho suizo, cabe defender la subrogación en los términos del contrato, sino la oponibilidad en los términos del Registro. De modo que, en el contrato de arrendamiento pudieron introducirse cláusulas, obligaciones y derechos que vinculen solamente al primer arrendador y al arrendatario; cláusulas que no accedieron al Registro por carecer de trascendencia real.

Todo ello viene a rebatir la tesis de Roca Sastre <sup>53</sup>, que considera la oponibilidad del arrendamiento en virtud de su constancia registral, como una subrogación legal con apoyo en la inscripción, en base precisamente, al Derecho suizo.

En efecto, para este autor, como el arrendamiento es un derecho personal, no cabe su oponibilidad extrarregistral. Y, precisamente por no ser un derecho real no es correcto que acceda al Registro por la vía de la inscripción, sino de la anotación preventiva, y no puede otorgársele la oponibilidad registral propia de las inscripciones de derechos reales, sino que la ley viene a establecer que por la inscripción el arrendamiento se hace oponible a todo posterior adquirente, o sea, produce los efectos ordinarios de toda anotación preventiva de mera publicidad; quedando por determinar la posición del adquirente frente al arrendamiento inscrito.

En este punto se discute acerca de si este adquirente sólo está constreñido a tolerar o soportar el ejercicio o actuación del arrendamiento, siendo exigibles al anterior dueño las obligaciones contractuales, o bien si queda subrogado totalmente en la relación arrendaticia, o sea, en todas las obligaciones o derechos derivados de ella. Y citando las palabras de la Exposición de Motivos en que se dice que el «comprador de buena fe que entra en el contrato con conocimiento de la obligación de que es *sucesor*», se inclina por entender que nuestro legislador sigue el criterio de la subrogación legal, si bien operada con el auxilio de la inscripción <sup>54</sup>.

En este punto, nuestro sistema seguiría, a juicio del hipotecarista, el criterio del Derecho suizo; concretamente el del Código civil suizo, en el cual la afección, en el tercer adquirente, de la relación arrendaticia opera por la vía de la subrogación <sup>55</sup>. Sin embargo, tal

---

<sup>53</sup> Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario* t. I, 1.ª ed., Barcelona, 1942, p. 391; y *Derecho hipotecario...*, cit., t. III, p. 538.

<sup>54</sup> Tesis también sostenida por B. Pérez González/J. Alguer, al señalar que: «En el supuesto de arrendamiento inscrito, en el hecho mismo de establecer su inscripción va implícita la previsión de que se subroga en el contrato cualquier adquirente ulterior de la finca y, por tanto, que todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato a favor y a cargo del arrendador pasen automáticamente al adquirente ulterior, en cuanto se trate de derechos y obligaciones que consten en el Registro» (vid. *Notas al tratado de Derecho civil de Ennecerus*, t. II, 1.ª ed., Barcelona, 1944, p. 188).

<sup>55</sup> Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. III, p. 539.

solución no es correcta en el Derecho suizo, como hemos tenido ocasión de examinar; y, por tanto, ni siquiera alegando esas influencias del Derecho suizo en nuestro Ordenamiento inmobiliario, cabe defender la subrogación en los términos del contrato, sino la oponibilidad en los términos del Registro.

De modo que, en el contrato de arrendamiento pudieron introducirse cláusulas, obligaciones y derechos que vinculen solamente al primer arrendador y al arrendatario; cláusulas que no accedieron al Registro por carecer de trascendencia real.

Tiene, pues, especial importancia la determinación hecha de las cláusulas que como «extensión del derecho», en expresión del artículo 9 LH, debe contener la inscripción arrendaticia; como ya dijera Vallet<sup>56</sup> con gran acierto: «en el arrendamiento inscrito, al igual que en el usufructo o en la hipoteca, el registrador deberá distinguir lo que forme parte del contenido y configuración del derecho a inscribir, incluyendo aquellas obligaciones, verdaderamente *propter rem*, que formen parte del mismo, y separándolas de las obligaciones y pactos de carácter puramente personal que se adicionan. Para inscribir, como contenido del Derecho, solamente las primeras»<sup>57</sup>.

El adquirente será ahora el nuevo arrendador, pero no en los términos del contrato tal y como fue concertado por los contratantes originarios, sino en los términos que publica el Registro de la Propiedad.

La oponibilidad del arrendamiento inscrito no se materializa en la subrogación del comprador en la posición contractual de arrendador, que implicaría una cesión del contrato necesitada del consentimiento del arrendatario, a no ser que viniera impuesta por ley—supuesto del artículo 57 TR de 1964, o del artículo 74 LAR—. Mientras la «subrogación legal» se produce en los términos del contrato, la «oponibilidad registral» se produce en los términos del asiento. Sin que esa oponibilidad tenga el carácter de una cesión del contrato que exija el consentimiento del arrendatario; consentimiento que, en cualquier caso, se presumirá al ser el arrendatario quien inscriba el contrato. El arrendatario no es un acreedor que pueda temer por la insolvencia del nuevo deudor, como en el caso de cualquier cesión de contrato; su derecho de crédito no se hace efectivo sobre todo el patrimonio del deudor, la inscripción con-

---

<sup>56</sup> Vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Hipoteca del derecho arrendaticio*, 1951, p. 39.

<sup>57</sup> Al establecer el artículo 98 LH que: «Los derechos personales no asegurados especialmente, las menciones de derecho susceptibles de inscripción especial y separada y los legados no legitimarios que no hayan sido anotados preventivamente dentro del plazo legal, no tendrán la consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley, y serán cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada».

vierte a las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento en verdaderas obligaciones reales, que recaen sobre el inmueble con independencia de su titular; y ello no porque el derecho del arrendatario recaiga directamente sobre la cosa arrendada, sino por aplicación del principio hipotecario de especialidad <sup>58</sup>.

Así, no podemos entender que esa «oponibilidad» se materialice en la subrogación del comprador en la posición de arrendador, en los mismos términos en que transmitente y arrendatario concertaron el contrato de arrendamiento <sup>59</sup>.

Esa subrogación implicaría una cesión del contrato que necesitaría el consentimiento del arrendatario a no ser que viniera impuesta por la ley, supuesto en que la cesión se verifica *ope legis* apenas se den en concreto los presupuestos previstos por la norma, sustituyendo la voluntad del contratante cedido <sup>60</sup>; como era el caso de quien «sucedió al arrendador en sus derechos y obligaciones», en virtud del artículo 57 TR de 1964 <sup>61</sup>, y sigue siéndolo del comprador de una finca con arrendamiento sujeto a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 –artículo 74–, o a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos –artículo 14–, si bien solamente durante el período mínimo de duración legal del contrato.

Como consecuencia del principio de oponibilidad, el adquirente de un inmueble arrendado se subroga en el arrendamiento, *con la extensión que figura en el Registro*; no se subroga en sentido estricto en el arrendamiento, sino que el arrendamiento le es oponible en los términos en que ha sido inscrito. La subrogación se produce *en los términos del contrato*, la oponibilidad se produce *en los términos del asiento* <sup>62</sup>.

La oponibilidad «en la forma determinada por el asiento», en el caso del arrendamiento inscrito no equivale ni a mera tolerancia por parte del adquirente, en el sentido de que esté constreñido a tolerar o soportar el ejercicio o actuación del arrendatario, siendo exigibles al anterior dueño las obligaciones contractuales; ni a

---

<sup>58</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 390.

<sup>59</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *op. cit.*, pp. 385 ss.

<sup>60</sup> Vid. M. ANDREOLI, *La cesión del contrato*, trad. de F. J. Osset, Madrid, E. R. D. P., 1956, p. 138; G. MARTY/P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. I, *Les sources*, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1988, pp. 353-354; A. VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, t. II, trad. de W. Rocas, Madrid, Reus, 1934, pp. 321-322; M. GARCÍA AMIGÓ, *La cesión del contrato en el Derecho español*, Madrid, 1964, p. 146.

<sup>61</sup> Vid. sobre la subrogación en virtud del artículo 57 TR de 1964, M. AMORÓS GUARDIOLA, «El artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y su interpretación», *R. C. D. I.*, núm. 491, 1972, pp. 994 ss.

<sup>62</sup> Contraposición resaltada muy acertadamente por A. Pau Pedrón, de ahí que, si la oponibilidad actúa en los términos del asiento, se elimina la posibilidad de subrogación en sentido estricto (*vid. La protección del arrendamiento urbano*, Madrid, Civitas, 1995, p. 56).

subrogación total del adquirente en la primitiva relación contractual entre arrendador-transmisor y arrendatario <sup>63</sup>.

Esta «oponibilidad» que actúa en los términos del asiento, elimina precisamente la posibilidad de subrogación en sentido estricto. Los autores que restringen, con carácter general, la eficacia de la inscripción del arrendamiento, defienden la subrogación: se habla entonces de una «subrogación legal operada con el auxilio de la inscripción» <sup>64</sup>.

Con todo, no deja de resultar atractiva la tesis de Liver <sup>65</sup> defendiendo la subsistencia de una responsabilidad del transmisor, por incumplimiento de las obligaciones por parte del adquirente, sin que por ello el arrendamiento anotado perdiera el carácter de obligación real. Todo ello fundado en una defensa del carácter obligacional y por tanto relativo del contrato de arrendamiento que, pese a su anotación en el Registro de la Propiedad, continuaría conservando.

Esa subsistencia de responsabilidad del primer-arrendador transmisor, también parece ser sostenida por Huber <sup>66</sup>, al decir que: «El nuevo propietario está ligado al contrato de su predecesor en la propiedad, pero los efectos de la relación contractual permanecen sin variación [...]. El propietario anterior no se libera sin más de las consecuencias de la relación de derecho. La ley prevé sólo la consecuencia de que el tercero, que ha adquirido desde la anotación un derecho real en la cosa objeto del contrato, está obligado por el contrato como el primer arrendador» <sup>67</sup>.

Sin embargo, estas consideraciones, que a juicio de los citados autores, tendrían base legal en el Ordenamiento suizo, no serían transportables al Derecho español. En efecto, esta subsistencia de la responsabilidad del transmisor, acompañada de la transmisión de la relación arrendaticia al nuevo adquirente, nos llevaría a una compleja relación tripartita donde sería muy difícil establecer el contenido de la relación contractual de arrendamiento, que no encontraría, por otra parte, base legal en nuestro ordenamiento jurídico.

La determinación de la naturaleza jurídica del arrendamiento constituye el presupuesto básico y el punto de partida ineludible

---

<sup>63</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *op. cit.*, p. 386.

<sup>64</sup> Vid. A. PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento...*, *cit.*, p. 56.

<sup>65</sup> Vid. P. LIVER, *loc. cit.*, p. 269.

<sup>66</sup> Vid. E. HUBER, *Estudio sobre la publicidad en el derecho privado*, 1919, p. 20.

<sup>67</sup> Esta tesis es también mantenida por H. Deschenaux, para quien, la liberación del transmisor de la relación contractual supondría atribuir a la anotación de los arrendamientos la misma importancia que la cesión pura y simple del contrato, prevista en el anterior artículo 281 bis CO. Se olvida el autor de la aplicación al arrendamiento anotado en el Registro de la Propiedad de una oponibilidad en los términos publicados por el asiento, sin tener que acudir a la subrogación legal en los términos del contrato (*vid. loc. cit.*, p. 291).

para el estudio de la inscribibilidad del contrato y del régimen jurídico del arrendamiento inscrito <sup>68</sup>.

En nuestro país, un análisis de las tradicionales notas distintivas de los derechos reales <sup>69</sup> y de su posible aplicación al arrendamiento evidencia el carácter personal del derecho del arrendatario <sup>70</sup>.

Carece éste de la nota más característica de los derechos reales: la immediatividad. El arrendatario, además de tenedor de la cosa, es poseedor de su derecho, goza de la protección interdictal, encontrándose incluido en el supuesto del artículo 446 CC; pero ello no quiere decir que posea verdaderamente la cosa, o al menos que su posesión sea autónoma, es un simple mediador posesorio de su causante, un poseedor *nomine alieno*; no sólo carece del *ius possidendi*, sino también del *ius possessionis*.

No tiene acciones independientes contra las perturbaciones de derecho que afecten a la titularidad del arrendador, y en cuanto a las de mero hecho, el artículo 1560 CC sólo se explica como consecuencia del hecho de la posesión, pues todo poseedor, aunque no tenga título puede ejercitar los interdictos de retener o recobrar contra las perturbaciones o el despojo.

El arrendatario se aprovecha de la cosa gracias a la prestación continuada del arrendador, al *far godere*, conforme a la norma

---

<sup>68</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *op. cit.*, pp. 76-115.

<sup>69</sup> Vid. sobre la problemática actual de la distinción entre los derechos reales y los derechos de crédito, A. GUARNERI, *Diritti reali e Diritti di crédito: valore attuale di una distinzione*, 1979, pp. 3 ss.; M. FAIRÉN, «Derechos reales y de crédito» *R. D. N.*, 1959, pp. 152-153; L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Patrimonial*, 1993, vol. 1.º, pp. 60-61; J. VALLET DE GOYTISOLO, «Determinación de los derechos susceptibles de trascendencia registral», *R. C. D. I.*, 1961, p. 165; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho civil*, 1973, pp. 275 ss.

<sup>70</sup> Sobre la polémica en torno a la naturaleza personal o real del arrendamiento en base a las tradicionales notas distintivas de los derechos reales, *vid.* FUBINI, *El contrato de arrendamiento de cosas*, 1930, pp. 54 ss.; J. VALLET DE GOYTISOLO, *La hipoteca del derecho arrendaticio*, *R. D. P.*, 1951, pp. 275 ss.; A. COSSÍO/C. RUBIO, *Tratado de arrendamientos urbanos*, 1949, t. I, pp. 481 ss.; POTHIER, *Traité du contrat de louage*, núm. 4.º, *Ouvres de Pothier*, 1861-1862, núm. 1.º; F. LAURENT, *Principes de Droit civil français*, 3.ª ed., 1878, t. XXV, pp. 25 ss. *Vid.* E. HUBER, *Estudio sobre la publicidad en el derecho privado*, 1919, pp. 7 ss.; J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, «El esquema básico de la protección posesoria en el Código Civil español», *R. D. P.*, mayo 1995, pp. 425 ss.; R. ÁLVAREZ VIGARAY, «Introducción al estudio de la inoponibilidad», *Estudios en homenaje a J. Vallet de Goytisoló*, t. I, pp. 94 ss.; J. VALLET DE GOYTISOLO, «La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble», *Estudios sobre derecho de cosas*, 1973, pp. 30-31; I. SERRANO GARCÍA, *La hipoteca de establecimiento mercantil*, 1975, pp. 246 ss.; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, t. II, vol. 2.º, pp. 120 ss.; F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, 1946, t. IV, vol. 2, p. 193; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, *cit.*, t. II, vol. 1.º, p. 77; R. M. ROCA SASTRE/L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario...*, *cit.*, t. I, pp. 571 ss.; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, 1905, t. X, pp. 459-460; I. NART, «Ex-arrendamientos», *ADC*, 1951, pp. 918-920; J. M. FONCILLAS, «La cesión del arrendamiento y el problema de su realidad», *RCDI*, 1928, pp. 678 ss. I. NART, «Ex-arrendamientos», *ADC*, 1951, pp. 917 ss.; R. M. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 1942, t. I, pp. 383 ss.; F. PUIG PEÑA, *Compendio...*, *cit.*, t. IV, p. 193.

romana de *prestandi conductori frui vel uti licere*<sup>71</sup>. Por eso el Código Civil establece que es el arrendador el que debe: mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento (art. 1554.3.º); hace las reparaciones necesarias a fin de conservar la cosa en estado de servir al uso a que ha sido destinada (art. 1554.2.º); responder de los vicios y defectos de la cosa (art. 1553) y remover las perturbaciones de terceras personas con tal de que no sean de mero hecho (art. 1560 *sensu contrario*).

Y por ello está el arrendatario obligado a poner en conocimiento del arrendador toda perturbación (art. 1559.1.º); o la necesidad de las reparaciones (art. 1549.2.º). Todo lo cual evidencia la poca autonomía del goce del arrendatario.

En respuesta a las tesis realistas que fundan la inmediatez en preceptos como el artículo 1556 CC. que declara aplicables al arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa, cabe decir que parece más acertado entender que la obligación de garantía que la ley impone al arrendador es consecuencia lógica de su obligación de prestar al arrendatario el goce pacífico y útil de la cosa arrendada, que tratar de ver en ello una equiparación entre el contrato de arrendamiento y la compraventa que, acompañada de la entrega de la cosa, constituye un derecho real; otra cosa implicaría desconocer la teoría del título y el modo.

No es necesario, tampoco, considerar que el arrendatario adquiere un derecho real para explicar la percepción inmediata y automática de los frutos, sino que la misma puede fundamentarse en la obligación de proporcionar el disfrute<sup>72</sup>.

No es tampoco admisible considerar al arrendamiento como un derecho real *in faciendo*, en el sentido de que la obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada consistiría en un *facere* y no obstaría a la inmediatez del arrendatario sobre la cosa arrendada, de modo similar a que ocurriría en las servidumbres positivas (art. 533 CC) o en el censo enfiteútico (art. 1604 CC); ya que, quienes defienden la figura del derecho real *in faciendo* sostienen que el dueño de la cosa gravada no está «personalmente» obligado al *facere*, sino que es el fundo el propiamente gravado; la prestación, como incrustada en el derecho real, *ambulat cum dominio*<sup>73</sup>.

Por ello no es posible asimilar el arrendamiento a los derechos reales de goce; frente a quienes sostienen la similitud entre el goce del arrendatario y el del usufructuario es necesario destacar que el usufructuario, aun por contrato, adquiere un verdadero derecho real.

<sup>71</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 79-86.

<sup>72</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 82-83.

<sup>73</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 86 ss.

El usufructo origina una desmembración del dominio del propietario que, al constituirlo, se desprende de su facultad de goce, de ahí que el nudo propietario sólo pueda transmitir su nuda propiedad a los sucesivos adquirentes de la cosa <sup>74</sup>.

El arrendatario en cambio no ha adquirido sino un derecho personal a usar o disfrutar la cosa por medio del arrendador; las facultades dominicales sobre la cosa arrendada son plenas porque en ningún caso las ha limitado; si enajena la cosa sólo incumple su contrato.

Mientras el usufructo sólo obliga al nudo propietario a «dejar gozar» al usufructuario, el arrendamiento obliga al arrendador a «hacer gozar» al arrendatario de la cosa <sup>75</sup>.

Tampoco goza, en principio, el arrendatario de la nota de absolutividad u oponibilidad *erga omnes* propia de los derechos reales <sup>76</sup>.

Nuestro Código Civil consagra el principio creado por la *Lex Emptorem* al decir en el artículo 1571 que: «El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

Sin que la circunstancia de que el comprador conozca la existencia del arrendamiento le obligue a respetarlo; carece éste de la esencia vindicativa de los derechos reales, de su energía reipersecutoria.

No puede admitirse el argumento de que la eficacia *erga omnes* no es sino la expresión del deber general de respeto a las situaciones jurídicas ajenas, en sí predicable tanto a los derechos reales como a los de crédito, dándose la circunstancia de que en ciertas ocasiones el orden jurídico libera de su deber de respeto a determinadas personas, lo que ocurriría en el caso del adquirente de la finca arrendada según la *Lex Emptorem*; ya que no cabe identificar la oponibilidad propia de los derechos reales con el genérico *neminem laedere* <sup>77</sup>.

Pero el carácter personal del arrendamiento no puede fundarse en la sola inoponibilidad, ya que en los casos en que el contrato sea oponible habrá que concluir tiene carácter real; lo que sucede en caso de pacto en contrario a la subsistencia del arrendamiento, en los arrendamientos sometidos a la legislación especial anterior y a las nuevas Leyes especiales durante los cinco primeros años de duración del contrato, y en los arrendamientos inscritos.

Sin embargo, en ningún caso puede hablarse de una oponibilidad *in natura* sino que es consecuencia de una cesión del contrato

---

<sup>74</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 108 ss.

<sup>75</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 110.

<sup>76</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 87-94.

<sup>77</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 93-94.



en el primera caso, de la subrogación legal en el segundo y de la aplicación de algunos preceptos hipotecarios –especialmente el de la oponibilidad en los términos publicados por el asiento de inscripción– en el tercero <sup>78</sup>.

Por ello incurrieron en un notable error los primeros hipotecaristas y los civilistas próximos a la codificación que, identificando derecho real con derecho oponible y con base en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 que expresamente señalaba: «[...] La Comisión no debe ocultarlo: en ellos se ha establecido implícitamente un verdadero derecho real [...]», establecieron una distinción sustancial entre arrendamientos no inscribibles que atribuirían un derecho personal y arrendamientos que reunieran los requisitos del artículo 2.5.º LH que generarían un derecho real <sup>79</sup>.

Tesis sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la Dirección General de los Registros y del Notariado hasta tiempos relativamente recientes en que se habla de que la inscripción atribuye al arrendatario cierto «efecto real».

No parece razonable mantener esta escisión que, en todo caso, sería entre arrendamiento inscrito y no inscrito; lo que implicaría que el mismo derecho es personal en un determinado momento y real a partir de otro, en virtud de la arbitraria voluntad de quien decide inscribirlo, así como atribuir a la inscripción la virtualidad de mutar la naturaleza jurídica de un derecho <sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 88-90.

<sup>79</sup> Vid. B. OLIVER Y ESTELLER, *Derecho Inmobiliario español*, textos manuscritos para el t. II, p. 6, citado por A. PAU PEDRÓN, *La protección del Arrendamiento urbano*, 1995, p. 150; J. MORELL Y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1925, t. I, pp. 352 ss.; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 1899, t. IV, pp. 770 ss.; J. A. COBACHO GÓMEZ, *La regulación de los arrendamientos rústicos en el Código Civil*, 1989, pp. 72-74; F. DE CÁRDENAS, «De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlos se proponen en el Proyecto de Código Civil», separata de *El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración*, t. XI, 1852, p. 377; F. DE CÁRDENAS, *Estudios jurídicos*, t. I, 1884, p. 195; L. GALINDO Y DE VERA/R. DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA (vid. *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1880, t. I, pp. 455-456); F. BERAUD/M. LEZÓN FERNÁNDEZ, *Tratado de derecho inmobiliario*, 1927, t. I, pp. 190 ss.; BARRACHINA Y PASTOR, *Derecho hipotecario y notarial*, 1910, t. I, pp. 21-22; C. LÓPEZ DE HARO, *Tratado de Legislación Hipotecaria*, 1918, pp. 17 ss.; F. CAMPUZANO Y HORMA, *Principios generales de Derecho inmobiliario y legislación hipotecarias*, 1925, pp. 134 ss.; L. MORENO Y GIL DE BORJA, *Novísima Legislación hipotecaria de España*, 3.ª ed., 1879, pp. 141 ss.; D. DE MORATÓ, *El Derecho civil español*, 1868, t. II, p. 420; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, *cit.* t. III, p. 12; Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, 1909, t. XXIV, pp. 300 ss.; D. DE BUEN, *Derecho civil español común*, 1922, pp. 486 ss.; C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, 1937, t. III, p. 465; L. G. ARANGO Y CANGA, «Hipoteca del arrendamiento de inmuebles», *R. C. D. I.*, 1948, pp. 561-562; L. ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*, 1944, t. II, undécima revisión por H. Lehmann, traducción de la 35.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por B. PÉREZ GONZÁLEZ/J. ALGUER, 1.ª ed., p. 324; J. M. BLOCH, «Arrendamiento de inmuebles», *R. C. D. I.*, 1948, núms. 243-244, pp. 506 ss.

<sup>80</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 95 ss.

Más coherente es la postura de quienes sostienen, como Vallet, que el arrendamiento es oponible en sí, si bien la falta de inscripción supone una amortiguación de sus efectos reales, ya que, si el arrendamiento inscrito puede adquirir una oponibilidad de la que, en principio, carecía, es porque puede tenerla; porque era un derecho real débil o mal configurado pero capaz de recibir fuerza por la inscripción.

Pero de ser así, el arrendamiento no inscrito sólo sufriría la misma ineficacia que los demás derechos reales no inscritos sufren frente al tercer adquirente registral, lo que no sucede en absoluto <sup>81</sup>.

Tampoco entendemos razonable la opinión de A. Pau Pedrón <sup>82</sup>, que no considera indispensable determinar la naturaleza jurídica del arrendamiento a efectos de establecer el régimen jurídico del arrendamiento inscrito y termina por considerarlo un derecho «hipotecariamente real».

Con todo, la posición del arrendamiento en el Registro de la Propiedad es peculiar, habiendo sido calificado como un «audaz polización» en el conjunto que integran los verdaderos derechos reales.

No se incluye entre los derechos reales enumerados expresamente en el artículo 2.2.º LH, ni entre los «otros cualesquiera reales» de ese mismo número; tampoco se identifica con otras situaciones personales que tienen acceso al Registro –como las sentencias de incapacitación o el retorno arrendaticio–; acaso su régimen sea similar al del derecho de opción cuando se configura como derecho personal <sup>83</sup>.

No resultan tampoco coherente pensar que en la mente del legislador hipotecario estuviera –pese a considerar que se había establecido un derecho real– dotar al arrendamiento del mismo régimen hipotecario que a los demás derechos reales inscritos; una observación más meditada de las palabras de la Comisión acusa una falta de convicción a favor de la naturaleza real del derecho del arrendatario.

Se hace necesaria en consecuencia una cuidadosa labor de deslinde entre aquellos preceptos que dentro de la Ley Hipotecaria van referidos a los derechos reales en cuanto derechos oponibles y que serán aplicables también al arrendamiento y aquellos otros que son de aplicación exclusiva a los derechos reales <sup>84</sup>.

Más dudosa era la naturaleza del arrendamiento en las Leyes especiales <sup>85</sup>, que imponían la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario una vez concluido el término contractual (art. 57 TR, de 24 de diciembre de 1964, y art. 74 LAR,

---

<sup>81</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 99.

<sup>82</sup> Vid. A. PAU PEDRÓN, «La inscripción de los arrendamientos de bienes inmuebles», *B. C. R. E.*, núm. 1.º, 1995, p. 8.

<sup>83</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 101.

<sup>84</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 333.

<sup>85</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 110 ss.

de 31 de diciembre de 1980), así como la subrogación legal del adquirente de la finca arrendada en la posición de arrendador, originando una permanencia de la situación arrendaticia difícilmente conciliable con la naturaleza personal de un derecho y dotando al arrendatario de una publicidad legal mucho más protectora que la que el Registro de la Propiedad le podía proporcionar.

Con todo, la legislación especial nunca decretó la perpetuidad; el TR de 1964 imponía un tiempo indefinido y la LAR fijaba, en todo caso, un tiempo más o menos prolongado; además, la estabilidad no implica inherencia ni dota al arrendatario de inmediatez.

Tampoco la atribución de los derechos de adquisición preferente al arrendatario alteran, pese a su carácter real, la naturaleza del derecho de arrendamiento; y, en cualquier caso, la polémica ya no tiene cabida <sup>86</sup>.

En Suiza, el derecho arrendaticio tiene también naturaleza personal, y su constancia registral no lo convierte en un derecho de naturaleza real <sup>87</sup>.

Sin embargo, un autor de tanta trascendencia en el ámbito de los Derechos reales y del Derecho inmobiliario registral en particular, para el Derecho suizo, como E. Huber <sup>88</sup>, entiende que en virtud de las previsiones del ZGB y del CO, «el arrendamiento puede ser hecho eficaz frente a cualquier propietario, *si se le reviste de fuerza real*».

Si bien, estima que sería ir más allá del efecto real, previsto en la ley, pensar que toda relación jurídica de arrendamiento así anotado encierra un carácter real.

Más bien continúa siendo una relación del derecho de obligaciones, y se hace real sólo en cuanto el arrendatario puede hacer valer los derechos constituidos mediante un contrato contra cualquier adquirente posterior de derechos reales en la cosa, quedando aquél igualmente obligado frente a éste en los efectos del contrato. Habría, por consiguiente, sólo una «parte pequeña de *realidad*» <sup>89</sup>.

### III. REGULACIÓN EN EL DERECHO AUSTRÍACO

#### 1. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA REGISTRAL AUSTRÍACO

De gran similitud con el sistema suizo, se encuentra regulado en el ABGB, y en la Ley federal sobre el Registro de la Propiedad,

<sup>86</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 113.

<sup>87</sup> En opinión de E. Huber, en el caso del arrendamiento «nos encontramos frente a una relación personal, puesto que no afectará a un sujeto distinto del arrendador el contrato celebrado entre éste y el arrendatario» (*vid. Estudios sobre la publicidad en el derecho privado...*, *cit.*, p. 18).

<sup>88</sup> Vid. E. HUBER, *Estudios sobre la publicidad en el derecho privado...*, *cit.*, pp. 18 ss.

<sup>89</sup> Vid. E. HUBER, *Estudios sobre la publicidad en el derecho privado...*, *cit.*, p. 20.

*GBG (Grundbuchgesetz)* de 25 de julio de 1871, actualizada por la vigente de 2 de febrero de 1955, que complementa al Código Civil, no sólo en lo que pudiera denominarse técnica y procedimiento registral, sino en algunos aspectos sustantivos.

Las dos disposiciones citadas constituyen el Derecho común, de aplicación general sobre la materia, pero no puede olvidarse la existencia de algunas particularidades existentes en los distintos *Länder*, derivadas del carácter federal de la República austríaca <sup>90</sup>.

El sistema austríaco, aunque tiene bastante en común con el suizo, y –por el carácter constitutivo de la inscripción–, parece remitirnos a reflejarnos un sistema germánico, la impresión que inmediatamente se advierte al conocerlo, es que se trata de un sistema original y de gran perfección <sup>91</sup>, digno quizá de figurar como sistema tipo, como lo pueden ser el francés o el australiano <sup>92</sup>.

Sus características esenciales son las siguientes:

#### 1.º INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

El § 431 *ABGB* dice: «Para la adquisición de la propiedad inmueble tiene que inscribirse el negocio de adquisición en los libros públicos, determinados a este efecto». El § 4 *GBG* recoge el mismo principio, al decir que: «la adquisición, transmisión, limitación y extinción de los derechos registrales sólo se obtiene mediante su inscripción en el Registro (Libro Mayor)» <sup>93</sup>.

#### 2.º SISTEMA CAUSAL Y NO ABSTRACTO

Los documentos inscribibles deben contener una causa o fundamento válido del derecho (§ 26 *GBG*). No basta indicar, *p. ej.*, que la propiedad ha sido transferida a otro, sino que tiene que indicarse el título de la adquisición (compra, permuta, donación, etc.). Solamente para la cancelación de derechos inscritos se prescinde de la indicación del fundamento de Derecho, que, sin embargo, en la práctica también se menciona <sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario y el Registro de la Propiedad en Austria», *R. C. D. I.*, núms. 428-429, 1964, p. 2.

<sup>91</sup> Vid. R. B. SCHLESINGER/H. W. BAADER/M. R. DAMASKA/P. E. HERZOG, *Comparative law...*, cit., p. 685.

<sup>92</sup> Vid. J. LÓPEZ MEDEL, «Sentido social de las instituciones inmobiliario-registrales de la propiedad en Austria», *R. D. P.*, núm. XLVII, 1963, p. 229.

<sup>93</sup> Señalan C. Álvarez Romero/J. López Medel, que se exceptúan los supuestos de adquisiciones a título hereditario, por expropiación forzosa, adjudicaciones judiciales y accesión (vid. «El Derecho inmobiliario...», *loc. cit.*, pp. 3 y 4). En el mismo sentido, vid. A. MANZANO SOLANO, *Derecho Registral...*, cit., t. I, pp. 150-160.

<sup>94</sup> Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario...», *loc. cit.*, p. 17.

### 3.º RIGE LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO

El primero lo constituye el acuerdo de transmitir, que por sí sólo no produce más que un acto obligacional. Para la constitución de un derecho real se necesita que ese acuerdo se complete con el modo que es la inscripción en el Registro <sup>95</sup>.

### 4.º SISTEMA DE *NUMERUS CLAUSUS*

Existe una lista cerrada de derechos reales inscribibles; tales serían los derechos de propiedad, hipoteca, servidumbres, cargas reales y el derecho de superficie, además de los derechos de tanteo y opción y el derecho de arrendamiento, previstos en el § 9 *ABGB*.

### 5.º USUCAPIÓN TABULAR: LA INSCRIPCIÓN LLEVA CONSIGO LA POSESIÓN

El § 441 *ABGB* dice: «Tan pronto como los documentos sobre el derecho de propiedad se inscriben en los libros del Registro, entra el nuevo propietario en la posesión jurídica». De aquí deriva la figura de la usucapión tabular, típica del sistema austríaco, en la que sólo se tiene en cuenta la inscripción y el transcurso del plazo <sup>96</sup>.

### 6.º FE PÚBLICA REGISTRAL

Los derechos adquiridos por terceras personas confiadas en el Registro no pueden ser impugnados aunque exista nulidad, falsedad del título o vicio del consentimiento, si el tercero adquirió de buena fe. No rige la distinción entre adquirentes a título oneroso y gratuito, pues ambos son protegidos <sup>97</sup>.

Para que la fe pública proteja plenamente al tercero sólo se requieren dos circunstancias: una de carácter objetivo, consistente en que del propio Registro no resulte su inexactitud ni se haya anotado demanda de impugnación; otra de carácter subjetivo, que atañe a la buena fe del tercero <sup>98</sup>.

### 7.º TRACTO SUCESIVO

En virtud de este principio, sólo puede practicar su inscripción en el Registro quien traiga causa del titular registral. A los efectos

---

<sup>95</sup> Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario...», *loc. cit.*, p. 6.

<sup>96</sup> Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, *cit.*, t. I, p. 412.

<sup>97</sup> Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, *cit.*, t. I, p. 412.

<sup>98</sup> Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario...», *loc. cit.*, pp. 6-7.

de facilitar la mecánica registral, se permite al tracto abreviado, mediante aseveración de las titularidades intermedias. Regulan esta materia los §§ 21 a 25 *GBG* <sup>99</sup>.

#### 8.º SISTEMA DE FOLIO REAL Y ESPECIALIDAD

El Registro se lleva por fincas, que constituyen la base del mismo. Los derechos de garantía deben expresar con concreción la suma que garanticen y sus intereses <sup>100</sup>. La inscripción de un derecho en copropiedad habrá de expresar en cuotas determinadas, en relación con el todo, la parte que corresponda a cada copropietario (§ 13 *GBG*) <sup>101</sup>.

#### 9.º PRIORIDAD POR EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN EN EL LIBRO DIARIO Y REGULACIÓN DEL RANGO, QUE SE CONFIGURA COMO NEGOCIABLE, ADMITIÉNDOSE SU ALTERACIÓN CON EL CONSENTIMIENTO DE LOS INTERESADOS Y DEL PROPIETARIO DE LA FINCA (§ 30 *GBG*)

#### 10.º COORDINACIÓN PERFECTA ENTRE REGISTRO Y CATASTRO <sup>102</sup>

#### 11.º LLEVANZA DEL REGISTRO POR FUNCIONARIOS JUDICIALES, QUE REALIZAN UNA CALIFICACIÓN SOBRE FORMA Y EL FONDO

#### 12.º ADMISIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS, CON FIRMAS LEGITIMADAS

Los documentos privados, precisamente por su carácter están sujetos a requisitos más rigurosos, precisando el reconocimiento judicial o notarial de las firmas de las personas cuyos derechos se transmiten, limiten, graven o cancelen (§§ 26 y 27 *GBG*) <sup>103</sup>.

Esta admisión de documentos privados puede entenderse por la distinta reglamentación, concepto y selección del Notariado en Austria <sup>104</sup>.

En este punto existe una clara diferenciación con el Ordenamiento registral español, que se ha manifestado de manera

---

<sup>99</sup> Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario...», *loc. cit.*, p. 7.

<sup>100</sup> Vid. J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario...*, *cit.*, t. I, p. 412.

<sup>101</sup> Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario...», *loc. cit.*, p. 7.

<sup>102</sup> Vid. A. MANZANO SOLANO, *Derecho Registral...*, *cit.*, t. I, p. 161.

<sup>103</sup> Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario...», *loc. cit.*, pp. 18-19.

<sup>104</sup> Vid. J. LÓPEZ MEDEL, «Sentido social...», *loc. cit.*, p. 235.

muy particular, recientemente en el ámbito del arrendamiento, dadas las peculiaridades de su régimen formal<sup>105</sup>.

En efecto, cuestión muy debatida recientemente es la del acceso al Registro de los contratos privados de arrendamiento. Pese a que alguna enmienda a la DA 2.<sup>a</sup> del Proyecto de 30 de diciembre de 1992 proponía la adición de un segundo párrafo al artículo 3 LH para hacer inscribibles los arrendamientos que constasen en documento privado, lo cierto es que –por fortuna– no se modificó el artículo 3 LH, en cuya virtud sólo son títulos formales para la inscripción los que consten en documento público notarial, judicial o administrativo.

Sin embargo, el párrafo segundo de la DA 2.<sup>a</sup> LAU, al establecer, en el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de la ley, una previsión de desarrollo reglamentario de los requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad, suscitó profundos –y acaso muy justificados temores– por parte de algunos autores que veían en esta previsión legal una puerta abierta para que en el desarrollo reglamentario se diera entrada en el Registro a los contratos de arrendamiento consignados en documento privado, sin más o con legitimación notarial de firmas<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> Vid. A. VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, 1934, t. I, trad. de W. ROCES, pp. 168 ss.; E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de A. MARTÍN PÉREZ, s/d., pp. 98 ss.; F. C. C. CARNELUTTI, *Sistema del Diritto procesuale civile*, 1938, t. II, pp. 175 ss.; R. VON IHERING, *El espíritu del Derecho romano*, trad. esp., 1895, t. II, núm. 7, pp. 9 ss.; A. SANTORO-PASSARELLI, «Atto o forma del negozio giuridico». *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, 1988, pp. 729 ss.; R. M. ROCA SASTRE, *Estudios de derecho privado* 1948, t. I, pp. 85 ss.; F. C. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*. Trad. J. MESÍA-M. POLEY, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., s. d., capítulo III, § CXXX, pp. 289 ss.; F. HERNÁNDEZ GIL, *Introducción del Derecho hipotecario*, 1963, pp. 4 ss.; TAYLOR VON MEHREN/J. GORDLEY (vid. *The Civil Law system*, 2.<sup>a</sup> ed., 1977, pp. 894 ss.; F. DE CASTRO/Y BRAVO, *El negocio jurídico*, 1985, pp. 278-279; K. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, versión española de J. SANTOS BRIZ, 1958, t. I, pp. 92 ss.); R. NÚÑEZ LAGOS, «Hechos y derechos en el documento público», en *Estudios de Derecho notarial*, 1986, t. I, pp. 489-490; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil...*, cit. t. II, vol. 2.<sup>o</sup>, p. 145; A. DE COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil, Parte general; obligaciones y contratos*, 1988, pp. 26 ss.; J. L. DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, 1987, pp. 393 ss.; J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, reimpresión de la 1.<sup>a</sup> ed., 1992, pp. 31 ss.). L. F. REGLERO CAMPOS, «Comentario a los arts. 1278-1280 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. ALBALADEJO, t. XVII, vol. 1.<sup>o</sup>, B, pp. 681-682.

<sup>106</sup> Vid. J. M. CHICO Y ORTIZ, «El arrendamiento urbano y el Registro de la Propiedad», *Gazeta de los Notarios*, núm. 63, 1994, p. 5; J. J. MARÍN LÓPEZ, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos...*, cit., p. 890; J. RAMS ALBESA, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos...*, cit., p. 639; J. León Castro/M. de COSSÍO, señalan «suponemos y nos tememos que en el correspondiente desarrollo reglamentario del número 5.<sup>o</sup> del artículo 2 LH se consagre el acceso al Registro del arrendamiento en documento privado, multiplicándose de ese modo los problemas y la gravedad de los mismos con semejante solución» (vid. *Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, 1995, p. 541); en parecidos términos decía M. E. Fraile, que: «De momento», la única forma posible de que los contratos accedan al Registro de la Propiedad es que esos contratos se otorguen en escritura pública, salvo

No faltando quienes consideraron que ésta es la única manera de hacer factible la inscripción arrendaticia ya que, a fin de evitar los gastos derivados del otorgamiento de la escritura, a cargo del arrendatario (art. 1555.3.º CC), la mayoría de estos contratos se extienden en documento privado <sup>107</sup>.

---

que esa "pretendida reglamentación" conlleve la modificación del artículo 3 de la Ley Hipotecaria y del artículo 33 de su Reglamento» (*vid. Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por F. PANTALEÓN PRIETO, 1995, p. 416). En el mismo sentido, *vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por BERCOVITZ, 1995, p. 687; J. RAMS ALBESA, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos...*, *cit.*, p. 641; N. DÍAZ MENDEZ/E. LEGIDO LÓPEZ/ M. A. LOMBARDÍA DEL POZO, *Visión judicial...*, *cit.*, pp. 164 y 166; J. J. Marín López, quien, sin embargo encontraba a favor de la inscripción por documento privado los siguientes argumentos:

1.º La mayor agilidad en la práctica de las inscripciones y el abaratamiento de costes.

2.º La remisión de la DA 2.ª LAU al reglamento en orden a la regulación de los «requisitos de acceso» de los arrendamientos al Registro, lo que permite entender que el Gobierno está habilitado para exigir una forma de documentación distinta de la del artículo 3 LH, pues difícilmente puede negarse que la expresión empleada en la LAU comprende, incluso primariamente, la propia forma de documentación del contrato.

3.º El hecho comprobado de que el artículo 3 LH no regula una materia absolutamente reservada a la ley en la que no sea posible intervención reglamentaria; lo demuestran preceptos como los artículos 15, 208 ó 216 RH, que permiten, sin claro soporte en la LH o en cualquier otra norma con rango de ley, el acceso al Registro de documentos privados. Merced a lo que, en la propia materia arrendaticia, el artículo 15 RH no ha sido tachado seriamente de ilegal por permitir, sin cobertura legal y frente a lo dispuesto en el artículo 3 LH que esa constancia proceda de documento privado.

Termina el autor señalando que, en su opinión, los argumentos contrarios a que el desarrollo reglamentario prevea la inscripción de los arrendamientos por documento privado son tan válidos como los favorables; correspondiendo al Gobierno decidir sobre la base de un criterio de oportunidad, si esa posibilidad debe o no ser admitida. Si así fuera los documentos privados de arrendamiento deberían contar con la legitimación notarial de las firmas de los intervinientes (*vid. Comentarios a la Ley de Arrendamientos...*, *cit.*, pp. 891-892).

<sup>107</sup> *Vid. M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valencia, 1994, p. 379). En el mismo sentido, *vid. J. V. FUENTES LOJO, Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, 1995, p. 206; T. Torres García entiende que el número dos de la disposición adicional segunda —que establece un plazo de nueve meses para el desarrollo reglamentario de los requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad— puede tener por finalidad establecer una vía intermedia que respetando el rigor formal que requiere la calificación registral no convierta en utopía el acceso al Registro, añadiendo a las excepciones de los artículos 147, 155 y 208 RH, la del arrendamiento de bienes inmuebles, considerando al documento privado fehaciente título para inscribir (*vid. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, 1994, p. 590). Señalando A. Parra Martín que «se anuncia, no obstante lo que parece que va a permitir evitar la escritura pública para practicar la inscripción registral». Y, como si la exigencia de titulación pública para practicar inscripciones lejos de constituir garantía inigualable de autenticidad registral y base de actuación de los principios hipotecarios, fuera un estorbo que entorpeciera la verdadera eficacia de las inscripciones añade: «de momento, de poco sirve el nuevo artículo 37, que establece que las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento. Por ahora no basta el otorgamiento por escrito para la práctica de la inscripción. Pero el precepto parece indicio de



No hubiera sido admisible que esta habilitación legal se materialice en suprimir la exigencia de escritura pública; a ello se opondría la literalidad del artículo 3 LH que no podría, en ningún caso, ser derogado por una disposición de inferior rango, máxime cuando se desestimaron los intentos de modificación del artículo 3 LH por una norma de rango legal.

Si existen algunas excepciones a la exigencia de titulación pública, tienen un carácter abiertamente excepcional y —a juicio de la mayoría de la doctrina hipotecarista— no existen verdaderamente en el asiento de inscripción.

En efecto, en lo referente a la admisión de documentos privados en el Registro prevista en algún precepto del RH, debe señalarse que en ningún caso se permite el acceso de documentos privados mediante el asiento de inscripción, siendo evidentes las diferencias en relación con los efectos hipotecarios existentes entre el asiento de inscripción y todos los demás.

No pueden compararse, pues, estos aislados casos previstos en el RH y sus consecuencias —en especial la constancia del derecho de retorno que accede al Registro por nota marginal y cuyos efectos son muy limitados—<sup>108</sup> con las que tendría la inscripción del contrato de arrendamiento<sup>109</sup>.

---

que el legislador piensa en breve autorizar el acceso registral de los contratos de arrendamiento, otorgados en documento distinto de la escritura pública» (*vid. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos...*, *cit.*, p. 468). En el mismo sentido, entienden D. Lozano Romeral/J. de Fuentes Bardaji, que, a tenor de la DA 2.ª LAU, se habilita al Gobierno para excepcionar los requisitos de inscribibilidad de los títulos hoy contenidos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria (*vid. Todo sobre la nueva Ley de Arrendamientos urbanos*, 1994, p. 58). Idea que también parece estar en la mente de A. la Chica al señalar que «es de esperar que estos requisitos [de acceso de los arrendamientos al Registro establecidos por el desarrollo reglamentario a la DA 2.ª] no lleguen a hacer muy restringido el acceso, puesto que esto dejaría sin sentido la modificación del artículo 2.5.ª LH» (*vid. Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos comentada*, 1995, p. 207). J. J. Marín López, pese a haber expuesto argumentaciones en pro y en contra, del documento privado y resaltar que hay tantos argumentos en favor como en contra concluye afirmando que «el mantenimiento de la titulación pública para la inscripción de los arrendamientos es la solución más óptima, pues abrir la puerta a los concertados en documento privado no sólo supone privar a estos contratos de la garantía que siempre propicia la intervención notarial, cubierta de un modo muy parcial e insuficiente por el trámite de legitimación de firmas, sino que, además, se presta a confabulaciones de todo tipo (*p. ej.*, postdatación de la fecha del contrato), difícilmente controlables (*vid. Comentarios a la Ley de Arrendamientos...*, *cit.*, p. 896). J. LEÓN CASTRO/M. DE COSSÍO, *Arrendamientos urbanos...*, *cit.*, p. 542.

<sup>108</sup> *Vid.* «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 260 ss.

<sup>109</sup> *Vid.* E. J. PÉREZ POLO, «Los arrendamientos urbanos. Comentario de su nueva normativa», *Boletín de información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 172, 1995, p. 1340. Señala J. L. Lacruz Berdejo, que la exigencia general de documento público contenida en el artículo 3 LH, tiene algunas excepciones: así, en materia de inscripciones (aparte del art. 298 LH, que no constituye excepción propiamente dicha, pues no se trata de títulos inscribibles, sino de documentos puentes o auxiliares, y a lo sumo —el núm 10— de documento privado incorporado a acta de notoriedad) existe la posibilidad

Tampoco podría haberse admitido la legitimación notarial de firmas en los contratos privados de arrendamiento, pues siguen siendo documentos privados los así intervenidos; además, conforme a nuestra legislación notarial, en ningún caso es posible legitimar firmas en estos contratos, pues es un supuesto expresamente prohibido por el artículo 258 RN, que sólo admite dicha legitimación de firmas en los documentos que no estén comprendidos en el artículo 1280 CC o en otra norma legal que exija la escritura pública como requisito de existencia o eficacia.

En este sentido, son plenamente aplicables las valiosas conclusiones obtenidas por A. Rodríguez Adrados <sup>110</sup> en su estudio de la naturaleza documental de la póliza intervenida, estableciendo que: La póliza intervenida no es un documento unitario, sino que resulta de la yuxtaposición de dos documentos distintos: la póliza de los

---

de inscribir los cuadernos particionales formados por comisarios o contadores partidores [art. 80.1.a) RH]. En cierto modo constituye también excepción la instancia –documento privado– del heredero único, en la cual se haga relación de bienes cuando no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, y consten los bienes inscritos a nombre del causante (arts. 14.3.º y 16 LH, y 79, 80,1 y concordantes del RH). Sólo hasta cierto punto es excepción porque título sigue siendo el testamento o declaración de herederos, y la descripción de los bienes se hará tal como conste registralmente hecha a nombre del causante; la instancia, pues, con relación de bienes, en último análisis, no pasa de ser un documento auxiliar o complementario.

En materia de anotaciones la anotación preventiva del crédito refaccionario puede practicarse en virtud de contrato privado que conste por escrito (arts. 59 LH y 155 RH).

En materia de cancelaciones pueden considerarse excepciones las contenidas en los artículos 156 LH, 208 y 238 RH; por lo demás, los documentos complementarios pueden ser privados. Si bien, concluye el autor, se trata siempre de supuestos excepcionales que carecen de una especial significación (*vid. Elementos, cit.*, t. III bis, p. 289). En parecidos términos, señalan R. M. Roca Sastre/L. Roca-Sastre Muncunill, que en materia de inscripciones puede afirmarse que, en rigor, no existe excepción alguna a la regla de exigencia de titulación pública. En materia de anotaciones preventivas, añaden que en el caso de las anotaciones de legados (arts. 147 y 148 RH), así como en las a favor de los acreedores en casos de adjudicaciones para pago de deudas (art. 172 RH), no hay tal excepción, pues las solicitudes privadas en que se piden aquéllas, se apoyan, respectivamente, en testamentos, en escritura pública o sentencia en que se consignan los créditos (*vid. Derecho hipotecario...*, *cit.*, t. I, pp. 451-454). En parecidos términos se manifiesta J. M. CHICO y ORTIZ, *vid. Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, 1994, pp. 500-502. La exigencia general de titulación pública como garantía de legalidad y veracidad del Registro es también consignada por M. Peña BERNALDO DE QUIRÓS (*vid. Derechos reales, Derecho hipotecario*, 2.ª ed. 1986, p. 542); M. Villares Picó entendió que los documentos privados podían ser objeto de asiento de presentación, pues ningún precepto los excluye expresamente; con lo que, la inscripción que se practicase cuando fuesen elevados a públicos, gozaría de la prioridad que le correspondería a aquel asiento (*vid. «El documento privado...»*, *loc. cit.*, pp. 420 ss.); en contra se ha manifestado la mayoría de la doctrina hipotecaria, así como la *STS de 17 de febrero de 1955*, que admite el asiento de presentación sólo en los supuestos excepcionales en que las disposiciones legales les atribuyen eficacia registral; las *SSTS de 24 de mayo de 1982* y *20 de octubre de 1976*, que han declarado que los títulos inscribibles son únicamente los del artículo 3 LH, ninguno de los cuales es documento privado.

<sup>110</sup> Vid. A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «Naturaleza documental de la póliza intervenida», *L. L.*, marzo 1995, p. 49).

contratantes y su intervención por el Corredor. La póliza es un documento contractual, con las declaraciones y firmas de las partes: el Corredor es ajeno a la póliza, al menos *ex officio*; la póliza es, pues, un puro documento privado.

La intervención es otro documento que se adiciona a la póliza, cuando ésta ya está perfeccionada y firmada. Las partes, a su vez, son ajenas a la intervención de su póliza, que se limitan a solicitar, pero sin tener en ella actuación alguna: ni declaran nada, ni firman nada; sus declaraciones y sus firmas están ya en la póliza y no se reiteran. El contenido fundamental de la intervención es la declaración del Corredor colegiado de que se ha asegurado la legitimidad de las firmas de la póliza, de la identidad de los firmantes, y de su capacidad legal para contratar. La intervención es, por tanto, un documento público probatorio de esos tres extremos del documento adicionado, de la póliza; no puede ser nunca documento público dispositivo porque las declaraciones y firmas de los contratantes no están en él, en la intervención, sino en la póliza.

Póliza e intervención no se funden, ni deben confundirse. En virtud de su intervención, la póliza ha dejado de ser un puro y simple documento privado, pasando a ser un *documento privado intervenido*. La principal consecuencia de esa legitimación es la concesión a la póliza de efectos ejecutivos <sup>111</sup>.

Con total claridad se manifiesta acertadamente la Circular núm. 1/95 de la Junta de Decanos, Madrid, enero 1995, pp. 14-15, que termina con las siguientes conclusiones:

1.º El artículo 3 LH exige para el acceso de los arrendamientos anteriores o posteriores a la nueva LAU la escritura pública, por lo que todos habrán de constar en esta última, surgiendo la correspondiente acción (art. 1279) para exigir su otorgamiento entre partes. Parece evidente que donde hay acción para exigir la elevación a escritura pública hay prohibición para legitimar notarialmente la firma (art. 258 RN).

2.º El artículo 258 del RN prohíbe legitimar firmas en documento privado de arrendamiento de inmuebles.

---

<sup>111</sup> Señalando de modo concluyente L. Díez PICAZO: «El documento intervenido, privado en su origen, privado continúa siendo» (*vid.* «Fe Pública y documento privado», en *La Fe Pública*, Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado, 1994, p. 218). En contra, y con escasos fundamentos, V. Domingo González, señalando que la actuación fedataria del Corredor en la póliza intervenida no puede equipararse a una legitimación notarial de firmas, ya que la intervención no puede separarse del otorgamiento de la póliza por las partes. Para afirmar, en base a ello, la naturaleza de documento público de la póliza intervenida por Corredor de Comercio (*vid.* «La función notarial de los Corredores de Comercio colegiados», *L. L.*, 12 y 13 de octubre de 1995, p. 25).

3.º El artículo 214 del RN sí permite, en cambio, la mera protocolización con los limitados efectos de simple conservación y autenticidad de la fecha. Pero habrá que advertir expresamente que no adquiere valor de escritura pública ni, por tanto, en lo que ahora interesa, es título adecuado para la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad.

Permitir el acceso de documentos privado, de arrendamiento hubiera producido perniciosas consecuencias sobre la seguridad del sistema inmobiliario al dispensar a los documentos que llegan al Registro del control de legalidad realizado por el Notario que no puede sustituirse, sin más, por la calificación registral, propiciando todo tipo de falsedades documentales <sup>112</sup>.

Si es evidente, en nuestro Derecho, que la inscripción del arrendamiento en condiciones normales de acceso al Registro, *ex* artículo 3 LH no puede producir los mismos efectos que la inscripción de los Derechos reales, ¿qué valor puede tener la inscripción de un arrendamiento cuyo título formal es un documento privado?, ¿cómo defender la actuación de los principios de inoponibilidad de lo no inscrito, prioridad o algunos aspectos de la legitimación registral sin una verdadera garantía de control de legalidad? En estas condiciones sí sería inútil la inscripción del contrato.

El tardío desarrollo reglamentario por RD 297/1996, de 23 de febrero, que regula las condiciones de acceso al Registro de los arrendamientos sujetos a la LAU, produciendo una absurda bifurcación entre estos últimos –que se rigen por el RD– y los demás contratos –que se regirán por las reglas generales de nuestro sistema hipotecario–, resultado que es fruto de la previa incorrección que supone modificar la LH mediante la LAU, ha tenido sin embargo la fortuna de seguir exigiendo titulación pública para el ingreso en el Registro (art. 2), estableciendo como medida mucho más lógica para fomentar la inscripción arrendaticia una rebaja del 25 por 100 en los aranceles registrales y notariales, que lamentablemente sólo se refiere a los contratos incluidos en el ámbito de aplicación del RD y cuya generalización a todos los arrendamientos inscribibles sería muy deseable <sup>113</sup>.

## 2. CARACTERES ESENCIALES DE LA REGULACIÓN DEL MIETVERTRAG Y DEL PÄCHTVERTRAG Y SU INSCRIPCIÓN EN EL GRUNDBUCH

El *ABGB* regula el arrendamiento después del concepto de contratos de «larga duración» –*Bestandvertrag*–, configurándolo

---

<sup>112</sup> *Vid.* «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 176.

<sup>113</sup> *Vid.* «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 178.

como la cesión del uso de una cosa a cambio de un precio (§ 1.090 *ABGB*)<sup>114</sup>.

Sigue el Derecho austríaco, la tendencia de la pandectística decimonónica a distinguir, entre los dos subtipos de *locatio rerum*, el *Miet* y el *Pächt*; ambos comprendidos bajo la denominación común de *Bestand*<sup>115</sup>.

*Mieter* –arrendamiento de uso, equivalente a nuestro arrendamiento de cosas y arrendamiento urbano, ya que puede recaer sobre cosa mueble o inmueble– y *Pächter* –arrendamiento de uso y disfrute, equivalente a nuestro arrendamiento rústico–<sup>116</sup>.

Así pues, *Mieter* será la cesión remunerada de una cosa mueble o inmueble para su uso; y *Pächter* será la cesión remunerada de una cosa inmueble fructífera para su uso y disfrute<sup>117</sup>.

Conforme al § 1.091 *ABGB*, existe *Miet* cuando la cosa sea susceptible de uso sin necesidad de actividad alguna por parte del arrendatario; mientras que, existe *Pächt*, cuando sólo por medio de la diligencia y el trabajo puede ser utilizada<sup>118</sup>.

Se establece en el Código austríaco, una regulación del contrato bastante próxima a la nuestra: el arrendador está obligado a entregar la cosa y mantenerla en estado de servir al uso a que ha sido destinada (§ 1.096 *ABGB*)<sup>119</sup>; son también semejantes a nuestro derecho las obligaciones del arrendatario, así como la regulación en materia de conservación y mejoras<sup>120</sup>, renta<sup>121</sup>, transmisión del contrato (§ 1.098 *ABGB*)<sup>122</sup>, riesgos<sup>123</sup>, causas de extinción<sup>124</sup>, etc.

Si bien, y precisamente por su carácter de contrato de larga duración, la nota de temporalidad no aparece tan claramente definida como en nuestro ordenamiento jurídico en el que tradicionalmente se ha venido considerando como elemento característico del

<sup>114</sup> Vid. H. KLANG/F. GSCHNITZER, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Fünfter Band, §§ 1.090-1.092*, 1954, pp. 6-25.

<sup>115</sup> Vid. B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. de C. FADDA/E. BENZA, t. II, vol. 2.º, 1904, p. 136.

<sup>116</sup> Entiende B. Windscheid que frente a las opiniones que entienden que el criterio distintivo entre *Miet* y *Pächt*, es subjetivo y consiste en la diversa amplitud del derecho de goce conferido al arrendatario, hay *Miet* cuando el objeto arrendado es un inmueble urbano, en tanto que hay *Pächt*, por el contrario, cuando el objeto del contrato consiste en *beni rustici* (vid. *Diritto delle pandette...*, cit., t. II, vol. 2.º, p. 136).

<sup>117</sup> Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, t. I, 1985, p. 323.

<sup>118</sup> Vid. H. KLANG/F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, p. 26.

<sup>119</sup> Vid. H. KLANG/F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, pp. 40-41.

<sup>120</sup> Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Recht...*, cit., t. I, pp. 330 ss.

<sup>121</sup> Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, pp. 333 ss.

<sup>122</sup> Vid. H. KLANG/F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, pp. 51-62.

<sup>123</sup> Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, p. 336.

<sup>124</sup> Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, pp. 336 ss.

contrato de arrendamiento, junto a su carácter consensual, bilateral, y conmutativo, su temporalidad <sup>125</sup>.

De hecho, el elemento tiempo se convirtió históricamente en la clave de distinción entre el arrendamiento y otros derechos reales; incluso dentro del contrato de arrendamiento la llamada *locatio ad longum tempus* tuvo la consideración de derecho real, transmitiendo el dominio útil.

El Código Civil introduce el «tiempo determinado» al definir en contrato de arrendamiento de cosas en el artículo 1543 <sup>126, 127</sup>; el artículo 1565 establece la conclusión del arriendo el día *prefijado*, sin necesidad de requerimiento, requisito éste preciso en los demás casos; los artículos 1566 y 1567 recogen y aplican la doctrina de la tácita reconducción, que sólo nos interesa en este momento en cuanto complemento de la temporalidad que el Código atribuye al contrato de arrendamiento <sup>128</sup>.

Si bien hay que entender la exigencia del tiempo determinado en el sentido de que sea el arrendamiento temporal y no perpetuo,

---

<sup>125</sup> Sobre la temporalidad del arrendamiento y su tratamiento doctrinal, *vid.* FUBINI, *op. cit.*, pp. 334-336. J. M. Manresa y Navarro señala que el arrendamiento es, por su naturaleza, temporal; de ahí que el Código al definir el de cosas en el artículo 1543 haya tenido en cuenta la noción del tiempo (*vid. Comentarios..., cit.*, t. X, p. 410). Para Q. Mucius Scaevola el requisito del tiempo determinado o cierto constituye un elemento connatural del arrendamiento; de modo que la temporalidad es condición para la existencia de aquel (*vid. Código civil..., cit.*, t. XXIV, p. 414). Señala A. Trabucchi que la concesión *temporal* del goce de una cosa a cambio de un precio constituye un tipo de contrato de frecuente aplicación en la práctica y que se conoce tradicionalmente con el nombre de locación-arrendamiento (*localizzazione-conduzione; locatio-conductio*) (*vid. Instituciones de Derecho civil*, t. II, p. 295).

<sup>126</sup> El artículo 1709 del Código francés habla de tiempo cierto y determinado.

<sup>127</sup> Para J. M. Manresa y Navarro hubiera sido mejor sustituir las palabras «por tiempo determinado», por la de «temporalmente», que hubiera respondido mejor a las necesidades de la práctica (*vid. Comentarios..., cit.*, t. X, p. 411).

<sup>128</sup> Para J. M. Manresa y Navarro la tácita reconducción es un nuevo contrato de arrendamiento que se celebra en virtud del consentimiento tácito que se manifiesta en virtud de la permanencia en el disfrute durante el tiempo señalado –15 días– del arrendatario, y mediante la aquiescencia en ese mismo período del arrendador; siempre que no haya mediado requerimiento. El principal efecto de la tácita reconducción sería para el autor, la creación de un nuevo contrato de arrendamiento, lo que la diferencia de la prórroga legal o voluntaria del arrendamiento. Las relaciones jurídicas creadas por la tácita reconducción se regirán por lo pactado en el contrato que a la reconducción da lugar, por ser esta lo verdaderamente querido por los contratantes. Este nuevo contrato tendrá la duración determinada en los artículos 1577 y 1581 (*vid. Comentarios..., cit.*, t. X, pp. 548-560). Para A. Cossío/C. Rubio: «Si el arrendatario, después de haber expirado el término del contrato, continúa en la posesión sin que a ello se oponga el arrendador se tendrá por revocado el arrendamiento, que será en este caso regido, en lo que a su duración se refiere, por los preceptos relativos a los que fueron concertados sin determinación de tiempo (*vid. Tratado..., cit.* t. I, p. 368); Para Q. Mucius Scaevola tácita reconducción es un nombre de tradición jurídica antigua, que, etimológicamente, equivale a volver a arrendar, pues uno de los modos de designarse el arrendamiento en otros tiempos era el de conducción, llamándose *conductor* al arrendatario; y *actio conducti*, una de las concedidas para hacer efectivos los derechos y obligaciones estipulados con el arrendador (*vid. Código civil..., cit.*, t. XXIV, pp. 589-595).

ya que el propio Código admite el supuesto en que no se pacta tiempo determinado, como los demuestran los artículos 1577 y 1581 <sup>129</sup>, al establecer reglas sobre la duración del contrato para aquellos casos en los que las partes no hayan fijado plazo <sup>130</sup>.

Adentrándonos en el régimen jurídico del contrato en el Derecho austríaco, nos interesa especialmente la relación del tenedor de la cosa (*Bestandnehmer*) con los terceros. El arrendatario tiene derecho a la posesión de la cosa y puede proceder en esta cualidad contra los terceros con acciones semejantes a nuestros interdictos de retener y recobrar <sup>131</sup>.

Existe, además alguna opinión doctrinal que atribuye al arrendatario acciones de naturaleza real, más allá de las puramente interdictales <sup>132</sup>.

Tal consideración estaría basada en el hecho de que el propietario de la cosa no puede, durante el término de duración de la relación de arrendamiento, reclamarla al arrendatario; ya que en el arrendamiento de inmuebles el derecho de uso corresponde al arrendatario. Siendo la posición del arrendador semejante a la del propietario de una cosa mueble ignorada, que no puede reclamarla <sup>133</sup>.

<sup>129</sup> La Compilación navarra, en su ley 589, 1.º, dispone que: «A falta de pacto, se entenderá que el plazo de duración del contrato es igual a la unidad de tiempo a que corresponda la retribución fijada».

<sup>130</sup> Vid. Q. MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil...*, cit., t. XXIV, p. 27; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., t. II, vol. 2.º, p. 125. Para Fubini las hipótesis de los artículos 1577 y 1581 no constituyen arrendamientos a los que le falta un elemento esencial o cuya duración sea indeterminada, sino que deben estimarse como contratos en los que las partes se han remitido al plazo legal, que en el caso del primer artículo *se entenderá por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que toda la finca arrendada diere en un año o pueda dar por una vez, aunque pasen dos o más años para obtenerlos*, y si es de tierras labrantías, divididas en dos o más hojas, *se entienden por tantos años cuantas sean éstas*; mientras que si no se hubiese fijado plazo en el arrendamiento urbano, el segundo de los artículos citados señala *que se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario* (vid. op. cit., p. 348). Para J. Castán Tobeñas/J. Calvillo de Arenaza, es de esencia en el contrato de arrendamiento la duración temporal, si bien también es connatural al contrato ser una relación jurídica permanente, duradera o de tracto sucesivo; la duración temporal sería incompatible con la perpetuidad del arrendamiento, pero no con la indefinición del día del vencimiento del plazo contractual (vid. *Tratado práctico...*, cit. t. II, p. 198). L. Díez Picazo señala que el significado de la exigencia temporal del 1543 debe entenderse en el sentido de rechazar el arrendamiento a perpetuidad claramente, pero no obliga a que se haga constar necesariamente la duración del contrato (vid. *Sistema...*, cit., t. II, p. 363). Para M. R. Valpuesta Fernández el artículo 1543 CC, excluye la posibilidad de que el arrendamiento sea a perpetuidad o con vigencia indefinida; en caso de que no hay sido dispuesto nada al respecto será de aplicación el artículo 1581 CC (vid. *Derecho de obligaciones y contratos*, 1994, p. 618).

<sup>131</sup> Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, p. 342.

<sup>132</sup> Vid. A. PATHY, *Der possessorische Schutz gegenüber Eigenmächtigkeiten eines Miteigentümers*, J. B. I., 1978, p. 341, cit. por H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts. Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht*, t. II, 1985, p. 81.

<sup>133</sup> Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. II, p. 82.

Además la jurisprudencia, en alguna sentencia, otorga al arrendatario, junto a las acciones posesorias contra perturbaciones de hecho, una acción *quasi-negatorische* <sup>134</sup>.

Con todo, tampoco puede hablarse de una admisión generalizada de la atribución al arrendatario de acciones reales directas contra perturbaciones de derecho, fuera del ámbito registral <sup>135</sup>.

Esta posición se defiende con mucha mayor claridad en nuestro ordenamiento jurídico <sup>136</sup>, en el cual el arrendamiento no inscrito no goza de prioridad frente a ningún otro derecho, ni es oponible a nadie más allá del ámbito de actuación del artículo 1257 CC; el arrendador puede imponer sobre la cosa un derecho real incompatible con el disfrute del arrendatario y éste no podrá, en ningún caso, prevalerse de acción real alguna, para utilizar su derecho de exclusión, contra el titular real posterior; el contrato se resolverá y el arrendatario sólo tendrá acción personal, por incumplimiento contractual, contra el arrendador que gravó <sup>137</sup>.

En el Derecho austríaco rige, como regla general, la regla *Kauf die Miete bricht*, en los § 1.120 <sup>138</sup> y 1.121 <sup>139</sup> *ABGB*.

El primero establece que el propietario del inmueble arrendado puede vender la cosa y entregarla al nuevo adquirente, siempre que el derecho arrendaticio no se haya inscrito en el Registro de la Propiedad conforme al § 1.095 *ABGB*, pudiendo el comprador desahuciar al arrendatario tras el debido preaviso para desalojar el inmueble.

En este caso el arrendatario tiene derecho a reclamar del arrendador la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, y a la percepción, en su caso, de los frutos pendientes.

El segundo establece también para las enajenaciones de carácter forzoso, el derecho del adjudicatario a que finalice el arriendo vigente al verificarse la enajenación, con la excepción de que se haya inscrito el arrendamiento en el Registro de la Propiedad.

Por la compra, el arrendamiento se convierte o puede convertirse en un contrato por tiempo determinado, con posibilidad de resolu-

---

<sup>134</sup> Cf. *Klage nach § 372 Dazu in Bd II S 35 f.*

<sup>135</sup> Vid. H. KOZIO/LR. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, p. 343.

<sup>136</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», cit., pp. 356 ss.

<sup>137</sup> A excepción de los arrendamientos aun sujetos a prórrogas forzosas, o durante el período legal mínimo de duración del contrato, en las leyes especiales.

<sup>138</sup> «*Hat der Eigentümer das Bestandstück an einen Andern veräußert, und ihm bereits übergeben; so muß der Bestandinhaber, wenn sein Recht nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen ist (§ 1.095), nach der gehörigen Aufkündigung dem neuen Besitzer weichen. Er ist aber berechtigt, von dem Bestandgeber in Rücksicht auf den erlittenen Schaden, und entgangenen Nutzen eine vollkommene Genugung zu fordern.*».

<sup>139</sup> «*Bei einer zwangsweisen gerichtlichen Veräußerung ist das Bestandrecht, wenn es in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, gleich einer Dienstbarkeit zu behandeln. Hat der Ersteher das Bestandrecht nicht zu übernehmen, so muß ihm der Bestandnehmer nach gehöriger Aufkündigung weichen.*».



ción legítima antes del transcurso del plazo de duración pactada. Lo cual no significa abandonar su concepción como contrato «de larga duración»; ya que es una relación jurídica intermedia –la venta– la que provoca la resolución del contrato anticipadamente <sup>140</sup>.

No se modifica, pues, la concepción del contrato de arrendamiento como *Bestandvertrag*, la venta sólo supone un incumplimiento contractual, y el arrendatario podrá exigir del arrendador la correspondiente indemnización.

Sin embargo, la regla *Kauf die Miet bricht* no rige de manera absoluta; en principio, y en virtud del principio de relatividad del contrato, el arrendatario no ostenta ningún derecho hacia el adquirente, pero cabe la posibilidad de que éste asuma la relación arrendaticia –en virtud de pacto expreso para dejar sin efecto el principio de resolución del contrato en caso de venta, o en virtud de la aceptación posterior del contrato por parte del adquirente– <sup>141, 142</sup>.

Puede también, el contrato ser oponible, mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad –*Grundbuch*–.

Conforme al § 9 *GBG*: «En el Registro de la Propiedad sólo pueden inscribirse derechos reales y cargas, además de los derechos de retracto y opción, así como el derecho de arrendamiento».

El contrato de arrendamiento se inscribe en el Registro de la Propiedad, en el mismo folio donde esté inscrito el inmueble, gravándolo <sup>143</sup>.

Señalando el § 1.095 *ABGB*, que si el contrato de arrendamiento –en sus dos variantes– estuviera inscrito en los Registros públicos, deberá considerarse el derecho del arrendatario como un derecho real cuyo ejercicio por el tiempo que quede no podrá impedirse ni aun por quien suceda en la posesión <sup>144</sup>.

En el documento en cuya virtud se realiza la inscripción debe determinarse exactamente el objeto del contrato, la duración del mismo <sup>145</sup> y la remuneración pactada <sup>146</sup>.

<sup>140</sup> Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, p. 343.

<sup>141</sup> Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, p. 343.

<sup>142</sup> En las leyes especiales se invierte la regla *Kauf die Miete bricht*, pero con una regulación más sana que la establecida en nuestra anterior legislación especial (vid. § 2.1 M. R. G.).

<sup>143</sup> Vid. H. KOZIOL/R. WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, p. 344.

<sup>144</sup> «Wenn ein Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist; so ist das Rechts des Bestandnehmers als ein diglinches Rechts zu betrachten, welches sich auch der nachfolgenden Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß».

<sup>145</sup> En virtud de la precisión temporal del § 1095, *ABGB*, «welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß», ha entendido la jurisprudencia que es inadmisibile un arrendamiento indefinido o sin plazo señalado. Vid. O. G. H. in S. Z. 32/124; S. Z. 33/68; En el mismo sentido se han manifestado A. DENGLE, *Der Bestandvertrag auf unbestimmte Dauer im Grundbuch*, (El contrato de duración indeterminada en el Registro de la Propiedad), N. Z., 1950, p. 56); Señalando H. KLAN/F. GSCHNITZER, que conforme al § 4 *GBG*., es esencial la determinación del tiempo de los contratos. Vid. *Kommentar...*, cit., t. V, p. 37.

<sup>146</sup> Vid. H. KLANG/ F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, p. 37.

De manera semejante, en nuestro país, las circunstancias de la inscripción serán, las generales de los artículos 9 LH y 51 RH y las especiales procedentes. Si bien, como la arrendaticia será «posterior inscripción» y en virtud del artículo 51 RH, las circunstancias referentes a la naturaleza, situación, medida superficial y nombre de la finca, no se repetirán, ya que constarán en la primera inscripción.

Concretamente, la inscripción puede expresar: el importe de la renta, si ésta consiste en dinero o en frutos, el tiempo y forma de pago, el uso al que debe destinarse la cosa y demás limitaciones que consten en el contrato –*p. ej.*, la prohibición de subarrendar–, la duración, el pacto de prórroga o reconducción.

En caso de que el arrendamiento sea otorgado por el titular de un derecho real limitado deberá hacerse constar esta circunstancia, así como que el derecho del arrendatario se extinguirá al término del derecho del arrendador <sup>147</sup>.

El *ABGB*, no exige el consentimiento del arrendador para la inscripción, pudiéndose realizar por la sola iniciativa del arrendatario; pero del *GBG* se deduce que sería necesario tal consentimiento <sup>148</sup>.

En nuestro país, rigen para el arrendamiento las reglas generales sobre legitimación para pedir la inscripción, de acuerdo con el principio de rogación; así, podrá solicitarla tanto el arrendador como el arrendatario, por sí o por sus representantes legales o voluntarios. Si bien lo normal es que lo haga éste último incluso sin conocimiento o intervención del arrendador, ya que ha desaparecido la necesidad de convenio expreso para la inscripción, a diferencia de lo que ocurría con la redacción anterior del artículo 2.5 LH <sup>149</sup>.

El Derecho austríaco permite también la inscripción de los derechos derivados del contrato de arrendamiento –subarriendos y cesiones arrendaticias–, requiriéndose siempre el consentimiento del arrendador; de manera que deberá denegarse la inscripción de las cesiones o traspasos de los derechos arrendaticios sin consentimiento del arrendador <sup>150</sup>.

No está permitida, en cambio, la inscripción de una prórroga del tiempo de duración del contrato; siendo necesario practicar una nueva inscripción que no conservará el rango de la primera, viniendo

---

<sup>147</sup> Vid. *La inscripción del derecho de arrendamiento...*, cit., pp. 349-352.

<sup>148</sup> Vid. H. KLANG/ F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, p. 37.

<sup>149</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», cit., pp. 331-333.

<sup>150</sup> Vid. H. KLANG/F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, p. 38.

do determinada la prioridad del nuevo asiento por la fecha de la segunda inscripción del contrato prorrogado <sup>151</sup>.

También en nuestro Ordenamiento junto a la inscripción del contrato de arrendamiento es necesario tener en cuenta la de los subarriendos, cesiones y subrogaciones arrendaticias. Si en el Código Civil puede admitirse como regla general la transmisibilidad de la posición contractual del arrendatario mediante el subarriendo –si no hay prohibición expresa– o la cesión –si hay consentimiento del arrendador–, no sucede lo mismo en las leyes especiales; si bien la nueva LAU mantiene un criterio más permisivo para los arrendamientos de uso distinto al de la vivienda; restringiéndose mucho, en cambio, los supuestos de subrogación legal, ante la notoria reducción de las derivadas del régimen de prórrogas forzosas.

La trascendencia práctica de estas figuras radica en la consideración del derecho del arrendatario como un derecho con valor patrimonial autónomo y susceptible de comercio; lo que ocurre en los supuestos de arrendamiento de local de negocio o de industria, ámbito en el que tendrán repercusión estas inscripciones, que requieren la concurrencia de dos requisitos: la previa inscripción del arrendamiento –para la inscripción de la retrocesión se exige también la previa inscripción de la cesión– y que no figuren inscritas prohibiciones de subarrendar, ceder o subrogar. Su efecto principal es hacer gozar al titular de tales derecho o facultades de la oponibilidad registral.

La regulación normativa de la inscripción de los subarriendos, cesiones y subrogaciones arrendaticias ha pasado a adquirir rango legal a partir de la reforma que en el artículo 2.5.º de la LH se ha producido por la LAU de 24 de noviembre de 1994. Con anterioridad dicha inscripción se hallaba regulada en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947 <sup>152</sup>.

Los reglamentos de 21 de junio de 1861 <sup>153</sup> y 29 de octubre de 1870 <sup>154</sup> consagraron en su artículo 5 que los subarriendos, cesiones,

<sup>151</sup> Vid. H. KLANG/ F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, p. 38.

<sup>152</sup> Todavía vigente, aunque salvo en la referencia a las retrocesiones constituye una reduplicación del artículo 2.5.º LH, conforme al cual: «Sin perjuicio de las prohibiciones establecidas en las leyes, los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamiento serán inscribibles cuando tengan las circunstancias expresadas en el párrafo 5.º del artículo 2 de la Ley, y las retrocesiones lo serán en todo caso».

<sup>153</sup> El Reglamento Hipotecario de 21 de junio de 1861 estableció en su artículo 5: «Lo dispuesto en los párrafos 5.º y 6.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria respecto a la inscripción de los contratos de arrendamiento será aplicable también a los subarriendos, subrogaciones, cesiones y retrocesiones de arrendamientos siempre que tengan las circunstancias expresadas en dichos párrafos, pero debiendo hacerse, en tales casos, no una inscripción nueva, sino un asiento de nota marginal a la inscripción que ya estuviere hecha del arrendamiento primitivo».

<sup>154</sup> El artículo 5 sufrió una modificación con el RH de 29 de octubre de 1870, para acomodarlo a la modificación que del artículo 2.5.º LH se había hecho por la Ley de 1969, en el sentido de refundir los núms. 5.º y 6.º del artículo 2 LH referentes a la inscripción del arrendamiento en un sólo núm. 5.º, permaneciendo por lo demás invariable.

subrogaciones y retrocesiones no fueran objeto de inscripción sino que sólo ocasionaran una nota al margen de la inscripción arrendaticia; del mismo modo, mientras las retrocesiones se inscribían en todo caso, los subarriendos, cesiones y subrogaciones debían reunir los requisitos del artículo 2.5.º LH para ser inscribibles.

Esto equivalía a declarar tales actos inscribibles, ya cuando así lo estipulasen expresamente los interesados, ya cuando se constituyesen por más de seis años, ya cuando se anticipasen las rentas de tres o más años.

El precepto recibió la crítica de la mayoría de los hipotecaristas de la época, que consideraron que hubiera sido más fácil y claro establecer que una vez inscrito el arrendamiento, serían inscribibles los actos de cesión, subrogación o retrocesión de este derecho, sin traspasar, no obstante, en caso alguno, los límites del arriendo primitivo.

Coinciden también estos autores en que si bien es lógico exigir para los subarriendos, cesiones y subrogaciones arrendaticios los mismos requisitos que para la inscripción, no ocurre igual en el caso de las retrocesiones, ya que éstas, por su propia naturaleza de readquisición de lo cedido, deberían considerarse inscribibles, aun cuando no concurren en ellas ninguna de las circunstancias exigidas para la inscripción de los arrendamientos, puesto que esa retrocesión viene a ser la cancelación de la cesión, e inscrita ésta no puede negarse al arrendatario el derecho de hacer constar en el Registro su extinción <sup>155</sup>.

Salvando tales críticas, el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915, que regula la constancia registral de subarriendos, cesiones, subrogaciones y retrocesiones en su artículo 20 <sup>156</sup> no somete a las retrocesiones a tales requisitos.

---

<sup>155</sup> Vid. J. MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación hipotecaria...*, cit., t. I, p. 388. En el mismo sentido se manifiestan F. BERAUD/M. LEZÓN FERNÁNDEZ, *vid. Tratado de Derecho inmobiliario...*, cit., t. I, p. 192. Ejemplificando más su argumentación de que ninguna de las circunstancias del artículo 2.5.º LH debe exigirse a la inscripción de las retrocesiones nos exponen L. Galindo y de Vera/R. de la Escosura y Escosura el caso de un arrendatario que cede a otro el arriendo hecho por siete años, y a los cuatro le hace retrocesión dejando sin efecto la cesión; aquélla no tiene tiempo determinado, por no ser más que la anulación del contrato anterior, y si se sostuviera que al retrocederse se vuelven a ceder los tres años que faltan, como no son más que tres, no debería inscribirse y resultaría en el Registro, como vigente, un contrato revocado; con derechos una persona que los había perdido, y engañado el que contratase con él, fiándose en la publicidad que la Ley proclama como indispensable. Lo mismo ha de decirse de la falta de pacto expreso en la retrocesión, por parecer contrario al espíritu de la Ley Hipotecaria excluir del Registro el contrato de retrocesión, cuya inscripción no se pacta expresamente, porque no se comprende cómo estando inscrita la cesión, no puede el retrocesionario hacer constar la cancelación de aquel contrato, si no ha precavido pactarlo expresamente, ya que la causa eficiente de la cancelación no nace de este pacto accesorio, sino del principal en el que convinieron los interesados en dejar sin efecto la cesión otorgada (*vid. Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. I, p. 459).

<sup>156</sup> Señalando este precepto que: «Lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 2 de la ley respecto a la inscripción de los contratos de arriendo, serán también aplicable a

También establece, como modificación respecto a la legislación anterior, que el asiento adecuado para los subarriendos, cesiones, subrogaciones y retrocesiones arrendaticias es la inscripción.

En cualquier caso hoy resulta superflua la referencia que el artículo 13 RH hace al cumplimiento de las circunstancias expresadas en el artículo 2.5.º LH, ya que, si ninguna circunstancia se exige para inscribir los arrendamientos ninguna se exigirá para inscribir estos actos.

Desapareciendo por consiguiente la diferencia de trato entre subarriendos, cesiones, subrogaciones y retrocesiones.

La inscripción de subarriendos, cesiones y subrogaciones exige la concurrencia de dos requisitos:

1.º Previa inscripción del arrendamiento a que se refiera ya que, aunque no se trate de un caso de derecho real inscrito, es necesario cumplir el principio hipotecario de tracto sucesivo (art. 20 LH) <sup>157</sup>.

La falta de este requisito puede suplirse, en el caso de cesión, si concurre a ella el arrendatario y consiente <sup>158</sup>.

Para la inscripción de la retrocesión se exige la previa inscripción, tanto del arrendamiento como de la cesión <sup>159</sup>, ya que, si sólo se exigiese la inscripción del arrendamiento se prescindiría del tracto sucesivo y se llegaría al absurdo de que el derecho que publicaría la retrocesión sería el mismo que ya publicaba el arrendamiento inscrito <sup>160</sup>.

---

los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamiento, siempre que tengan las circunstancias expresadas en dicho párrafo y *las retrocesiones en todo caso*»

<sup>157</sup> Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. III, p. 535. En contra, señala J. Rams Albesa que no debe entenderse necesariamente que para la inscripción de los subarriendos y cesiones del derecho arrendaticio expresa y singularmente autorizadas por el arrendador, se deba de partir de la previa inscripción del arrendamiento, ya que el tracto sucesivo no tiene un perfil específico para los derechos de naturaleza personal, aunque en el título en que se reflejen las nuevas posiciones deberán intervenir como partes, el propietario y el arrendador primitivo. Si se requiere la inscripción del arrendamiento inicial cuando no se requiere la intervención del propietario, aunque deberá constar que se le ha notificado fehacientemente el nuevo contrato de disfrute personal, así como el cumplimiento de las demás circunstancias previstas en el título y recogidas en la inscripción (participación en el precio de traspaso; incremento, en su caso, en la renta inicial o en la resultante, etc.) (vid. *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 1995, p. 646).

<sup>158</sup> Tal es la opinión de B. Oliver y Esteller, al afirmar que «la inscripción de éstos [subarriendos, cesiones y subrogaciones] supone la del contrato primitivo. Pero si éste no lo ha sido, podrá inscribirse la cesión del arrendamiento cuando a ella concurra también el dueño y acepte al cesionario en lugar del primer arrendatario, eximiéndole de todas las obligaciones, porque entonces produce un nuevo arrendamiento» (vid. *Derecho inmobiliario español*, textos manuscritos para el t. II, p. 6, citado por A. PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento...*, cit., p. 147).

<sup>159</sup> En contra se manifiesta I. de Casso Romero, que considera suficiente la previa inscripción del arrendamiento (vid. *Derecho hipotecario...*, cit., p. 367).

<sup>160</sup> Vid. A. PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento...*, cit., p. 152.

La inscripción de la retrocesión no está prevista en el artículo 2.5.º de la Ley Hipotecaria, pero su admisión –y como tal inscripción<sup>161</sup>– se encuentra en el artículo 13 RH.

2.º Que no figuren inscritas prohibiciones de subarrendar, ceder o subrogar<sup>162</sup>, si bien hay que tener en cuenta en el ámbito de la LAU, para los arrendamientos de vivienda que «son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario [...] las normas [...]» (art. 6); por tanto no cabe que en este ámbito se establezcan las referidas prohibiciones.

Con la nueva redacción del artículo 2.5.º LH ya no es necesario que los subarriendos, cesiones, subrogaciones y retrocesiones se celebren por seis o más años o se anticipen las rentas de tres o más, o exista convenio expreso para que se inscriban<sup>163</sup>; siendo inscribibles en todo caso si cumplen los dos requisitos expuestos.

La inscripción se practicará por medio de la correspondiente escritura pública en que estos actos se otorguen; en los casos de subrogación y cesión el necesario consentimiento del arrendador debe figurar en la misma escritura de subrogación o cesión o en otra separada<sup>164</sup>.

Las circunstancias de los asientos de inscripción, serán las indicadas respecto de las inscripciones de arrendamiento, y las especiales que imponga la índole del acto inscribible<sup>165</sup>.

El efecto principal de la inscripción es hacer gozar al titular de tales derechos o facultades de la oponibilidad registral<sup>166</sup>. Su falta

---

<sup>161</sup> Buena parte de la doctrina hipotecaria considera que la retrocesión es un acto extintivo y que por tanto no debería causar un asiento de inscripción sino de cancelación. Vid. J. MORELL y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria...*, cit., t. I, p. 454; F. BERAUD/M. LEZÓN FERNÁNDEZ, *Tratado de Derecho inmobiliario...*, cit., t. I, p. 192. Para R. M. Roca Sastre, «se trata de un verdadero caso de extinción de una inscripción de la cesión» (vid. *Derecho hipotecario...*, cit., t. III, p. 536). Para A. Pau Pedrón, esta opinión no es acertada, ya que la retrocesión no extingue el derecho de arrendamiento, que subsiste en el arrendatario primitivo, sino sólo la titularidad del cesionario (vid. *La protección del arrendamiento...*, cit., p. 152).

<sup>162</sup> Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. III, p. 536.

<sup>163</sup> La existencia de alguna de esas circunstancias era requisito exigido por la totalidad de los hipotecaristas para estas inscripciones. F. Campuzano y Horma, considera que esa exigencia era justificada para los subarriendos, porque son arrendamientos establecidos sobre el primer arrendamiento y es justo y lógico que se les apliquen los mismos preceptos. Pero no sucede lo mismo con la cesión y la subrogación, que no se pueden llamar nuevos arrendamientos, sino modificaciones del arriendo ya inscrito, y, por lo tanto, implican modificaciones de un derecho real que ya consta en el Registro y que, en todo caso, deberían tener acceso al mismo para que no se rompiera el paralelismo entre éste y la realidad (vid. *Legislación hipotecaria*, 1942, t. II, p. 199).

<sup>164</sup> Vid. F. LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, t. XX, vol. 1.º, 1980, p. 195.

<sup>165</sup> Vid. R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., t. III, p. 537.

<sup>166</sup> La protección registral de la cesión fue puesta de manifiesto por B. Oliver y Esteller al señalar que: «Creemos que el arrendamiento, una vez inscrito, convierte en real el derecho personal del arrendatario, y por consiguiente deben inscribirse todos los

hará que el derecho no sea oponible a tercero; el adquirente posterior del inmueble podrá ignorar el derecho cedido aunque el arrendamiento conste en el Registro de la Propiedad como vigente, por no coincidir el titular registral con el titular civil <sup>167</sup>.

Para precisar el régimen registral de las prórrogas arrendaticias en nuestro Derecho, es necesario distinguir entre prórroga expresa y tácita del contrato <sup>168</sup>. En relación con las primeras, sólo vinculan a terceros si acceden al Registro antes que los títulos de dichos terceros, con independencia del momento en que se hubieran pactado. La previsión inicial de prórroga tácita en el contrato de arrendamiento no hace oponible esa prórroga frente a tercero; sería necesario que dejase de ser tácita y figurase ya inscrita cuando el tercero accede a él para que le perjudicase. Tampoco puede producir efectos frente a terceros la tácita reconducción <sup>169</sup>.

Vemos, pues, como en Austria el Registro de la Propiedad permite un refuerzo de los contratos de arrendamiento mediante su inscripción, viniendo a derogar la regla establecida con carácter general en el § 1.120 ABGB <sup>170</sup>. Admitiéndose con carácter general que el derecho de arrendamiento, de naturaleza personal, se transforma en real desde el momento en que ingresa en el Registro <sup>171</sup>.

---

actos por los que éste se desprende de semejante derecho, a fin de que el arrendador no pueda perjudicar por una segunda cesión al primer cesionario» (vid. Derecho inmobiliario español, textos manuscritos para el t. II, p. 6, citado por A. PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento...*, cit., p. 150).

<sup>167</sup> Para A. Pau Pedrón, en el caso del subarriendo, la falta de inscripción beneficia al cesionario posterior del arrendamiento (que podrá ignorarlo *ex art.* 32 LH), pero no afecta al adquirente posterior del inmueble (porque el subarriendo no implica un gravamen directo del inmueble (lo que excluye la aplicación del art. 32 LH). Además, el subarriendo no perjudica civilmente al arrendador; no produce efectos contrarios a sus intereses. Sus únicos efectos son favorables a él: el arrendatario continúa respondiendo del cumplimiento del contrato (art. 1550 CC), está obligado al uso y conservación de la cosa arrendada conforme al contrato de arrendamiento (art. 1551), actúa como garante de las deudas que el arrendatario hubiera contraído frente al arrendador (art. 1552) (vid. *La protección del arrendamiento...*, cit., p. 148 y nota 168).

<sup>168</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», cit., pp. 504 ss.

<sup>169</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», cit., p. 505.

<sup>170</sup> Vid. H. Klang/F. Gschnitzer, para quienes tal efecto de la inscripción es conforme a la justicia y unánimemente admitido por la doctrina. Planteándose, en cambio, y dado que el ABGB no exige un período mínimo de duración del contrato para que éste sea susceptible de ser inscrito en el Registro de la Propiedad, si lo que es criterio de justicia para el arrendamiento de larga duración –la derogación del principio «*Kaut bricht Miete*»–, lo es también para los concertados por módico tiempo (*Kommentar...*, cit., t. V, p. 38).

<sup>171</sup> Vid. C. ÁLVAREZ ROMERO/J. LÓPEZ MEDEL, «El Derecho inmobiliario...», loc. cit., p. 26; Señalando H. KOZIOL/R. WELSER, que, en el caso de arrendamiento inscrito, el nuevo propietario no conserva ningún derecho de resolución del contrato –*ex & 1120 ABGG*–, convirtiéndose el arrendamiento en una carga que grava el inmueble de modo similar a una servidumbre –*ex § 1.121 ABGB*– (*Grundriß des bürgerlichen Rechts...*, cit., t. I, p. 344). En el mismo sentido se manifiesta J. M. GARCÍA GARCÍA, vid. *Derecho inmobiliario...*, cit., t. I, p. 412.

De modo que una vez inscrito gozaría de todos los efectos que la inscripción otorga a los derechos reales, aplicándose todos los principios hipotecarios<sup>172</sup>, en perfecta coherencia con nuestra idea preliminar según la cual la naturaleza jurídica del arrendamiento determina los efectos de su inscripción. Aunque se parta de la teoría, ya superada en nuestro Derecho, de que la inscripción puede cambiar la naturaleza de un derecho.

En coherencia con esta concepción, la constancia registral posibilita al arrendatario la utilización de las acciones reales pertinentes en defensa de su derecho inscrito<sup>173</sup>.

Posiblemente la mayor rigidez del sistema hipotecario en este ordenamiento jurídico impide un trato tan sutil como el que necesita el régimen jurídico de un derecho que, inscrito en el Registro, conserve su naturaleza personal.

En ambos criterios: conversión de derecho personal a derecho real como consecuencia de la inscripción y, subsiguientemente, aplicación del régimen hipotecario de una manera íntegra en sus principios y efectos al arrendamiento, nuestro Ordenamiento difiere profundamente del austríaco.

Hemos visto cómo podemos defender con reiterados argumentos la naturaleza personal del arrendamiento, aun inscrito, y precisamente la naturaleza personal de este derecho hace que sea necesario establecer grandes diferencias de régimen hipotecario entre el arrendamiento y los derechos reales que acceden al Registro de la Propiedad.

En nuestro Derecho son plenamente aplicables al arrendamiento inscrito, si bien con alguna matización, los principios de oponibilidad, prioridad, especialidad y tracto sucesivo<sup>174</sup>.

El efecto principal de la inscripción del arrendamiento es dotar al contrato de la oponibilidad propia de los derechos reales, siendo aplicable al arrendamiento inscrito lo dispuesto en los artículos 32 LH y 606 CC, que, en la concepción dualista del tercero hipotecario, manifestación del principio de inoponibilidad de lo no inscrito y no del de fe pública registral<sup>175</sup>.

Los autores monistas en la concepción del tercero hipotecario, al establecer una unión indisoluble entre la fe pública, la oponibilidad y la legitimación, se ven obligados a entender aplicables al arrendamiento, íntegramente, los principios de fe pública y legiti-

---

<sup>172</sup> Vid. H. KLANG/F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, p. 38.

<sup>173</sup> Vid. H. KLANG/F. GSCHNITZER, *Kommentar...*, cit., t. V, p. 38.

<sup>174</sup> Vid. el desarrollo detallado de la aplicación de estos principios hipotecarios al arrendamiento y sus particularidades en el Derecho español en nuestro trabajo «La inscripción del derecho de arrendamiento...», cit., pp. 333-471.

<sup>175</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», cit., pp. 361 ss.



mación si quieren afirmar que el Registro dota al arrendamiento de una oponibilidad de la que carece en el ámbito extrarregistral (tesis sostenida por Pau Pedrón); o bien, ante la racional negativa al arrendatario de la fe pública registral y la legitimación en todas sus manifestaciones, tienen que negarle también la oponibilidad en los términos del asiento (tesis de Roca Sastre, que tiene que negar que la inscripción sea asiento adecuado para la constancia registral del arrendamiento y acudir a una artificiosa construcción –una subrogación legal fundada en la inscripción– para explicar la oponibilidad del arrendamiento inscrito) <sup>176</sup>.

El necesario deslinde de los efectos hipotecarios de un derecho personal puede constituir un nuevo argumento en pro de las tesis dualistas o de la defensa autónoma del principio de oponibilidad <sup>177</sup>.

Este principio debe complementarse con el de prioridad registral. Ambos actuarán en unos casos como preferencia excluyente, cerrando el Registro –caso de tratarse de derechos incompatibles, como el uso, la habitación, el arrendamiento posterior (salvo en el caso del subarriendo), ciertas servidumbres o el usufructo (cuando el usufructuario pretenda disfrutar directamente la cosa arrendada)– y en otros como superioridad de rango entre derechos compatibles <sup>178</sup>.

Entre estos últimos el supuesto de mayor repercusión es el de la enajenación de la cosa arrendada; si la relación arrendaticia se mueve en el ámbito extrarregistral, el arrendamiento no afectará al adquirente (art. 1571 CC, regla general); tratándose de finca inmatriculada y arrendamiento inscrito que preceda registralmente a un cambio de propiedad, el adquirente se verá afectado por el arrendamiento (art. 1571 CC, segunda excepción, 1549 CC y 32 LH); se ha puesto en duda, en cambio, si en el supuesto de que el inmueble esté inmatriculado y el arrendamiento no esté inscrito, el conocimiento extrarregistral del arrendamiento que pueda tener el adquirente le obliga a respetar ese derecho; es decir, si debe exigirse buena fe al tercero para ser protegido por la inoponibilidad registral <sup>179</sup>.

Desde las tesis dualistas también se exige buena fe al tercero del artículo 32, pero no se identifica con la que se exige en el artículo 34 para la actuación de la fe pública registral; el primero requiere buena fe-falta de fraude y el segundo buena fe-desconocimiento.

Sólo en caso de fraude podría entonces privarse al tercero que inscribe de la falta de oponibilidad del arrendamiento no inscrito. Los autores monistas, en cambio, se plantean la posibilidad de que

---

<sup>176</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 363 ss.

<sup>177</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 370.

<sup>178</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 377.

<sup>179</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 381 ss.

exista, en este caso, tercero hipotecario del artículo 34, por el carácter manifiesto que en algunos casos puede tener la publicidad posesoria del arrendamiento.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, aun desde esta perspectiva, que en los arrendamientos de fincas rústicas, la exteriorización posesoria del disfrute de una tierra ajena, no indica el título en virtud del cual se realiza el disfrute, pudiendo incluso inexistir título; en los arrendamientos urbanos para uso distinto de la vivienda no se exige que el inmueble esté ocupado y la existencia de ocupantes puede ser ocultada o desfigurada por el transmitente; por otra parte, en las modernas e impersonales formas de contratación no es imprescindible que el adquirente observe *in situ* el inmueble adquirido, siendo suficiente un diligente estudio de la titularidad y situación de cargas del inmueble que proporcionará el Registro, donde no consta el arrendamiento <sup>180</sup>.

La nueva LAU distingue entre enajenación de la vivienda arrendada y enajenación de finca con arrendamiento para uso distinto al de la vivienda. En el primer caso, dispone el artículo 14 que el adquirente quede subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 LH; más allá de ese plazo, el adquirente quedará subrogado salvo que concurren en él los requisitos del artículo 34 LH. Cabe que las partes pacten que la enajenación de la vivienda extinga el arrendamiento, en cuyo caso el adquirente sólo deberá soportarlo los cinco primeros años <sup>181</sup>.

En el segundo caso la regulación del artículo 29 LAU es similar a la expuesta, salvo en lo referente a la obligación de soportar el arrendamiento durante los cinco primeros años. La regulación de la LAU en esta materia no puede ser más desafortunada: establece como regla general la subsistencia del arrendamiento frente a los cambios en la titularidad del inmueble arrendado cuando la relación se mueve en el ámbito extrarregistral, en una injustificada inversión de la regla establecida por el Código Civil, coherente con la naturaleza personal del arrendamiento; proclama asimismo la continuidad legal, en todo caso, del arrendamiento, con independencia de su constancia registral, en los cinco primeros años, lo cual merece todas las críticas que con anterioridad se hacían al artículo 57 TR de 1964 únicamente mitigadas por la menor duración temporal; establece como excepción a lo que la Ley parece considerar

---

<sup>180</sup> *Vid.* «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 383-384.

<sup>181</sup> *Vid.* «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 391 ss.

«oponibilidad natural» del arrendamiento, el que el adquirente, más allá de los cinco primeros años, sea tercero del artículo 34 LH, cuando estamos ante un supuesto de oponibilidad y no de fe pública registral; la existencia de este tercero, por otra parte, se ve agravada con la protección registral de los derechos de adquisición preferente del arrendatario, injustificadamente subsistentes (el art. 25.5 LAU impone, para inscribir en el Registro los títulos de venta de viviendas arrendadas, la justificación de la práctica de las notificaciones oportunas para el ejercicio de los derechos de tanto y retracto o, en su caso, declaración de que la vivienda no está arrendada).

Mucho se ha empeñado la LAU, con su defectuosa regulación y pese a sus loables propósitos, en hacer inútil la inscripción arrendaticia; cabe, pese a todo, que exista tercero hipotecario, porque el arrendador pudo incurrir en delito de falsedad en documento público ocultando la situación arrendaticia de la finca; se admite el pacto por el que se renuncia a los derechos de tanteo y retracto en los contratos de más de cinco años; existen supuestos en los que no se atribuyen los derechos de adquisición preferente (art. 25.7 LAU); no es necesario justificar la práctica de las notificaciones cuando el derecho de adquisición preferente del arrendatario quede postergado por retrayentes preferentes, y existen pronunciamientos de las RDGRN en los que, pese a existir silencio sobre la situación arrendaticia de la finca, se ha inscrito la adquisición del inmueble en el Registro de la Propiedad <sup>182</sup>.

En la LAR el artículo 74 dispone que al adquirente de la finca, aun cuando estuviera amparado por el artículo 34 LH, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador. Pero esa subrogación legal, después de la LMEA, sólo debe entenderse referida a los cinco primeros años de duración legal del contrato; después, y ante la situación de evidente desregulación que la supresión de las prórrogas forzosas ha originado en los arrendamientos rústicos, no debe entenderse aplicable la nefasta regulación de la LAU en materia de enajenación, sino la del Código Civil por aplicación de su artículo 4.3: después del quinto año la regla general será la inoponibilidad del arrendamiento salvo que conste inscrito <sup>183</sup>.

El principio de legitimación también sería aplicable en la inscripción arrendaticia, si bien no en su integridad <sup>184</sup>.

La mayoría de la doctrina hipotecarista ha entendido que la legitimación registral opera solamente respecto de los derechos rea-

<sup>182</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 402.

<sup>183</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, p. 406.

<sup>184</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 474 ss.

les inmobiliarios; la Ley Hipotecaria no establece una solución clara: el artículo 38.1 habla de «derechos reales», el artículo 97 de «derecho» y el artículo 1.3 de «derechos inscribibles».

Cabe también aplicar la legitimación registral al arrendamiento, pero no en todos sus aspectos, no en aquellos que sólo tienen cabida en el ámbito de los derechos reales.

En relación con los efectos sustantivos <sup>185</sup>, afectará al arrendamiento la presunción de existencia y pertenencia del derecho en la forma determinada por el asiento del artículo 38.1. LH, «a todos los efectos legales»; es decir, también en el ámbito extrarregistral.

En cambio, sólo entendiendo que, en virtud de la presunción posesoria del artículo 38.1 *in fine* LH, se presume el derecho a poseer del arrendador (*ius possidendi*), a través de la mediación posesoria del arrendatario, podemos entenderla aplicable al arrendamiento inscrito <sup>186</sup>.

La presunción de posesión cualificada a efectos de la prescripción adquisitiva del artículo 35 LH, no es aplicable al arrendamiento, porque la usucapión es instituto exclusivo de los derechos reales; pero puede aplicarse al arrendatario tal presunción a los efectos de lograr la prescripción adquisitiva del derecho de su arrendador <sup>187</sup>.

En cuanto a los efectos procesales de la legitimación <sup>188</sup>, puede el arrendatario prevalerse de la llamada «acción real registral» del artículo 41 LH; se ha esgrimido en contra el que el arrendatario no puede ejercitar acciones en defensa de su derecho, *ex* artículo 1560 CC, y el precepto habla de «acciones reales», y el arrendamiento en cuanto derecho personal no puede general nunca una acción real.

Pero es necesario tener en cuenta que la primera afirmación no es absoluta: si el derecho afectado es la propiedad o el derecho real limitado del arrendador, será a éste a quien incumba la defensa; pero si el derecho afectado es el arrendamiento será al arrendatario a quien corresponda defenderse frente al perturbador.

En relación con la segunda, no podrá nunca el arrendamiento generar una acción reivindicatoria, confesoria o negatoria, pero sí una acción posesoria que debe ser calificada como real; además, el artículo 41 LH cuando habla de acciones reales, habla de acciones ejercitables *erga omnes*, del mismo modo que cuando habla de derechos reales se refiere a derechos oponibles, incluyendo entre éstos al arrendamiento.

---

<sup>185</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 477 ss.

<sup>186</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 478-450.

<sup>187</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 480-481.

<sup>188</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 481 ss.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 38.2 LH, se exige entablar demanda de nulidad o cancelación de la inscripción de arrendamiento, cuando se ejercita una acción contradictoria del arrendamiento inscrito; de otro modo se produciría la contradicción de que los Tribunales estuvieran a la vez obligados a salvaguardar el pronunciamiento registral –existencia del arrendamiento– y respetar la resolución recaída –inexistencia del arrendamiento–.

También es aplicable al arrendamiento la llamada «tercería registral», del artículo 38.3 LH. La embargabilidad del derecho arrendaticio deriva de la concurrencia en él de los rasgos de patrimonialidad, transmisibilidad y embargabilidad; a pesar de que el artículo 38.3 LH habla sólo de «bienes inmuebles o derechos reales determinados», no existe inconveniente en aplicarlo al derecho arrendaticio, sin tener que acudir a la tercería de mejor derecho, pues no se contraría ni el fundamento de la norma ni la naturaleza personal del arrendamiento <sup>189</sup>.

De modo que, ordenada la traba de un derecho arrendaticio en juicio –o procedimiento administrativo– seguido contra un demandado distinto del titular registral, puede éste obtener, con la sola presentación de la certificación registral en la que se acredite que el arrendamiento consta inscrito a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo, el sobreseimiento del procedimiento de apremio.

Será también aplicable al arrendamiento lo dispuesto en el artículo 313 LH en relación con la inadmisión de títulos no inscritos por los Juzgados y oficinas públicas, en perfecta coherencia con el hecho de que, desaparecidas las prórrogas forzosas –con las salvedades del plazo mínimo en la nueva regulación especial– la oponibilidad del arrendamiento viene dada exclusivamente por la inscripción registral <sup>190</sup>.

Por el contrario, la inscripción arrendaticia no protege al arrendatario, en ningún caso, con la fe pública registral; la mayoría de la doctrina hipotecarista considera que la adquisición *a non domino* constituye un concepto central de la fe pública registral, y, consiguientemente, sólo puede este principio predicarse de los derechos reales, únicos susceptibles de ser adquirido *a non domino* <sup>191</sup>.

Por tanto, en el supuesto de que una persona que figure como propietario en el Registro arriende la finca, se inscriba ese arrendamiento y después se anule o resuelva el derecho del arrendador, por

---

<sup>189</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 488 ss.

<sup>190</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 490 ss.

<sup>191</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 492 ss.

causas que no consten en el Registro, el arrendatario no será mantenido en su posición.

El Registro no le protege de la falta de titulación del arrendador; en este caso sólo podrá dirigirse personalmente contra él.

De ahí que resulte, de nuevo, desagradablemente sorprendente el artículo 13.3.º LAU, al establecer que durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad; precepto que no puede considerarse verdaderamente una atribución de fe pública registral al arrendamiento ya que sólo dura cinco años esta adquisición y no es necesario inscribir el arrendamiento, sino de una extraña e injustificada adquisición *a non domino* de base registral limitada a cinco años <sup>192</sup>.

---

<sup>192</sup> Vid. «La inscripción del derecho de arrendamiento...», *cit.*, pp. 497-498.



# La donación *mortis causa* (desde la prohibición de pactos sucesorios)

IRIS BELUCHE RINCÓN

Profesora de Derecho Civil  
Universidad Carlos III de Madrid

## 1. INTRODUCCIÓN

El legislador disciplina las donaciones *mortis causa* en una única disposición del Código Civil, cuya redacción, como ya ha sido manifestado, «no es todo lo clara que sería de desear»<sup>1</sup>. El artículo 620 expresa:

«Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria.»

Es de todos conocida la polémica doctrinal acerca de si este precepto del Código Civil suprime o no del ordenamiento jurídico la figura de la donación *mortis causa*. Frente a la tesis dominante que afirma la eliminación de esta institución, que por requerir para su validez forma testamentaria pierde individualidad y se asimila por completo a la figura del legado, la tesis minoritaria defiende su existencia manifestando que sobrevive con autonomía propia y no está sujeta a la forma de los testamentos sino a la de las donaciones *inter vivos*.

Las reflexiones que siguen en estas páginas simpatizan con la tesis minoritaria, defendida por Vallet de Goytisolo, «con prover-

---

<sup>1</sup> Díez PICAZO, L., *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1966, núm. 180, p. 563.



bial minuciosidad y tino»<sup>2</sup>, en los años cincuenta<sup>3</sup>, y se apoyan en la creencia de que esta institución debe tener individualidad y autonomía propia, ya que en la actualidad cumple funciones que la justifican y la hacen digna de tutela. Las donaciones *mortis causa*, que no producen efectos hasta el fallecimiento del donante, siendo hasta entonces revocables, constituyen una técnica jurídica que puede satisfacer variados intereses que no son alcanzables a través del legado. La intención de quien realiza esta donación es conservar la disponibilidad del bien durante su vida, asegurándose previamente de que tras su muerte lo donado será querido por el donatario, que lo recibirá directamente en el momento de su fallecimiento sin la intervención del heredero, pues los bienes no entrarán en su sucesión. Creemos que el intento práctico que se pretende recurriendo a esta institución —que en modo alguno puede ser satisfecho por el legado— justifica su reconocimiento, máxime cuando no hiere, a nuestro juicio, intereses de orden general.

## 2. ANTECEDENTES

Esta liberalidad ya era definida en sus orígenes en Derecho romano como un modo de disposición ventajoso por diversas razones: permitía hacer atribuciones particulares sin hacer testamento —singularidad relevante habida cuenta de que el sistema del *ius civile* no permitía inicialmente que el testamento contuviera tales disposiciones—, aseguraba la ejecución de la última voluntad del donante, que permanecía independiente del capricho del heredero, y posibilitaba, en los momentos de peligro, la supresión de las formalidades rigurosas de los testamentos. Todo ello unido a que permitía disponer al donante de una cuota de sus bienes superior a la disponible por testamento y, lo más importante, que no obligaba a despojarse irrevocablemente de la cosa, pues la donación *mortis causa* era revocable por naturaleza, hizo que en Roma esta liberalidad alcanzara un notable desarrollo. Se decía que estas donaciones

---

<sup>2</sup> En términos de DORAL GARCÍA, J. A., «Donaciones *mortis causa* en el Código Civil y en el Derecho Civil de Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, 1993, p. 103.

<sup>3</sup> «Donación “mortis causa” en el Código Civil español» (conferencia desarrollada en la *Semana Notarial de Santander*), 1948; «Donación “mortis causa” en el Código Civil español», *Anales de la Academia Matritense de Notariado*, V, 1950; «La donación “mortis causa” y el Código Civil», *RCDI*, 1952; «Las donaciones de inmuebles disimuladas según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADC*, 1972. [Los trabajos anteriores han sido recogidos en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978]. «Panorama del Derecho de Sucesiones», I, *Fundamentos*, Madrid, 1982, pp. 991 y ss.

convenían al carácter ahorrador, egoísta y al mismo tiempo vanidoso de los romanos <sup>4</sup>.

Sin embargo, este modo de disponer a título gratuito con origen en Roma fue absolutamente rechazado en Derecho histórico francés <sup>5</sup>, por su incompatibilidad con el principio fundamental del derecho consuetudinario en materia de liberalidades, *donner et retenir ne vaut*. Se afirmaba que no era posible admitir que el donante se reservase el derecho a volver a tomar lo que había dado. El Código de Napoleón lo hace desaparecer legislativamente, de forma definitiva, cuando en su artículo 893 dispone que *no se podrá disponer de los bienes, a título gratuito, más que por donación entre vivos o por testamento, en las formas a continuación establecidas*. Se nos dice que la donación *mortis causa* no existe en lo sucesivo como institución separada con individualidad propia <sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Esta institución de carácter mixto, que se parecía a los legados –pues gozaba del privilegio de la revocabilidad– a la vez que mantenía una gran afinidad con las donaciones entre vivos –ya que resultaba del acuerdo de las partes y la aceptación del donatario era indispensable–, también fue objeto de numerosas críticas y controversias. Sin olvidar las grandes dificultades de identificación y distinción de otras instituciones, la mayor objeción que se le hizo fue la facilidad con que permitía la burla de la normativa testamentaria y de sus rigurosas disposiciones limitativas. En el intento de evitar que a través de la donación *mortis causa* se consiguieran resultados prohibidos para el legado, se pretendió la unificación de ambas instituciones que, por lo demás, parecían tener la misma función –si bien uno dentro del testamento y otra fuera–.

El intento de unificación inició un proceso que trajo consigo ciertas asimilaciones; entre otras, se sujetó la donación *mortis causa* a la reducción de los legados dispuesta por la *Lex Falcidia*, las normas relativas al derecho de acrecer en materia de sucesión se aplicaron a la donación, se admitió la sustitución como en la herencia y en el legado, etc.

Pero, a pesar de las muchas relaciones entre las dos instituciones, de las equiparaciones y del intento de unificación justinianea, se mantuvo la divergencia entre los dos modos de disposición y la donación a causa de muerte siguió, en general, el régimen de la *donatio* y no del testamento. Por lo demás, su uso continuó siendo frecuente, motivado por las peculiaridades que presentaba la organización de la familia que impedía al «hijo de familia» hacer testamento, pero le permitía, con autorización del padre, hacer donaciones a causa de muerte.

(Véase, AMELOTI, M., *La «donatio mortis causa» in Diritto Romano*, Milán, 1953, pp. 6 y ss.; BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, Milán, 1955, p. 719 y ss.; DI PAOLA, S., «Donatio mortis causa», *Corso di Diritto Romano*, Nápoles, 1969, pp. 167 y ss.)

<sup>5</sup> Ya la Ordenanza de 1731, antecedente de la codificación napoleónica, hacía desaparecer este género de liberalidades. En su artículo 3 expresaba que *todas las donaciones a causa de muerte [...] no podrán desde ahora tener ningún efecto [...] de suerte que no haya en el futuro, en nuestros estados, más que dos formas de disponer de los bienes a título gratuito, de las que una será la de las donaciones entre vivos y la otra la de los testamentos o codicilos*.

<sup>6</sup> HUTTEAU, M., *Recueil de divers traités sur les donations entre vifs, donations par contrat de mariage, entre époux, et pendant le mariage*, I, París, 1810, p. 277; DURANTON, M., *Cours de Droit civil suivant le Code français*, III, Bruselas, 1841, núm. 3; TROPLONG, M., *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, I, París, 1862, núm. 40; HUC, T., *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, VI, París, 1894, núm. 1; BAUDRY-LACANTINERIE, G., y COLIN, M., *Traité théorique et pratique de Droit civil*, I, *Des donations entre vifs et des testaments*, París, 1905, núm. 8; PLANIOL, M., & RIPERT, G., «Traité pratique de Droit Civil français», V, *Donations et Testaments*, Col. Trasbot, A., París, 1933, núm. 14; BEUDANT, Ch., «Cours de Droit civil français», VI, *Les dona-*

Por influencia del Código de Napoleón, la donación *mortis causa* tampoco fue admitida en el Derecho italiano. A pesar de no considerar, como lo hiciera el Código francés en su artículo 893, que la donación es un acto «entre vivos», la previsión del viejo Código del 65 de que el contrato de donación requería la *actualidad* y la *irrevocabilidad* de la atribución patrimonial <sup>7</sup>, aportaba a juicio de la doctrina suficientes argumentos para afirmar la nulidad de esta donación –de la que se afirmaba que era un contrato sólo en la forma pues en sustancia era un testamento–. El hecho de que fuera revocable al arbitrio del donante y revocada *ipso iure* en caso de premoriencia del donatario, y la falta de actualidad del despojo de las cosas donadas, que sólo después de la muerte del donante pasaban en propiedad y posesión al donatario, bastaban por sí solos <sup>8</sup>.

Por su parte, en términos muy similares a los que posteriormente utilizará nuestro vigente Código, el Código civil portugués de 1867, en su artículo 1457, dispone que *las donaciones que tuvieran que producir sus efectos por muerte del donante tienen la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y quedan sujetas a las reglas establecidas en el título de los testamentos*. En consonancia con este precepto, y siguiendo los precedentes, se afirmará que las donaciones *mortis causa* son revocables como los testamentos y tienen su forma <sup>9</sup>.

En Derecho histórico español, el Proyecto de Código Civil de 1851 toleraba las donaciones *mortis causa* que consistieran en una cosa específica no fungible, pero exigía que se otorgaran en testamento las liberalidades que tuvieran por objeto el todo o una parte alícuota de los bienes del donador o una cantidad de cosas fungibles, sujetándolas, además, a las reglas de las últimas voluntades <sup>10</sup>.

---

*tions entre vifs et les testaments* (col. Voirin, P.), París, 1934, núm. 34; JOSSEMAND, L., «Derecho Civil», III, 3.º, *Liberalidades*, trad. por Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, 1951, núm. 1258; ESMEIN, P., AUBRY & RAU, *Droit civil*, X, París, 1954, núm. 645; RIPERT, G. & BOULANGER, F., «Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol», IV, *Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, París, 1959, núm. 3229; MAZEAUD, H. e L. & MAZEAUD, J., «Leçons de Droit civil», IV, 2.º, *Successions, libéralités*, 3.ª ed., rev. por Breton, A., París, 1980, núm. 1502; RAYNAUD, P., MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Droit civil. Les successions et les libéralités*, París, 1983, núm. 330; SAVATIER, R., «Donation», *Repertoire de Droit civil Dalloz*, IV, 2.ª ed., 1991, núm. 93; FLOUR, I., & BONTE; I., *Droit patrimonial de la famille (Successions, Libéralités...)*, dirigido por Grimaldi, M., París, 1998, núm. 3224.

<sup>7</sup> El artículo 1050 disponía que *la donación es un acto de espontánea liberalidad, mediante el cual el donante se despoja actual e irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario, que la acepta*. (Este precepto consagraba en el Derecho italiano la antigua regla consuetudinaria francesa «donner et retenir ne vaut»).

<sup>8</sup> ASCOLI, A., *Trattato delle donazioni*, Florencia, 1898, p. 167; MANENTI, C., «Sul concetto di donazione», *Rivista di diritto civile*, 1911, p. 329.

<sup>9</sup> SILVA, E., *Doações*, 2.ª ed., 1935, p. 20.

<sup>10</sup> El artículo 942 del Proyecto de García Goyena disponía: «Las donaciones hechas para después de la muerte del donador que consistieren en una cosa específica, no fungible, pueden hacerse entre vivos, y se regirán por las disposiciones de este título; pero si

García Goyena, en su comentario a este precepto manifestaba que, como regla, las donaciones *mortis causa* eran suprimidas. Su conocido «afrancesamiento»<sup>11</sup> le llevó a reiterar la antigua regla consuetudinaria del Derecho francés *donner et retenir ne vaut* (aunque era extraña a nuestro Ordenamiento tradicional<sup>12</sup>) y a la consiguiente postura supresora, pues conservar la facultad de disponer, afirma, es hacer ilusoria la donación<sup>13</sup>.

Con estos antecedentes, el legislador de 1889, en términos casi idénticos a los del artículo 618 del Anteproyecto de 1882-1888<sup>14</sup>, dispuso en el artículo 620 CC que «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participen de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

Parece evidente, a nuestro juicio, que el redactor de nuestro Código transcribió, casi literalmente, el precepto del Código civil portugués de 1867. La modificación más relevante fue la sustitución del verbo «tener» por el verbo «participar», cuyo alcance ha sido, y es, muy discutido por nuestra doctrina, que lo interpreta de formas diversas basando en sus diferentes significados argumentos en contra y a favor de la supervivencia en nuestro Ordenamiento de las donaciones *mortis causa*. El intérprete de este precepto lo primero que se pregunta es ¿qué significa «participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad»? ¿Qué son tales disposiciones o, sencillamente, que tienen semejanzas? ¿Qué alcance tienen los términos «se regirán por las reglas de la sucesión testamentaria»? ¿Se refiere a todas las normas o sólo a aquéllas susceptibles de aplicación en atención a su naturaleza semejante?

### 3. OPINIONES DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA

La *communis opinio* considera que al ordenar el artículo 620 CC que se rijan por las reglas de la sucesión testamentaria las somete a estas reglas «en todo», incluso en la forma, por lo que han de otor-

---

tuvieren por objeto el todo o una parte alícuota de los bienes del donador, o una cantidad de cosas fungibles, no podrán otorgarse sino en testamento, y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades».

<sup>11</sup> En expresión de FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Sobre una revisión de las donaciones “mortis causa” en nuestro Código Civil», *ADC*, 1951, p. 1082.

<sup>12</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios...*, cit., p. 100.

<sup>13</sup> *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la ed. de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 464.

<sup>14</sup> Artículo 618: «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante, participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria».

garse en testamento guardando las formas de éste. Esta liberalidad se convierte de este modo en una disposición testamentaria unilateral, lo que concuerda perfectamente con la afirmación de tal disposición de que «*participan* de su naturaleza». Esto es, la donación *mortis causa* y el legado son dos figuras que tienen la misma función, y el hecho de quedar aquélla sujeta –conforme a la exigencia del legislador en la disposición del artículo 620 CC– a las reglas de las disposiciones testamentarias conlleva su eliminación.

Esta tesis es defendida por Roca Sastre que, en el estudio de la posición que adopta el Código Civil frente a esta figura jurídica, y ante lo preceptuado por el 620 CC, se pregunta: ¿ha suprimido el Código la donación *mortis causa*? A su modo de ver sí. Cree que la abolición de la donación *mortis causa* en nuestro Código es absoluta.

Su afirmación se apoya en que la donación *mortis causa* y el legado son dos instituciones que se identifican, salvo en lo relativo a su modo de otorgarse –que en la primera es la forma de la donación, y en el segundo es el testamento–, es decir, la donación a causa de muerte sólo tiene de donación la forma o modo de producirse u otorgarse, siendo en lo demás una disposición testamentaria.

Por consiguiente, nos dice, el elemento de vida o muerte para la existencia de la donación *mortis causa* es que pueda hacerse o no empleando la forma o mecanismo de la donación, o sea, el juego de una disposición patrimonial del donante y la consiguiente aceptación del donatario en vida de aquél, subsistiendo su voluntad de donar. Si se establece, por el contrario, que la donación *mortis causa* tiene que adoptar forma testamentaria, con sus consiguientes exigencias de declaración unilateral y personalísima, no puede hablarse ya de liberalidad a causa de muerte, pues ha quedado eliminado el único elemento que le atribuye entidad propia. Que esto sea así, que la donación *mortis causa* tiene que sujetarse a las formas testamentarias, es a su juicio evidente en base al citado artículo 620 del Código Civil.

Roca concluye manifestando que la donación *mortis causa* es una figura eliminada del Código Civil, y como tal figura, sólo interesa en el régimen del Código, al efecto de declarar la nulidad de aquella liberalidad que, participando de la naturaleza de la donación a causa de muerte, no se haya otorgado llenando las formas testamentarias, o si, por el contrario, hubiese adoptado tales formas sería no ya una donación sino un legado <sup>15</sup>.

Fuenmayor Champín también comparte esta opinión, mostrándose claramente contrario a las donaciones *mortis causa*. A la pre-

---

<sup>15</sup> «Donación “*mortis causa*”», *Estudios de Derecho privado*, I, 1948, pp. 572 y ss.

gunta ¿cabe decir que siguen siendo verdaderas donaciones?, responde negativamente y de forma terminante: «De ninguna manera. Serían —si acaso— unas donaciones sin contenido, un envoltorio vacío, un artificio para realizar disposiciones testamentarias fuera de las formas que el Código exige con carácter esencial para otorgar testamento».

Le parece claro que sí, por su letra, el artículo 620 no sería obstáculo a la vida de las donaciones *mortis causa*, éstas han sucumbido en el Código Civil, porque de su propia configuración resulta que en el ámbito de las liberalidades no hay, en rigor, cabida para ellas. Su naturaleza *mortis causa* exige, no sólo el régimen, también la forma de las disposiciones testamentarias.

Nada más concluyente que su conocida, y transcrita en reiteradas ocasiones, frase: «cierto que las cita el artículo 620, y que habla de ellas como donaciones, mas es ésta una cita postrera, una esquel mortuoria»<sup>16</sup>.

Es igualmente partícipe de esta tesis Puig Brutau, quien, manifestando en primer término la imprecisión del redactor del Código al afirmar que «como en tantas otras ocasiones, también en este artículo 620 el legislador ha dejado en manos de los intérpretes un precepto cuyas palabras pueden tener más de un sentido», afirma que la opinión más general y seguramente más acertada considera que el Código, con la disposición del artículo 620, ha querido asimilar por completo las donaciones por causa de muerte a los legados.

A su juicio, la afirmación de que se trata de actos que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y que, por ello, han de regirse por las normas de la sucesión testamentaria, elimina por completo la institución romana —en la que era esencial la combinación de la determinación del destino de los bienes para después de la muerte del donante con la forma de un acto entre vivos—<sup>17</sup>.

También en opinión de Albaladejo, el artículo 620 CC, con más o menos acierto en su literalidad, elimina a partir del Código Civil las donaciones *mortis causa*, pues al expresar el artículo 620 CC, *las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante*, quiere significar que en adelante se suprimen como regla las donaciones *mortis causa*. Para disponer *mortis causa*, manifiesta, sólo queda el testamento.

No deja de reconocer este autor que el artículo 620 CC no expresa literalmente que las suprime (sino que dice que *participan* de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad —lo que a su parecer es innegable, porque por la donación *mortis causa* se dispo-

<sup>16</sup> *Sobre una revisión...*, cit., pp. 1093 y 1095.

<sup>17</sup> *Fundamentos de Derecho civil*, II, 2.º, Barcelona, 1956, p. 102.

ne para después de la muerte, de modo que *participar* tiene ahí el sentido de *ser* una disposición de última voluntad, o *tener* tal naturaleza—), no obstante, las elimina, porque al ordenar que se rijan, sin límite alguno, en *todo*, por las reglas de la sucesión testamentaria se está exigiendo que se otorguen en testamento guardando la forma de éste, y como el testamento es un acto unilateral del disponente, se está excluyendo que la liberalidad a causa de muerte pueda seguir siendo *acuerdo* de donante y donatario. De este modo, afirma, la donación *mortis causa* pasa a ser una disposición unilateral del donante que, hecha en testamento porque lo pide el artículo, no es sino una disposición testamentaria más, y no ya una donación.

En suma, en opinión de Albaladejo, aunque la disposición del artículo 620 CC no diga que suprime la donación *mortis causa*, al someter tal donación no sólo en su desenvolvimiento, consecuencias, etc., sino *en sí misma* (que es lo que cree que hay que entender cuando se dice pura y simplemente que *se regirá por...*) a las reglas de la sucesión testamentaria, nuestro Código acaba con la institución<sup>18</sup>.

Frente a esta tesis supresora casi generalizada de las donaciones *mortis causa*, repetida desde hace tiempo por nuestros civilistas<sup>19</sup>, se alza en nuestra doctrina la minoritaria pero autorizada «teoría de la *sobrevivencia*» de Vallet, que niega, a nuestro parecer con sensatez, que las donaciones *mortis causa* hayan de revestir forma testamentaria<sup>20</sup>.

Son diversos los argumentos que, a su juicio, pueden esgrimirse en defensa de la subsistencia de esta institución:

En primer lugar, *gramaticalmente*, el artículo 620 CC nos habla de «las *donaciones* que hayan de producir efectos por muerte del

<sup>18</sup> *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, VIII, 2.º, Madrid, 1986, p. 55. Esta misma tesis es posteriormente mantenida por ALBALADEJO en el *Comentario del Código Civil*, I, Madrid, 1991, pp. 1580 y ss.

<sup>19</sup> Con anterioridad al Código Civil, GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALVÁN, J. M., *Elementos de Derecho civil y penal de España*, I, Madrid, 1840, p. 253. Después de 1889, FALCÓN, M., *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral*, III, Barcelona, 1893, p. 328; MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, V, 3.ª ed., Madrid, 1910, p. 80; VALVERDE, A., «Tratado de Derecho civil español», V, *Derecho de sucesión «mortis causa»*, Valladolid, 1916, p. 352; ROCA SASTRE, R. M., *Donación...*, cit., p. 571; FUENMAYOR CHAMPÍN, A., *Sobre una revisión...*, cit., p. 1095; PARRA JIMÉNEZ, J., «De nuevo sobre la donación “mortis causa” y el Código Civil», *RCDI*, 1952, p. 190; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, II, 2.º, cit., 1956, p. 103; PORRAS IBÁÑEZ, P., «Donaciones y disposiciones testamentarias (lo que dice el artículo 620 del Código Civil)», *RCDI*, 1964, p. 764; ALBALADEJO, M., *Comentarios...*, VIII, 2.º, cit., p. 53; CASTÁN, J., «Derecho civil español, común y foral», IV, *Derecho de obligaciones*, 15.ª ed., por Ferrandis, J., Madrid, 1993, p. 228.

<sup>20</sup> Esta tesis encuentra en Vallet su mayor, y más conocido, defensor, pero ya en 1926, AZPITARTE, *Legislación notarial* (Contestaciones a Registros), Madrid, 1926, pp. 142 y ss., frente a la tesis mayoritaria de la supresión de las donaciones *mortis causa* en nuestro Código Civil, sostuvo, de forma innovadora, su subsistencia, afirmando que no cabía exigirles la forma solemne del testamento para que válidamente se ordenasen. Por lo demás, afirmaba que el Reglamento Notarial admitía su registro en actos de última voluntad como actos distintos de los testamentos.

donante», por lo tanto, el legislador las califica y conceptúa como donaciones y no como disposiciones testamentarias. Del mismo modo, desde el punto de vista puramente gramatical, la palabra *participan* no quiere decir que se identifiquen, sino tan sólo que existen algunos puntos de semejanza, o de identidad con respecto a la naturaleza de la que participa, pero no que se lleguen a confundir con ella. Por lo demás, en relación a los términos *se regirán* se refieren, afirma, al desenvolvimiento, al funcionamiento, a la ordenación de la institución ya nacida, pero aún sin reglamentar.

En segundo término, manifiesta, en su argumento *lógico*, que si las donaciones *mortis causa* participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, puede aceptarse la aplicación a aquéllas de las reglas de éstas en cuanto se refieran a su naturaleza semejante o idéntica; pero, en cambio, no hay porqué hacer aplicación de las relativas a su forma, que, casi por definición, han de ser distintas.

En tercer lugar, cree que *históricamente* se puede demostrar su existencia. Ya el propio Justiniano, en el *Corpus iuris*, aunque pretendió su asimilación a los legados, no las confundió por lo que a la forma se refiere. Por lo demás, en Derecho histórico español, el Derecho de Castilla equiparó la donación *mortis causa* al contrato en cuanto a la forma y solemnidad, requiriendo la presencia de ambas partes, y las Partidas admitieron que el hijo de familia pudiera realizar esta clase de donaciones con otorgamiento del padre.

Finalmente, Vallet confirma su tesis interpretando *sistemáticamente* el artículo 620 CC. Así, nos dice que el artículo 618 CC no excluye del concepto de donación a las otorgadas *mortis causa*, por lo que negativamente no hay obstáculo para que quepan dentro de la definición, muy al contrario, positivamente el artículo 620 confirma su inclusión al hablar de donaciones que hayan de producir su efecto por muerte del donante. Considera que nada tiene que ver con esto que a este grupo de donaciones se les ajusten reglas especiales —de acuerdo a su naturaleza específica—, siempre que ello no lleve consigo su desnaturalización, lo que piensa que sucedería irremediablemente si se exigiera que se otorgasen en testamento, porque entonces ya no podrían llamarse donaciones sino legados.

Como otros argumentos de tipo sistemático aduce el artículo 641 CC, el artículo 1331, hoy 1341.2.º, y los artículos 177 originario y el 827 CC <sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> VALLET, *Panorama...*, I, cit., pp. 1008 y ss. (Hemos referido los argumentos de Vallet utilizando como punto de referencia la obra mencionada por ser la de fecha más reciente. Por lo demás, nótese que el autor emplea idénticos argumentos a los expresados por primera vez en la conferencia «Donación "mortis causa" en el Código Civil español» desarrollada en la *Semana Notarial de Santander*, en 1948, reiterados igualmente en las obras posteriores ya citadas).



La hasta ahora minoritaria tesis de Vallet, aunque no carece de críticas <sup>22</sup> –a las que, por cierto, no les faltan réplicas– <sup>23</sup>, encuentra punto de apoyo en la doctrina científica más relevante de nuestro país.

<sup>22</sup> Los argumentos de Vallet han sido criticados por PARRA JIMÉNEZ, J., «De nuevo sobre la donación “mortis causa” y el Código Civil», *RCDI*, 1952 (marzo), pp. 185 y ss.

Respecto al *elemento gramatical*, afirma Parra:

«a) El argumento sería válido de haber incompatibilidad entre uno y otro concepto, o si fuere un imposible que una disposición testamentaria fuere donación, que no lo es desde el momento en que el legado pudo definirse como *donatio quoedam a defuncto relicta*.»

b) [...] a la afirmación del artículo 620 hay que dar su exacto alcance. El legislador no ha pretendido hacer una inútil afirmación dogmática, puramente teórica, adoctrinándonos sobre cuál sea o no la naturaleza de tales donaciones. El artículo 620 es una proposición jurídica de remisión en sentido estricto, y su puro contenido normativo no es más que éste: que tales donaciones se rijan por las reglas de la sucesión testamentaria.

La afirmación de que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad no es más que la premisa dialéctica que pudo y no ha querido omitirse. Desde un punto de vista lógico-sintáctico, la oración gramatical regida por el verbo “participan” es una subordinada causal de aquella principal que lleva el verbo “se regirán” (“*porque participan de la naturaleza... se regirán*”). O, a lo sumo, una coordinada ilativa (“participan de la naturaleza...; *luego se regirán*”).

c) El artículo 620 no contempla una donación *mortis causa* válidamente nacida a la vida del derecho, [...], no es exacto que la locución “se regirán”, aplicada a las donaciones a que se refiere el artículo 620, comprenda solamente su desenvolvimiento, ordenación y regulación, con independencia de la forma: abarca su vida entera. [...]. La remisión del artículo 620 obliga a dar a esta especie de donaciones la forma del testamento, como comprendidas entre las reglas legales a las que el precepto se remite.»

En relación al *elemento lógico*, el error en la argumentación de Vallet, critica este autor, se encuentra «en situar el centro de gravedad del artículo 620 en la frase regida por el verbo “participan”, en vez de centrar la gravedad en la frase que se inicia con las palabras “se regirán”, donde, [...] se encuentra el verdadero contenido normativo. [...]. *Lógicamente* se hace inexcusable aplicar a las donaciones del artículo 620 las reglas formales de los testamentos. Para disciplinar estas donaciones el artículo 620 se remite a las reglas de la sucesión testamentaria; es así que entre dichas reglas se encuentran las relativas a los testamentos, luego las reglas relativas a los testamentos han de aplicarse a aquellas donaciones».

En cuanto al *elemento histórico*, puede leerse en el escrito de Parra que «si la proposición meramente enunciativa del artículo 620 (“participan de la naturaleza”) puede no carecer de antecedentes [...], el verdadero contenido normativo de ese precepto, con la radical conclusión a que nos lleva respecto de la forma, no los tiene. Es, pues, inútil acudir a la historia en busca del sentido exacto del precepto. Más aún: históricamente se justifica como la última fase en nuestro Derecho del proceso de estas donaciones a perder su propia individualidad, su perfil y figura característicos».

Finalmente, respecto al *elemento sistemático*, afirma que «en general, no parece lícito, para una interpretación sistemática del 620, argüir aquellos preceptos del Código aparentemente inconsecuentes con su enemiga a los pactos sucesorios. Son preceptos excepcionalísimos, con su particular razón de ser cada uno de ellos, que no admiten extensión por analogía a más supuestos que los contemplados concretamente en cada uno.

Una interpretación sistemática del artículo 620 no puede echar en olvido el artículo 658 del Código Civil, ni, mucho menos, el artículo 667, [...].

[...] Y siendo la donación del artículo 620 un acto de disposición de bienes para después de la muerte, ordenar aquélla es testar (artículo 667) y adquirirla es suceder a título singular (artículos 660 y 768), por voluntad del hombre que inexcusablemente debe manifestarse en testamento (artículo 658).»

<sup>23</sup> La críticas de Parra son replicadas por VALLET, «La donación “mortis causa” y el Código Civil», *RCDI*, 1952 (mayo), pp. 322 y ss.

Así, Díez-Picazo, en el comentario a una sentencia del Tribunal Supremo, claramente se manifiesta partícipe de esta dirección doctrinal. Tras ubicar el problema de las donaciones *mortis causa* en la

«ELEMENTO GRAMATICAL

a) *Réplica*: [...] Técnicamente ambos conceptos son incompatibles. [...]. Aunque el *animus donandi* expresado extracontractualmente, pero con las solemnidades de las últimas voluntades, engendre un legado que, precisamente, en esa diferencia de forma se separa de las donaciones *mortis causa*.

Por lo tanto, el artículo 620, al hablar de donaciones, no puede referirse a donaciones contenidas en testamento, ya que entonces no serían donaciones, sino legados. No olvidemos tampoco el título en que se halla situado este precepto. Es el de las donaciones, concepto recogido en el artículo 618, dentro del cual no caben los legados. Ni que, en su texto, el artículo 620 presupone la vigencia y validez de donaciones que han de producir sus efectos por muerte del donante, y que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad.

El artículo 620 es un certificado de vida de la donación *mortis causa*.

c) *Réplica*: [...] no es posible afirmar que una donación por causa de muerte se registrará en su vida entera, incluida su forma de nacer, por las reglas de la sucesión testamentaria. Pueden suprimirse las donaciones *mortis causa*, pero lo que no es posible es que se rijan en su forma matriz por las reglas de la sucesión testamentaria.

Si el Código Civil hubiese pretendido lo primero, debió haber dicho que quedaban abolidas las donaciones *mortis causa*, o que no puede disponerse *mortis causa* más que en la forma prevista en el título correspondiente a las sucesiones testamentarias, o simplemente pudo definir la donación con alguna nota que excluyera de su concepto las dispuestas *mortis causa*. [...]

[...] Lo cierto es que, en lugar de proclamar la abolición de las donaciones *mortis causa*, o de declararla implícitamente, certificó su existencia precisamente al señalarles un régimen aplicable. Cosa no posible si como institución hubiesen dejado de ser. Cosa imposible si su forma fuese la de las últimas voluntades, porque entonces ya no serían donaciones.

Pues bien –repetimos–, para que una donación *mortis causa* pueda regirse por las reglas de la sucesión testamentaria, debe haber nacido; para nacer ha de hacerlo en forma contractual (“*latu sensu*”), es decir, en negocio *inter vivos*. De lo contrario, no habrá donación *mortis causa*, sino una institución o un legado, y, entonces, holgaba la remisión a sus reglas correspondientes. Sería una perogrullada.»

«ELEMENTO LÓGICO

*Réplica*: No es exacto que situemos el centro de gravedad del artículo 620 en el término “*participan*”, por el hecho de que hubiésemos atendido a él para medir el alcance de las palabras “se registrarán”. Estamos de acuerdo en que el contenido normativo de este precepto se halla en lo determinado a continuación de las palabras “*se registrarán*”. Pero, la interpretación de toda norma requiere el conocimiento de su *ratio*, su fin, su alcance, y para ello no es posible fijarse solamente en las palabras de puro contenido normativo. [...] es totalmente indispensable, ineludible, atender a las oraciones subordinadas causales o coordinadas ilativas, contenidas en la propia ley, para medir el exacto alcance de la oración de puro contenido normativo.»

[...].

«Parra, cree, que lógicamente se hace inexcusable aplicar a las donaciones del artículo 620 las reglas formales de los testamentos. [...] A su juicio [...] ¿no sería lógico pensar que de haber querido excluir éstos, la remisión hubiera sido directamente al capítulo II de aquellas reglas?»

La respuesta es sencilla. En el capítulo I, no sólo se contiene la reglamentación de las formas del testamento, sino que entre ellas no faltan preceptos relativos a cuestiones de fondo, como las del artículo 737 –básicamente aplicable a las donaciones *mortis causa*–, artículos 670, 671, etc. El legislador no pudo, pues, referirse exclusivamente al capítulo II. El exacto límite de aquella remisión quedó formulado, en primer término, al certificar la existencia de las donaciones *mortis causa* –puesto que lejos de abolirlas les señalaba su régimen–, existencia ligada a lo que es consustancial a su naturaleza, otorgarse en negocio *inter vivos*.»

disposición del artículo 620 CC –del que critica la oscura redacción– y después de expresar la teoría más extendida, afirma, en referencia a la tesis defendida casi veinte años antes, que «una segunda dirección doctrinal, a nuestro juicio, más acorde con la naturaleza de las cosas, interpreta el artículo 620 afirmando que la donación *mortis causa* es, ante todo, una donación, es decir, un acto de liberalidad por el que una persona dispone gratuitamente en favor de otra que la acepta (cfr. art. 618 CC), que puede celebrarse a través de las formas al efecto establecidas (escritura pública para la donación de inmuebles y documento privado para la donación de muebles; cfr. arts. 632 y 633 CC). Ahora bien, al concurrir el negocio de donación a la reglamentación del destino *post mortem* del patrimonio *participa* de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y ello hace que quede integrado en la sucesión testamentaria, a cuyas reglas, sustantivas no formales, se somete (*v. gr.*, libre revocabilidad *ex art. 737*, ámbito de libre disposición *ex art. 763*, etc.)»<sup>24</sup>.

Igualmente, entre nuestros civilistas, Puig Ferriol y Badosa afirman, a nuestro parecer con buen criterio, que en el artículo 620 existe, de una parte, una verdadera donación y, por tanto, necesidad de aplicar las normas de tal figura y, de otra, una simple participación de naturaleza y una remisión legal. En su opinión este precepto no establece en modo alguno una asimilación a la figura del legado.

Nos dicen que la afirmación de la naturaleza sucesoria de la donación *mortis causa* y su asimilación a los legados nace de una mala comprensión del papel de la muerte del titular respecto de la

---

«ELEMENTO HISTÓRICO

[...] nuestro Código no supone una invención *ex novo* del Derecho civil, sino la formulación o expresión, con ciertas talas o reajustes de nuestra tradición jurídica. [...]. No puede, presumirse la derogación de la donación *mortis causa* como institución vigente. Al contrario, conociendo el Derecho que rigió hasta el día de la promulgación del Código Civil, se le siente latir en las escasas líneas del artículo 620.»

«ELEMENTO SISTEMÁTICO

(como réplica a la crítica del carácter excepcional de los preceptos argüidos afirma Vallet:) [...] Aunque así fuera, demostrarían que, por lo menos en dichos supuestos excepcionales, puede seguir viviendo la donación *mortis causa*. Donación que, por otra parte, dada su revocabilidad, no participa de la enemiga a los pactos sucesorios.

(En cuanto al criticado olvido de Vallet de algunos preceptos, replica:) [...] Basta su lectura (art. 658) para borrar toda duda de que el precepto transcrito tenga algo que ver con las donaciones *mortis causa*. Éstas no suponen *sucesión* en sentido estricto. [...].

[...] El artículo 667 únicamente contiene una definición –por lo demás poco afortunada del testamento–, sin pretender otra cosa. Su *ratio* sólo es ésta. Luego no es lícito entender sus palabras más allá del fin perseguido por ellas. No consta patentemente que quisiera atribuir al testamento la exclusividad de las disposiciones *mortis causa*, [...].»

Críticas y réplicas están recogidas en VALLET, *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 253 y ss.

<sup>24</sup> *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1966, núm. 180, p. 563.

eficacia del título. A su juicio, es necesario señalar una serie de diferencias que impiden confundir la muerte como hecho determinante de la eficacia de un título ya existente, con la muerte como hecho determinante de la existencia del mismo. En primer lugar, es la voluntad y no la muerte la que produce la privación de la titularidad. En segundo término, refieren la eficacia plena del título sin necesidad de la intervención de terceros para consumarla (art. 858) y, finalmente, en tercer lugar, manifiestan que el título existe antes de la muerte del titular, no después de su muerte (diferencia que consideran importante a los efectos del art. 820.1 CC).

Por lo demás, admiten que «participar de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad», como ya ha señalado la doctrina, no significa confusión o identidad con el testamento. La referencia a disposición de última voluntad indica, en su opinión, que se está contemplando la donación desde el punto de vista de negocio jurídico, no de título atributivo de la titularidad de bienes. El artículo 620 viene a decir, pues, a su parecer, que el calificativo de disposición de última voluntad es igualmente aplicable al testamento y a la declaración dispositiva del donante, cuando ésta se realiza por razón de muerte.

En suma, según su criterio, las diferencias son relevantes. Así, la donación sigue siendo un acto dispositivo, en el cual la pérdida de la titularidad resulta de la voluntad del sujeto, mientras que el testamento es un acto de destinación de unas titularidades cuya extinción se funda en la muerte. La donación es negocio con causa gratuita, es decir, presidido por la voluntad liberal del disponente, que justifica el efecto atributivo, mientras que en el testamento el efecto adquisitivo se justifica por el principio fundamental de eliminar la situación de bienes vacantes. La donación es, finalmente, un negocio de naturaleza *inter vivos* en que la muerte si interviene es como elemento accidental que afecta únicamente a la eficacia, pero no al valor negocial, mientras que, en cambio, en el testamento, la muerte es presupuesto del valor negocial del acto, que hasta aquel momento es únicamente una mera declaración de voluntad <sup>25</sup>.

También a nuestro juicio, y siendo conscientes de que nos situamos en el bando minoritario, es razonablemente defendible la tesis doctrinal que proclama la existencia de las donaciones a causa de muerte como institución con individualidad propia, debiendo negarse su asimilación a los legados. No desconocemos que no es ésta, tampoco, la opinión mantenida por la doctrina jurisprudencial más generalizada. Veámoslo.

---

<sup>25</sup> Comenariós a la obra de KIPP, «Derecho de sucesiones», *Tratado de Derecho Civil Enneccerus, Kipp, Wolff*, V-1, 2.ª ed., Barcelona, 1976, pp. 720 y ss.

#### 4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En las sentencias de la Sala Primera, aunque no se manifieste expresamente que la donación *mortis causa* haya sido suprimida, se afirma, en consonancia con la tesis doctrinal predominante, que a tenor del artículo 620 CC estas donaciones son disposiciones de última voluntad y la sumisión a las reglas de la sucesión testamentaria es total, incluidas las normas relativas a la forma; por consiguiente, sólo puede hacerse una donación *mortis causa* en testamento y no será, en definitiva, más que un legado. Que la donación *mortis causa* requiere para su validez la forma y las solemnidades de los testamentos viene siendo expresado por el Tribunal Supremo desde antaño <sup>26</sup>.

Recientemente, ha sido decisiva la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1986 que, en su fundamento jurídico cuarto, dejó sentada la siguiente doctrina:

«en todo caso, para el supuesto hipotético que efectivamente a medio de la tantas veces aludida escritura pública de 8 de febrero de 1974, con

---

<sup>26</sup> En el último de los considerandos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1905 se manifiesta la necesidad de que la donación *mortis causa* se ajuste a las formalidades legales de la sucesión testamentaria al afirmar que:

«conforme a lo prevenido en el citado art. 620 del Código civil, la donación hecha por doña María de la Concepción Hernández participa de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y debe regirse por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria, y al no haberse observado éstas, es evidente que en este sentido se comete también por la sentencia recurrida las infracciones de las disposiciones legales que se invocan en dichos dos primeros motivos». [En el primero de tales motivos se refiere el artículo 620, y se expresa que «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria»; y comoquiera que claramente se demuestra por las palabras –fallecida yo, páguese a la orden de doña Micaela de la Llana–, que la voluntad de la finada fue que hasta que ella falleciese no se pagase ni transmitiese la propiedad del depósito a doña Micaela de la Llana, es indiscutible que tal donación tiene carácter de donación *mortis causa*, y como sólo por testamento ha podido realizar la cesión, ese supuesto endoso no tiene fuerza ni eficacia para transferir a doña Micaela de la Llana la propiedad del depósito a que se refiere el resguardo.]

En el mismo sentido, la Sentencia de 8 de febrero del mismo año expresa:

«[...] y como la Sala sentenciadora estima con acierto que dicha promesa es ineficaz por tratarse de donaciones que debiendo producir sus efectos después de la muerte del donante, no aparece justificada por ninguno de los medios que regula la sucesión testamentaria, según lo exige el artículo 620 del Código Civil [...]»

También en la Sentencia de 4 de noviembre de 1926 puede leerse, en su primer considerando, que:

«[...] como porque en el concepto de donación *mortis causa*, para ser valedera tenía que revestir cuantos requisitos de forma y solemnidades exigen los testamentos, [...]»

Igualmente véanse las Sentencias de 24 de abril de 1909, 19 de junio y 29 de octubre de 1956, 28 de octubre de 1965, 7 de enero y 28 de abril de 1975 y 7 de noviembre de 1979.

su complemento reflejado en el documento privado de 5 de marzo de 1974, se tratase de encubrir una donación de específica naturaleza *mortis causa*, es decir, con producción de efectos por muerte de la donante que proyecta a la tan referida mitad de casa, requeriría para su eficacia, según previene el artículo 620 del Código Civil, que se hubiese adaptado, cual no se ha efectuado, a las reglas establecidas para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias, ya que el Código Civil, abandonando el sentido tradicional de la distinción entre las donaciones *inter vivos* y las *mortis causa* y ateniéndose, en su tenor literal, a su sentido vulgar, si indudablemente contrapone las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, es decir, en vida del donante, y las que hayan de producirlos por muerte del mismo, sin embargo somete las primeras a lo dispuesto en los artículos 624 y 652 y a las generales de los contratos y obligaciones, según previene el 621, y hace participar a las segundas de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, con el consiguiente sometimiento, según ya queda dicho, a las reglas establecidas para la sucesión testamentaria, cual establece el artículo 620 y proclaman las Sentencias de esta Sala de 21 de octubre de 1896, 28 de enero de 1898, 27 de julio de 1904, 3 de enero y 8 y 12 de febrero de 1905, 24 de abril de 1909, 4 de noviembre de 1926, 17 de marzo de 1941, 8 de julio de 1943 y 19 de junio de 1956, pues como en algunas de esas resoluciones se indica lo que caracteriza definitivamente las donaciones con finalidad *mortis causa* es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante de la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir, determinando que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que se fija para el efecto de la donación la época o momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece, sin que pueda alterar la esencia de este concepto la forma empleada para la expresión de la voluntad si ésta es que solamente con posterioridad a la muerte del donante haga suyo el donatario lo que fue objeto de la donación [...], y por consiguiente son revocables, al no producir efecto sino después de la muerte del causante, es decir *post mortem*, siendo ineficaces si no se justifican por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias.»

La misma doctrina ha sido reiterada en las Sentencias de la Sala Primera de 13 de junio de 1994, 9 de junio de 1995 y 25 de julio de 1996. Fernández-Cid de Temes, ponente de la primera de ellas, después de recordar lo que estableció —con singular acierto, nos dice— la Sentencia de 24 de febrero de 1986, expresa en el segundo de sus fundamentos de Derecho que:

«Había simplemente intención de realizar una donación *mortis causa* que no llegó a plasmar en realidad al no adoptarse la forma de las disposiciones testamentarias, pues es necesario guardar las formas y solemnidades del testamento [...], según previene el artículo 620 del Código Civil.»

Martínez Pardo, ponente de otra sentencia de la misma fecha, en el segundo fundamento jurídico, reiteró la misma doctrina:

«Existe conformidad absoluta en que la donación *mortis causa* de la porción del solar y edificio efectuada por el padre a sus hijos se rige por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria por expresa disposición contenida en el artículo 620 del Código Civil. Y que, por ello se han de aplicar las normas correspondientes a los legados de cosa específica.»

En la Sentencia fechada el 9 de junio de 1995 puede leerse que:

«El núcleo alegatorio del motivo radica en la oposición de los recurrentes a la calificación que hace la sentencia recurrida de la donación discutida como donación *mortis causa*, cuando los recurrentes consideran que es donación *inter vivos* con efectos *post mortem* y también, en contra de la sentencia, la considera válida. Se refiere el motivo a la escritura de donación de 13 de marzo de 1984, de la parte alta de la finca “Mas Nou” a favor del demandante don Felipe. En esta escritura, el donante, sin necesidad de consentimiento del donatario, se reserva la facultad de disponer de la finca donada para cualquier acto de enajenación o gravamen y en cualquier tiempo respecto de la totalidad o parte de la finca, en cuyo caso quedará revocada la donación; además, el donatario no podrá enajenar ni gravar la finca donada ni parte de la misma durante la vida del donante sin contar con autorización expresa del donante. Dados esos términos literales ha de considerarse acertada la declaración de la Sala *a quo* de que se trata de una donación *mortis causa*, en cuanto sólo ha de tener efectos después de morir el donante, conclusión a la que se llega si el donatario no puede disponer en forma alguna de la finca donada. Se acomoda, pues, tal calificación jurídica a lo dispuesto en el artículo 620 del Código Civil, pues lo que caracteriza definitivamente a las donaciones con finalidad *mortis causa* es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante de la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir, determinando que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que se fija para el efecto de la donación la época o momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece. Estas declaraciones de la Sentencia 24 de febrero 1986 se ajustan con precisión al supuesto de hecho ahora contemplado, criterio seguido también por la Dirección General de los Registros en su resolución de 21 de enero de 1991, y en otras sentencias anteriores. Y siendo así, a ello no se opone el artículo 639 ni los demás invocados, toda vez que lo acreditado evidencia que el donante se reservó, desde luego, la facultad de disponer de los bienes donados. Y todo ello lleva consigo la sujeción de la donación a las disposiciones de última voluntad, sin cuyo cumplimiento, como ha declarado esta Sala reiteradamente, la donación *mortis causa* no es válida.»

Finalmente, en la última Sentencia del Tribunal Supremo recaída sobre este asunto <sup>27</sup>, la de 25 de julio de 1996, se ratifica, en el fundamento de Derecho sexto, que:

«Es opinión casi unánime de la doctrina científica y reiterada y prácticamente uniforme jurisprudencia de esta Sala la de que la llamada donación *mortis causa*, a que se refiere el artículo 620 del Código Civil (la cual, desde luego, no transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados hasta que se produzca la muerte del donante) no puede tener eficacia si no se justifica por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias.»

## 5. NUESTRA POSTURA

Pensamos que la tesis mayoritaria en la doctrina científica y en la jurisprudencial, a cuyo tenor la donación *mortis causa* requiere para su eficacia forma testamentaria, lo que conduce a su identificación con el legado y, en consecuencia, a su supresión de nuestro ordenamiento jurídico, es poco afortunada.

La donación *mortis causa* no tiene en la realidad los mismos efectos ni cumple la misma función que el legado. No desconocemos las analogías <sup>28</sup>, pero existen decisivos argumentos que obligan a distinguir estas dos instituciones: además de la diferente forma de otorgarse, hay otras divergencias importantes, que justifican que los particulares, para satisfacer sus propósitos, recurran a una figura y no a otra, esto es, que quieran donar *mortis causa* y no legar. Así, entre otras, la donación a causa de muerte, a diferencia del legado, no necesita de la tradición o entrega por el heredero; la cosa donada va directamente del donante al donatario; la donación no pro-

---

<sup>27</sup> Más reciente, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de marzo de 1997 reitera en su tercer fundamento de Derecho:

«*Que, también por aplicación de este artículo 620 del Código Civil, quedan excluidas todas las posibles particularidades que en la ordenación del fenómeno sucesorio del donante podrían derivarse del empleo por éste del esquema negocial de la donación para la exteriorización jurídica de sus determinaciones patrimoniales mortis causa, aplicándose íntegramente el régimen de la sucesión testamentaria.*»

<sup>28</sup> Así, igual que el legado la donación *mortis causa* sólo permite disposiciones a título singular. El donante al igual que el testador, puede revocar en todo momento y con plena libertad la donación *mortis causa* otorgada y aceptada: bien expresamente, bien de forma tácita, disponiendo del objeto de la donación. Si el donatario premuere al donante, lo mismo que si el legatario premuere al testador, queda sin efecto la donación. También se aplican a las donaciones las mismas reglas que rigen para los legados en relación a las legítimas y a los acreedores de la herencia –inoficiosidad, imputación–. Puede además imponerse al donatario, lo mismo que al legatario, gravámenes.



viene de la herencia del donante; el donatario adquiere la cosa donada en el último momento de la vida del donador, etc.<sup>29</sup>.

En todo caso, aunque sólo tuviéramos en cuenta la divergencia formal, la sola intervención del presunto beneficiario aporta ya a la donación *mortis causa* ventajas relevantes respecto al legado, en tanto que permite al donatario tener verdadera constancia de la voluntad del donante, quien, además de dejar clara su intención, se asegura de que tras su fallecimiento lo donado será querido por aquél que la aceptó. Todo ello obliga a defender su subsistencia.

Roca Sastre, incluso afirmando previamente que la abolición de la donación *mortis causa* en el Código es absoluta, reconoce las diferencias y ventajas que ofrece esta figura frente a la disposición testamentaria cuando manifiesta que «este tipo de donación, cuando no por la independencia que guarda con el posible testamento del causante ofrece una utilidad evidente, la cual es bastante para justificar la subsistencia de dicha figura»<sup>30</sup>.

Por lo demás, los propios partidarios de la tesis abolicionista manifiestan que en la letra del artículo 620 cabría esta institución. Así, Fuenmayor Champín llega a preguntarse «¿no estaban admitidas antes del Código las donaciones *mortis causa*? ¿No se asemejaban, a la vez, a los legados y a las donaciones *inter vivos*? Pues podían seguir *participando* de la naturaleza de unos y otras; legados en su régimen y donaciones por su otorgamiento». «Por su letra, el artículo 620 no sería obstáculo a la vida de las donaciones *mortis causa*»<sup>31</sup>.

A nuestro juicio, la donación *mortis causa* debe ser defendida, pues creemos con Roca que «la ley tiene que admitir la mayor variedad de tipos o fórmulas en que manifestarse la voluntad dirigida a conseguir algún efecto jurídico, con lo cual se evita que, mediante combinaciones fiduciarias, llenen los particulares los vacíos normativos que contiene un sistema positivo. Es preferible que el legislador adopte francamente la figura de la donación *mortis causa*, corrigiendo su ordenamiento si es preciso, que no con un criterio ciegamente simplificador, obligue a los particulares a descubrir nuevas fórmulas jurídicas»<sup>32</sup>.

Estos términos son fiel reflejo de la realidad, pues es apreciable con nitidez cómo la tesis supresora de la donación *mortis causa* tiene dos grandes inconvenientes. En primer lugar, deja irrazonable-

<sup>29</sup> ROCA SASTRE, R. M., *Donación...*, cit., p. 576. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios...*, cit., p. 59, deja constancia de las innumerables diferencias que en Derecho histórico español existían entre estas dos instituciones.

<sup>30</sup> ROCA SASTRE, R. M., *Donación...*, cit., p. 575.

<sup>31</sup> *Sobre una revisión...*, cit., p. 1095.

<sup>32</sup> *Donación...*, cit., p. 575.

mente sin protección intereses de los particulares, que son normalmente de carácter psicológico y persiguen dejar constancia del agradecimiento y de la intención benefactora –sin que ello suponga perder definitivamente el dominio de la cosa– hacia el destinatario de la donación, normalmente sobrinos, ahijados y sirvientes. No es difícil encontrar en los supuestos de hecho de las sentencias que versan sobre donaciones *mortis causa* expresiones como «en remuneración a las atenciones y cuidados que le prodigaba», «por el amor y cuidados que le profesaba», «llevado por el gran afecto», etc., y no encontramos motivos por lo que estos intereses no sean dignos de tutela. En segundo término, la tesis prohibitiva fomenta la utilización de medios indirectos para conseguir ese efecto jurídico. Esto es, prohibir estas liberalidades se traduce en la realización de diferentes maniobras jurídicas que no persiguen sino lograr el fin práctico que satisfarían, de admitirse, las donaciones *mortis causa*.

Por ello, el mejor argumento en defensa de esta donación es la verdadera constatación de su necesidad práctica: socialmente se demanda una institución que permita a los particulares dejar constancia de su voluntad de hacer una atribución para después de la muerte, no desprendiéndose irrevocablemente de su dominio. Esta necesidad es perfectamente apreciable en el análisis de los hechos enjuiciados por el Tribunal Supremo en sus resoluciones sobre liberalidades *mortis causa*, en los que se observa que lo prácticamente querido y buscado por los disponentes es una liberalidad que, permitiéndoles manifestar su *animus donandi*, no les priva de la facultad de disposición sobre sus bienes y, por lo tanto, en su caso, de la facultad de revocación de la donación sin causa. Veámoslo.

El supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1956 es un claro ejemplo que constata lo expresado. Que el interés de la protagonista era donar *mortis causa* no admite, a juicio de la Sala Primera, duda alguna, quedando sobradamente demostrado en el relato de los hechos que a continuación se expresan:

En 1939, doña Aurora otorga testamento, legando a los Padres Mercedarios «con cargo de sufragio por su alma y la de los difuntos padres», todas las casas que le pertenezcan en el Pueblo de Verín, cuatro Títulos de la Deuda del Estado Amortizable, así como los prados de su propiedad en el pueblo de la Rosaleda.

En abril de 1941, con el fin de evitar las elevadas cargas fiscales, persuadida por los religiosos –conocedores además de que tan amplio legado podía lesionar los derechos sucesorios de los legítimos– otorgó escritura de compraventa sobre los mismos bienes en favor de los religiosos, sin pago del precio, pues en ninguna de las cuentas de que era titular doña Aurora hay constancia de la entrada de cantidad alguna constitutiva del importe de las ventas a favor de

la Orden. Con posterioridad a la venta, ante el mismo notario, el Padre Daniel (como provincial de la Orden) confiere a favor de doña Aurora un poder «tan amplio como sea necesario» para que en relación a los bienes y derechos que pertenecen a la Orden, por compra a la mandataria, ejercite diferentes y amplias facultades como vender, enajenar o gravar toda clase de bienes. En virtud de este poder, doña Aurora continuó ejerciendo con plenitud las facultades de dominio y, titulándose dueña, ejerció acciones de desahucio contra los inquilinos de una de las casas vendidas anteriormente.

En agosto de 1941, doña Aurora otorga un nuevo testamento en el que instituye herederos de todos sus bienes a sus hijos, suprimiendo el legado a la Orden de la Merced.

En el recurso de casación interpuesto por los hijos de doña Aurora contra la sentencia dictada por la Audiencia Territorial de La Coruña, el Tribunal Supremo reconoce el derecho de éstos sobre la totalidad de los bienes de aquélla en virtud de su testamento de 1941 (que revocó el anterior de 1939), declarando el contrato de compraventa simulado y encubridor de una liberalidad con las características propias de una donación *mortis causa*, que por la necesidad de testamento para ser otorgada, no puede ser estimada válida.

Compartimos la acertada opinión del Tribunal de que la compraventa era únicamente un disfraz y no tenemos duda de que doña Aurora no tuvo intención alguna de perder la libre disposición de los bienes que vendió simuladamente. Pero pensamos que su propósito, que no era otro que realizar una liberalidad revocable —justificado por el afecto y la veneración hacia la Orden, y también, como dejan constancia los hechos, quizás por ese concepto señorial y antiguo de la riqueza consistente en dar, aunque real y efectivamente «no se dé nada»— podía, de admitirse, haber sido válidamente satisfecho mediante una donación *mortis causa*, que hubiera conformado el interés digno de tutela de doña Aurora.

En los hechos enjuiciados en la Sentencia de 29 de octubre de 1956 también se aprecia cómo se finge un negocio, un contrato de compraventa, enmascarando el que realmente se quiere realizar que no es sino una atribución para después de la muerte revocable.

Doña Ignacia decide otorgar, en el año 1939, su última voluntad designando heredero a su sobrino Luis Ovando (eclesiástico), al que está unido por importantes relaciones afectuosas. Con tal fin, acompañada de éste compareció ante notario y otorgó testamento abierto. Otorgado el testamento, y asesorados los interesados por el notario, hicieron cábalas sobre la cuota tan elevada que se tendría que pagar por derechos reales, logrando convencer a la testadora para que otorgase escritura de compraventa de todos sus bienes a favor de su sobrino. Así, el mismo día ante el mismo notario le ven-

dió las fincas por un precio que confesó recibido antes del acto, otorgando carta de pago al comprador.

Queda constatado que no hubo intención ni voluntad, ni por parte de la tía ni por el sobrino, de celebrar el contrato de compraventa y, por tanto, ni se prestó consentimiento ni hubo entrega del precio. Doña Ignacia al firmar la escritura creía que lo único que había hecho era ordenar sus bienes para el caso de su fallecimiento, y, por consiguiente, hasta que llegara éste, seguiría siendo exclusiva dueña de las fincas. Nunca doña Ignacia dejó de considerarse propietaria única de las fincas aludidas, es más, le convino vender una de ellas, y aunque su sobrino intervino en la venta, el comprador declara que únicamente trató con doña Ignacia a quien consideraba como única dueña y a quien entregó la totalidad del precio.

Doña Ignacia, siempre en la creencia de tener la libre disposición de sus bienes, por motivo de la extraordinaria revalorización de la propiedad, pretendió otorgar una nueva disposición de última voluntad, pero entonces tropezó con la actitud de su sobrino que se opuso a que se otorgase otra escritura por la que pudieran volver las fincas a la libre disposición de su tía. Por ello surgió en doña Ignacia una gran desconfianza hacia su sobrino y acudió a un letrado pretendiendo, mediante gestiones amistosas, que su sobrino se aviniera a estimar nula la escritura simulada y otorgara otra escritura a su favor, con el fin de que quedaran así inscritas las fincas en el Registro de la Propiedad. Fracasadas las gestiones, se planteó el pleito.

No cabe duda razonable, como así lo entendió la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres y lo ratificó el Tribunal Supremo, que los actos disimulados por dicha escritura de venta eran actos que encubrían un contrato calificado como donación *mortis causa*, pues la intención de doña Ignacia era mantener la libre disposición de los inmuebles. El contrato de compraventa, afirma el Tribunal Supremo, «*tenía como fin realizar el deseo de la testadora, de que su voluntad testamentaria se cumpliera [...], tratándose en cualquier supuesto de una donación mortis causa encubierta y enmascarada bajo la apariencia falaz de un fingido contrato de compraventa simulado para evitar el pago de derechos reales*».

A nuestro parecer, de nuevo es evidente que la pretensión de doña Ignacia, que era dejar constancia de su voluntad de beneficiar para después de su muerte a su querido sobrino, sin perder por ello la disposición de los bienes y, por tanto, la revocabilidad de sus intenciones, hubiera sido plenamente satisfecha con una donación a causa de muerte.

El caso decidido en la Sentencia de 24 de febrero de 1986, contempla también, en nuestra opinión, la voluntad de la demandante de realizar una donación *mortis causa*.

Josefa Dolores V. de H., soltera sin hijos, propietaria en desahogada posición económica y entonces en relación de profundo afecto hacia su sobrino carnal y expectante heredero, don Antonio, teniendo intención de beneficiarle, otorgó escritura de venta a éste de una serie de bienes de gran valor, entre ellos la mitad proindiviso de una casa, sin que hubiera constancia del pago de precio ni entrega del dominio.

Con posterioridad, en documento privado, don Antonio confiere a su tía la facultad de disponer de la casa, mientras ella viviese, a su entera libertad, pudiendo vender, alquilar o explotar como mejor le convenga, con la sola consecuencia de que efectuada la venta se indemnizase a dicho pretendido adquirente con un importe igual a los gastos que se ocasionasen, como son notaría, derechos reales, plusvalía, etc., que debía recibir en el momento de la firma del documento de venta, y sin hacer mención alguna a la devolución del precio.

Rotas las buenas relaciones entre la tía y el sobrino, doña Josefina demandó que se declarase la nulidad, como simulada, de la compraventa; pretensión que prosperó en ambas instancias, pues el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santiago de Compostela y la Audiencia Territorial de La Coruña declararon una situación de simulación absoluta. Ello fue ratificado por el Tribunal Supremo, que negó la apreciación de simulación relativa entendiendo que no era admisible apreciar una pretendida donación de naturaleza *post mortem*, «en cuanto le faltaría el esencial requisito de la aceptación que exige el artículo 633 del Código Civil. [...]»; de otra parte, en razón a que, en todo caso, para el supuesto hipotético que, efectivamente, a medio de la tantas veces aludida escritura pública de 8 de febrero de 1974, con su complemento reflejado en el documento privado de 5 de marzo de 1974, se tratase de encubrir una donación de específica naturaleza *mortis causa*, [...] requeriría para su eficacia, según previene el artículo 620 del Código Civil, que se hubiese adaptado, cual no se ha efectuado, a las reglas establecidas para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias».

No dudamos de que, la aceptación de la tesis que afirma que la donación *mortis causa* es una donación que puede celebrarse formalmente como tal, habría facilitado a doña Josefa Dolores, cuya pretensión era no perder la cosa ni su libre disposición y que sólo tuviera efectos su actuación *post mortem*, manifestar su *animus donandi* y, en su caso, como efectivamente sucedió, revocar la liberalidad que, como reiteradamente manifiesta la doctrina jurisprudencial, es esencialmente revocable.

Probablemente, en el caso que nos ocupa, el propio Tribunal Supremo, conocedor de la rigidez de la tesis que exige a la donación *mortis causa*, para su validez, forma testamentaria y siendo cons-

ciente de que tal postura acarrea la desprotección de la verdadera voluntad de la disponente –tesis que trae como consecuencia en este supuesto la apreciación de simulación absoluta, y no relativa–, termina justificando que, de todas formas, incluso admitida como válida la donación *mortis causa*, hubiera procedido igualmente desestimar el recurso interpuesto por don Antonio, «*pues nada más significativo puede entenderse de un acto de revocabilidad de una donación, que es admisible en donación de naturaleza mortis causa, que entablar demanda la pretendida donante instando la ineficacia y consiguiente invalidez del acto jurídico del que tal donación se pretende deducir, al revelar, sin duda alguna, la ausencia de voluntad para que dicho acto pueda producir efecto alguno, y entre ellos por tanto el de donación proyectada a partir del fallecimiento de la tantas veces aludida doña Josefa Dolores V. de H.*».

En el caso planteado en la Sentencia de 13 de junio de 1994 (ponente Fernández-Cid de Temes) el Tribunal Supremo, reiterando lo que fue a su juicio acertadamente establecido por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia, mantiene que hubo intención de realizar una donación *mortis causa*, pues no consta que en ningún momento antes de la muerte del donante éste pretendiera quedar vinculado a una transmisión al supuesto donatario, que no se puede apreciar al no adoptarse la necesaria forma y solemnidades del testamento.

Don Efrén M. O., sin hijos, en atención a los reconocidos en la sentencia «continuos y desinteresados desvelos en su atención», y en cumplimiento de la promesa reiterada de recompensa adecuada y generosa, tomó la decisión de ceder a don José Ramón U. todas las acciones de la entidad mercantil «Comercial e Industrial Almeriense, S. A.». En ejecución de su decisión acudió a un corredor de comercio y firmó en blanco los documentos de transmisión de acciones, dejándolos en poder del fedatario con la instrucción de que éste se los entregara rellenos a su favor, después del fallecimiento del donante, entregándole en ese momento las escrituras, póliza y demás documentaciones antes reseñadas. En el documento en el que don Efrén ponía en conocimiento de don José que había dejado firmada en el despacho del Corredor de Comercio colegiado (señor Francisco S.) la orden de venta a su favor de las acciones de la sociedad, manifestaba que con esta donación «te quiero demostrar mi agradecimiento y gratitud, para que en el día de mi muerte me sigas recordando».

Siguiendo la tesis que entiende que el artículo 620 CC exige para la validez de las donaciones *mortis causa* que se cumplan los requisitos formales del testamento, la Sala Primera declaró que la donación era ineficaz.

No desconocemos que, aunque se aceptara la tesis por nosotros defendida, según la cual la donación *mortis causa* puede celebrarse a través de las formas establecidas para la donación, la solución al pleito no podía ser distinta (ineficacia de la donación), porque no existió la necesaria, en virtud del artículo 632 CC, aceptación del donatario. Sin embargo, estamos seguros de que aun cuando tal aceptación hubiera tenido lugar en vida del donante, el Tribunal Supremo hubiera mantenido la misma sentencia, respetando su tesis de que la donación *mortis causa* exige para su validez forma testamentaria. Sólo en este hipotético supuesto podríamos haber afirmado que según los hechos no cabe duda razonable de que la voluntad de don Efrén era permanecer en el dominio y la libre disposición de la cosa donada –no transfiriendo de presente la propiedad–, y destinar *post mortem* los títulos a don José Ramón U., y que la falta de forma testamentaria no debía ser motivo suficiente para no proteger el interés de don Efrén, que claramente, durante toda su vida y hasta el momento de su fallecimiento, pretendió el mantenimiento de la donación, siempre de común acuerdo con don José Ramón de hacerse ejecutiva la cesión sólo después de su muerte. No habríamos tenido duda de que el propósito de don Efrén hubiera debido ser digno de tutela, máxime cuando ello no vulneraba otros intereses, pues don Efrén no tenía hijos y estaba separado legalmente de su esposa.

En suma, los supuestos anteriores evidencian que el vivir cotidiano trae consigo la necesidad de la donación *mortis causa*. El deseo de agradecimiento o, mejor dicho, el deseo de dejar constancia del agradecimiento hacia alguien, limitado por la humana aprensión que se siente hacia un desprendimiento irrevocable, hacen que esta liberalidad sea la mejor fórmula legal para la consecución de este efecto jurídico. Su admisión evitaría el empleo de diversas maniobras jurídicas que pretenden llenar el vacío normativo que el rechazo provoca.

## 6. DONACIÓN *MORTIS CAUSA* Y PROHIBICIÓN DE PACTOS SUCESORIOS

En el mayoritario rechazo doctrinal de la donación *mortis causa* tiene un peso importante la creencia de que esta liberalidad, por ser hecha en vista del fallecimiento y estar subordinada a la supervivencia del gratificado, tiene claramente por objeto transmitir la sucesión y constituye un prohibido pacto sucesorio a título gratuito que la ley declara nulo<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Esta idea aparece ya en PLANIOL, M. & RIPERT, G., *Traité...*, V, cit., núm. 14. Mucius Scaevola, ante la pregunta de si subsisten las *donaciones mortis causa* como institución independiente, con propia autonomía y propio campo jurisdiccional, responde:

En efecto, nuestro Derecho, siguiendo las huellas del patrón napoleónico <sup>34</sup>, proscribe los pactos sucesorios, con la excepción relativa a la partición de los bienes, cuando dispone el artículo 1271 del Código Civil que: «sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal común conforme al artículo 1056» <sup>35</sup>, en cuyo párrafo primero puede leerse que «cuando el testador hiciera, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos» <sup>36</sup>.

El Código Civil plasma la tradición romanista prohibitiva <sup>37</sup>, en tanto protectora de la libre revocabilidad de la voluntad testamentaria, de los contratos sucesorios, aunque unánimemente se admite que el verdadero origen de la aversión de nuestro legislador contra ellos data de la influencia del legislador francés y de la severidad con que el Código francés de 1804, que mantuvo la regla romana prohibitiva que imperaba en las provincias de Derecho escrito, trató a la sucesión contractual <sup>38</sup>.

Son tres las razones, a juicio de la generalidad de los exégetas franceses, por las que el codificador francés insiste en la interdicción romana <sup>39</sup>.

---

«La respuesta debe ser negativa.[...] (Al legislador español) no le merecen, ciertamente, simpatía los pactos sucesorios (Código Civil, XI, Madrid, 1896, p. 412). Entre los autores italianos TORRENTE, A., «Varizioni sul tema della donazione "mortis causa"», *Il foro italiano*, 1959, p. 582, taxativamente afirma que la donación *mortis causa* no es otra cosa que un pacto sucesorio a título gratuito.

<sup>34</sup> Mucius Scaevola afirma que «fija en la mente de los civilistas franceses la idea de que los pactos sucesorios eran contrarios a la plena libertad de la propiedad, por cuanto la tornaban incierta; nota individualista profundamente exagerada de la Revolución; pretendieron los legisladores del Código napoleónico borrar todos los pactos sucesorios, y entre ellos, las donaciones *mortis causa*» (Código..., XI, cit., p. 410).

<sup>35</sup> La redacción de este párrafo del artículo 1271 se modificó en la segunda y definitiva edición del Código Civil. En la primera de ellas el legislador, en términos más taxativos y, también, más parecidos a los de su precedente el artículo 1130 del Código de Napoleón, expresaba que «se exceptúa la herencia futura, acerca de la cual será nulo cualquier contrato, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate» (Código Civil español, *Revista de los Tribunales*, II, Madrid, 1888, p. 797).

Los precedentes de esta disposición son el artículo 1284 del Anteproyecto de 1882-1888 y el artículo 994 del Proyecto de 1851.

<sup>36</sup> La doctrina científica y jurisprudencial dominante manifiesta que la partición *inter vivos* exige, para su validez y eficacia, estar respaldada por una disposición testamentaria previa o, cuando menos, posterior a la que dé ejecución (véase DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia*, I, Madrid, 1991, p. 2475).

<sup>37</sup> Aunque esta posición abolicionista tiene en el mismo Código Civil reconocidas excepciones desde su primera versión (véase VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama...*, I, cit., p. 1031).

<sup>38</sup> MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XX, 2.ª ed., Madrid, 1958, p. 783; RAMS ALBESA, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Albaladejo), XVII, 1.º-B, Madrid, 1993, p. 465.

<sup>39</sup> Es más, el Código de Napoleón es más severo y agrava la antigua prohibición pues, mientras que en el antiguo Derecho romano estaba permitido hacer un contrato



En primer lugar, el argumento tradicionalmente utilizado en la justificación de la prohibición<sup>40</sup> es el relativo a la inmoralidad que supone especular sobre la muerte de una persona viva y a la peligrosidad que conlleva, pues hará sin duda nacer en la persona interesada un mayor interés en acelerar la apertura de la sucesión, lo que incluso puede traer consigo, afirman Planiol y Ripert, la idea de un crimen<sup>41</sup>.

Tal argumento, sin embargo, ha sido objeto de réplica desde antaño. Más allá de que realmente resulte «indecoroso» hacer demasiados cálculos sobre los futuros fallecimientos, como afirma Demogue<sup>42</sup>, la aplicación sistemática de este criterio llevaría al «sinsentido» de prohibir todos los actos en los que fuera de interés la muerte de la persona: actos en los que el fallecimiento fuera un término o interviniera como condición, por ejemplo. Por tanto, es evidente que esta razón moral no es válida para justificar la hostilidad a estos pactos, existiendo otros contratos, como el seguro de vida, el contrato de renta vitalicia, etc., en los que jugando esta consideración son perfectamente válidos<sup>43</sup>.

En segundo término, se nos dice que la prohibición pretende evitar otras situaciones calificadas de lesivas. Así, una renuncia por presiones externas a los derechos sucesorios, o la aceptación «alegre» de cargas aún indeterminadas de una sucesión futura, o la enajenación de tales derechos eventuales por necesidad, o por codicia, a un precio insignificante. Se afirma, en este último sentido que «el prudente burgués no quiere que su hijo pródigo “pueda hacer dinero” antes de su sucesión»<sup>44</sup>.

---

sobre la sucesión futura con el consentimiento de la persona cuya sucesión se regulaba, el artículo 1130, al contrario, anula incluso el pacto aprobado por esta persona. LAURENT, F., *Principes de Droit civil*, XVI, Bruselas-París, 1875, núm. 84; PLANIOL, M., y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit Civil français*, IV, *Successions*, col. Maury, J. & Vialleton, H., París, 1928, núm. 19.

<sup>40</sup> Ya utilizado por los romanos, quienes consideraban «odiosos» estos pactos. Las leyes romanas proscribían estas convenciones por ser inoportunas y contrarias a la honestidad pública y los autores del Código francés, nos dicen BAUDRY-LACANTINERIE, G., y BARDE, L., han seguido fielmente esta idea romana. (*Trattato teorico pratico di diritto civile*, I, *Delle obbligazioni*, Milán, s. d., núm. 261).

<sup>41</sup> *Traité...*, IV, cit., núm. 19. En el mismo sentido LAURENT, F., *Principes...*, XVI, cit., núm. 83; BAUDRY-LACANTINERIE, G., y BARDE, L., *Trattato...*, I, cit., núm. 261.

<sup>42</sup> *Traité des obligations en général*, I-2.º, París, 1923, núm. 849.

<sup>43</sup> RAYNAUD, P., *Marty y Raynaud, Droit civil. Les successions et les libéralités*, París, 1983, núm. 277.

<sup>44</sup> DEMOGUE, R., *Traité...*, I-2.º, cit., núm. 849. Igual LAURENT, F., *Principes...*, XVI, cit., núm. 83, BAUDRY-LACANTINERIE, G., y BARDE, L., *Trattato...*, I, cit., núm. 261; RAYNAUD, P., *Marty y Raynaud, Droit...*, cit., núm. 277; MAZEAUD, H. e I. & MAZEAUD, J., *Leçons de Droit civil*, IV-2.º, *Successions, libéralités*, París, 1982, núm. 686.

La réplica a este argumento dice que los peligros indicados no se verifican sino únicamente en algunos pactos prohibidos y, además, hay otros contratos permitidos que no presentan menores inconvenientes. Tampoco debe olvidarse que los contratos abusivos se pueden evitar, en gran medida, con un buen sistema de rescisión.

Al lado de esta última justificación que, como dice Demogue, «*séduit les esprits clairs*» (seduce las mentes huecas) se deja ver el verdadero fundamento de la prohibición de los pactos sobre la sucesión futura: la concepción social y política de la Revolución francesa que trata de destruir las desigualdades y lucha contra la «idea aristocrática». Los pactos sobre la sucesión futura son un riesgo, porque pretenden atentar, fundamentalmente, a la igualdad de las particiones y pueden ser un medio de mantener las tradiciones en materia sucesoria del Antiguo Régimen, que el legislador revolucionario quiere abolir con la nueva organización del derecho de sucesiones <sup>45</sup>.

Lo anterior demuestra que los motivos que específicamente inspiraron la insistencia en la prohibición al codificador francés —y así es reconocido por la propia doctrina francesa— son fundamentalmente históricos <sup>46</sup> y en la actualidad, o han desaparecido o, cuando menos, han perdido su fuerza <sup>47</sup>. Por ello, se aprecia que doctrinalmente se tiende a atenuar en alguna medida la rigidez de la prohibición de pactos sobre la sucesión futura <sup>48</sup>.

Ahora bien, a pesar de que fundadas críticas atenúen la severidad, la prohibición no desaparece porque, respetando el principio básico del Derecho romano en el que encontró su origen, bajo ningún pretexto se puede atentar contra la libertad de testar <sup>49</sup>. El respeto a la última voluntad, como fundamento último de la prohibición, siempre fue tenido en cuenta por los exégetas. No es difícil, por ejemplo, apreciarlo en las palabras de Demogue cuando expresa que «si la Revolución ha suprimido las desigualdades, al mismo tiempo es preciso, que reine la libertad, pero entendida de una determinada manera, no una libertad amplia que genera desigualdad, sino cierta libertad restringida que limite el poder actual de contratar para reservar la libertad futura» <sup>50</sup>. Este dogma del

---

<sup>45</sup> DEMOGUE, R., *Traité...*, I-2.º, cit., núm. 849. En el mismo sentido BAUDRY-LACANTINERIE, G., y BARDE, L., *Trattato...*, I, cit., núm. 261; RAYNAUD, P., *Marty y Raynaud, Droit...*, cit., núm. 277; Rams Albesa relata cómo el temor radicaba en que se prescindiese del orden sucesorio establecido y al amparo de la libertad de contratación se reintrodujesen de hecho tendencias feudales opuestas a las dominantes en ese momento como las vinculaciones y los mayorazgos, así como la clase social aristocrática. [Véase *Comentarios...*, XVII, 1.º-B, cit., p. 465]. Esta idea ya era mantenida por Mucius Scaevola, quien afirmaba que el pacto sucesorio podía ser el arma del aristocratismo. (*Código...*, XX, cit., p. 784).

<sup>46</sup> RAYNAUD, P., *Marty y Raynaud, Droit...*, cit., núm. 277.

<sup>47</sup> Rams Albesa afirma, en este sentido, que la prohibición de la celebración de contratos sucesorios «sólo es explicable» si nos adentramos en el conjunto de los prejuicios sociales y jurídicos que se manifestaron al tiempo de la codificación francesa, junto a los evidentes intereses económicos y políticos (*Comentarios...*, XVII, 1.º-B, cit., p. 465).

<sup>48</sup> MAZEAUD, H. e I. & MAZEAUD, J., *Leçons...*, IV-2.º, cit., núm. 686.

<sup>49</sup> MAZEAUD, H. e I. & MAZEAUD, J., *Leçons...*, IV-2.º, cit., núm. 692.

<sup>50</sup> DEMOGUE, *Traité...*, I-2.º, cit., núm. 849.

Derecho romano –de la protección de la libre revocabilidad de las disposiciones *mortis causa* que no debe ser limitada por razón alguna– que se mantuvo, por así decirlo, «latente» es, en Derecho francés, probablemente, el único argumento de peso que justifica la prohibición.

La interdicción de los pactos sucesorios también fue conservada en la vieja legislación italiana de 1865 (art. 954 CC) y justificada por sus comentaristas con diversas razones. Además del inidóneo argumento de evitar la inmoralidad<sup>51</sup>, se afirmaba que dejaban inerte la propiedad, que disminuían el crédito inmobiliario y que alteraban gravemente la economía del sistema hipotecario<sup>52</sup>. De nuevo, frente a estos motivos –tachados de excesivos y, en ocasiones, de infundados– se dejaba ver la verdadera razón de la prohibición, que no era otra que la exigencia de consentir a los sujetos revocar la propia disposición *mortis causa*.

Inspirado en estos precedentes, en Derecho español, nuestro Código Civil plasma la hostilidad contra los pactos sucesorios en el ya citado artículo 1271.2.º CC y nuestra doctrina científica, en la mayoría de las ocasiones reiterando los argumentos –y también las réplicas– de los autores franceses e italianos, también trata de justificar la severidad del legislador de 1889.

No es difícil encontrar nuevamente plasmada en los textos la manida razón de tipo moralista –cuyo sentido, recordemos, es que los pactos sucesorios pueden fomentar el interés en la muerte de una persona y los ataques contra su vida, pues de su muerte depende la efectividad del título<sup>53</sup>–, así como la réplica de que carece de valor desde el momento en que otras instituciones en las que el mismo riesgo pudiera presentarse, como los contratos aleatorios –entre ellos los de renta vitalicia y seguros, una de cuyas formas más comunes es el seguro de vida–, proliferan prodigiosamente al amparo del desarrollo del capitalismo<sup>54</sup>. Roca Sastre con mucha razón reitera, además, que «no deja de existir el mismo peligro en la sucesión tes-

<sup>51</sup> COVIELLO, N. & L., *Delle successioni*, Nápoles, 1932, p. 78.

<sup>52</sup> Argumentos sostenidos por Pisanelli en relación al Proyecto de Código de 1865 (véase VIGNALE, M., «Il patto successorio, la “donatio mortis causa” e la conversione dei negozi illeciti», *Diritto e Giurisprudenza*, 1962, p. 305).

<sup>53</sup> Argumento que ya había sido utilizado por García Goyena en su comentario al artículo 994 del Proyecto de 1851:

«Esta especie de pactos presentan el espectáculo aflitivo de un pariente desnaturalizado, hasta consultar con sombría y ansiosa curiosidad el libro oscuro de los destinos, para formar combinaciones vergonzosas sobre los tristes cálculos de una presciencia criminal, y para entreabrir, por decirlo así, la tumba bajo los pies de un pariente, quizás de un bienhechor» (*Concordancias...*, cit., p. 530).

<sup>54</sup> MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XX, cit., p. 787; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VIII-2.º, 6.º ed., Madrid, 1967, p. 605.

tada y en la intestada; y lo mismo ocurre con el nudo propietario respecto del usufructuario [...]»<sup>55</sup>.

Entre nuestros autores se retoman viejos argumentos cuyas críticas evidenciaron que su importancia era muy pequeña y que en absoluto eran suficientes para justificar la repulsa hacia esta institución<sup>56</sup>.

Probablemente, de la misma manera que en Derecho francés, en nuestro Ordenamiento el único motivo que hoy puede justificar la severidad contra la sucesión contractual es la pérdida de la libertad testamentaria que, según la tradición romana, debe permanecer intacta hasta el momento de la muerte.

A tal justificación, por cierto, tampoco le faltan objeciones. Así, Roca Sastre afirma que «este es un argumento de técnica romanista que descansa en la consideración de que la libertad de testar es una ley o medida de orden público, que las convenciones particulares no pueden alterar [...]. Este argumento dista mucho de ser convincente. En nuestro Derecho la libertad de testar no tiene la trascendencia que tenía en Derecho romano, en el que era considerado como principio constitucional o político. Lo que ha de entenderse, modernamente, es que la libertad de testar del *de cuius* no puede ser abdicada en vida, pero sin que por ello sea necesario que la conserve hasta la muerte; puede antes haberla agotado, con lo que, en el fondo, ha dispuesto de ella libremente»<sup>57</sup>.

Llegados a este punto, parece claro que los intentos doctrinales de justificar la disposición del 1271.2.º CC, más allá de ser continuador de la trayectoria napoleónica, no encuentran demasiados apoyos. Todo lo contrario, se llega a afirmar que la prohibición carece de fundamento y hoy no cubre ningún interés que sea digno de

---

<sup>55</sup> ROCA SASTRE, R. M., «La sucesión contractual en el Derecho común y en las legislaciones forales», *Estudios de Derecho Privado*, II, 1948, p. 350.

<sup>56</sup> Se repite que harían incierta la propiedad, que alterarían el sistema hipotecario, que sancionarían la disposición de los bienes que aún no estuvieran en nuestro patrimonio, etc. En cuanto a las réplicas, en primer lugar, se afirma que no es admisible la objeción de que hacen incierta la propiedad, porque los pactos no transfieren la propiedad inmediatamente, sino que dan margen a un simple derecho de esperanza que se realiza a la muerte del disponente. No alterarían, en segundo término, el actual sistema hipotecario, porque el *de cuius* conserva la libre disposición de sus bienes *inter vivos* y puede gravarlos, enajenarlos, y en nada se perturba el derecho hipotecario, porque al favorecido con una hipoteca le es indiferente que la finca hipotecada pase al heredero forzoso del hipotecante que al heredero contractual. Finalmente, frente a la última objeción se replica que cuando un individuo dispone de sus bienes para después de su muerte no hace más que realizar un acto de su natural libertad; además, no hay que desconocer la importancia del contrato sobre cosas futuras «cuando las necesidades de la vida moderna hacen que con un pequeño o ningún capital, por el uso del crédito, y ofreciendo en cambio beneficios futuros e inciertos, se manejen y empleen millones». MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XX, cit., p. 788; MANRESA, *Comentarios...*, VIII-2.º, cit., p. 604; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, VI, 2.ª ed., Pamplona, 1972, p. 885.

<sup>57</sup> *La sucesión...*, cit., p. 350.

protección legal; más bien, imposibilita el tratamiento racional de las sucesiones, por lo que, quizás, lo más sensato sería proceder a la abolición pura y simple del párrafo segundo del artículo 1271 del Código Civil, por ser incompatible con la realidad social de nuestro tiempo y porque no ha quedado en pie ninguno de los prejuicios e intereses sociales y económicos que el pensamiento inspirador de la Revolución francesa situó detrás de esta prohibición <sup>58</sup>.

Cierto es, por lo tanto, que en la actualidad la sucesión contractual es vista con simpatía y se propugna su admisión en el Código Civil <sup>59</sup>. Este criterio admensivo puede constatarse en las opiniones de nuestros juristas. Así puede leerse que «[...] los pactos sucesorios son fórmulas adecuadas para que los ciudadanos satisfagan sus justos deseos y son compatibles con la moralidad, con las buenas costumbres y con los regímenes más jurídicos que imaginarse pueden. [...] las nuevas formas de convivencia social rompen los moldes anacrónicos y sitúan la cuestión en el campo de la sucesión pactada, esto es, de la manifestación de voluntad del interesado en actos de convención que implican la bilateralidad al margen de la fuente primaria y máxima de los derechos, que era el testamento» <sup>60</sup>.

Cuando menos, se cuestiona «si no sería conveniente en una futura reforma del Código Civil, mitigar el rigor de la prohibición, mediante alguna fórmula a cuyo amparo fueran admisibles, si no todos, al menos algunos pactos especialmente merecedores de amparo. Tanto más cuanto que, en contraste con la hostilidad del

<sup>58</sup> RAMS ALBESA, J., *Comentarios...*, XVII, 1.º-B, cit., p. 467.

<sup>59</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «Notas sobre la sucesión contractual en Derecho español», *ADC*, 1964, p. 371. Como ya afirmara Roca Sastre, «el Derecho no tiene que ser rígido e inflexible, sino dúctil y maleable. Tiene que ofrecer a los particulares el mayor número posible de cauces o fórmulas jurídicas, sin perjuicio de que en su regulación procure por todos los medios evitar los resultados contraproducentes y las combinaciones abusivas. La vida, variable y compleja, no se deja apresar en moldes rígidos y unitarios» (*La sucesión...*, cit., p. 349).

<sup>60</sup> CONDOMINES VALLS, F., *Formas nuevas de sucesión en la vida jurídica moderna*, Barcelona, 1945, pp. 134 y 145. En el mismo sentido afirma Gas que «las instituciones jurídicas se justifican por el fin que cumplen en razón de su función y los pactos sucesorios cumplen una finalidad jurídica a todas luces eficientes, dan seguridad y permanencia a las relaciones sociales y familiares [...]. Nada serio y digno de consideración se opone al establecimiento y al desarrollo del pacto sucesorio y, en cambio, de su aceptación, se derivan beneficiosos resultados [...].»

Todo hace suponer, pues, que el criterio de admisión del pacto, [...] está llamado a permanecer y prosperar dentro de nuestro derecho positivo español y quizás no sea aventurado deducir que en una futura revisión de nuestro Código Civil los pactos sucesorios en las condiciones de amplio desenvolvimiento que se dan en algunas regiones forales y con más extensión que en ninguna en Cataluña, han de ser llevados al derecho común y a nuestra Ley sustantiva fundamental con una regulación amplia que permita, con las naturales reservas, su desarrollo más completo como se tiende a dar en todos los regímenes europeos, sobre todo, en aquellos de raíz preponderantemente germánica» («Pactos sucesorios», *Revista jurídica de Cataluña*, 1953, p. 323).

Código hacia la sucesión contractual, las legislaciones forales la permiten con amplitud»<sup>61</sup>.

De lo escrito hasta ahora podríamos concluir, amparándonos, sobre todo, en la ausencia de motivos actuales que justifique su exclusión de nuestro Código Civil, la conveniencia de propugnar *de lege ferenda* la admisión en el Derecho común del acuerdo sucesorio.

Por lo demás, y pese a no ser ésta la opción tomada por el legislador italiano de 1942<sup>62</sup>, aferrado, como sus predecesores, a la idea romanista de tutelar y asegurar la libertad de revocación de las disposiciones *mortis causa*<sup>63</sup>, en la doctrina italiana, desde hace tiempo, se alzan voces que afirman que la prohibición en el Código Civil de los pactos sucesorios carece de justificación evidente y está destinada a desaparecer en una futura legislación<sup>64</sup>.

En otro orden de cosas, si la sucesión paccionada va ganando adeptos entre la doctrina, reaccionando contra «el dogma» de que sólo es posible hacer atribuciones para después de la muerte mediante testamento, si tal opinión constituye, sin duda, la dirección doctrinal predominante en este momento, ¿no sería sensato, en consecuencia, hacer una exégesis de nuestro artículo 620 CC que permita *de lege lata* las donaciones *mortis causa*? Si la literalidad de esta disposición, como ya vimos, nos permite admitirlas y, además, ha quedado constatada su necesidad práctica, ¿queda algún argumento razonable para no admitir las donaciones a causa de muerte? Parece que no.

En todo caso, frente a la opinión de quienes se aferren a la letra de la ley defendiendo la nulidad de los pactos sucesorios y crean ver en las donaciones *mortis causa* un pacto nulo, podemos afirmar, en defensa de éstas últimas, que en absoluto constituyen convenciones sucesorias. Sabemos que es característica de las mismas su *irrevocabilidad*<sup>65</sup> –carácter que, recordemos, permitía en último término justificar su prohibición (por aquello de que hasta el momento de la muerte cada persona debe conservar la libertad de elegir sucesor o

---

<sup>61</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *Notas...*, cit., p. 372.

<sup>62</sup> El vigente Código italiano, continuando la tradición del viejo Código del 65, prohíbe los pactos sucesorios en su artículo 458: «*È nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto con quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi.*»

<sup>63</sup> FERRI, L., «Successioni in generale», *Commentario del Codice civile Scialoja & Branca*, Bologna-Roma, 1980, p. 95; PALAZZO, A., «Artículo 458», *Commentario al Codice civile Cendon*, II, Turín, 1991, p. 8; VASCELLARI, M., «Artículo 458», *Commentario al Codice civile Cian & Trabucchi*, 2.ª ed., Padua, 1992, p. 387.

<sup>64</sup> VIGNALE, M., *Il patto...*, cit., p. 305. En todo caso, afirma Trimarchi, el rigor de la prohibición de pactos sucesorios está ya atenuado por la admisión del contrato a favor de tercero para ejecutarse después de la muerte del estipulante, cuyo ejemplo más importante es el seguro de vida (*Instituzioni di diritto privato*, 7.ª ed., Milán, 1986, p. 903).

<sup>65</sup> En relación a las características que integran la sucesión contractual, PUIG PEÑA, F., *Compendio...*, VI, cit., p. 876 y ss.

modificar sus decisiones anteriores a este respecto)–, por lo que la donación a causa de muerte, que es *esencialmente revocable*, jamás podrá ser calificada de pacto sucesorio. El defendido, por quienes rechazan la sucesión contractual, dogma de la libertad de testar no corre peligro alguno admitiendo las donaciones a causa de muerte, porque si hay algo que caracteriza definitivamente a estas liberalidades es su carácter eminentemente revocable <sup>66</sup>.

En efecto, nadie pone en duda el esencial carácter revocable de las donaciones *mortis causa*, muy al contrario, se afirma y reconoce desde antaño <sup>67</sup> en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como claro ejemplo, en el primero de los considerandos de la Sentencia de la Sala 1.ª de 12 de febrero de 1909 puede leerse:

«Porque tratándose de una donación *mortis causa*, equiparada, tanto por las leyes romanas como por el artículo 620 del Código Civil, a las disposiciones de última voluntad, es, como éstas, revocable, y pudo, en consecuencia, la donante superviviente disponer de la finca a favor de otra persona.»

Más recientemente, en la Sentencia de 7 de enero de 1975, en el sexto de sus considerandos, se expresa:

«Que el motivo sexto que impugna el carácter *inter vivos* de las donaciones denunciando la violación del artículo 620 del Código Civil en relación con el artículo 737 del propio cuerpo legal, que tampoco puede prosperar, pues declarado por el primero de los preceptos, que las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria, la jurisprudencia califica de donaciones *mortis causa* las que se informan en el temor de la muerte, sin intención de perder el donante la cosa donada o su libre disposición en el caso de vivir, por lo que son revocables, no producen efecto sino *post mortem* [...].»

---

<sup>66</sup> Que la revocabilidad es uno de los caracteres indiscutibles de la donación *mortis causa* fue afirmado ya por Mucius Scaevola en los siguientes términos: «Tal es [la revocabilidad], en nuestro sentir, la nota o propiedad característica de la materia que estudiamos. Es tan sencilla la demostración que casi estamos tentados de no realizarla. [...] ¿Podrá ponerse en duda su condición legal de esencialmente revocables? La deducción no admite prueba en contrario, y por tan explícita declaración han dejado de tener realidad, siquiera siempre fuera un tanto problemática, aquellas suposiciones de los antiguos prácticos, según los cuales, la donación *mortis causa* podía tornarse irrevocable por la eficacia de una cláusula, en la que el donador se obligase bajo juramento a no revocarla por ninguna clase de instrumento. Fórmula sin subsistencia que, aunque preconizada por Gómez Matienzo, Gutiérrez, Molina, Febrero y otros, no demuestra nada en contrario de la tesis afirmada por nosotros, toda vez que los mismos escritores citados reconocen que con la antedicha cláusula la donación *mortis causa* se eleva a la clase y esfera de la donación *inter vivos* por la virtualidad del juramento que comunicaba firmeza al contrato. Harto se comprende que la hipótesis de una donación *mortis causa* irrevocable no pasaba de la categoría de sutileza sin valor ni sustancia alguna actual» (*Código...*, XI, cit., p. 416).

<sup>67</sup> Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1896 y de 13 de junio de 1900.

Por lo tanto, queda claro que el donante, al igual que el testador, puede revocar en todo momento y con plena libertad la donación *mortis causa* otorgada y aceptada –bien expresamente, bien de forma tácita disponiendo en vida del objeto de la donación– y cuanto más se insista en ello más se aleja la crítica de que constituye un pacto sucesorio.

En este sentido, atinadamente, Vallet expresa:

«Menos peso tiene todavía la idea de que las donaciones *mortis causa* entrañaban pactos sucesorios [...]. ¿Qué pacto es ese, que el disponente puede revocar a su arbitrio puesto que en él a nada se obliga?»

Por lo demás, esta idea es compartida por la moderna doctrina italiana, quien no duda en afirmar que el carácter irrevocable esencial del acuerdo sucesorio impide que la donación *mortis causa* pueda ser considerada como tal <sup>68</sup>.

En conclusión, a nuestro parecer, es evidente que la creencia de que la donación *mortis causa* configura un pacto sucesorio a título gratuito no debe ser admitida. El rechazo de la donación *mortis causa* no puede venir de la prohibición de los pactos sucesorios <sup>69</sup>.

## 6.1. DONACIÓN MORTIS CAUSA Y FIGURAS CONTROVERTIDAS

La facultad del donante de disponer libremente del objeto de la donación o, lo que es lo mismo, el carácter revocable de esta liberalidad, es una de sus características fundamentales, que junto a la permanencia en el dominio –que no tiene intención de perder el donante mientras viva– y la necesidad de que el donatario le sobreviva constituyen los elementos esenciales de esta donación, que es denominada por Vallet donación *mortis causa* de tipo suspensivo <sup>70</sup>.

Esta donación *mortis causa* supone, a juicio de este autor: 1.º una disposición para después de la muerte del donante sometida suspensivamente a su premoriencia, y 2.º carencia de ligamen obli-

---

<sup>68</sup> FERRI, L., *Successioni...*, cit., p. 103. Anteriormente Talassano se resistió a incluir a la donación *mortis causa* en los pactos sucesorios («Variazioni sull tema della donazione “mortis causa”», *Giurisprudenza italiana*, 1960, IV, p. 82).

<sup>69</sup> En este sentido ya Roca Sastre afirmaba que «no cabe tomar en consideración el argumento esgrimido por los detractores de la donación *mortis causa* de que ella constituye un pacto sucesorio, que, como tal, no es admisible, por cuanto, como se ha dicho, en esta donación no hay vinculación contractual en el sentido de atribuir irrevocabilidad a la disposición del donante. La donación *mortis causa* no es un pacto sucesorio (*Donación...*, cit., p. 376).

<sup>70</sup> Frente a la que considera donación *mortis causa* de tipo resolutorio –primitiva especie de donación *mortis causa*– que es aquella otorgada con transmisión inmediata del bien al donatario, que adquiere un derecho condicionado y resoluble *ex tunc*, y que sólo puede resolverse por sobrevivencia del donante al riesgo previsto, pues éste no tiene la libre facultad de revocarla (*Estudios...*, cit., p. 93).



gatorio eficaz para vincular al donante, «y ello, lleva consigo que sea característica natural de las donaciones por causa de muerte, la libre facultad de revocación por parte del donante. Pues quien no se halla vinculado puede naturalmente arrepentirse»<sup>71</sup>.

Atendiendo a estos caracteres se intenta determinar cuando estamos ante una donación *mortis causa* —en las que, como dice Albaladejo, «el donante dispone, pero sin quedar vinculado»<sup>72</sup>— y cuando frente a una liberalidad *inter vivos* para, una vez diferenciadas, dejar a estas últimas al margen de la polémica que las primeras suscitan. Ahora bien, en ocasiones se presentan supuestos no claramente diferenciables porque participan de las características de ambas. Así, a título de ejemplo, no siempre es fácil deslindar la donación *mortis causa* de liberalidades en las que hay un aplazamiento de la entrega del bien objeto de la donación al momento de la muerte del donante (donaciones *post mortem*)<sup>73</sup>. Por ello, es necesario un análisis individualizado de los supuestos más controvertidos para decidir cuándo la liberalidad es *mortis causa* o *inter vivos* y excluir a éstas, en principio, de la controversia<sup>74</sup>.

En primer lugar, parece que nadie discute que no es donación *mortis causa* la liberalidad que tiene por objeto únicamente la nuda propiedad del bien quedando el usufructo, por vía de retención, bajo la titularidad del disponente, que difiere a su muerte la entrada del donatario en la posesión y goce de los bienes donados<sup>75</sup>. El beneficiario adquiere inmediatamente la nuda propiedad y tras el fallecimiento la propiedad plena<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> VALLET, J. B., *Estudios...*, cit., p. 86.

<sup>72</sup> *Comentarios...*, VII-2.º, cit., p. 63.

<sup>73</sup> ROCA SASTRE, R. M., *Donación...*, cit., p. 565, considera que «por la razón de no implicar la donación *mortis causa* pérdida de la propiedad de la cosa donada, no debe considerarse tal, sino donación *inter vivos post mortem*, aquella donación en la cual, la muerte del donante, simplemente, *aplaza la entrega* de la cosa al donatario».

Sobre el tema, recientemente, véase ALBIEZ-DORHMAN, K. J., *Negocios de atribución «post-mortem»*, Barcelona, 1998, pp. 25 y ss.

<sup>74</sup> ALBALADEJO, M., *Comentarios...*, VII-2.º, cit., p. 61.

<sup>75</sup> El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 13 de marzo de 1989, no duda en calificar como donación *inter vivos* «unas donaciones realizadas por referida causante a sus dos citadas hijas en escritura pública de 13 de junio de 1977, por virtud de las cuales dona a éstas la nuda propiedad de las fincas que se describen reservándose mientras viva el usufructo de las mismas [...]. Para fijar la naturaleza de referidas donaciones [...] ha de tenerse en cuenta que las mismas se ven afectadas por una condición resolutoria, en cuanto la plena propiedad no se consolida en las donatarias hasta tanto que la donante fallezca, efecto éste que por sí sólo no convierte la *donatio* aquí contemplada en *mortis causa*». (Véase también la Sentencia anterior de 7 de junio de 1960).

<sup>76</sup> Algunos Ordenamientos prevén expresamente la donación con reserva de usufructo. Así el artículo 796 del vigente Código italiano dispone que *è permesso al donante di riservare l'usufrutto dei beni donati a proprio vantaggio*.

Nuestro legislador, aunque no la regula específicamente, la contempla en el artículo 634 CC y al dispensar legalmente de prestar fianza al donante que se hubiera reservado el usufructo de los bienes donados (art. 492 CC). Por el contrario, sí es objeto de regulación en nuestro Derecho la reserva de usufructo a favor de tercero (art. 640 CC).

Incluso, no parece plantear problema alguno —en cuanto a la referida calificación de donación *inter vivos*— la donación con reserva de usufructo que se sujeta a condición resolutoria de premoriencia. En este caso estaríamos ante un supuesto en el que el donante no sólo se reserva el usufructo de la cosa —por lo que no se despoja jamás de ella durante su vida— sino que, en caso de fallecimiento del titular de la nuda propiedad, ésta revierte al patrimonio del disponente convirtiéndose de nuevo en pleno propietario <sup>77</sup>.

En segundo término, tampoco se duda de que la donación de usufructo no sea una liberalidad a causa de muerte. Sabemos que la donación es un medio bastante difundido en la práctica para constituir usufructos, pues es frecuente que se quiera atribuir un beneficio a una persona, sin que el disponente quiera privarse definitivamente a sí mismo y, sobre todo, a los propios herederos del bien objeto de la donación <sup>78</sup>. De esta manera, el donante sólo se despoja del uso y goce de la cosa que corresponderá en adelante al usufructuario <sup>79</sup>.

De la misma manera, no es considerada donación *mortis causa*, en tercer lugar, la donación bajo condición suspensiva de premoriencia del donante. En esta liberalidad su muerte juega el papel de evento condicionante que requiere su verificación con anterioridad a otro suceso: la muerte del donatario. La economía del negocio querida por las partes —y en ejercicio de su autonomía privada— puede conllevar la subordinación de la donación a la premoriencia del donante y, cuando tal condición se configura como suspensiva, la eficacia de la adquisición del derecho tiene lugar sucesivamente tras el fallecimiento del disponente. El contrato es perfecto e irrevocable *ab initio*, aunque en sus efectos esté subordinado a una condición. El donante dispone actualmente de bienes propios y el dona-

---

<sup>77</sup> Balbi afirma que el donatario adquiere bajo condición resolutoria la nuda propiedad y la atribución de la propiedad plena queda condicionada de modo suspensivo. La premoriencia del donatario es el evento que verifica la resolución de aquélla y hace imposible que se verifique ésta (*Saggio sulla donazione*, Turín, 1942, p. 165).

<sup>78</sup> PUGLIESE, G., «Usufrutto, uso e abitazione», 2.ª ed., *Trattato di diritto civile Vasalli*, IV-5.º, Turín, 1972, p. 181.

<sup>79</sup> Incluso, en la doctrina italiana, se manifiesta que tampoco presenta dificultad alguna la donación de usufructo «subordinada a la condición suspensiva de premoriencia del donante». Se nos dice que en tales casos estamos ante una donación *inter vivos* por que tal condición de premoriencia no priva a la donación de sus esenciales caracteres de actualidad e irrevocabilidad, aunque el goce de los bienes quede diferido al día del pre-fallecimiento del donante. Esta liberalidad condicionada, que tiene por objeto un derecho de usufructo, es irrevocable lo mismo que cualquier otra donación bajo condición suspensiva: después de la donación, la voluntad del disponente no puede influir sobre la suerte de la atribución que depende exclusivamente de la verificación del evento. BIONDI, B., «Le donazioni», *Trattato di diritto civile italiano Vasalli*, Turín, 1961, p. 108; GIANNATTASIO, C., «Delle successioni. Divisione-Donazione», *Commentario del Codice civile Utet*, 2.ª ed., Turín, 1980, p. 205.

tario adquiere inmediatamente un derecho condicionado, de manera que podrá disponer de él –aunque bajo la misma condición– y ejercitar eventualmente actos conservatorios en su tutela. Por lo demás, el donante también está obligado a comportarse adecuadamente para mantener íntegras las expectativas de la otra parte.

En el intento de justificar su condición de liberalidad *inter vivos*, y no *mortis causa*, se afirma que, aunque la entrega material de los bienes no se produce hasta la muerte del donante, coincidiendo con la apertura de su sucesión, la atribución irrevocable ya ha tenido lugar en vida de éste y los bienes donados ya no se encuentran en su patrimonio en el momento de su fallecimiento, porque en vida ha dispuesto de ellos. Sucedido el óbito, la cosa donada –en virtud de la retroactividad de los efectos del negocio sometido a condición– se considera adquirida por el donatario *ex tunc*, esto es, *ante mortem* del donante <sup>80</sup>.

Un supuesto diverso, pero igualmente calificado como liberalidad *inter vivos*, lo constituye, en cuarto lugar, aquella donación cuya ejecución es diferida al momento de la muerte del donante. Se considera que es una donación sujeta a término habida cuenta de que la muerte constituye un evento cierto en su realización, aunque sea indeterminado en el tiempo. El derecho es adquirido por el donatario desde la perfección de la donación, aunque su ejercicio quede diferido hasta el fallecimiento del donante, incierto en el cuándo pero seguro en su acontecer.

Finalmente, se excluye que sea donación *mortis causa* la donación bajo condición resolutoria de premoriencia del donatario, en la que no se suspende la ejecución de la obligación, pero deben, en caso de verificarse el evento, restituirse los bienes donados al patrimonio del donante. Se nos dice que se trata de una liberalidad *inter vivos* en la que válidamente se pacta la reversión del objeto de la donación en favor del donador para el supuesto de premoriencia del donatario <sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Esta liberalidad condicionada ha sido objeto de pormenorizados análisis en la doctrina italiana. Véase VIGNALE, M., *Il patto...*, cit., p. 312; AZZARITI, F. S., MARTÍNEZ, G., y AZZARITI, G., *Successioni per causa di morte e Donazioni*, Padua, 1963, p. 774; CASULLI, V., «Donazione», *Enciclopedia del diritto*, XIII, 1964, p. 1004; BALBI, G., «La donazione», *Trattato di diritto civile Grosso & Santoro-Passarelli*, II-IV, Milán, 1964, p. 84.

<sup>81</sup> Según dispone el artículo 641 del Código Civil, «podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.

*La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación».*

El pacto de reversión constituye una limitación del acto dispositivo que, por voluntad del disponente, restringe el beneficio del donante. En el Ordenamiento italiano se regula detalladamente esta donación bajo condición resolutoria de premoriencia del donatario, tanto en su contenido como en sus efectos (arts. 791 y 792 del Código Civil de

Individualizados los supuestos principales sobre los que se discute si son liberalidades *inter vivos* o *mortis causa*, y excluida en todos ésta última condición, podemos apreciar que su denominador común es la vinculación actual del disponente y la ausencia de la reserva de la facultad de revocar. El criterio de decisión es la revocabilidad o irrevocabilidad de la donación<sup>82</sup>. La facultad de revocación es considerada como el elemento constitutivo más relevante de la donación *mortis causa* y su ausencia es el principal elemento discriminador de las liberalidades *inter vivos*, llegando, incluso, a utilizarse casi como sinónimos liberalidad revocable y donación *mortis causa*, frente a donación irrevocable y liberalidad *inter vivos*<sup>83</sup>.

Ahora bien, si es cierto que la predicada irrevocabilidad de estas convenciones impide su consideración como donaciones *mortis causa*, y en consecuencia quedan, como se pretende, fuera de la polémica de éstas, sin embargo, tal irrevocabilidad, unida a la circunstancia —común a todas estas liberalidades— de la muerte del disponente, nos plantea un dilema: ¿no se parecen estas convenciones a los acuerdos sucesorios?, ¿no pretenden las partes mediante estas donaciones disciplinar convencionalmente la sucesión del donante y son, por tanto, contrarias a los pactos sucesorios?

En este sentido, la doctrina italiana, en el análisis de algunas de estas denominadas «figuras controvertidas», más que discutir que sean o no donaciones *mortis causa*, dado su carácter irrevocable, plantea su posible contrariedad al principio de la prohibición de pactos sucesorios<sup>84</sup>.

---

1942). Sobre el tema véase FERRARA SANTAMARÍA, M., «In tema di reversibilità», *Rivista di diritto Privato*, 1941, pp. 344 y ss.; PIAGGIO, G., «Donazione con patto di reversibilità ed usucapione da parte del terzo, aggiudicatario dei beni "pendente condicione"», *Il foro italiano*, 1945, p. 789 y ss.; TORRENTE, A., «La donazione», *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu & Messineo*, XXII, Milán, 1956, pp. 469 y ss.; AZZARITI, F. S., MARTÍNEZ, G., y AZZARITI, G., *Successioni...*, cit., p. 776; GARDINI CONTURSI-LISI, I., «Delle donazioni», *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1976, pp. 341 y ss.; GIANNATTASIO, C., *Delle successioni...*, cit., p. 292.

<sup>82</sup> Ya en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1900 se justificaba la naturaleza de donación *inter vivos* atribuida a una liberalidad atendiendo a que el donante se comprometió de forma irrevocable. En su considerando segundo puede leerse que:

«la liberalidad consignada en la escritura de 26 de octubre [...] es una donación *inter vivos* [...] en la que se constituyó hipoteca para asegurar el cumplimiento de la obligación en su caso y día; todo lo cual pone de manifiesto el propósito de la donante de comprometerse por modo irrevocable.»

<sup>83</sup> MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XI, cit., p. 411, en un estudio comparativo de las donaciones *mortis causa* en los principales Códigos americanos, estima como dignas de mención las disposiciones del Código chileno, que «divide las donaciones en consideración al carácter que estima más fundamental, o sea al de su revocabilidad. Así es que en el artículo 1136 dice: donación *por causa de muerte*, es lo mismo que donación revocable, y donación *inter vivos* igual que donación irrevocable.»

<sup>84</sup> Ferri manifiesta que la decisión que se tome pasa por determinar qué valor se le asigna a la muerte y si a través de estos negocios se obtiene como resultado eludir el principio de la revocabilidad del testamento (*Successioni...*, cit., p. 104).

Así, Torrente no duda de que mediante la donación sujeta a término de muerte del donante las partes hayan querido disciplinar convencionalmente la sucesión del disponente y, por lo tanto, tal liberalidad contraría la interdicción de acuerdos sucesorios<sup>85</sup>.

Con mayor motivo, la donación de usufructo en la que el inicio del goce se hace coincidir con la fecha de la muerte del donante, aunque se podría calificar de válida liberalidad *inter vivos* atendiendo a su carácter irrevocable<sup>86</sup>, es considerada un pacto sucesorio<sup>87</sup>.

A nuestro juicio, y aun cuando ha sido calificada de excesiva o demasiado absoluta<sup>88</sup>, no le falta razón a Cicu cuando manifiesta su preocupación de que toda disposición para después de la muerte por contrato perjudica la revocabilidad de la voluntad testamentaria. Esto es, a su parecer, la donación con efectos diferidos al fallecimiento elude la prohibición de la ley pues no es en definitiva sino un modo de hacer irrevocable la última voluntad. No hay, nos dice, razón alguna que justifique su licitud suspendiendo la prohibición de pactos sucesorios<sup>89</sup>.

En suma, en el intento de discriminar las donaciones *inter vivos* de las donaciones a causa de muerte, y excluir a las primeras de la polémica que plantean las segundas, encontramos ciertas liberalidades que, si bien serían válidas como donaciones *inter vivos*, constituyen pactos sucesorios y, por lo tanto, prohibidos. Ante esta situación, podemos reprochar que el que la donación *mortis causa* no entre por la puerta, origina que, en el intento de evitarla, entren los pactos sucesorios por la ventana. ¿No es peor el remedio que la enfermedad? Reiteramos, una vez más, nuestra opinión de que, aunque probablemente lo más sensato *de lege ferenda* sería hacer desaparecer de nuestro Ordenamiento la prohibición de pactos

---

Así, a título de ejemplo, respecto a la donación bajo condición suspensiva de pre-moriencia del donante, la discusión doctrinal se centra en si las partes han querido configurar la muerte del donante como «condición» o si, en cambio, han pretendido que el acto adquiera consistencia jurídica propia con el hecho de la muerte, esto es, si el fallecimiento es querido como «causa» de atribución, en cuyo caso la pretensión ha sido regular el destino de los bienes para el momento sucesivo a la muerte y como tal es nulo. (Véase CARIOTA FERRARA, L., «Donazione da eseguirsi alla morte del donante. Donatio mortis causa. Patti successorii», *Giurisprudenza comparata di diritto civile*, 1941, p. 24; BIONDI, B., *Le donazioni...*, cit., p. 108; VIGNALE, M., *Il patto...*, cit., p. 313; GIANNATTASIO, C., *Delle successioni...*, cit., p. 204). Se nos dice que la decisión queda, en último caso, a la interpretación judicial.

<sup>85</sup> «La donazione», *Trattato...*, XXII, cit., p. 313.

<sup>86</sup> SANTORO-PASSARELLI, F., «Valità della donazione di usufrutto “cum praemoriari”», *Il foro Italiano*, 1950, p. 385.

<sup>87</sup> BIONDI, B., *Le donazione...*, cit., p. 108; CASULLI, V., «Donazione», *Enciclopedia...*, XIII, cit., p. 1005.

<sup>88</sup> BALBI, G., *Saggio...*, cit., p. 167.

<sup>89</sup> CICU, A., Recensión a CARIOTA FERRARA, L., «Donazione da eseguirsi alla morte del donante», *Rivista di Diritto Civile*, 1941, p. 464.

sucesorios, es necesario, cuando menos, hacer una exégesis razonable que permita *de lege lata* las donaciones *mortis causa*. A nuestro juicio, estas figuras controvertidas análogas a los pactos sucesorios sólo son explicables atendiendo a la pretensión de los particulares de disponer para después de la muerte. El rechazo de la donación *mortis causa* y la prohibición de los pactos sucesorios, que imposibilita hacer atribuciones para después de la muerte a través de medios distintos al testamento, provoca en la práctica la aparición de estas liberalidades que no son sino verdaderos vericuetos para evitar la prohibición <sup>90</sup>.

## 7. DONACIÓN *MORTIS CAUSA* Y REVOCABILIDAD

El carácter revocable de la donación *mortis causa* ha sido el mayor revulsivo que históricamente ha provocado y potenciado su rechazo. La necesaria irrevocabilidad que, se afirmaba, debía ser observada por toda liberalidad se consideraba un obstáculo insalvable para la admisión de la donación a causa de muerte. Así, ya en los comentarios de los exégetas franceses, se pone claramente de manifiesto cómo el argumento de mayor peso en la inadmisibilidad de este género de liberalidades era su esencial carácter revocable <sup>91</sup>, carácter que la hacía incompatible con la norma *donner et retenir ne vaut*, máxima consuetudinaria en la que se consagraba la exigencia de la irrevocabilidad de las donaciones que plasmó el artículo 894

---

<sup>90</sup> No le falta en absoluto razón a Vallet cuando se pregunta: «¿qué remedio tan inadecuado contra los pactos sucesorios es este que hace brotar en sustitución de las donaciones *mortis causa*, perfectamente revocables, las donaciones *inter vivos* suspensivamente condicionadas a la premoriencia del donante y de carácter irrevocable? ¿Cuál de esas dos figuras es la que se encuentra más próxima de ser un contrato sucesorio? (*Estudios...*, cit., p. 102).

<sup>91</sup> Los exégetas franceses consideraban que el legislador francés de 1804 había hecho desaparecer la donación a causa de muerte porque no respondía a ninguna necesidad: quien quiera disponer de los bienes para después de la muerte reservándose la posibilidad de revocar, se afirmaba, no precisa acudir a la figura de la donación *mortis causa* requiriendo la aceptación del donatario, habida cuenta de que su intervención no da solidez alguna al contrato. El testamento basta para cumplir ese propósito (PLANIOL, M. & RIPERT, G., *Traité...*, V, cit., núm. 14). Se decía también, como motivo añadido, que favorecían las sugerencias y captaciones, no ofreciendo más que una esperanza engañosa, lo que unido al pensamiento de que hacían valer bajo la forma de donaciones liberalidades que no constituían, en realidad, más que disposiciones testamentarias –y que no estaban, por tanto, revestidas de las formas protectoras de las que la ley había querido rodear a los testamentos–, eran razones suficientes para la no admisión de esta institución. LAURENT, F., *Principes de Droit Civil Français*, XI, París, 1878, núm. 98; DEMOLOMBE, C., *Traité des donations entre vifs et des testaments*, I, París, 1885, núm. 39; HUC, T., *Commentaire...*, VI, cit., núm. 1; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y COLIN, A., *Traité...*, I, cit., núm. 9.

del *Code* <sup>92</sup>. Se decía que una donación hecha en previsión del fallecimiento para cuando el disponente ya no exista, que no produce efecto en provecho del gratificado hasta ese momento y revocable a la voluntad del donante, quebranta todas las exigencias que encierra el adagio <sup>93</sup>. Del mismo modo, en la doctrina italiana clásica se mantenía que la donación *mortis causa* era inválida en cuanto que era contraria al principio de la irrevocabilidad de las donaciones <sup>94</sup> dispuesto en el artículo 1050 del Código Civil de 1865 <sup>95</sup>.

En el tiempo, la necesidad del carácter irrevocable de todas las donaciones, cuyos orígenes –como veremos– están en el antiguo Derecho consuetudinario francés, fue inicialmente defendida por los autores franceses, a los que siguieron los italianos, y fue mantenida, también, por García Goyena en atención a lo dispuesto en el artículo 940 del Proyecto de 1851 que establecía que la «donación entre vivos es un acto de espontánea liberalidad por el cual se transfiere desde luego irrevocablemente al donatario la propiedad de las cosas donadas» <sup>96</sup>.

Sin embargo, como demostraremos en las páginas que siguen, el principio de la irrevocabilidad de las donaciones carece de argumentos suficientes que lo amparen, por lo que difícilmente puede admitirse que justifique el rechazo de las donaciones *mortis causa*. De la idea de que las donaciones han de ser irrevocables se apartó el legislador de 1889, concedor, sin duda, de la debilidad de este principio. En primer lugar, la omisión de tal carácter en la disposición del artículo 618 del Código que define la donación y, en segundo término, la aceptación de las donaciones con facultad de disponer en la disposición del artículo 639 CC, son claros ejemplos que demuestran que la máxima francesa fue abandonada por nuestro codificador, desapareciendo con ella el impedimento fundamental contra las donaciones a causa de muerte. Veámoslo.

Históricamente, es en el adagio francés «donar y retener no vale» –que nacen en el antiguo *Droit Coutumier* francés <sup>97, 98</sup>– donde,

<sup>92</sup> Dispone el artículo 894 que «la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte».

<sup>93</sup> BEUDANT, Ch., *Cours...*, VI, cit., núm. 25 y ss.; COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, VII, trad. por la RGLJ, anotada por De Buen, Madrid, 1955, p. 626.

<sup>94</sup> ASCOLI, A., *Trattato...*, cit., p. 167; MANENTI, C., *Sul concetto...*, cit., p. 329.

<sup>95</sup> Artículo 1050 CC 1865: «la donazione è un atto [...] col quale il donante si spoglia attualmente et irrevocabilmente [...]».

<sup>96</sup> *Concordancias...*, cit., p. 463.

<sup>97</sup> Este término designa el Derecho que regía en Francia en los denominados «Países de costumbres», frente a los «Países de Derecho escrito» donde penetró el Derecho romano.

<sup>98</sup> Véase DESJARDINS, A., «Recherche sur l'origine de la règle donner et retenir ne vaut», *Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, 1868, pp. 208 y ss.

con la pretensión de poner freno a las donaciones entre vivos, que eran vistas con desfavor, porque se consideraban contrarias al principio superior de la conservación de los bienes en las familias, encuentra sus orígenes el principio de la irrevocabilidad de las donaciones. Ahora bien, este brocardo no siempre fue sinónimo de irrevocabilidad. En el tiempo, expresó cosas diferentes: inicialmente significó que la donación requería traspaso posesorio y sólo cuando el donante hacía tradición de la cosa donada (*dessaississement actuel de la chose*) la liberalidad era perfecta. El disponente, en aras de la seguridad del comercio, debía entregar la cosa donada al donatario, no pudiendo quedarse con la posesión hasta el día de su muerte: «no es donar el retener la cosa donada sin hacer la tradición de ella», se afirmaba. En un momento posterior, coincidiendo con el proceso de espiritualización de la tradición y la admisibilidad de las tradiciones «fingidas», hay un cambio de perspectiva y de la idea de traspaso posesorio se pasa a la idea de transmisión en términos jurídicos, esto es, el adagio expresa la necesidad de transmisión definitiva de la propiedad de la cosa; se traduce en la exigencia de que el donatario se convierta en propietario de forma plena y definitiva, no pudiendo en modo alguno el donante revocar la liberalidad. El aforismo se convierte en adelante en sinónimo de irrevocabilidad de la donación, exigencia necesaria que impide al donante retener la facultad de retomar posteriormente, por un nuevo acto de voluntad, lo que previamente había donado. En definitiva, se nos dice que una liberalidad no puede nunca depender de la voluntad futura del donante, que una vez despojado no puede retractarse y alterar el efecto de la donación<sup>99</sup>.

En todo caso, la pretensión última con la que nació el ya muy citado *donner et retenir ne vaut* se mantuvo inalterable: limitar las donaciones entre vivos provocadoras de la salida de los bienes del entorno familiar y adecuadas para despojar a los herederos, que estaban únicamente protegidos por la reserva consuetudinaria contra los actos de liberalidad hechos fuera de testamento. Se pensaba que las disposiciones a título gratuito no debían desviar los bienes de su destino natural que es, tras la muerte de cada uno, ir a sus más próximos parientes. Nótese que obligar al donante a que se despojara inmediata y definitivamente de los bienes, sin tener ninguna posibilidad de volverse atrás en su intención liberal, era dificultar la donación y un medio excelente para hacerle menos propenso a rea-

---

<sup>99</sup> Recientemente, en la doctrina española, Barrals Viñals ha estudiado detalladamente la evolución de la máxima *donner et retenir en vaut* como punto de partida necesario en el análisis de la donación con facultad de disponer. *La reserva de la facultad de disponer en la donación (análisis del artículo 639 del CC)*, Barcelona, 1996, pp. 19 y ss.



lizarla, lo que finalmente repercutía en el mantenimiento de su patrimonio y la conservación de los bienes en la familia.

El aforismo sobrevive, y expresando la idea de la irrevocabilidad de las donaciones se mantiene en el Derecho francés vigente, aunque no sea formulado ya en los mismos términos, en el artículo 894 del Código de Napoleón cuando dispone que *la donación entre vivos es un acto por el cual el donante se despoja actual e irrevocablemente de la cosa donada*. La actualidad de la donación debe traducirse, a juicio de los exégetas, en la atribución inmediata de un derecho –simple, a término o condicional– al donatario sobre la cosa donada y la irrevocabilidad, reiteran, debe impedir al donante reservarse, directa o indirectamente, la facultad de revocar la donación y retirar el beneficio al donatario.

Este ya tradicional y necesario carácter irrevocable que deben respetar, como regla, todas las liberalidades, se justificaba, a juicio de los comentaristas franceses, con argumentos de distinta índole.

El razonamiento principal en su defensa expresaba la vieja idea de que era una protección útil para los donantes y sus causahabientes, pues la irrevocabilidad era un freno contra el impulso liberal. Sin duda, el cariño natural que se tiene a lo que se posee junto al temor hacia futuras e imprevistas necesidades hacen a la persona más reacia a las privaciones definitivas. En suma, se decía que la irrevocabilidad de las donaciones era un freno útil, sin tocar al uso legítimo, frente a donaciones irreflexivas del donante.

En segundo lugar, se consideraba que protegía igualmente a los donatarios y a sus causahabientes: si el donante no puede reservarse la facultad ni el medio de recobrar la donación, la irrevocabilidad asegura sólidamente la estabilidad del derecho del donatario y de los que de él traigan causa frente a posibles cambios de voluntad del donante que perturbarían sus intereses. Si el legislador de 1804, se decía, hubiese autorizado las cláusulas de revocación, su empleo se habría multiplicado en perjuicio del donatario y de la libre circulación de los bienes. El donatario, puesto que adquiere gratuitamente, aceptaría sin protestar ni reflexionar todas las condiciones que le impusiera la donación –ya que es mejor ser donatario con condiciones que no serlo– con lo que se habría visto multiplicado el dominio revocable. Por lo demás se colocaría al gratificado –temeroso de una revocación– en un estado de sujeción frente al donante que podría incluso comprometer su dignidad.

En último término, pensaban que la consecuencia del carácter irrevocable de las liberalidades era el favorecimiento de la libre circulación de los bienes. La facultad de revocación acordada por el donante tendría el inconveniente grave de retirar de hecho los bie-

nes donados de la circulación, pues ¿quién adquiriría a título oneroso con la duda de ver a continuación la enajenación resuelta por una revocación del donante? <sup>100</sup>.

Los anteriores razonamientos constituían el apoyo necesario para tachar de nulidad una serie de convenciones en las que, como nos dice Joserrand <sup>101</sup>, el disponente pretendería reservarse la posibilidad de dejar sin efecto su rasgo generoso «tomando con una mano lo que daba con la otra». Se afirma que toda manera de volver sobre la donación por un acto dependiente de la voluntad del donante convierte a la liberalidad en nula <sup>102</sup>. Consecuentemente, son donaciones prohibidas por la regla de la irrevocabilidad que dispone el artículo 894 del *Code*, entre otras, la donación de bienes futuros regulada en el artículo 943 CC –«*la donation entre vifs en pourra comprendre que les biens présents du donateur; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard*»– mediante la cual, se afirmaba, el donante podría siempre hacer ilusoria la liberalidad no adquiriendo los bienes. También, del mismo modo, se afirmaba la nulidad de la donación con reserva del derecho de disposición, regulada en el artículo 946 CC –«*en cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixé sur les biens donnés, s'il meurt sans avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires*»– pues desconoce, se nos dice, la irrevocabilidad al reservar al donante un medio indirecto de aniquilar la liberalidad.

Como fiel reflejo del Código de Napoleón, también el Código civil italiano de 1865 sancionó la regla de la irrevocabilidad en varios de sus preceptos, que fueron prácticamente copiados del Código francés <sup>103</sup>. Esta exigencia del despojo irrevocable dispuesta en el artículo 1050 CC se tradujo en la nulidad de la donación de bienes futuros <sup>104</sup> y, de igual manera a su antecesor francés, también,

---

<sup>100</sup> Véase DEMOLOMBE, C., *Traité...*, I, cit., núms. 24 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, G., y COLIN, A., *Traité...*, I, cit., núms. 27 y ss.; BEUDANT, Ch., *Cours...*, VI, cit., núms. 29 y ss.; COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso...*, VII, cit., pp. 605 y ss.; MAZEAUD, H. e I. & MAZEAUD, J., *Leçons...*, IV-2.º, cit., núm. 1498.

<sup>101</sup> *Derecho...*, III-3.º, cit., núm. 1351.

<sup>102</sup> BEUDANT, Ch., *Cours...*, VI, cit., núms. 26 y ss.

<sup>103</sup> Los argumentos, en la misma línea que los expresados por los exégetas franceses, por los que se aconsejaba mantener la irrevocabilidad de las donaciones eran el mandido servilismo hacia el donante que genera la donación revocable a su arbitrio, el perjuicio que supone para el donatario, pues le empobrece, y para el que la donación revocable, se dice, es un hecho injurioso, poner freno al donante que al conocer que perderá definitivamente los bienes medita más la oportunidad de la donación, etc.

<sup>104</sup> Disponía el artículo 1064 CC: «*La donazione non può comprendere che i beni presentii del donante; se comprendere beni futuri, è nulla riguardo a questi*».

en la consideración como nula de la donación con reserva de la facultad de disponer por parte del donante <sup>105</sup>.

Ya en Derecho español, también el Proyecto Isabelino expresaba en su artículo 940 que *donación entre vivos es un acto de espontánea liberalidad por el que se transfiere, desde luego irrevocablemente, al donatario la propiedad de las cosas donadas*, reiterando García Goyena, en su comentario al artículo 942 del Proyecto, que *dar y retener no vale* <sup>106</sup>. Se mantiene igualmente la prohibición de que la donación comprenda bienes futuros <sup>107</sup>; pero se admite de forma innovadora, aun cuando fuera tachada de excepción al principio de la irrevocabilidad <sup>108</sup>, la donación con reserva de la facultad de disponer en el artículo 957 del Proyecto <sup>109</sup>.

Es nuestro codificador quien omite, por primera vez, la tradicional regla de la irrevocabilidad de las liberalidades (lo que, recordemos, era el mayor obstáculo en la aceptación de la donación *mortis causa*) cuando expresa en el artículo 618 del Código que *la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta*. Esta omisión constituye el primer paso en la superación del modelo francés que, por lo demás, será continuada por el codificador italiano de 1942 <sup>110</sup>.

La decisión de nuestro legislador de 1889, ratificada posteriormente por el legislador italiano, no carecía de motivos. Ciertamente, en contra de los viejos argumentos expresados para justificar la irrevocabilidad de las donaciones, las réplicas concitadas habían evidenciado claramente que el valor de este principio era más que discutible <sup>111</sup> y, por ello, optó sensatamente por apartarse de él.

<sup>105</sup> Disponía el artículo 1069 CC: «*Quando il donante si è riservata la facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione, o di una determinata somma sui beni donati, e muore senza averne disposto, un tale oggetto o una tale somma appartiene agli eredi del donante, nonostante qualunque clausola o stipulazione in contrario*».

<sup>106</sup> *Concordancias...*, cit., p. 464.

<sup>107</sup> Artículo 953: «*la donación puede comprender todos los bienes presentes del donador o parte de ellos, con tal que éste se reserve en plena propiedad, o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias*». La donación no puede comprender bienes futuros.

<sup>108</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., p. 472.

<sup>109</sup> Artículo 957: «*Podrá reservarse el donador la facultad de disponer de alguno de los bienes donados, o de alguna cantidad sobre ellos; pero, si muriese sin haber dispuesto, pertenecerán al donatario los bienes y cantidad reservados*».

<sup>110</sup> La regla de la irrevocabilidad tampoco encuentra lugar en el vigente artículo 769 del Código civil italiano de 1942. Este precepto dispone que «*la donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione*».

<sup>111</sup> La tesis que considera que no es sensato justificar la irrevocabilidad de las donaciones ha recobrado un definitivo auge en tiempos recientes, pero ya fue mantenida antiguamente en Francia por GLASSON, E., «*Les donations a cause de mort*», *Revue pratique de Droit français*, París, 1874, núm. 104. Actualmente JOSSERAND, L., *Derecho...*, III-3.º, cit., núm. 1350; MAZEAUD, H. e I. & MAZEAUD, J., *Leçons...*, IV-2.º, núm. 1498.

Así, con buen criterio, a nuestro juicio, respecto a aquel manido razonamiento que consideraba que la irrevocabilidad protegía los intereses del donante, se dio crédito a que éstos ya estaban salvaguardados por el carácter solemne de la donación. Pensemos que el hecho de que esta liberalidad esté sometida a formas particulares prescritas bajo pena de nulidad debe llamar la atención sobre la gravedad del acto que realiza el disponente, por lo demás sujeto mayor y dueño de sus derechos, capaz y sano mental que debe actuar libremente. Mantener el principio de la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos era, por el contrario, practicar deliberadamente la política de lo peor, la política del todo o nada, era cerrar la puerta a todo arrepentimiento y a toda esperanza de retorno. Es cierto que la irrevocabilidad podía hacer dudar al donante, pero cuando había decidido donar no había ningún medio para volver sobre la donación por la que se lamentaba. Por tanto, al contrario de lo que se había venido afirmando, la regla de la irrevocabilidad iba contra el interés del donante y de su familia, pues la liberalidad podía haberse realizado por imprudencia y su carácter irrevocable convertía al donante en su víctima, y «no es plausible hacer el daño definitivo por intentar evitarlo». Por lo demás, la posibilidad de revocación siempre garantizará al donante el respeto del donatario <sup>112</sup>.

En relación al donatario, no tenía sentido hablar de servilismo, sólo predicable en caso de personas de poco carácter, como tampoco podía afirmarse que la revocación fuera para él un hecho injurioso, pues ninguna duda cabe de que ha sido convenida y por él aceptada. Igualmente debía rechazarse la idea de que la revocabilidad le perjudicaba porque le empobrecía, pues él ya sabía y podía prever que los bienes podían serle retirados en un momento dado. Todo lo contrario, el principio de la revocabilidad de las donaciones ofrece también ventajas al donatario: le permite el goce actual de los bienes, que de otra forma no tendría. Pensemos que un donante que teme la falta de reconocimiento no hará una donación –si ésta es irrevocable– sino un testamento –revocable–, lo que supondrá la pérdida del goce actual para el donatario. Este goce es una gran ventaja aunque esté gravado con la revocabilidad <sup>113</sup>.

Estos motivos ponen, a nuestro parecer, sobradamente de manifiesto la falta de sentido de la exigencia de la irrevocabilidad y justifican que el codificador español, separándose del habitual modelo

---

<sup>112</sup> TORRENTE, A., «La donazione», *Trattato...*, XXII, cit., pp. 308 y ss.; BALBI, G., *Saggio...*, cit., p. 162.

<sup>113</sup> Ya en este sentido, GLASSON, E., *Les donations...*, cit., núm. 104; JOSSELAND, L., *Derecho...*, III-3.º, cit., núm. 1350; TORRENTE, «La donazione...», *Trattato...*, XXII, cit., pp. 308 y ss.; BALBI, *Saggio...*, cit., p. 162; MAZEAUD, H. e I. & Mazeaud, J., *Leçons...*, IV-2.º, núm. 1498.

francés, optara por suprimir la irrevocabilidad como requisito específico de las donaciones, supresión innovadora y, en nuestra opinión, plausible, como lo demuestra el hecho de que fuera mantenida por el legislador italiano de 1942, apartándose también de este modo de la definición de donación contemplada en el artículo 1050 de su precedente Código de 1865 <sup>114</sup>.

No sólo ya, como ha quedado demostrado, porque no defiende ningún interés que merezca tutela, sino porque, además, el pretendido necesario carácter irrevocable es contrario a principios fundamentales como la libertad de acuerdos, y no hay razones sensatas para prohibir a las partes convenir la posibilidad de resolver o limitar en el tiempo los efectos de la donación acordada <sup>115</sup>.

Ahora bien, que la consuetudinaria máxima del *Droit Coutumier*, «*donner et retenir ne vaut*», no está en nuestro Código Civil lo demuestra, no sólo el hecho de que el ya citado artículo 618 suprimiese del concepto de donación el carácter irrevocable <sup>116</sup>, también la aceptación de instituciones que tradicionalmente fueron rechazadas en Derecho francés (CC 1804) e italiano (CC 1865) por su contrariedad al principio de la irrevocabilidad manifiesta la separación de nuestro Derecho de sus habituales antecesores. Nos referimos, fundamentalmente, a la donación con facultad de disponer, que es admitida en el artículo 639 CC cuando expresa que «*podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero, si muriese sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado*» <sup>117</sup>.

Esta liberalidad, tachada en los precedentes de liberalidad nula por desconocer la irrevocabilidad <sup>118</sup>, se admite en cambio en nues-

<sup>114</sup> Este cambio legislativo (supresión del texto del art. 769 del Código de 1942 de las anteriores exigencias de actualidad e irrevocabilidad del art. 1050 del Código de 1865) tuvo lugar ya, afirma Cariota Ferrara, en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Real (art. 390), en el que podía leerse que eran abandonados los requisitos de actualidad y de irrevocabilidad, restos del derecho consuetudinario francés, que ya no respondían a ninguna exigencia práctica ni dogmática (*Donazione...*, cit., p. 23). En el mismo sentido, TORRENTE, A., *La donazione...*, cit., p. 308; BIONDI, B., *Le Donazione...*, cit., p. 66.

<sup>115</sup> TORRENTE, *La donazione...*, cit., pp. 308 y ss.

<sup>116</sup> Es en el Anteproyecto de 1882-1888, en artículo 615, donde por primera vez la donación se define sólo por la gratuidad, sin el carácter de irrevocable. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, p. 176.

<sup>117</sup> Ya vimos que esta disposición aparece así formulada por primera vez en el artículo 957 del Proyecto de 1851, y fue considerada por García Goyena una excepción al principio de la irrevocabilidad.

<sup>118</sup> Esta liberalidad que regula el artículo 946 del Código de Napoleón es considerada por los exégetas contraria al preciso carácter irrevocable de la donación y deber ser, en consecuencia, considerada nula. Por ello, si se ha donado con reserva de disponer y no se ha dispuesto, el destino de los bienes al fallecimiento del disponente es el patrimonio de los herederos, esto es, comprenderán parte de la sucesión del disponente.

tro Derecho y permite a los donantes reservarse la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos, e, incluso, como afirman Díez-Picazo y Gullón, no hay razones para negarle la posibilidad de que se reserve el total <sup>119</sup>.

No desconocemos la polémica doctrinal que se suscitó acerca de si la facultad de disponer podía abarcar o no la totalidad de lo donado <sup>120</sup>; pero, en nuestra opinión, tal controversia debe considerarse cerrada tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1993.

La Sala 1.<sup>a</sup>, en la réplica al segundo de los motivos de casación—infracción del artículo 639 CC, en relación con la doctrina sentada en la Sentencia de 7 de julio de 1978 <sup>121</sup>—, admite la teoría doctrinal alegada por el recurrente al afirmar que «también es defendible la tesis de posibilitar esa reserva dispositiva del *tantum* donado, ya que no por ello sería vana o resultaría vacía la donación así concertada por el goce que de los bienes estuviese disfrutando el donatario, mientras no se ejerza esa reserva, además de que puede no llevarse a efecto ese ejercicio; a lo que se añade que, como acto esencialmente gratuito, pueda el donante acomodar o delimitar su intención de liberalidad y aceptarse como tal por el donatario en uso de su libertad contractual (art. 1255)».

---

te. La pertenencia de los bienes a los herederos del donante, se nos dice, pone de manifiesto que la donación es nula, pues si fuera válida no sería a ellos sino al donatario al que pertenecerían. BEUDANT, *Cours...*, VI., cit., núm. 37; JOSSERAND, *Derecho...*, III-3.º, cit., núm. 1364.

Artículo 946: «*En cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixé sur les biens donnés, s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires*».

El artículo 1069 del Código civil italiano de 1865 reitera los mismos términos del artículo 946 del Código francés.

«*Quando il donante si è riservata la facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione, o di una determinata somma sui beni donati, e muore senza averne disposto, un tale oggetto o una tale somma appartiene agli eredi del donante, nonostante qualunque clausola o stipulazione in contrario*».

<sup>119</sup> Argumentan su opinión con la afirmación de que nuestro Código Civil se aparta del modelo francés en el que rige desde su Derecho antiguo la regla *donner et retenir ne vaut*, *Sistema de Derecho Civil*, II, 7.ª edición, 1995, p. 354.

<sup>120</sup> En sentido afirmativo, ALBALADEJO, M., *Comentarios...*, VII-2.º, cit., p. 258; GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario a la sentencia de 7 de julio de 1978», *RCDI*, 1980, p. 1223. IRURZUN GOICOA, D., *La donación con reserva de la facultad de disponer. (Algunos problemas que plantea el artículo 639 del Código Civil)*, Valencia, 1967, p. 18, en cambio, manifiesta que la reserva del total no es admisible.

<sup>121</sup> GARCÍA GARCÍA, J. M., en su comentario a esta resolución manifiesta que «la sentencia parece reconocer que la regla *donner et retenir ne vaut*, del Derecho francés, no es aplicable al Derecho español, pues a propósito de la argumentación del recurrente en tal sentido, el Tribunal Supremo advierte que dicha regla fue indudablemente empleada por la sentencia recurrida *obiter dictum*, con lo cual, aunque no entre en el fondo, no cabe duda de que el Tribunal Supremo descarta la aplicación de tal regla en el Derecho español, ya que en otro caso hubiera intentado apoyarse en la misma para fundar la nulidad de la reserva total de la facultad de disponer a favor del donante (*Comentario...*, cit., p. 1220).

El Tribunal Supremo admite que en el Código Civil no rige el modelo francés basado en la regla «*donner et retenir ne vaut*» y que, por lo tanto, no hay razones en nuestro Derecho para negar la posibilidad de una reserva total, ya que la irrevocabilidad nunca tuvo vigencia en nuestro Ordenamiento.

Lo cierto es que la posición que adopta nuestra jurisprudencia no es novedosa; ya una autorizada doctrina italiana mantuvo que la reserva de disponer podía comprender la totalidad de lo donado<sup>122</sup>. Por lo demás, Torrente no duda de que el abandono del requisito de la irrevocabilidad en el Código Civil de 1942 es el origen de la modificación del artículo 1069 del viejo Código de 1865 que, en el caso de reserva de la facultad de disponer y ante la muerte del donante sin haber dispuesto, atribuía los bienes a los herederos del donante, mientras que el vigente artículo 790 CC<sup>123</sup> atribuye los bienes al donatario excluyendo que la facultad pueda ser ejercida por los herederos del disponente<sup>124</sup>.

No se piense que nos olvidamos de la donación de bienes futuros que, recordemos, era sancionada de nulidad en el Código francés de 1804 (art. 943) y en el italiano de 1865 (art. 1064), por su incompatibilidad con el «*donner et retenir ne vaut*», afirmándose que el donante podría siempre hacer ilusoria la liberalidad no adquiriendo los bienes. Aunque en nuestro Código se mantiene formalmente la prohibición de que la donación comprenda bienes futuros en el artículo 635 CC, tal prohibición encontraría su fundamento en otro motivo bien diverso: «en la naturaleza de negocio de disposición que el Código Civil atribuye a la donación; negocio que no crea obligaciones, sino que transmite directamente los bienes del donante al donatario, por lo que no es posible, por la naturaleza misma de las cosas disponer *in acto*, de presente, de cosas futuras»<sup>125</sup>. Reiterando esta idea, Albaladejo manifiesta que «en cuanto a la *razón* de que no puedan donarse, se hallaría en el que siendo la donación transmisión *actual* del bien, es decir, donación *real* o transmisión *al donarlo*, no es posible si no puede transmitirse entonces»<sup>126</sup>; aunque, como afirma este autor, esta válida explicación lo es para las donaciones *reales*, pero no para las donaciones obligacionales<sup>127</sup>. En todo caso, a su jui-

<sup>122</sup> TORRENTE, A., «La donazione», *Trattato...*, XXII, cit., p. 465.

<sup>123</sup> Artículo 790: «*Quando il donante si è riservata la facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione o di una determinata somma sui beni donati, e muore senza averne disposto, tale facoltà non può essere esercitata dagli eredi*».

<sup>124</sup> «La donazione», *Trattato...*, XXII, cit., p. 309.

<sup>125</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Donación con reserva de facultad de disponer», *AAMN*, XVI, 1966, p. 442.

<sup>126</sup> *Comentarios...*, VIII-2.º, cit., p. 216.

<sup>127</sup> Se afirma que «no es de esencia que mediante la donación se transfiera ya lo donado, sino que de esto puede el donante quedar simplemente obligado a traspasar su titularidad al donatario» (ALBALADEJO, M., *Comentarios...*, VIII-2.º, cit., p. 10).

cio, «el 635 no prohíbe donar bienes futuros singularmente considerados, pero sí todos los futuros *además* de los presentes, es decir, donar todo el patrimonio presente y todo el futuro, porque eso es dejar ya al donatario la herencia futura»<sup>128</sup>.

Por tanto, aunque el artículo 635, siguiendo el modelo de sus precedentes, diga que la donación no podrá comprender bienes futuros, la prohibición no responde al antiguo fundamento de la contrariedad, que tal donación supondría, al principio de la irrevocabilidad. Y, en todo caso, doctrinalmente se interpreta que no cabe excluir que puedan ser donados singulares bienes futuros<sup>129</sup>.

En conclusión: todo lo anterior permite sin dificultad alguna afirmar que nuestro Código Civil rechazó la regla del antiguo *Droit Coutumier* según la cual *donner et retenir ne vaut*, superando así el concepto de donación irrevocable<sup>130</sup>. Nuestro legislador introdujo de este modo el criterio de donación revocable –posición innovadora frente a sus precedentes el Código francés de 1804 y el italiano de 1865– que, además, ha sido consolidado en Ordenamientos posteriores como el italiano de 1942.

Retomando, tras los quizá excesivos razonamientos demostrativos de que nuestro Código Civil no mantiene la exigencia de la irrevocabilidad de las donaciones, el tema objeto de estudio de las donaciones *mortis causa*, podemos concluir que en Derecho español no es sensato rechazar, por su carácter revocable, las liberalidades a causa de muerte. Desaparece así el, calificado como insalvable, principal argumento en su contra.

---

<sup>128</sup> *Comentarios...*, VIII-2.º, cit., p. 218.

<sup>129</sup> También el artículo 771 del Código italiano de 1942, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1064 del Código civil de 1865, dispone que *la donazione non può comprendere che beni presenti del donante. Se comprende beni futuri, è nulla rispetto a questi, salvo que si tratti di frutti non ancora separati*.

La moderna doctrina italiana, superado el principio *donner et retenir ne vaut* que justificó esta prohibición en el viejo Código, observa que la razón de esta disposición es la intención del legislador de frenar las liberalidades (véase TORRENTE, A., «La donazione...», *Trattato...*, XXII, cit., p. 406). Es de otra opinión Biondi, quien afirma que la ley no pretende obstaculizar ni favorecer las donaciones. A su juicio, este precepto encuentra su razón de ser en la prohibición de pactos sucesorios. Por ello, la norma se refiere sólo a la hipótesis en las que se donan todos los bienes presentes y futuros –eludiendo así prácticamente la prohibición– consintiendo, en cambio, la donación de bienes singulares y determinados (*Le donazioni...*, cit., p. 338).

<sup>130</sup> Afirmación que ya fue hecha, tiempo ha, por Rodríguez Agrados, para quien «ni siquiera el Proyecto de 1851 puede decirse que acogiera el “*donner et retenir en vaut*”, porque si bien es cierto que incluye la nota de irrevocabilidad en su definición de donación, regula la donación con reserva de la facultad de disponer de manera contradictoria con una irrevocabilidad especial de las donaciones» (*Donación...*, cit., p. 442).



## 8. «EN PRO» DE LAS DONACIONES *MORTIS CAUSA*

En los epígrafes que preceden hemos dejado ver nuestra opinión que comparte la de aquellos que consideran que las donaciones *mortis causa* son una institución con individualidad propia, por lo que debe negarse su asimilación a los legados, en relación a los que presentan ventajas perfectamente visibles.

En primer lugar, el mecanismo convencional de la donación *mortis causa* y, por consiguiente, la necesaria aceptación del donatario antes del fallecimiento del donante constituye una garantía de futuro para éste: le asegura que tras su muerte el objeto de la donación será querido y adquirido por aquel que en el momento del otorgamiento de la liberalidad manifestó su consentimiento. La ventaja es evidente: el legatario, normalmente desconocedor de la intención del causante hasta su fallecimiento, puede renunciar al legado (art. 888 CC), actitud, por el contrario, poco probable si su condición es la de donatario, pues carece de sentido renunciar a lo que previamente se ha aceptado.

En segundo término, el donatario, conocedor del carácter revocable de la liberalidad, «por la cuenta que le tiene», tratará de observar un adecuado comportamiento hacia el donante, que no es otro que el mismo que hasta ese momento ha mantenido y el que ha dado lugar, sin duda, al nacimiento de la liberalidad.

Puede leerse en los comentarios de la doctrina italiana un claro ejemplo que permite constatar, en los anteriores sentidos, la funcionalidad de la donación a causa de muerte. Balbi relata cómo esta institución es el medio único, y más idóneo, para satisfacer la pretensión de un coleccionista: una persona que pretende dejar su colección, después de su muerte, a una persona que le dé garantías de continuidad, conservación, custodia e, incluso, incremento de la misma, con el mismo mimo con el que él lo hace. En estos términos pacta con alguien de confianza, atribuyéndole gratuitamente, desde el momento de su muerte, la colección, reservándose la facultad de resolver a su arbitrio. Por su parte, aquel con el que pacta acepta la atribución. Como claramente se observa, esta liberalidad permite al donante conservar la disponibilidad del objeto durante su vida, al mismo tiempo que le asegura que en el momento de su muerte, siempre que no haya dispuesto de otro modo (lo que dependerá en último término del comportamiento observado por el donatario), alguien de su confianza adquirirá la colección. Estas garantías de futuro de las que goza el coleccionista no podrían ser obtenidas mediante un, probablemente desconocido para el beneficiario, legado, desde el momento en que no se puede estar seguro *a priori* de su aceptación <sup>131</sup>.

<sup>131</sup> *Saggio...*, cit., p. 163. En el mismo sentido, TORRENTE, A., *La donazione...*, cit., p. 313; TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, Padua, 1990, p. 838.

En tercer lugar, este tipo de donación tiene, como ya ha escrito Roca Sastre <sup>132</sup>, otra ventaja que aconseja y justifica su empleo: la cosa donada va directamente al donatario. El donante se asegura que el donatario adquiere definitivamente en el mismo momento de su muerte, pues el objeto de la donación no proviene de la herencia, ha quedado fuera de ella. Desde el otorgamiento de la liberalidad, los bienes donados constituyen un patrimonio independiente del sucesorio y no hay necesidad, como diferencia relevante respecto al legado, de que el heredero entregue la cosa.

Debe acentuarse, además, que a efectos registrales esta diferencia es muy importante pues permite al donatario inscribir su derecho directa e inmediatamente tras el fallecimiento, en tanto que el legatario sólo puede pedir anotación preventiva (42.7 LH).

No olvidamos, en cuarto lugar, la ventajas que derivan de su independencia respecto del testamento: la donación *mortis causa*, que tiene autonomía propia, a diferencia del legado es eficaz aunque el testamento no lo sea por cualquier causa. En este sentido, manifiesta Roca Sastre, actúa con más fuerza, incluso, que el propio legado *per vindicationem* <sup>133</sup>.

Finalmente, debemos destacar que tal independencia permite al donante satisfacer su (casi habitual) propósito de agradecimiento de los servicios o atenciones prestadas sin verse obligado para ello a hacer testamento. La no admisibilidad de la donación *mortis causa* obligaría a la persona a testar para poder legar. Es lícito y digno de tutela el que una persona quiera la atribución intestada de sus bienes y el rechazo de esta institución, único medio para la satisfacción de sus intereses, se lo impide.

En otro orden de cosas, la admisión de la donación *mortis causa*, que permite una atribución gratuita a un tercero para que tenga eficacia a la muerte del que la hace a través de un negocio *inter vivos*, sin sujetarse al rigor de las disposiciones por causa de muerte, no debe llevar al error de considerar que se debilita la protección de los acreedores y de los interesados en la herencia. No hay per-

---

<sup>132</sup> *La donación...*, cit., p. 576.

<sup>133</sup> *La donación...*, cit., p. 576.

Recuerdesé que el legado con efectos reales (*legatum per vindicationem* romano) consiste en la atribución al legatario de un derecho real que existía ya en el patrimonio del causante, frente al legado con efecto obligacional (*legatum per damnationem* romano) que consiste en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, atribuyendo al legatario el derecho a que se realice por el obligado aquello previsto por el testador. En el primer caso, el legado tiene eficacia inmediata y el legatario adquiere el derecho real en el momento de la apertura de la sucesión (lo que no evita que tenga que pedir la entrega del bien al heredero o albacea), en tanto que el segundo tiene una eficacia obligacional: el legatario deviene acreedor del bien frente al gravado con el legado (véase ROCA TRÍAS, E., en CAPILLA, LÓPEZ, ROCA, VALPUERTA y MONTES, coord., *Derecho de sucesiones*, Valencia, 1992, pp. 235 y ss.).

juicio para los acreedores y legitimarios que no verán disminuido el patrimonio garante ni la masa de cálculo y atribución. La rescindibilidad de los actos gratuitos en caso de impago de acreedores es institucional (arts. 643.2 y 1297.1 CC). Respecto de los legitimarios, sus garantías quedan intactas: computación de los actos gratuitos a la masa contable (art. 818.2 CC) y la consiguiente reducción o rescisión de donaciones para el caso de que los bienes relictos sean insuficientes para el pago de la legítima (art. 819.3 CC) <sup>134</sup>.

En fin, frente a la tesis que afirma la supresión de esta institución del Ordenamiento, pensamos que su mantenimiento como institución autónoma debe ser defendido. Demostrada la debilidad de los argumentos en su contra, acreditadas las utilidades y ventajas que presta y salvados los temores de falta de protección y perjuicios que erróneamente se le hayan podido atribuir, no hay razón sensata para el rechazo de la donación *mortis causa*.

Pero, no se olvide que el principal motivo que nos conduce a su defensa ha sido la constatación de la necesidad de las donaciones *a causa de muerte* en la práctica. La finalidad «psicológica», y digna de tutela, que persiguen quienes pretenden realizar estas liberalidades sólo es alcanzable a través de ellas. La persona que acude a una donación *mortis causa* pretende el reconocimiento de las atenciones que se le han prestado, intentando asegurarse en el futuro un comportamiento similar y es esta liberalidad revocable el medio idóneo para alcanzar sus propósitos.

Por ello, en absoluto creemos que sea una institución «inútil». Los supuestos de hecho enjuiciados por el Tribunal Supremo demuestran que los particulares quieren «donar *mortis causa*», por lo que es la realidad la que decide en este caso la utilidad de una institución que, por lo demás, no hay motivos razonables para suprimir.

---

<sup>134</sup> PUIG FERRIOL, L., y BADOSA COLL, F., *Comentarios a la obra de KIPP, Derecho...*, V-I, cit., p. 721.

# CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

**SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ**

Catedrático de Derecho internacional privado

## I. LEGISLACIÓN

### A) NORMATIVA VIGENTE

#### COMPETENCIA

1. **Reglamento (CE) núm. 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE. DOCE, L, núm. 83, de 27 de marzo de 1999.**

*Vid.* el núm. 16 de la Crónica aparecida en el fascículo III del *ADC*, 1998. El Reglamento codifica y perfecciona 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.

#### CONSUMIDORES

2. **Decisión núm. 283/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se establece un marco general para las actividades comunitarias en favor de los consumidores. DOCE, L, núm. 34, de 9 de febrero de 1999.**

*Vid.* los núms. 19, 20 y 21 de la Crónica anterior. La Decisión establece a nivel comunitario un marco general de actividades destinadas a promover los intereses de los consumidores y a proporcionarles un alto nivel de protección. Este marco consistirá en acciones destinadas a contribuir a la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a la promoción de su derecho a la información, a la educación y a organizarse a fin de salvaguardar sus intereses. Su duración será de cuatro años, con una dotación de 112,5 millones de euros, y las actividades concretas consistirán en acciones realizadas por la Comisión,

acciones tendentes a conceder apoyo financiero a las actividades de las organizaciones europeas de los consumidores y acciones destinadas a conceder apoyo financiero a proyectos específicos cuyo objetivo sea la promoción de los intereses de los consumidores.

## INSTITUCIONAL

### 3. Información relativa a la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. DOCE, C, núm. 120, de 1 de mayo de 1999, y DOCE, L, núm. 114, de 1 de mayo de 1999.

El Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997, ha entrado en vigor el día de hoy, 1 de mayo de 1999, de conformidad con el apartado 2 de su artículo 14, al haberse depositado el 30 de marzo de 1999 el último instrumento de ratificación.

A continuación figura la relación de las declaraciones de aceptación de la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez e interpretación de los actos contemplados en el artículo 35 del Tratado de la Unión Europea:

- el Reino de España declaró aceptar la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas según las modalidades previstas en el apartado 2 y en la letra *a*) del apartado 3 del artículo 35;

- el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República Helénica, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Finlandia y el Reino de Suecia, declararon aceptar la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas según las modalidades previstas en el apartado 2 y en la letra *b*) de apartado 3 del artículo 35;

- al hacer dichas declaraciones, el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria, se reservaron el derecho de establecer en su legislación nacional disposiciones con el fin de que, cuando se plantee una cuestión relativa a la validez o a la interpretación de uno de los actos mencionados en el apartado 1 del artículo 35, en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional esté obligado a remitir el asunto al Tribunal de Justicia.

## INTERNET

4. **Decisión núm. 276/1999/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales. DOCE, L, núm. 33, de 6 de febrero de 1999.**

En el contexto de la dotación de un amplio nivel de protección a los consumidores, así como de la creación de un entorno favorable para que prosperen las iniciativas y las empresas a través de Internet, se aprueba un plan plurianual, de 1999 a 2002, cuya responsabilidad de ejecución recae en la Comisión y que se concreta en las acciones siguientes: fomento de la autorregulación del sector; fomento de la creación de filtros que permitan a padres y profesores seleccionar los contenidos adecuados para los menores; mejorar el conocimiento de los usuarios para optimizar la utilización de la red; evaluar las implicaciones jurídicas; fomentar la cooperación internacional en estos ámbitos, y realizar cuantas actividades genéricas contribuyan a la consecución del objetivo pretendido: propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet y fomentar a nivel europeo la creación de un entorno favorable para el desarrollo de la industria vinculada a Internet.

## LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

5. **Reglamento (CE) núm. 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999, por el que se modifica el Reglamento (CEE) número 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) núm. 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, con vistas a ampliarlos para que cubran a los estudiantes.**
6. **Reglamento (CE) núm. 574/1999, del Consejo, de 12 de marzo de 1999, por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. DOCE, L, núm. 72, de 18 de marzo de 1999.**

El Reglamento establece una lista de países cuyos nacionales necesitarán visado para cruzar las fronteras exteriores de los

Estados miembros, así como una remisión a la legislación de cada Estado en lo que atañe a nacionales de terceros países que no figuren en tal lista, a los que presenten documento o pasaporte expedido por ente o autoridad territorial no reconocido por todos los Estados miembros y a los apátridas y refugiados.

#### MERCANCÍAS CON USURPACIÓN DE MARCA Y LAS MERCANCÍAS PIRATAS

- 7. Reglamento (CE) núm. 241/1999 del Consejo, de 25 de enero de 1999, que 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, L, núm. 27, de 2 de febrero de 1999).**

La modificación introducida por el presente Reglamento incide incluso en el título del modificado, que pasará a ser «Reglamento (CE) núm. 3295/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen determinadas medidas relativas a la introducción en la Comunidad y a la exportación y reexportación fuera de la Comunidad de mercancías que vulneran determinados derechos de propiedad intelectual». El nuevo Reglamento incluye dentro de su ámbito material los medicamentos y productos fitosanitarios, estableciendo medidas para garantizar una perfecta estanqueidad de la frontera exterior de la Comunidad, refuerza las competencias de las autoridades encargadas, establece una coordinación con la reglamentación de marcas, potenciando la protección aduanera de la marca comunitaria facilitándola a nivel administrativo.

#### RELACIONES EXTERIORES

- 8. Decisión del Consejo de 22 de junio de 1998, relativa a la celebración del Acuerdo sobre el reconocimiento mutuo entre la Comunidad Europea y Estados Unidos de América, DOCE, L, núm. 31, de 4 de febrero de 1999.**

Se aprueba el Acuerdo sobre el reconocimiento mutuo entre la Comunidad Europea y Estados Unidos de América, cuyos objetivos básicos son determinar las condiciones en las que cada una de las Partes aceptará o reconocerá los resultados de los procedimien-

tos de evaluación de la conformidad efectuados por las autoridades o los organismos de evaluación de la conformidad de la otra Parte al evaluar la conformidad con los requisitos de la Parte importadora, en los ámbitos de equipos de telecomunicaciones, compatibilidad electromagnética, seguridad eléctrica, embarcaciones de recreo, productos farmacéuticos y dispositivos médicos.

9. **Reglamento (CE) núm. 976/1999 del Consejo, de 29 de abril de 1999, por el que se fijan los requisitos para la aplicación de las acciones comunitarias, distintas de las de cooperación al desarrollo que, dentro del marco de la política de cooperación comunitaria, contribuyan a alcanzar el objetivo general de *desarrollar y consolidar la democracia y el Estado de Derecho*, así como respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en los terceros países. DOCE, L, núm. 120, de 8 de mayo de 1999.**

## B) PROPUESTAS, PROYECTOS TRABAJOS LEGISLATIVOS

### COMPETENCIA

10. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre: – la «Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento núm. 19/65/CEE, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas» y – la «Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento núm. 17, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado. DOCE, C, núm. 116, de 28 de abril de 1999.**

*Vid.* los núms. 17 y 18 de la Crónica anterior. Ambas propuestas inciden en la modernización de la disciplina actual en materia de restricciones verticales, que representan un componente muy importante de la política comunitaria de competencia e intervienen de modo significativo en la promoción de la competitividad de las empresas, la integración de los mercados y el bienestar del usuario. La propuesta de la Comisión se dirige a reformar la actual política, a través de una nueva orientación basada en un enfoque no formalista que tome en consideración los efectos económicos de los acuerdos en cuestión y tienda a simplificar el procedimiento de control. Tal postura es acogida favorablemente por el CES.



**11. Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE. Programa de la Comisión núm. 99/027. DOCE, C, núm. 132, de 12 de mayo de 1999-06-07.**

En 1962, el Consejo adoptó el Reglamento 17, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86, que instauró un sistema de control y unos procedimientos de aplicación que la Comisión lleva utilizando durante 35 años sin introducir modificación alguna. Este Reglamento estableció un sistema de autorización centralizado en la Comisión para todos los acuerdos que requiriesen una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85, lo que permitió una exclusividad de aplicación y una uniformidad nítida en el conjunto de la Comunidad.

El presente Libro Blanco parte, precisamente, de la inadecuación de este sistema para la Comunidad de hoy, con 15 Estados miembros y 350 millones de habitantes. Por un lado, se ha demostrado que el sistema de autorización centralizado ha supuesto no sólo la utilización ortodoxa del mismo, sino también el abuso por parte de las empresas solicitantes con el fin de bloquear los recursos ante los tribunales nacionales y las autoridades nacionales de competencia. Este fenómeno, en opinión de la Comisión, ha minado los esfuerzos tendentes a fomentar la aplicación descentralizada de las normas de competencia comunitarias. Como resultado de ello, la aplicación rigurosa de la legislación comunitaria y los esfuerzos de descentralización se han visto frustrados.

Por todo ello se piensa que, en la actualidad, momento en que se ha definido con precisión la normativa y la política de competencia, la responsabilidad de velar por el cumplimiento de las normas puede repartirse de forma más equilibrada entre las instituciones comunitarias y las autoridades y tribunales nacionales, que tienen la ventaja de la proximidad con el problema. La Comisión se reservaría la operación en los ámbitos más importantes, en los que puede operar con más eficacia que las instancias nacionales. El Libro Blanco analiza varias opciones para la reforma. Propone un sistema que satisficiera los objetivos de aplicación rigurosa de la normativa de competencia, descentralización efectiva, simplificación de los procedimientos y aplicación uniforme de la legislación y la política de competencia; implica la abolición del sistema de notificación y exención y su sustitución por un Reglamento del Consejo que convertiría la norma de exención del apartado 3 del artículo 85 en directamente aplicable sin decisión previa de la Comisión. El artículo 85, en su conjunto, sería aplicado por la Comisión y las autoridades de competencia y tribunales nacionales, tal y como ya ocurre en el caso del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86.

La Comisión invita a los Estados miembros, las demás instituciones y partes interesadas a que envíen sus observaciones sobre el Libro Blanco, no más tarde del 30 de septiembre de 1999.

**12. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «XXVII Informe sobre la política de competencia (1997)». DOCE, C, núm. 101, de 12 de abril de 1999.**

En el informe se señala el nuevo marco que ofrece el Tratado de Amsterdam, en especial el nuevo artículo 7 D relativo a los servicios de interés general y a su papel en la promoción de la cohesión económica y social, con la consiguiente necesidad de modernizar una política de competencia que continúa con los mismos mecanismos que en el comienzo de la andadura del mercado común.

#### CONSUMIDORES

**13. Resolución del Consejo de 19 de enero de 1999, sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información. DOCE, C, núm. 23, de 28 de enero de 1999.**

El Consejo invita a la Comisión a que examine la legislación relativa los consumidores, vigente en la Comunidad Europea, en el marco de las nuevas circunstancias derivadas de la sociedad de la información y señale posibles lagunas en esta legislación, en relación con problemas concretos en el contexto de la sociedad de la información y posibles ámbitos en los que pueda ser necesaria una mayor regulación; adopte las medidas oportunas para que se tengan en cuenta los intereses de los consumidores en la regulación actual, o futura, de medidas relativas a la sociedad de la información; haga lo posible para que los consumidores puedan acogerse a lo dispuesto en el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como en el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil; anime a las organizaciones de consumidores a utilizar las nuevas tecnologías, y presente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las acciones emprendidas.

**14. Decisión relativa a la posición común aprobada por el Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. DOCE, C, número 98, de 9 de abril de 1999.**

*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, y el comentario que realizamos a la Propuesta modificada en el núm. 21 de la Crónica aparecida en el *ADC*, 1998, fascículo I, y la referencia de la Posición Común (CE) núm. 51/98, aprobada por el Consejo el 24 de septiembre de 1998, con vistas a la adopción de la Directiva 98/.../CE, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en el número 22 de la Crónica anterior.

## COMERCIO ELECTRÓNICO

### 15. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior. DOCE, C, núm. 30, de 5 de febrero de 1999.**

El objetivo de la presente directiva, presente en su artículo primero, es garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior y especialmente la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre Estados miembros. En la medida de que resulte necesario para la consecución del mismo, las legislaciones nacionales habrán de acercarse mutuamente en lo que atañe a las normas aplicables a los servicios de la sociedad de la información que afecten al régimen del mercado interior, el establecimiento de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales, los contratos por vía electrónica, la responsabilidad de los intermediarios, los códigos de conducta, los acuerdos extrajudiciales para la solución de litigios, los recursos judiciales y la cooperación entre Estados miembros. Todos estos aspectos son desarrollados por un articulado en el que se hace un especial hincapié en los contratos celebrados por vía electrónica. La propuesta ordena que las legislaciones estatales hagan posible tal tipo de contratos y garanticen que el régimen jurídico aplicable a los mismos no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica. Los Estados miembros podrán, no obstante, declarar que tales exigencias no se refieran a contratos que requieran la intervención de notarios, a los que necesiten registrarse ante una autoridad pública como condición de validez, a los

sujetos al derecho de familia o al derecho de sucesiones. Además, el artículo 11 de la propuesta establece de forma uniforme el momento en que quedará celebrado el contrato. En concreto, se señala que los Estados miembros dispondrán en su legislación que, salvo acuerdo en contrario de las partes y siempre que se trate de profesionales, cuando se pida al destinatario de un servicio que manifieste su consentimiento utilizando medios tecnológicos –como, por ejemplo, clicar sobre un icono para aceptar la oferta de un prestador de servicios– se aplicarán los siguientes principios: *a)* el contrato quedará celebrado cuando el destinatario del servicio: – haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio, y – haya confirmado la recepción del acuse de recibo; *b)* se considerará que el acuse de recibo ha sido recibido y que la confirmación está hecha, cuando las partes a las que vayan dirigidos puedan tener acceso a ellos; *c)* el acuse de recibo del prestador de servicios y la confirmación del destinatario deberán enviarse lo antes posible.

#### LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

16. **Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establece un marco general relativo a la *información y la consulta de los trabajadores* en la Comunidad Europea. DOCE, C, núm. 2, de 5 de enero de 1999.**

La propuesta tiene por objetivo establecer un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores en las empresas situadas en la Comunidad Europea. Se definen los conceptos de empresa, empleador, representantes de los trabajadores, información y consulta.

17. **Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la *coordinación de los sistemas de seguridad social*. DOCE, C, número 38, de 12 de febrero de 1999.**

La propuesta establece el régimen jurídico aplicable a las personas que estén o hayan estado sometidas a la legislación de seguridad social de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes. Sobre la base del principio de igualdad de trato, regula, como aspectos generales, la acumulación de períodos, la supresión de las cláusulas de residencia, las relaciones entre el Reglamento y otros instrumentos de coordinación; además disciplina detenidamente la determinación

de la legislación a que está sometida una persona (normas particulares en caso de desplazamiento, ejercicio de actividades en el territorio de dos o más Estados miembros...), pensiones, accidentes y enfermedades profesionales, desempleo, prejubilación, etc.

**18. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de *desplazamiento de los trabajadores asalariados*, nacionales de un tercer Estado, en el marco de una prestación de servicios. DOCE, C, núm. 67, de 10 de marzo de 1999.**

La propuesta regula las condiciones para el desplazamiento dentro de la Comunidad de trabajadores asalariados de un Estado no miembro al servicio de un prestador de servicios establecido en la Comunidad y en el marco de la prestación de un servicio transfronterizo. A tal efecto, se regula la expedición de un documento, la «tarjeta de prestación de servicios CE» que el prestador de los mismos habrá de solicitar. Asimismo, se establece que el Estado emisor de la tarjeta no podrá considerar el desplazamiento en el marco de una prestación de servicios como una interrupción de la residencia o de la actividad asalariada del trabajador nacional de un tercer Estado, ni negar la readmisión del trabajador en virtud de su normativa nacional. Por otra parte, el Estado «receptor» no podrá imponer ni al trabajador desplazado ni al prestador de servicios empleador del mismo, ni visado de entrada o salida, ni autorización de residencia ni autorización o permiso de trabajo para el acceso a un empleo.

**19. Propuesta de Directiva del Consejo por la que se extiende la *libre prestación de servicios transfronterizos a los nacionales de un tercer Estado establecidos en la Comunidad*. DOCE, C, núm. 67, de 10 de marzo de 1999.**

La propuesta regula la libre prestación de servicios por parte de nacionales de terceros Estados, que en el Estado miembro de establecimiento haya constituido de manera regular su establecimiento principal durante, al menos, doce meses y mantenga a partir del mismo una vinculación efectiva y continuada como trabajador independiente con la economía de este Estado, tenga su residencia, de conformidad con la legislación de dicho Estado y no ejerza también una actividad asalariada. Cuando este prestador de servicios tenga la intención de desplazarse dentro de la Comunidad, en su calidad de prestador de servicios, deberá obtener la «tarjeta de prestación de servicios CE». Sus efectos son similares a los descritos por la propuesta reseñada en el número anterior.

## FIRMA ELECTRÓNICA

20. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la *firma electrónica*». DOCE, C, núm. 40, de 15 de febrero de 1999.**

*Vid.* el núm. 32 de la Crónica anterior. La firma electrónica permite al receptor de los datos transmitidos electrónicamente verificar su origen (autenticidad) y comprobar que están completos y no han sufrido alteración (integridad). La verificación de la autenticidad y la integridad de los datos no prueba necesariamente la identidad del autor de la firma electrónica, por lo que cobra una importancia capital la confirmación de tal dato a través de los llamados «proveedores de servicios de certificación». El CES aprueba los conceptos en que se ha basado la Comisión, suscribiendo el enfoque general que se inspira en el mercado libre. Sin embargo, considera que la protección de los usuarios no ha sido objeto de una atención suficiente, reservándose a tal efecto el derecho a expresar observaciones o sugerencias en el transcurso del documento de la Comisión.

21. **Dictamen del Comité de las Regiones sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la *firma electrónica*». DOCE, C, núm. 93, de 6 de abril de 1999.**
22. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la *firma electrónica*: enmiendas del Parlamento Europeo. DOCE, C, número 104, de 14 de abril de 1999.**

*Vid.* el núm. 32 de la Crónica anterior.

## MERCANCÍAS CON USURPACIÓN DE MARCA Y LAS MERCANCÍAS PIRATAS

23. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Libro Verde - Lucha contra la *usurpación de marca y la piratería en el mercado interior*». DOCE, C, núm. 116, de 28 de abril de 1999.**

*Vid.* el núm. 7 de la presente Crónica. Como observaciones generales, el CES incide en la mejora de la información y la coope-

ración entre los servicios de control y los titulares de los derechos de propiedad; mantener y fomentar la existencia de un cuerpo de control cualificado; desarrollar la sensibilización de la opinión pública; armonizar las disposiciones nacionales de control y de represión; garantizar procedimientos simples y abreviados para perseguir a los delincuentes; garantizar un procedimiento de incautación de una duración mínima de un año, válido para todo el territorio de la UE; hacer que sea el contraventor y no el titular del derecho de propiedad el que corra con todos los gastos de destrucción de las mercancías piratas o con usurpación de marca; reducir los plazos y los costes de los procedimientos, de modo que no resulten disuasorios para las pequeñas empresas perjudicadas, e implantar nuevos procedimientos especializados ante jurisdicciones especializadas y bien informadas.

#### RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE POR LOS PRODUCTOS

24. **Posición común (CE) núm. 3/1999 aprobada por el Consejo el 17 de diciembre de 1998, con vistas a la adopción de la Directiva 1999/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de..., por la que se modifica la Directiva 85/374/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por *productos defectuosos*. DOCE, C, núm. 49, de 22 de febrero de 1999.**

El Consejo aprobó la propuesta de la Comisión sin modificaciones. Referencias: Directiva 85/374/CEE del Consejo, DOCE, L, núm. 210, de 7 de agosto de 1985; Propuesta de la Comisión, DOCE, C, núm. 337, de 7 de noviembre de 1997; Dictamen del Comité Económico y Social, DOCE, C, núm. 95, de 30 de marzo de 1998; Dictamen en primera lectura del Parlamento Europeo, DOCE, C, núm. 359, de 23 de noviembre de 1998.

#### RELACIONES EXTERIORES

25. **Propuesta modificada de Reglamento (CE) del Consejo por el que se fijan las exigencias para la aplicación de las acciones de cooperación al desarrollo que contribuyen al objetivo general del desarrollo y de la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el del respeto de los derechos**

**humanos y de las libertades fundamentales. DOCE, C, número 89, de 30 de marzo de 1999.**

La Comunidad Europea contribuirá a la realización de acciones en favor del desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, incluida la buena gestión de los asuntos públicos, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de acuerdo con el criterio general de apoyo a las acciones que tienden a la consecución de tales objetivos, entre los que se incluye la ayuda financiera, que decidirá, instruirá, gestionará y evaluará la Comisión.

## II. PREGUNTAS ESCRITAS CON RESPUESTA

26. **Pregunta escrita E-2708/98, de Françoise Grossetête (PPE) a la Comisión, de 1 de septiembre de 1998. Asunto: Propuesta de Directiva sobre la venta a distancia de servicios financieros. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión, de 5 de octubre de 1998. DOCE, C, núm. 118, de 29 de abril de 1999.**

*Pregunta:* A la vista de la intervención del Comisario Monti ante el Parlamento Europeo en el Pleno del 19 de febrero de 1998, de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde de la Comisión relativo a los servicios financieros, del Programa de trabajo 1998 de la Comisión Europea y, por último, de la Comunicación «Servicios financieros: reforzar la confianza del Consumidor», de 26 de junio de 1997, ¿podría la Comisión exponer los motivos de la decisión que adoptó durante el mes de julio de 1998 de no seguir adelante con sus trabajos sobre la propuesta de Directiva sobre la venta a distancia de servicios financieros?

*Respuesta:* La Comisión desea poner en conocimiento de Su Señoría que, tras examinar, en el mes de julio, la Comunicación relativa a la propuesta de Directiva sobre la venta a distancia de servicios financieros, consideró conveniente retrasar su adopción en una fecha posterior, con el fin de profundizar en su preparación sobre la base de las consideraciones que siguen.

En primer lugar, los trabajos deberán tener en cuenta el estudio estratégico del mercado único de los servicios financieros que la Comisión presentará con vistas al Consejo Europeo de Viena. En segundo lugar, debe efectuarse una reflexión profunda sobre el ni-



vel de armonización a alcanzar, con el fin de asegurar un elevado nivel de protección de los consumidores garantizando al mismo tiempo la libre circulación de los servicios financieros prestados a distancia. Por último, será necesario buscar una coherencia total con otras políticas comunitarias, en particular, en el ámbito del comercio electrónico.

27. **Pregunta escrita E-2504/98, de Astrid Lulling (PPE) a la Comisión (30 de julio de 1998) y respuesta del Sr. Van Miert en nombre de la Comisión (6 de noviembre de 1998). Asunto: Mercado único y contratos de distribución en exclusiva. DOCE, C, núm. 135, de 14 de mayo de 1999.**

*Pregunta:* Debido a la pequeña extensión del territorio del Gran Ducado de Luxemburgo, los minoristas luxemburgueses se ven siempre obligados a abastecerse a través de proveedores belgas que han celebrado contratos de distribución exclusiva para Bélgica y el Gran Ducado.

En algunos casos, la entrega «física» de los productos al minorista luxemburgués es llevada a cabo directamente por el productor o el comerciante mayorista no situado en Bélgica, en tanto que la entrega «contable» pasa por el intermediario belga, lo que eleva en exceso el precio inicial de una comisión que puede variar entre el 15 y el 40 por 100.

¿Considera la Comisión que este sistema, que tiene como consecuencia que el precio facturado al minorista luxemburgués sea a menudo más elevado que el precio de venta al público para el mismo producto en las regiones limítrofes, es compatible con el mercado único y el principio de competencia leal?

¿Qué medidas podría adoptar la Comisión para garantizar que los minoristas luxemburgueses tengan derecho a abastecerse en el país de su elección donde existan redes de distribución para un mismo producto y, de esta forma, puedan escapar a redes de suministro abusivas?

*Respuesta:* El Reglamento (CEE) 1983/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a las categorías de acuerdos de distribución en exclusiva exime, con arreglo a las disposiciones del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CE, los acuerdos de distribución exclusiva, es decir, los acuerdos por los que una parte se comprometa con la otra a entregarle únicamente a ésta determinados productos para su reventa en la totalidad o en una parte definida del territorio del mercado común. Por tanto, es conforme a las normas comunitarias

de competencia reservar a un único distribuidor la tarea de revender determinados productos en una parte definida del territorio del mercado común, como es el territorio belga-luxemburgués.

El mismo Reglamento prevé, sin embargo, que el beneficio de la exención por categorías deja de ser aplicable a los acuerdos en cuestión cuando los productos contractuales no pueden ser ofrecidos por importadores paralelos en el territorio concedido al distribuidor exclusivo, ni obtenerse por parte de los consumidores o intermediarios establecidos en este territorio en empresas situadas fuera de él y que practican condiciones más ventajosas.

28. **Pregunta escrita E-2394/98, de María Sornosa Martínez (GUE/NGL) a la Comisión (27 de julio de 1998) y respuesta del Sr. Kinnock en nombre de la Comisión (15 de octubre de 1998). Asunto: Precios injustificados a los pasajeros de transporte aéreo y contratos de viaje fraudulentos por parte de la compañía Iberia. DOCE, C, núm. 142, de 21 de mayo de 1999.**

*Pregunta:* Los pasajeros de transporte aéreo se han visto afectados por una progresiva y rápida degradación de los servicios prestados por las compañías aéreas y por los organismos que gestionan los aeropuertos. Pese a que la actual situación se debe, en gran medida, al crecimiento experimentado por el sector del transporte aéreo, junto a su liberalización y al aumento del número de transportistas, en ningún caso se puede obviar la legislación vigente, la exigencia de su cumplimiento y la actualización y ampliación del reglamento en vigor [Reglamento (CEE) 295/91, relativo a la compensación por denegación de tarjeta de embarque] para afrontar los graves problemas existentes en los aeropuertos, como la falta de información o la exposición clara y legible de los derechos de los pasajeros, la asunción de responsabilidades o el cumplimiento de los derechos de los consumidores.

En el caso del contrato de viaje internacional ofrecido por diversas compañías aéreas, y entre ellas, en particular, la compañía Iberia, es alarmante por el estado de indefensión total en que queda el pasajero frente a cualquier contingencia y por la negativa a asumir la responsabilidad derivada del mal funcionamiento u organización de la compañía. La ley por la que se regula este contrato es el Convenio de Varsovia (Convenio para la Unificación de ciertas Reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional, firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929) o, según convenga, como reza el contrato, su versión modificada (La Haya, el 28 de septiembre de 1955). En el punto 9 de dicho contrato, se especifica que «las horas indicadas en los horarios o en cualquier otra parte no se garantizan

ni forman parte del contrato» y que «los horarios están sujetos a modificación sin previo aviso. El transportista no asume la responsabilidad de asegurar los enlaces». La situación caótica que se ha vivido en el aeropuerto de Barajas la última quincena de junio, con aglomeraciones de pasajeros y la cancelación de más de doscientos vuelos, ilustra lo arriba denunciado.

Ante este abuso contra los consumidores:

1. Piensa la Comisión elaborar una política comunitaria en materia de transporte aéreo estableciendo un reglamento que proteja al usuario?

2. ¿Puede la Comisión interesarse por el caso de Iberia, para dilucidar, si ha lugar, el incumplimiento del Reglamento vigente en la Unión y proteger los intereses de los usuarios, en la actualidad totalmente desprotegidos?

*Respuesta:* La Comisión comprende y comparte la preocupación de Su Señoría por el hecho de que las horas reales de salida y llegada de los vuelos se desvíen a menudo de los horarios programados, y de que el número de cancelaciones parezca aumentar. Sin embargo, estos desafortunados problemas no suponen incumplimiento alguno del Derecho comunitario en vigor, por lo que no es posible que la Comisión adopte medidas respecto a tales asuntos en el caso de ninguna compañía aérea.

No obstante, la Comisión ha estado examinando la posibilidad de aumentar la protección de los pasajeros de las compañías aéreas conforme al Derecho comunitario. Por ello, puso en marcha un estudio detallado con el objeto de evaluar las condiciones de los contratos de transporte aéreo desde el punto de vista de los intereses de los consumidores. Actualmente la Comisión está considerando las recomendaciones de dicho estudio, teniendo en cuenta las reglas sobre competencia y la legislación en materia de protección de los consumidores. Sólo cuando se haya concluido esta evaluación se podrán estudiar y decidir posibles nuevas iniciativas por parte de la Comunidad en este campo. Su Señoría puede tener la seguridad de que los argumentos que presenta se tendrán en cuenta en dicho proceso.

En relación con la propuesta que hace Su Señoría para que se actualice el reglamento en vigor sobre la compensación por denegación de tarjeta de embarque, la Comisión presentó una propuesta al respecto en enero de 1998, que espera que mejorará la situación de los pasajeros. Los principales objetivos de la propuesta son mejorar la información de los pasajeros, aumentar los límites de la indemnización, adaptar el reglamento a la evolución del mercado del transporte aéreo (por ejemplo, nuevas formas de venta de bille-

tes, uso compartido de códigos) y hacer que el reglamento cubra los vuelos chárter que no incluyen más que la venta del asiento. En caso de que se diesen infracciones del actual Reglamento, éstas, por ser infracciones de legislación comunitaria directamente aplicables, serían recurribles ante los tribunales nacionales.

### III. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE

#### AGRICULTURA

29. **STJCE de 21 de enero de 1999. Asunto C-416/97. *Comisión de las Comunidades Europeas / República Italiana. Agricultura. Incumplimiento de Estado. Directivas 93/119/CE, 94/42/CE, 94/16/CE y 93/118/CE. No adaptación del Derecho interno dentro de los plazos señalados.***
30. **STJCE de 11 de marzo de 1999. Asunto C-100/96, *The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: British Agrochemicals Association Ltd. Cuestión prejudicial. Agricultura. Autorización de comercialización. Producto fitosanitario importado de un Estado miembro del EEE o de un país tercero. Identidad con un producto fitosanitario ya autorizado por el Estado miembro de importación. Apreciación de la identidad. Facultad de apreciación del Estado miembro.***
31. **STJCE de 16 de marzo de 1999. Asuntos acumulados C-289/96, C-293/96 y C-299/96, *Reino de Dinamarca, República Federal de Alemania y República Francesa / Comisión de las Comunidades Europeas. Agricultura. Reglamento (CEE) número 2081/92 del Consejo. Reglamento (CE) núm. 1107/96 de la Comisión, de 12 de junio de 1996, relativo al registro de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen: denominación «feta» como denominación de origen protegida. Anulación.***
32. **STJCE de 18 de marzo de 1999. Asunto C-59/97, *República Italiana / Comisión de las Comunidades Europeas. Agricultura. FEOGA. Liquidación de cuentas. Ejercicio 1992.***
33. **STJCE de 2 de marzo de 1999. Asunto C-179/97, *Reino de España / Comisión de las Comunidades Europeas. Agricultura. Pesca. Conservación de recursos marinos. Inspección de buques pesqueros. Programa internacional de inspección mutua adoptado por la Organización de la Pesca en el Atlántico Noroccidental. Desestimación del recurso.***

34. **STJCE de 22 de abril de 1999. Asunto C-28/94, *Reino de los Países Bajos / Comisión de las Comunidades Europeas*. Agricultura. FEOGA. Liquidación de cuentas. Ejercicio 1990. Mantequilla.**
35. **STJCE de 28 de abril de 1999. Asunto C-31/98, *Peter Luksch / Hauptzollamt Weiden*. Cuestión prejudicial. Agricultura. Organización común de mercados. Frutas y hortalizas. Importación de guindas procedentes de países terceros. Recaudación de un gravamen compensatorio igual a la diferencia entre el precio mínimo y el precio de importación. Aplicabilidad a mercancías deterioradas.**
36. **STJCE de 28 de enero de 1999. Asunto C-181/96, *Georg Wilkens / Landwirtschaftskammer Hannover*. Cuestión prejudicial. Agricultura. Tasa suplementaria sobre la leche. Cantidad de referencia específica. Compromiso de no comercialización y de reconversión. Obligaciones. Incumplimiento. Retirada de la prima por reconversión. Anulación retroactiva de la atribución de una cuota.**
37. **STJCE de 28 de enero de 1999. Asunto C-303/97, *Verbraucherschutzverein eV / Sektkellerei G. C. Kessler GmbH und Co*. Cuestión prejudicial. Agricultura. Marca. Vino espumoso. Artículo 13, apartado 2, letra *b*), del Reglamento (CEE) núm. 2333/92 del Consejo, de 13 de julio de 1992, por el que se establecen las normas generales para la designación y la presentación de los vinos espumosos y de los vinos espumosos gasificados. Designación del producto. Protección del consumidor. Riesgo de confusión.**
38. **STJCE de 29 de abril de 1999. Asunto C-288/97, *Consorzio fra i Caseifici dell'Altopiano di Asiago / Regione Veneto*. Cuestión prejudicial. Agricultura. Reglamento (CEE) núm. 3950/92 del Consejo, de 28 de diciembre de 1992, por el que se establece una tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos. Tasa suplementaria. Concepto de comprador. Cooperativa de productores.**
39. **STJCE de 9 de febrero de 1999. Asunto C-354/97, *Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa*. Agricultura. Incumplimiento de Estado. Directiva 93/74/CEE del Consejo, de 13 de septiembre de 1993, relativa a los alimentos para animales destinados a objetivos de nutrición**

específicos. Directiva 94/28/CE del Consejo, de 23 de junio de 1994, por la que se establecen los principios relativos a las condiciones zootécnicas y genealógicas aplicables a la importación de animales, esperma, óvulos y embriones procedentes de terceros países. Directiva 94/39/CE de la Comisión, de 25 de julio de 1994, por la que se establece una lista de usos previstos de los alimentos para animales destinados a objetivos de nutrición específicos. Directiva 95/9/CE de la Comisión, de 7 de abril de 1995, por la que se modifica la Directiva 94/39. Directiva 95/10/CE de la Comisión, de 7 de abril de 1995, por la que se fija el método de cálculo del valor energético de los alimentos para perros y gatos destinados a objetivos de nutrición específicos.

40. STPICE de 13 de enero de 1999. Asunto T-1/96, *Bernhard Böcker-Lensing y Ludger Schulze-Beiering / Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*. Agricultura. Recurso de indemnización. Responsabilidad extracontractual. Leche. Tasa suplementaria. Cantidad de referencia. Productor que ha suscrito un compromiso de no comercialización. No reanudación voluntaria de la producción tras el compromiso. Actos de las autoridades nacionales.
41. STJCE de 21 de enero de 1999. Asunto C-54/95, *República Federal de Alemania / Comisión de las Comunidades Europeas*. Agricultura. Liquidación de cuentas. FEOGA. No reconocimiento de los gastos. Ejercicio 1991.
42. STJCE de 21 de enero de 1999. Asunto C-73/97 P, *República Francesa*. Agricultura. Recurso de casación. Sector del plátano. Anulación del Reglamento (CE) núm. 3190/93. Excepción de inadmisibilidad.

#### APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES

43. STJCE de 21 de enero de 1999. Asunto C-120/97, *Upjohn Ltd et The Licensing Authority y otros*. Cuestión prejudicial. Directiva 65/65/CEE del Consejo, de 26 de enero de 1965, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, sobre especialidades farmacéuticas. Aproximación de las legislaciones. Especialidades farmacéuticas. Revocación de una autorización de comercialización. Control jurisdiccional.

44. **STJCE de 21 de enero de 1999. Asunto C-347/97, *Comisión de las Comunidades Europeas / Reino de Bélgica*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento. Directiva 91/157/CEE relativa a las 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.**
45. **STJCE de 11 de febrero de 1999. Asunto C-237/97. *AFS Intercultural Programs Finland ry / Kuluttajavirasto*. Cuestión prejudicial. Aproximación de las legislaciones. Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Ámbito de aplicación. Organización de intercambios escolares.**
46. **STJCE de 11 de mayo de 1999. Asuntos acumulados C-425/97 a C-427/97, *Adrianus Albers, Martinus van den Berkmortel y Leon Nuchelmans*. Cuestión prejudicial. Aproximación de las legislaciones. Directiva 83/189/CEE. Reglamentos técnicos. Obligación de notificación. Prohibición de estimuladores del crecimiento.**
47. **STJCE de 23 de febrero de 1999. Asunto C-63/97, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) y BMW Nederland BV / Ronald Karel Deenik*. Cuestión prejudicial. Aproximación de las legislaciones. Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Uso no autorizado de la marca BMW en la publicidad de una empresa tercera que efectúa la reparación y el mantenimiento de productos que llevan dicha marca. Compatibilidad con el Derecho de marcas.**
48. **STJCE de 25 de febrero de 1999. Asunto C-319/98, *Comisión de las Comunidades Europeas / Reino de Bélgica*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, al no adoptar dentro del plazo señalado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva.**

49. **STJCE de 25 de marzo de 1999. Asunto C-112/97, *Comisión de las Comunidades Europeas / República Italiana*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento de Estado. Directiva 90/396/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los aparatos de gas. Generadores de calor. Instalación en locales habitados.**
50. **STJCE de 3 de junio de 1999. Asunto C-33/97. *Colim NV / Bigg's Continent Noord NV*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Aproximación de las legislaciones. Procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. Directiva 83/189/CEE. Etiquetado y presentación de productos. Protección de los consumidores. Idiomas de la región en la que se comercializan los productos importados.**
51. **STJCE de 1 de junio de 1999. Asunto C-319/97. *Antoine Kortas*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Artículo 100 A, apartado 4, del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículo 95 CE, apartados 4 a 9). Directiva 94/36/CE relativa a los colorantes utilizados en los productos alimenticios. Notificación de disposiciones nacionales que establecen excepciones a la misma. Falta de confirmación de la Comisión. Efecto directo.**

#### ASOCIACIÓN DE PAÍSES Y TERRITORIOS DE ULTRAMAR

52. **STJCE de 11 de febrero de 1999. Asunto C-390/95 P, *Antillean Rice Mills NV y otros / Comisión de las Comunidades Europeas*. Asociación de países y territorios de Ultramar. Competencia del Consejo para decidir restricciones a la importación de productos agrícolas originarios de los países y territorios de Ultramar.**

#### AYUDAS DE ESTADO

53. **STJCE de 29 de abril de 1999. Asunto C-342/96, *Reino de España / Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Aplicación del tipo de interés es inferior a los tipos practicados en el mercado legal en el marco de convenios de devolución de salarios y del pago de deudas por cuotas de la Seguridad Social. Incompatibilidad con el artículo 92 del Tratado CE.**



54. **STPICE de 11 de febrero de 1999. Asunto T-86/96, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen / Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Transporte aéreo. Medida fiscal. Recurso de anulación. Inadmisibilidad.**
55. **STPICE de 28 de enero de 1999. Asunto T-14/96, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) / Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Recurso de anulación. Decisión relativa al archivo de un procedimiento de examen iniciado en virtud del apartado 2 del artículo 93 del Tratado CE. Concepto de ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE.**
56. **STPICE de 28 de enero de 1999. Asunto T-230/95, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) / Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Recurso de indemnización. Responsabilidad extracontractual. Comunicación al demandante de la decisión dirigida al Estado miembro afectado. Retraso. Perjuicio material y moral. Relación de causalidad.**
57. **STJCE de 19 de mayo de 1999. Asunto C-6/97. *República Italiana / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Ayuda de Estado. Concepto. Crédito fiscal. Recuperación. Imposibilidad absoluta.**
58. **STPICE de 3 de junio de 1999. Asunto T-17/96. *Télévision française 1 SA (TF1) / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Ayudas de Estado. Televisiones públicas. Denuncia. Recurso por omisión. Obligación de instrucción de la Comisión. Plazo. Procedimiento del artículo 88 CE, apartado 2 (antiguo art. 93, apartado 2). Dificultades importantes. Artículo 81 CE (antiguo art. 85). Emplazamiento. Toma de postura. Artículo 86 CE (antiguo art. 90). Admisibilidad.**

#### CEEA

59. **STJCE de 22 de abril de 1999. Asunto C-161/97 P, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH / Comisión de las Comunidades Europeas*. CEEA. Tratado CEEA. Recurso de anulación y recurso de indemnización. Celebración de un contrato de suministro de uranio. Procedimiento simplificado. Competencias de la Agencia. Plazo de celebración del contrato. Obstáculo jurídico a la celebración. Política de diversificación. Origen del uranio. Precios en consonancia con los del mercado.**

## COMPETENCIA

60. **STJCE de 25 de febrero de 1999. Asunto C-59/98, *Comisión de las Comunidades Europeas / Gran Ducado de Luxemburgo*. Competencia. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 94/46/CE de la Comisión, de 13 de octubre de 1994, por la que se modifican las Directivas 88/301/CEE y 90/388/CEE, especialmente en relación con las comunicaciones por satélite.**
61. **STJCE de 4 de marzo de 1999. Asunto C-119/97 P, *Union française de l'express (Ufex) y otros / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Recurso de casación. Desestimación de un recurso de anulación. Misión de la Comisión en relación con los artículos 85 y 86 del Tratado CE. Apreciación del interés comunitario.**
62. **STPICE de 21 de enero de 1999. Asuntos acumulados T-185/96, T-189/96 y T-190/96, *Riviera Auto Service Établissements Dalmasso SA y otros / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Artículo 85 del Tratado CE. Contrato tipo de distribución exclusiva de vehículos automóviles. Exención por categorías. Desestimación de denuncias presentadas por antiguos concesionarios. Error de Derecho. Error manifiesto de apreciación. Recurso de anulación. Recurso de indemnización.**
63. **STPICE de 25 de marzo de 1999. Asunto T-102/96, *Gencor Ltd / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Decisión por la que se declara la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado común. Recurso de anulación. Admisibilidad. Interés para ejercitar la acción. Ámbito territorial de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Posición dominante colectiva. Compromisos.**
64. **STPICE de 4 de marzo de 1999. Asunto T-87/96, *Assicurazioni Generali SpA y Unicredito SpA / Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Concentración. Reglamento (CEE) núm. 4064/89. Empresa en participación. Calificación. Carácter definitivo o preparatorio de la Decisión que constata la naturaleza cooperativa de una empresa en participación. Características de una empresa en participación de carácter concentrativo: autonomía funcional y ausencia de coordinación entre las empresas afectadas. Derecho de las empresas afectadas a ser oídas. Motivación.**

65. **STJCE de 21 de enero de 1999. Asuntos acumulados C-215/96 y C-216/96, *Carlo Bagnasco y otros y Banca Popolare di Novara soc. coop. arl y otros*. Cuestión prejudicial. Competencia. Artículos 85 y 86 del Tratado CE. Condiciones bancarias uniformes relativas a la apertura de crédito en cuenta corriente y al afianzamiento general: no tienen por objeto o por efecto restringir la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE.**
66. **STJCE de 1 de junio de 1999. Asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd / Benetton International NV*. Competencia. Cuestión prejudicial. Aplicación de oficio por un tribunal arbitral del artículo 81 CE (antiguo art. 85). Facultad del Juez nacional de anular los laudos arbitrales que hayan infringido el orden público. Pertenencia del artículo 81 (CE) al orden público.**

CONVENIO RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL Y A LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

67. **STJCE de 11 de marzo de 1999. Asunto C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA / Hugo Trumpy SpA*. Cuestión prejudicial. Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales. Convenio de Bruselas. Convenio atributivo de competencia. Tercer supuesto de la segunda frase del párrafo primero del artículo 17 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978, relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, conforme a los usos del comercio internacional.**
68. **STJCE de 27 de abril de 1999. Asunto C-99/96, *Hans-Hermann Mietz / Intership Yachting Sneek BV*. Cuestión prejudicial. Convenio relativo a la competencia judicial/ejecución de resoluciones judiciales. Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: artículo 24. Concepto de medidas provisionales. Construcción y entrega de un yate de motor.**
69. **STJCE de 29 de abril de 1999. Asunto C-267/97, *Eric Coursier / Fortis Bank SA, Martine Bellami, esposa del Sr. Coursier*.**

**Cuestión prejudicial. Convenio relativo a la competencia judicial/ejecución de resoluciones judiciales. Ejecución de resoluciones judiciales. Artículo 31 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Carácter ejecutorio de una resolución judicial. Procedimiento concursal en el país de origen.**

#### DERECHO DE SOCIEDADES

70. **STJCE de 22 de abril de 1999. Asunto C-272/97, *Comisión de las Comunidades Europeas / República Federal de Alemania*. Derecho de sociedades. Incumplimiento de Estado. Dictamen motivado. Principio de colegialidad. Directiva 90/605/CEE por la que se modifica el ámbito de aplicación de las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE, relativas, respectivamente, a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas, en lo relativo a su ámbito de aplicación. Cuentas anuales y cuentas consolidadas.**
71. **STJCE de 4 de febrero de 1999. Asunto C-103/97, *Josef Köllensperger GmbH & Co. KG, Atzwanger Ag / Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz*. Cuestión prejudicial. Derecho de sociedades. Concepto de órgano jurisdiccional nacional a efectos del artículo 177 del Tratado CE. Procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. Organismo responsable de los procedimientos de recurso: composición y el funcionamiento del *Tiroler Landesvergabeamt*.**
72. **STJCE de 4 de marzo de 1999. Asunto C-258/97, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) / Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft*. Cuestión prejudicial. Derecho de sociedades. Contratos públicos de servicios. Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. Efecto de una Directiva a la que no se ha adaptado el Derecho nacional.**

73. **STJCE de 4 de mayo de 1999. Asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97, *Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH (WSC) / Boots- und Segelzubehör Walter Huber. Franz Attenberger*. Cuestión prejudicial. Derecho de sociedades. Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Indicaciones de procedencia geográfica.**
74. **STJCE de 19 de mayo de 1999. Asunto C-225/97, *Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa*. Derecho de sociedades. Incumplimiento de Estado. Libre prestación de servicios. Procedimientos de formalización de contratos. Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.**
75. **STJCE de 20 de mayo de 1999. Asunto C-185/98, *Comisión de las Comunidades Europeas / República Helénica*. Derecho de sociedades. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 92/101/CEE del Consejo, de 23 de noviembre de 1992, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE, relativa a la constitución de sociedades anónimas, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.**

#### DERECHO INSTITUCIONAL

76. **STJCE de 19 de enero de 1999. Asunto C-245/95 P-INT, *NSK Ltd y otros / Comisión y otros*. Derecho institucional. Recurso de casación. Dumping. Rodamientos de bolas originarios de Japón. Interpretación del apartado 2 del fallo de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia el 10 de febrero de 1998, Comisión/NTN y Koyo Seiko (C-245/95 P).**
77. **STJCE de 23 de febrero de 1999. Asunto C-42/97, *Parlamento Europeo / Consejo de la Unión Europea*. Derecho institucional. Programa plurianual para promover la diversidad lingüística de la Comunidad en la sociedad de la información. Artículo 130 del Tratado CE. Artículo 128 del mismo Tratado.**

78. **STJCE de 25 de febrero de 1999. Asunto C-65/97, *Comisión de las Comunidades Europeas / Cascina Laura Sas si arch. Aldo Delbò e C. e. a.* Derecho institucional. Artículo 181 del Tratado CE. Cláusula compromisoria. Incumplimiento de un contrato.**
79. **STJCE de 27 de abril de 1999. Asunto C-69/97, *Comisión de las Comunidades Europeas / SNUA Srl.* Derecho institucional. Cláusula compromisoria. Incumplimiento de un contrato. Devolución de un anticipo e indemnización de daños y perjuicios.**

#### ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS

80. **STJCE de 18 de marzo de 1999. Asunto C-304/97 P, *Fernando Carabajo Ferrero / Parlamento Europeo.* Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Concurso interno. Nombramiento para un puesto de Jefe de División. Sentencia del TPICE: anulación.**
81. **STJCE de 18 de marzo de 1999. Asunto C-2/98, *Henri de Compte / Parlamento Europeo.* Estatuto de los funcionarios. Funcionarios. Demanda de revisión de una sentencia del Tribunal de Primera Instancia. Recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.**
82. **STPICE de 11 de febrero de 1999. Asunto T-79/98, *Manuel Tomás Carrasco Benítez / Agence européenne pour l'évaluation des médicaments (EMEA).* Estatuto de los funcionarios. Agente temporal. Clasificación. Experiencia profesional. Error manifiesto de apreciación. Derechos adquiridos. Protección de la confianza legítima. Deber de asistencia y protección. Aptitud para la carrera. Igualdad de trato y no discriminación. Falta de motivación.**

#### FISCALIDAD

83. **STJCE de 25 de febrero de 1999. Asunto C-349/96, *Card Protection Plan Ltd (CPP) / Commissioners of Customs & Excise.* Cuestión prejudicial. Fiscalidad. Sexta Directiva sobre el IVA. Conjunto de prestaciones de servicios. Prestación de servicio único. Concepto. Exenciones. Operaciones de seguro.**

**Actividades de asistencia. Prestaciones de servicios efectuadas por agentes de seguros. Limitación de la exención de las operaciones de seguro a las efectuadas por aseguradores autorizados.**

84. **STJCE de 27 de abril de 1999. Asunto C-48/97, *Kuwait Petroleum (GB) Ltd / Commissioners of Customs & Excise*. Cuestión prejudicial. Fiscalidad. Sexta Directiva del IVA. Sistema de promoción de ventas. Bienes entregados a cambio de vales. Entrega a título oneroso. Rebajas y descuentos de precio. Concepto.**
85. **STJCE de 28 de enero de 1999. Asunto C-181/97, *A. J. van der Kooy / Staatssecretaris van Financiën*. Cuestión prejudicial. Fiscalidad. Cuarta Parte del Tratado CE. Artículo 227 del Tratado CE. Letra a) del apartado 1 del artículo 7 de la sexta Directiva 77/388/CEE, sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Bienes que se encuentran en libre práctica en los países y territorios de Ultramar.**
86. **STJCE de 29 de abril de 1999. Asunto C-136/97, *Norbury Developments Ltd / Commissioners of Customs & Excise*. Cuestión prejudicial. Fiscalidad. IVA. Sexta Directiva. Disposiciones transitorias. Mantenimiento de exenciones. Entrega de terrenos edificables.**

#### LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALS

87. **STJCE de 11 de marzo de 1999. Asunto C-222/97, *Manfred Trummer y Peter Mayer*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de capitales. Prohibición nacional de constitución de una hipoteca en moneda extranjera. Crédito pagadero en la moneda nacional de otro Estado miembro. Interpretación del artículo 73 B del Tratado CE. Contrariedad con el Derecho comunitario.**

#### LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

88. **STJCE de 11 de mayo de 1999. Asunto C-255/97, *Pfeiffer Großhandel GmbH y Löwa Warenhandel GmbH*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Artículos 30 y 52 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículos**

- 28 CE y 43 CE). Propiedad industrial y comercial. Nombre comercial. Disposición nacional que prohíbe, en razón de un riesgo de confusión, el uso de un nombre comercial como designación específica de una empresa.
89. STJCE de 11 de mayo de 1999. Asunto C-350/97, *Wilfried Monsees y Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Artículos 30, 34 y 36 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículos 28 CE a 30 CE). Prohibición de las restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente. Excepciones. Protección de la salud y de la vida de los animales. Transportes internacionales de animales vivos destinados al sacrificio.
90. STJCE de 22 de abril de 1999. Asunto C-109/98, *CRT France International SA / Directeur régional des impôts de Bourgogne*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Artículos 9 y 12 del Tratado CE. Impuesto sobre la entrega de emisores receptores denominados CB. Exacción de efecto equivalente. Tributo interno. Aplicabilidad de la prohibición a los intercambios con terceros países.
91. STJCE de 25 de febrero de 1999. Asunto C-86/97, *Reiner Woltmann / Hauptzollamt Potsdam*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Robo de mercancías. Derechos de aduana. Condonación: situación especial resultante de circunstancias que no supongan negligencia manifiesta o intento de fraude por parte del interesado.
92. STJCE de 28 de abril de 1999. Asunto C-405/97, *Mövenpick Deutschland GmbH für das Gastgewerbe / Hauptzollamt Bremen*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Nomenclatura Combinada. Partida arancelaria 0802. Trozos de nueces de nogal secos almacenados provisionalmente en depósito aduanero a una temperatura de - 24 grados centígrados.
93. STJCE de 28 de enero de 1999. Asunto C-77/97, *Österreichische Unilever GmbH / Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Interpretación del artículo 30 del Tratado CE y de la Directiva 76/768/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos. Legislación nacional que establece restricciones en materia de publicidad. Contrariedad.



94. **STJCE de 4 de marzo de 1999. Asunto C-87/97, *Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola / Käseerei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG. Eduard Bracharz GmbH.*** Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Artículos 30 y 36 del Tratado CE. Reglamento (CEE) número 2081/92, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios.
95. **STJCE de 9 de febrero de 1999. Asunto C-280/97, *ROSE Elektrotechnik GmbH & Co. KG / Oberfinanzdirektion Köln.*** Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Nomenclatura Combinada. Partidas arancelarias. Caja de empalme sin cables ni contactos.
96. **STJCE de 9 de febrero de 1999. Asunto C-383/97, *Staat-sanwaltschaft Osnabrück / Arnoldus van der Laan.*** Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Etiquetado y presentación de productos alimenticios. Artículo 30 del Tratado CE y Directiva 79/112/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final. *Paleta moldeada holandesa, elaborada con trozos de paleta.*

## LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

97. **STJCE de 19 de enero de 1999. Asunto C-348/96, *Donatella Calfa.*** Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Artículos 48, 52 y 59 del Tratado CE y el artículo 3 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. Orden público. Turista nacional de otro Estado miembro. Condena por consumo de estupefacientes. Prohibición de residencia de por vida. Contrariedad con el Derecho comunitario.
98. **STJCE de 20 de abril de 1999. Asunto C-360/97, *Herman Nijhuis / Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzeeringen.*** Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Anexo VI, sección J, punto 4, letra *a*), del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Artículos 48 y 51 del Tratado CEE. Seguridad Social. Incapacidad laboral. Régimen especial de funcionarios.

99. STJCE de 25 de febrero de 1999. Asunto C-320/95, *José Ferreira Alvite / Instituto Nacional de Empleo (Inem) y otros*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Artículo 51 del Tratado CE. Artículo 67 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años.
100. STJCE de 25 de febrero de 1999. Asunto C-90/97. *Robin Swaddling / Adjudication Officer*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Seguridad Social. artículo 10 bis del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad. Complemento de ingresos. Requisitos de la residencia habitual. Contrariedad.
101. STJCE de 25 de febrero de 1999. Asunto C-131/97, *Annalisa Carbonari y otros / Università degli Studi di Bologna y otros*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Derecho de establecimiento. Libre prestación de servicios. Médicos. Directiva 75/363/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a las actividades de los médicos, en su versión modificada por la Directiva 82/76/CEE del Consejo, de 26 de enero de 1982, por la que se modifica la Directiva 75/362/CEE referente al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de médico. Especialidades médicas. Períodos de formación: remuneración obligatoria.
102. STJCE de 26 de enero de 1999. Asunto C-18/95, *F. C. Terhoeve / Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren-/Ondernemingen buitenland*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Libre circulación de trabajadores. Liquidación combinada del impuesto sobre la renta y de las cotizaciones al régimen de seguros sociales generales. Inaplicación a los trabajadores que trasladan su residencia de un Estado miembro a otro de un tope máximo de cotización anual aplicable a los trabajadores que no han ejercido su

**derecho de libertad de circulación. Posible compensación mediante ventajas en materia del impuesto sobre la renta. Posible incompatibilidad con el Derecho comunitario.**

103. **STJCE de 29 de abril de 1999, Asunto C-311/97, *Royal Bank of Scotland plc / Elliniko Dimosio (Estado Helénico)*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Artículos 52 y 58 del Tratado CE. Libertad de establecimiento. Legislación fiscal. Impuesto sobre los beneficios de las sociedades.**
104. **STJCE de 9 de marzo de 1999. Asunto C-212/97, *Centros Ltd / Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*. Cuestión prejudicial: artículos 52 y 58 del Tratado CE. Libre circulación de personas. Libertad de establecimiento. Establecimiento de una sucursal por una sociedad sin actividad efectiva. Elusión del Derecho nacional. Denegación de inscripción.**
105. **STJCE de 1 de junio de 1999. Asunto C-302/97, *Klaus Konle / Republik Österreich*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Derecho de establecimiento. Libre circulación de capitales. Artículos 52 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, art. 43 CE) y 56 CE (antiguo artículo 73 B). Procedimiento de autorización de adquisiciones de bienes inmuebles. Artículo 70 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Austria. Residencias secundarias. Responsabilidad por violación del Derecho comunitario.**
106. **STJCE de 3 de junio de 1999. Asunto C-211/97, *Paula Gómez Rivero / Bundesanstalt für Arbeit*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad Social. Primera frase del apartado 2 del artículo 16 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. Derecho de opción. Efectos sobre las ventajas de Seguridad Social a que puede acceder el cónyuge según el derecho del Estado de residencia.**

#### LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

107. **STJCE de 11 de febrero de 1999. Asunto C-366/97, *Procédure pénale / Massimo Romanelli y Paolo Romanelli*. Cuestión prejudicial. Libre prestación de servicios. Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, segun-**

**da Directiva para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio: ámbito de aplicación: fondos reembolsables.**

108. **STJCE de 20 de abril de 1999. Asunto C-241/97, *Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ)*. Cuestión prejudicial. Libre prestación de servicios. Cuestión prejudicial. Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, primera Directiva sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio. Regla de Derecho nacional que prohíbe a las empresas de seguros poseer, en concepto de patrimonio libre, acciones que representen más del 5 por 100 de la totalidad de los derechos de voto, de una sociedad anónima nacional o extranjera, sin autorización administrativa**
109. **STJCE de 28 de abril de 1999. Asunto C-250/98, *Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa*. Libre prestación de servicios. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 89/594/CEE del Consejo, de 30 de octubre de 1989, por la que se modifican las Directivas 75/362/CEE, 77/452/CEE, 78/686/CEE, 78/1026/CEE y 80/154/CEE, sobre reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de médico, de enfermero responsable de cuidados generales, de odontólogo, de veterinario y de matrona, respectivamente.**
110. **STJCE de 29 de abril de 1999. Asunto C-224/97, *Erich Ciola / Land Vorarlberg*. Cuestión prejudicial. Libre prestación de servicios. Artículo 59 del Tratado CE Cuestión prejudicial. Restricción. Puertos de atraque. Limitación para los propietarios de embarcaciones residentes en otro Estado miembro. Prohibición impuesta antes de la adhesión de un Estado miembro a la Unión Europea.**
111. **STJCE de 3 de junio de 1999. Asunto C-417/97, *Comisión de las Comunidades Europeas / Gran Ducado de Luxemburgo*. Libre prestación de servicios. Incumplimiento de Estado. Valores negociables. Servicios de inversión. Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables. Adaptación parcial del Derecho interno. Incumplimiento.**

## MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

112. **STJCE de 21 de enero de 1999. Asunto C-150/97, *Comisión de las Comunidades Europeas / República Portuguesa*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. Disposición transitoria de legislación nacional. Incumplimiento.**
113. **STJCE de 18 de marzo de 1999. Asunto C-166/97, *Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Conservación de las aves silvestres. Zonas de protección especial. Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres.**
114. **STJCE de 22 de abril de 1999. Asunto C-340/96, *Comisión de las Comunidades Europeas / Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento. Directiva 80/778/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1980, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano. Normativa encaminada a garantizar la aplicación de las normas de calidad de las aguas.**
115. **STJCE de 22 de abril de 1999. Asunto C-423/97, *Travel Vac SL / Manuel José Antelm Sanchís*. Cuestión prejudicial. Medio ambiente y consumidores. Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales: Ámbito de aplicación. Contrato de adquisición de un derecho de utilización de un inmueble en régimen de tiempo compartido. de multipropiedad. Derecho de renuncia.**
116. **STJCE de 25 de febrero de 1999. Asunto C-195/97, *Comisión de las Comunidades Europeas / República Italiana*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura.**
117. **STJCE de 25 de febrero de 1999. Asuntos acumulados C-164/97 y C-165/97, *Parlamento Europeo / Consejo de la***

**Unión Europea. Medio ambiente y consumidores. Reglamentos relativos a la protección de los bosques contra la contaminación atmosférica y contra los incendios. Base jurídica. Artículo 43 del Tratado CE. Artículo 130 S del Tratado CE. Prerrogativas del Parlamento.**

118. STJCE de 29 de abril de 1999. Asunto C-293/97, *The Queen / Secretary of State for the Environment, Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: H. A. Standley y otros, D. G. D. Metson y otros, con la participación de: National Farmer's Union*. Cuestión prejudicial. Medio ambiente y consumidores. Directiva 91/676/CEE. Protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura. Determinación de las aguas afectadas por la contaminación. Designación de las zonas vulnerables. Validez con respecto a los principios de quien contamina paga, de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, de proporcionalidad y del derecho de propiedad.
119. STJCE de 21 de enero de 1999. Asunto C-207/97, *Comisión de las Comunidades Europeas / Reino de Bélgica*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Directiva 76/464/CEE del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad. Contaminación de las aguas. No adaptación del Derecho interno.

#### POLÍTICA SOCIAL

120. STJCE de 11 de mayo de 1999. Asunto C-309/97, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse y Wiener Gebietskrankenkasse*. Cuestión prejudicial. Política social. Artículo 119 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, art. 141 CE). Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. Noción de mismo trabajo.
121. STJCE de 9 de febrero de 1999. Asunto C-167/97, *Regina / Secretary of State for Employment, ex parte: Seymour-Smith*

**y Pérez. Cuestión Prejudicial. Política social. Trabajadores masculinos y femeninos. Igualdad de retribución. Igualdad de trato. Indemnización por despido improcedente. Concepto de retribución. Derecho del trabajador a no ser despedido de forma improcedente. Inclusión en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado CE o de la Directiva 76/207/CEE. Criterio jurídico para determinar si una medida nacional constituye una discriminación indirecta en el sentido del artículo 119 del Tratado. Justificación objetiva.**

#### PRINCIPIOS DE DERECHO COMUNITARIO

122. **STJCE de 9 de febrero de 1999. Asunto C-343/96, *Dilexport Srl / Amministrazione delle Finanze dello Stato*. Cuestión prejudicial. Principios de Derecho comunitario. Tributos internos contrarios al artículo 95 del Tratado. Devolución de ingresos indebidos. Normas procesales nacionales. Requisitos de plazo y de procedimiento menos favorables que los previstos para la acción de repetición de cantidades indebidamente pagadas entre particulares.**

#### RELACIONES EXTERIORES

123. **STJCE de 2 de marzo de 1999. Asunto C-416/96, *Nour Eddline El-Yassini / Secretary of State for the Home Department*. Cuestión prejudicial. Relaciones exteriores. Concepto de órgano jurisdiccional nacional en el sentido del artículo 177 del Tratado. Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos. Principio de no discriminación en lo que respecta a las condiciones de trabajo y de retribución. Efecto directo. Denegación de renovación del permiso de trabajo que pone fin al empleo de un trabajador marroquí en un Estado miembro.**
124. **STJCE de 4 de mayo de 1999. Asunto C-262/96, *Sema Sürül / Bundesanstalt für Arbeit*. Cuestión prejudicial. Relaciones exteriores. Acuerdo de asociación CEE-Turquía. Decisión del Consejo de Asociación. Seguridad Social. Principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Nacional turco autorizado a residir en un Estado miembro. Derecho a las asignaciones familiares en las mismas condiciones que los nacionales de este Estado.**

# BIBLIOGRAFÍA

## Libros

**BUSTOS PUECHE, José Enrique:** *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, ed. Dykinson, Madrid, 1997, 172 pp.

La importancia del presente trabajo radica en que, si bien han aparecido en los últimos años numerosas monografías relativas a determinados derechos de la personalidad (en especial, el honor, la intimidad y la imagen), no es fácil, en cambio, encontrar una obra que contemple todos ellos (con independencia de los manuales generales de Derecho civil, que dedican muy pocas páginas a la materia). Si tenemos en cuenta que los derechos de la personalidad se han convertido, en algunas Universidades, asignatura optativa del nuevo plan de estudios, la necesidad de un manual relativo a los mismos resultaba apremiante.

Como indica su autor, el motivo y finalidad de la obra es proporcionar a los estudiantes un texto escrito que les sirva de guía, con las limitaciones que impone escribir una obra dirigida a estudiantes que están comenzando sus estudios universitarios, al encontrarse tal asignatura incardinada en el primero o segundo curso de la Licenciatura.

Afirma el autor que el Derecho civil, tradicionalmente, se ha preocupado más de proteger a lo que la persona tenía, que a lo que la persona era en sí misma; es decir, se protegían los bienes externos de la persona. Pues bien, «el gran cambio se experimenta en el Derecho civil cuando, precisamente, empieza a caerse en la cuenta de que el Derecho también debe proteger a la persona en lo que es o, dicho de otra manera, en sus bienes internos»; es más importante «ser» que «tener». Y estos bienes internos, se encuentran, hoy día, expuestos a múltiples peligros (desarrollo técnico de los nuevos instrumentos de captación de la imagen o voz, la nueva Genética, la expansión de la informatización...).

Comienza el autor con el concepto de bienes de la personalidad (expresión que prefiere frente a «derechos de la personalidad», al tener una superior importancia el bien sobre el derecho), entendiéndolo que sólo merecen tal consideración aquéllos que referidos a la dimensión o al ámbito más privado o íntimo de la persona, son indispensables para el desenvolvimiento personal y social de aquélla, sin cuyo disfrute y goce no es posible vivir en condiciones mínimamente tolerables. Y esas dos notas, máxima privaticidad y plena inexcusabilidad, sólo concurren, según Bustos Pueche, en la vida, la integridad física, el honor y la intimidad (en el que va incluida la imagen).

Según el autor, los derechos de la personalidad se pueden proteger, en el Derecho español, a través de una doble vía: la vía del derecho subjetivo y la vía de los principios generales del Derecho. La primera resulta insuficiente para conseguir una protección completa si se trata de un *nasciturus*, ya que durante el lapso de tiempo que se extiende desde la concepción hasta el cumplimiento del plazo del artículo 30 CC, el sujeto carece de capacidad jurídica, por lo que no puede ser titular de derechos de la personalidad, sin que se pueda acudir al artículo 29, ya que éste no sirve para proteger bienes no patrimoniales. En cambio, a través de los principios generales del Derecho, se puede conseguir una protección completa de la persona, desde su concepción, sin necesidad de esperar a que adquiera capacidad jurídica.

Posteriormente dedica varios capítulos de su obra al análisis de cada uno de los bienes de la personalidad.

Comienza con el más fundamental bien de la personalidad: el bien vida. Sobre él se apoyan los demás. Según el autor, el amparo jurídico de este bien



no hay que buscarlo en el artículo 15 de la Constitución, sino en el artículo 10.1, por la vía de los principios generales del Derecho, con lo que se garantiza la vida de todos, incluso de los sujetos que todavía carecen de personalidad, cosa que no se podría conseguir fácilmente a través del artículo 15.

A continuación realiza interesantes consideraciones sobre el aborto (que, de acuerdo con la tesis del autor, «no vulnera el derecho a la vida del *nasciturus*, porque éste aún no es titular de derechos», sino el principio general aludido, es decir, no quebranta el artículo 15 de la Constitución, sino el 10); la eutanasia (considerando el llamado «testamento vital» como una declaración de voluntad jurídicamente irrelevante «por falta o ausencia de objeto cierto y determinado»), y las nuevas técnicas genéticas (en donde realiza una crítica muy negativa a la regulación española, en la misma línea que en su anterior obra *El Derecho Civil ante el reto de la nueva Genética*).

Posteriormente examina la integridad física como bien de la personalidad, que tiene su amparo también en el artículo 10 de la Constitución. El autor se detiene en la regulación española sobre extracción y trasplante de órganos, realizando una crítica muy positiva a la misma.

A continuación se examinan el honor, la intimidad y la imagen. No cabe duda de la importancia que han adquirido en los últimos años estos derechos (o bienes) de la personalidad, hasta el extremo de que un reciente estudio ha puesto de manifiesto que si bien hace diez años solamente se presentaba en los Juzgados de Madrid una demanda semanal en protección de estos bienes, hoy día, con un espectacular aumento, se ha llegado prácticamente a una demanda diaria. La razón parece evidente: una curiosidad enfermiza de gran parte de la población en conocer hasta los más íntimos secretos de los personajes públicos, junto con un espectacular avance de los medios técnicos que facilitan el acceso a esa intimidad.

Analiza el autor el conflicto entre los indicados derechos con la libertad de expresión (que se refiere a opiniones) y la libertad de información (que se refiere a hechos), resaltando la dificultad de distinguir entre opinión y noticia, ya que al comunicar un acontecimiento, el narrador puede verter juicios de valor. Predominantemente, el derecho al honor puede chocar con la libertad de expresión, mientras que la intimidad puede verse enfrentada, también predominantemente, con la libertad de información. Concluye el autor con la protección de los datos personales frente a excesos de la informática. Si se ponen en relación, no datos aislados, sino todos los datos que se han ido almacenando en diferentes archivos, acaso durante años, se pueden conocer las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona, que tiene derecho a mantener en su intimidad.

En definitiva, se trata de una interesante obra, de muy fácil comprensión, que servirá de gran ayuda a los estudiantes de nuestras Facultades de Derecho, dada su finalidad eminentemente didáctica.

Juan POZO VILCHES

**CALVO-ÁLVAREZ, Joaquín:** *Los principios del Derecho Eclesiástico español en las sentencias del Tribunal Constitucional*, ed. Navarra gráfica ediciones, Pamplona, 1999, 213 pp.

1. La obra objeto de la presente recensión aborda el estudio, a través de las sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante, SSTC), de los principios informadores del Derecho Eclesiástico español. Como señala Calvo-Álva-

rez en la introducción, el objeto de la monografía es realizar un estudio sistemático de las SSTC relacionadas con los principios del Derecho Eclesiástico.

La estructura de la obra es la siguiente: tras una introducción en la que el autor nos señala el método y los objetivos de la investigación, existen seis capítulos. En el capítulo I, Calvo-Álvarez examina, de forma concisa, las distintas opiniones doctrinales sobre la cuestión. El capítulo II está dedicado al estudio del principio de libertad religiosa. En el capítulo III analiza el principio de aconfesionalidad del Estado. En el capítulo IV el autor estudia el denominado principio de igualdad en materia religiosa. En el capítulo V examina el principio de cooperación con las confesiones. Y, por último, en el capítulo VI Calvo-Álvarez realiza una valoración crítica de diversas cuestiones, surgidas a lo largo de la obra a raíz del examen de las SSTC. Finalizando la obra con unas breves conclusiones.

2. El capítulo I se titula «Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español en la doctrina» y está dedicado al análisis de las distintas posiciones que existen en la doctrina española en relación con los principios del Derecho eclesiástico.

2.1. El autor realiza, en primer lugar, un recorrido (cronológico) por las diferentes obras del Derecho eclesiástico que se han editado en España desde la aprobación de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) hasta la actualidad, señalando las diferentes posturas que cada uno de los autores (Viladrich, Prieto Sanchís, Llamazares, López Alarcón, González del Valle, Bernárdez Cantón) adopta con relación al tema de los principios informadores del Derecho eclesiástico español.

2.2. Posteriormente, Calvo-Álvarez nos ofrece una exposición sistemática de la doctrina relativa a los principios del Derecho eclesiástico. El autor, en esta segunda parte del capítulo I, señala que existen diversas formas de enfocar la cuestión: *a*) una primera postura está representada por los autores que parten de un directo interés por lo específico del fenómeno religioso (Viladrich, Molano, Moreno Antón, entre otros); *b*) una segunda postura es la que mantiene el sector doctrinal (Prieto Sanchís, Amorós Azpilcueta, Goti, Ferrer) que defiende, en palabras de Calvo-Álvarez, el encuadramiento de los principios del Derecho eclesiástico en los principios más generales del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE); *c*) la tercera postura, representada por Llamazares, incluye el fenómeno religioso en el ámbito de lo ideológico, señalando dicho autor que la libertad religiosa es una subespecie de la libertad ideológica, estando ambas incluidas en la libertad de conciencia; *d*) por último, el autor recoge una cuarta postura, defendida únicamente por González del Valle, que incluye entre los principios informadores del Derecho eclesiástico al denominado principio de tolerancia religiosa. A continuación, Calvo-Álvarez analiza de forma individualizada, pero concisa, cada uno de los principios que la doctrina mayoritaria considera informadores del Derecho eclesiástico (principio de libertad religiosa, principio de laicidad, principio de igualdad en materia religiosa y principio de cooperación), haciendo una breve referencia a otros principios (principio de pluralismo religioso y principio de tolerancia religiosa), cuya calificación como informadores del Derecho eclesiástico es discutida.

2.3. Calvo-Álvarez finaliza este primer capítulo realizando unas sucintas consideraciones críticas, aunque bien fundamentadas, sobre algunas de las opiniones doctrinales expuestas anteriormente.

3. Con el capítulo II comienza el análisis de los principios del Derecho eclesiástico a través de las SSTC. Calvo-Álvarez, tal y como indica en el título, afronta en este capítulo el estudio del *principio de libertad religiosa*.

3.1. En primer lugar, se centra en el análisis de las SSTC que hacen mención expresa del principio de libertad religiosa (no existen muchas). La primera sen-

tencia que examina es la STC 5/1981, de 13 de febrero. Deduce Calvo-Álvarez de dicha sentencia que la libertad religiosa (art. 16 CE), en su calidad de principio jurídico constitucional, es considerada por el TC «como uno de los criterios normativos básicos de nuestro sistema jurídico político» [junto con la libertad ideológica (art. 16 CE), el pluralismo (art. 1.1 CE) y la aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE)]. Afirma el autor que el TC considera a los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) como principios jurídico-constitucionales cualificados (SSTC 5/1981, 122/1983 y 292/1993). Señala que el principio de libertad religiosa no sólo se proyecta sobre los individuos, sino también, por ejemplo, sobre las familias o sobre los centros docentes de libre creación ciudadana. El autor prosigue su examen del principio de libertad religiosa, deteniéndose ahora en el estudio de la STC 24/1982, de 13 de mayo. Afirma la citada sentencia que la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones está presidida por dos principios básicos: en primer lugar, por el principio de libertad religiosa, y en segundo lugar, por el principio de igualdad. Calvo-Álvarez señala la dificultad que existe para interpretar, de forma correcta, los pronunciamientos del TC en relación con el principio de libertad religiosa, que es definido «como un derecho subjetivo de carácter fundamental», lo cual nos pone de manifiesto la confusión existente «entre lo que es principio y lo que es derecho». Finalmente, el autor menciona la STC 244/1991, de 16 de diciembre, para confirmar que en el artículo 16.1 CE se formula tanto el derecho como el principio de libertad religiosa.

3.2. A continuación, Calvo-Álvarez centra su atención en dos sentencias del TC (126/1994, de 25 de abril, y 109/1988, de 8 de junio), que aunque no hacen mención expresa del principio de libertad religiosa, en opinión del autor su estudio resulta útil. La primera de las sentencias citadas, esto es, la 126/1994, permite a Calvo-Álvarez afirmar que el principio de libertad religiosa implica un amplio ámbito de libertad reconocida y garantizada, influyendo en la configuración de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE) y el derecho a la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE). Destaca también la imperatividad jurídica de un valor constitucional como la libertad (art. 1.1 CE) que avala diversas manifestaciones de la libertad de una persona (en el caso de la STC 126/1994, libertad ideológica y derecho a la intimidad). Ello constituye para el autor un *favor libertatis*. La segunda de las sentencias antes mencionadas (STC 109/1988), es utilizada por Calvo-Álvarez para explicar que el mandato de cooperación entre el Estado (aconfesional) con las confesiones religiosas (art. 16.3 CE) se justifica por la existencia del principio de libertad religiosa.

3.3. La última parte del capítulo II es dedicada por Calvo-Álvarez a intentar determinar qué papel juega, en el ámbito del principio de libertad religiosa, el criterio interpretativo del *favor libertatis*, utilizado por el TC en la interpretación de los derechos fundamentales. Señala el autor que el principio de libertad religiosa (art. 16 CE) es una especificación del valor superior (o principio) de libertad contenido en el artículo 1.1 CE, pues como señala la STC 20/1990, de 15 de febrero, el ordenamiento jurídico español es «un único ordenamiento jurídico inspirado por unos mismos principios». Seguidamente hace alusión a diversas SSTC (115/1987, 41/1982, 265/1988, 20/1990 y 159/1986) que le permiten afirmar que el *favor libertatis* es un criterio interpretativo fundado en el principio de libertad. Dicho principio resulta (al igual que en el ámbito del art. 17 CE) esencial en la materia tratada por el artículo 16 CE (libertad ideológica y religiosa). La vigencia del principio de libertad es la razón por la que la interpretación de los límites de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución debe realizarse con criterios restrictivos y en sentido más favorable a la eficacia de tales derechos. Concluye Calvo-Álvarez afirmando que el criterio del *favor libertatis* resulta de aplicación a la hora de interpretar el derecho fundamental de libertad religiosa.

4. El capítulo III está dedicado al estudio del *principio de aconfesionalidad del Estado*. Dicha denominación (o la de *no confesionalidad del Estado*) es la utilizada por el TC desde la primera de las sentencias relativas a dicho principio (STC 1/1981). La doctrina, en ocasiones, utiliza la expresión *principio de laicidad*.

4.1. Calvo-Álvarez, con apoyo en la STC 5/1981, de 13 de febrero, afirma que la aconfesionalidad del Estado no es el único pilar de apoyo de nuestro sistema jurídico político (junto a ella se encuentra el pluralismo y la libertad ideológica y religiosa de los individuos). Para el autor, la aconfesionalidad del Estado que establece el artículo 16.3 CE no implica un separacionismo hostil ante la Iglesia Católica y el resto de confesiones, sino que puede calificarse como una aconfesionalidad cooperadora. Consecuencia del principio de aconfesionalidad del Estado es la prohibición de los poderes públicos de establecer una orientación ideológica o religiosa en las enseñanzas de los centros públicos, al igual que el personal docente de los centros públicos de enseñanza no superior no pueden orientar ideológicamente su enseñanza de la manera que juzguen más conforme con sus convicciones. En este sentido, la STC 5/1981 afirma que «todas las instituciones públicas (...) especialmente, los centros docentes públicos, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales» (para el autor es una expresión ambigua). Es por ello por lo que Calvo-Álvarez afirma que nuestro ordenamiento establece no sólo una aconfesionalidad religiosa, sino también ideológica del Estado. El autor considera que la aconfesionalidad del Estado es garantía de la libertad ideológica y religiosa reconocida a los ciudadanos. El fundamento del principio de aconfesionalidad, se encuentra en opinión de Calvo-Álvarez, en el pluralismo de creencias existente en la sociedad española y en la garantía de la libertad religiosa de todos (STC 340/1993). Deja constancia de la conexión existente entre los artículos 14 y 16 CE con los valores superiores del artículo 1.1 CE. El autor de la obra, con apoyo en la STC 24/1982, de 13 de mayo, afirma que del principio de aconfesionalidad se derivan dos consecuencias: a) impide que los valores o intereses religiosos se conviertan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas jurídicas y de los actos de los poderes públicos; b) prohíbe cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales. Después de interpretar el artículo 16.3 CE, Calvo-Álvarez llega a la conclusión de que dicho precepto excluye que las confesiones religiosas se equiparen con el Estado, ordenando, no obstante, al mismo tiempo, que los poderes públicos cooperen con las confesiones.

4.2. Finaliza el capítulo III haciendo alusión a la STC 208/1989, de 14 de diciembre, relativa a las relaciones entre el Estado y la libertad ideológica, y que de forma indirecta incide en el ámbito de las relaciones entre el Estado y la libertad religiosa.

5. En el capítulo IV, Calvo-Álvarez realiza un amplio análisis del *principio de igualdad en materia religiosa*.

5.1. Comienza este capítulo examinando, de forma exhaustiva, la STC 15/1982, de 23 de abril, relativa al derecho de objeción de conciencia al servicio militar. En la mencionada sentencia el TC se apoya en el principio de igualdad para resolver el recurso de amparo. Después de analizar diversas SSTC (15/1982, 66/1982, 19/1985 y 66/1994), el autor afirma que el TC reconoce a la igualdad como principio (art. 14 CE); Calvo-Álvarez también se hace eco de la calificación, por parte del TC, del principio de igualdad como un *bien constitucional*, en el sentido de constituir un «objeto o realidad merecedora de tutela constitucional».

5.2. Con apoyo en la STC 24/1982, de 13 de mayo, el autor señala que el principio de igualdad es, después del principio de libertad religiosa, el segundo principio básico de nuestro Derecho eclesástico. El TC deduce a partir del principio de igualdad que «debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por

todos los ciudadanos», así como que «no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o sus creencias» (resulta también aplicable a las confesiones religiosas). Calvo-Álvarez mantiene que el principio de igualdad en materia religiosa es consecuencia del principio de libertad religiosa.

5.3. Tras señalar que en el artículo 14 CE se establece tanto el principio de igualdad como el derecho a la igualdad (la STC 29/1987 afirma que el derecho de igualdad es concreción del principio del mismo nombre), el autor deja constancia de la confusión existente en las SSTC entre los términos *principio de igualdad* y *derecho a la igualdad*.

5.4. A continuación, Calvo-Álvarez se centra en el análisis de diversas SSTC (101/1983 y 43/1984) con el objetivo de fijar cuál es la doctrina general del TC sobre el principio de igualdad, para aplicarla más tarde a la materia religiosa. El autor examina el sentido originario del principio de igualdad como igualdad ante la ley. Posteriormente, afirma que el principio de igualdad (art. 14 CE) tiene dos manifestaciones principales: *a)* igualdad en la aplicación de la ley; *b)* igualdad en la ley (que constituye un límite para el legislador). Por otra parte, el TC (STC 110/1993) tiene declarado que no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia implica una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 14 CE, «sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse sustancialmente iguales y sin que posea una justificación objetiva y razonable».

5.5. Calvo-Álvarez, en la parte final de este capítulo, hace referencia al concepto de igualdad, en el sentido de que no se trata de una realidad o de un concepto matemático, sino de un tratamiento desigual de lo desigual o igual de lo parecido o semejante (STC 29/1987). Por otra parte, afirma que la cooperación de los poderes públicos con las confesiones religiosas (art. 16.3 CE) «no puede entenderse como discriminación respecto a opciones ideológicas a las que la CE no atiende del mismo modo».

6. El autor afronta en el capítulo V el estudio del *principio de cooperación con las confesiones* (art. 16.3 CE). Para ello divide el capítulo en dos partes diferenciadas: en la primera parte analiza los rasgos de la cooperación con las confesiones a partir del tratamiento de los principios de libertad religiosa, aconfesionalidad e igualdad; abordando, en la segunda parte del capítulo, el estudio de diversas SSTC con la finalidad de determinar el tratamiento que el TC da al principio de cooperación con las confesiones.

6.1. Calvo-Álvarez comienza la primera parte del capítulo señalando que el fundamento de las relaciones de cooperación entre los poderes públicos y la Iglesia Católica y las demás confesiones se encuentra en la pluralidad de creencias religiosas de la sociedad española. Señala que la libertad religiosa reconocida a todos los sujetos es la razón de fondo de la cooperación entre el Estado y las confesiones (STC 109/1988). Para el TC las relaciones de cooperación del artículo 16.3 CE son relaciones institucionales (STC 1/1981). A continuación, el autor se ocupa de fijar los límites de la acción cooperadora entre el Estado y las confesiones: *a)* la libertad religiosa impide, por una parte, al Estado actuar en el ámbito propio y exclusivo de cada una de las confesiones, y por otra, impide a las confesiones religiosas condicionar la actividad civil del Estado; *b)* ninguna confesión religiosa puede ocupar la misma posición jurídica del Estado (STC 340/1993). Finaliza esta primera parte del capítulo, haciendo una breve alusión a la cooperación del Estado con las confesiones religiosas y su distinción de otros tipos de colaboración estatal con entidades de carácter social.

6.2. El autor, en la segunda parte del capítulo V, se centra en las SSTC que, de una forma más directa, tratan del denominado principio de cooperación con

las confesiones. El TC entiende que el *principio cooperativo* (expresión empleada por las SSTC 66/1982 y 265/1988) se encuentra recogido en el artículo 16.3 CE, así como en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 (firmado en desarrollo de la mencionada norma constitucional). Calvo-Álvarez destaca que los sujetos capaces de mantener las relaciones de cooperación con el Estado son las confesiones, y no los ciudadanos. Es por ello por lo que la STC 93/1983, de 8 de noviembre, afirma que «el artículo 16.3 CE regula un deber de cooperación del Estado y no un derecho fundamental de los ciudadanos». Para el autor, en base a la STC 109/1988, la cooperación del Estado con las confesiones tiene como fundamento último facilitar la efectiva libertad religiosa de los ciudadanos y de las mismas confesiones. Concluye este capítulo haciendo referencia a la interpretación que realiza el TC de la Constitución Española de 1978 en el sentido de reconocer la separación entre el Estado y las confesiones religiosas, y al mismo tiempo, exigir una cooperación entre los poderes públicos y las confesiones.

7. En el capítulo VI, último de la obra, y que lleva por título «Valoración crítica», Calvo-Álvarez nos ofrece su parecer sobre alguna de las cuestiones que han sido objeto de análisis a través del estudio de las SSTC. En primer lugar, pone de manifiesto la confusión que existe en la doctrina del TC respecto del principio de libertad religiosa y el derecho del mismo nombre, así como entre el principio de igualdad y el derecho a la igualdad en materia religiosa. En segundo lugar, frente a la postura que mantiene el TC, el autor duda que el principio de igualdad en materia religiosa sea el segundo principio informador del Derecho eclesiástico. Seguidamente, Calvo-Álvarez critica la utilización por el TC del término *neutralidad* para referirse a supuestos derivados del principio de aconfesionalidad del Estado y propone sustituirlo por el de *respeto*. Por otra parte, el autor (señalando las ventajas de su uso) se muestra partidario de emplear el término *laicidad*, en lugar del término *aconfesionalidad*, utilizado por el TC. Por último, Calvo-Álvarez hace alusión al carácter público de las confesiones religiosas y a las posibles equiparaciones jurídicas, de carácter parcial y concreto, de las confesiones con el Estado.

8. La conclusión a la que se llega después de la lectura de la monografía de Calvo-Álvarez es la gran relevancia que en la práctica tienen los principios del Derecho eclesiástico. Realiza Calvo-Álvarez un estudio serio y riguroso de las SSTC relacionadas directa o indirectamente con los principios del Derecho eclesiástico español, permitiendo al lector, gracias a la utilización de un lenguaje claro, adentrarse, con facilidad, en un sector del panorama jurídico muy complejo. En definitiva, la obra de Calvo-Álvarez viene a llenar el vacío que existía en la literatura jurídica del Derecho eclesiástico español.

Máximo Juan PÉREZ GARCÍA  
Becario F. P. I.

**DÍAZ ROMERO, María del Rosario: *La aportación a sociedad de vivienda arrendada como supuesto del derecho de retracto legal del arrendatario*, ed. Tirant Lo Blanch, «colección privado», Valencia, 1999, 124 pp.**

1. ¿Existe un derecho de retracto del arrendatario en los supuestos de aportación a sociedad de una vivienda arrendada? La respuesta a la cuestión no es fácil, y buena muestra de ello lo constituye la monografía que ahora nos presenta la profesora Díaz Romero. Es necesario comenzar esta reseña, felicitando a la autora por la elección del tema. Resulta indiscutible que el objeto de

estudio de esta monografía responde a los objetivos previstos en la colección en la que se inserta, cuya finalidad inmediata es acercar a los profesionales temas de interés y actualidad. La aportación a sociedad de la vivienda arrendada, y su posible caracterización como supuesto de derecho de retracto del arrendatario, no sólo responde a estos dos objetivos sino que, además, se encuentra inmersa en una gran polémica. No hay opinión unánime a favor o en contra de incluir las aportaciones sociales de este tipo entre los supuestos de retracto legal.

Pero no sólo la elección del tema ha de ser objeto de elogio, sino también la forma de abordar su estudio. Si bien en el título de la obra se vislumbra la solución a la que llega la autora, ello no significa que no haya ido exponiendo de forma impecable los elementos que le han llevado a sostener que la aportación a una sociedad de una vivienda arrendada constituye un supuesto en el que opera el derecho de retracto del arrendatario.

El rigor en la investigación de la autora queda patente a lo largo de toda la obra. Analiza con sumo detalle los tres puntos que toma de referencia: el reconocimiento legal del derecho de retracto al arrendatario, la interpretación doctrinal del mismo y su aplicación por los tribunales. No sólo llega a unas conclusiones muy respetables, sino que tiene la virtud de proporcionar al lector los elementos de juicio necesarios para reflexionar sobre las distintas cuestiones planteadas y formar sus propias conclusiones.

2. La profesora Díaz Romero realiza, en primer lugar, un recorrido por las sucesivas leyes de arrendamientos urbanos que han estado vigentes en nuestro ordenamiento y determina el régimen legal del derecho de retracto del arrendatario en cada una de ellas. Una vez comprobado que no se ha reconocido, ni se reconoce expresamente en la actual LAU de 1994, la aportación a sociedad de vivienda arrendada como supuesto de retracto legal –el art. 25 LAU de 1994 se refiere únicamente a «venta» de la vivienda arrendada–, procede a comprobar si pese de ello es posible incluirlo. Para resolver esta cuestión, es necesario precisar la *naturaleza jurídica* de la aportación social de un bien.

La autora parte de la superación de los resultados obtenidos por aquellos autores que para resolver la cuestión, acudían al elemento de la personalidad jurídica de la sociedad que recibe la aportación. Al negar la personalidad jurídica a la sociedad, la aportación no era más que un acto de comunicación o puesta en común de bienes de los aportantes. De acuerdo con la opinión mayoritaria, sin tener en cuenta el elemento de la personalidad jurídica de la sociedad, afirma que el negocio de aportación es un *negocio traslativo y oneroso*. En todo caso, independientemente de que la sociedad tenga o no personalidad jurídica, se produce una transmisión onerosa de la propiedad del bien aportado.

No se conforma con esta conclusión y procede a concretar ante qué tipo de transmisión nos encontramos. Compartimos con la autora los argumentos que da en contra de la consideración de la aportación social como un supuesto de *dación en pago*, o de *compraventa*; estamos totalmente conformes con la regla de la *aplicación analógica del régimen de la compraventa* a la aportación de bienes a la sociedad. Pero, respecto del alcance de esta última afirmación, mientras que la profesora Díaz Romero llega a considerar análogas ambas figuras, estimamos que es discutible que se haya de ir más lejos de la aplicación a la aportación de bienes a una sociedad del régimen del saneamiento y riesgos previsto para la compraventa. Las diferencias entre ambos negocios (aportación a sociedad y compraventa) son, a efectos del retracto legal, esenciales. En el contrato de compraventa se produce el intercambio de bien por precio. En las aportaciones a sociedad hay algo más, el socio entra a participar en un proyecto o fin común; la condición de socio lleva aparejada la participación en la vida social y

lleva inherente la titularidad de una serie de derechos (por ej., derecho de voto, asistencia a junta, participación en dividendos, cuota de liquidación...). No es por tanto el intercambio sin más del bien aportado, por las acciones de la sociedad con un simple valor económico. Se alterará el negocio celebrado por el arrendador-aportante, si se introduce la posibilidad de que el arrendatario ejercite el retracto. La contraprestación que el arrendador-aportante recibe con ocasión de la aportación, no es la que proporcionaría, en su caso, el arrendatario-retrayente (precio); sin embargo, en la compraventa, la contraprestación que proporciona el retrayente es idéntica (precio). No obstante, en aquellos casos en los que sea patente que la aportación del bien a una sociedad se hizo de forma fraudulenta (a través de una simulación negocial), para eludir el derecho de retracto que en caso de compraventa correspondería al arrendatario, éste gozará, en todo caso, del derecho de retracto. Pero, insistimos, será porque entre en juego el remedio previsto para los supuestos de fraude de ley (aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir), no porque en caso de aportación social de vivienda arrendada nos encontremos en un supuesto análogo a la compraventa, de cara al ejercicio del retracto legal del arrendatario.

3. La autora es consciente del carácter minoritario de su solución y acude a otra vía posible para sostener la inclusión de la aportación social entre los supuestos del derecho de retracto del arrendatario. Lo hace a través de la interpretación extensiva de la LAU de 1994. Parte de la idea de que la finalidad del legislador en la primitiva ley de arrendamientos urbanos (1964), en concreto en la regulación de los derechos de tanteo y retracto, era facilitar el acceso del inquilino a la propiedad de su vivienda. Considera que dicha finalidad persiste en la actual ley de arrendamientos en la que se mantienen los derechos de adquisición preferente (derechos de tanteo y retracto). A lo que se añade que se ha de tener en cuenta que el derecho de retracto se adapta perfectamente al principio constitucional de la función social de la propiedad y al derecho a una vivienda digna. En consonancia con lo anterior, estima que la aportación social, entendida como transmisión onerosa que dificulta al arrendatario el acceso a la propiedad, ha de permitir al arrendatario ejercitar el derecho de retracto.

Las anteriores afirmaciones nos sugieren unas reflexiones. Qué duda cabe del carácter tuitivo de la ley de arrendamientos urbanos respecto del arrendatario y que, por tanto, la interpretación de la misma se ha de hacer en este sentido, de forma extensiva si se quiere llamar así, pero para ello es necesario que nos encontremos ante el supuesto previsto en la norma, y, como ya hemos apuntado, es discutible que la aportación social de vivienda arrendada sin estar expresamente prevista, pueda ser incluida en el supuesto de hecho del artículo 25 LAU de 1994. La lectura del preámbulo de la ley nos lleva a razonamientos en cierta medida discrepantes con los de la autora, si bien los de ella son fruto de una mayor profundidad en el estudio. No queremos contradecir sino simplemente reflexionar. La ley indica en su preámbulo que «la finalidad última que persigue la reforma es la de coadyuvar a potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos como pieza básica de una política de vivienda orientada por el mandato constitucional consagrado en el artículo 47, de reconocimiento del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada». El derecho a la vivienda establecido en el artículo 47 CE, en el marco de los principios rectores de la política social y económica, se ve necesitado de concreción en cuanto a su alcance. En este sentido el término «disfrutar» puede tener varios significados, así por ejemplo, el de posibilidad de tener o usar los beneficios de una cosa sin que ello implique la propiedad de la misma. En el significado del disfrute de una vivienda digna tienen cabida cualquiera de los títulos admitidos en derecho, incluido el arrendamiento.



El preámbulo de la LAU de 1994 afirma que se mantiene el derecho de adquisición preferente (derechos de tanteo y retracto) a favor del arrendatario, por entenderse que «constituye un instrumento que sin suponer una grave onerosidad para el arrendador incrementa las posibilidades de permanencia del arrendatario en la vivienda»; y es precisamente en este aspecto en el que se nos plantea la duda respecto del retracto del arrendatario en el caso de aportación social de la vivienda a cambio de la participación en la sociedad. ¿No resulta excesivamente oneroso para el propietario la alteración que se introduce respecto de su voluntad negocial?, ¿es asimilable la enajenación de un inmueble a cambio de dinero, a la aportación de un inmueble a cambio de la adquisición de la condición de socio, aunque esté representada en unas acciones valorables económicamente?

4. Esperamos haber reflejado, aunque de forma muy sucinta, lo enormemente sugerente que resulta la lectura de la monografía que nos presenta la profesora Díaz Romero. Los recursos argumentativos y reflexiones que nos ofrece la obra, inducen al lector a no adoptar una actitud pasiva. Es sin duda un libro que invita a pensar, lo cual no es más que un reflejo de la dificultad que entraña la cuestión, así como del buen hacer de la autora exponiendo los elementos necesarios para que el lector saque el máximo provecho del trabajo presentado.

Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA

**GARCÍA RUBIO, María Paz: *La responsabilidad contractual de las Agencias de Viaje*, ed. Montecorvo, Madrid, 1999.**

I. María Paz García Rubio nos ofrece un nuevo fruto de su buen hacer como docente e investigadora. La lectura del libro que ahora nos presenta es recomendable no sólo por su rigor y seriedad jurídicas, sino también por su prosa precisa, didáctica, acertada y fácil de leer. Es, al igual que las anteriores obras de la Dra. García Rubio, un trabajo redondo y muy ilustrativo, que será obligado punto de referencia en los estudios sobre viajes combinados y, en particular, sobre la responsabilidad contractual de las Agencias de Viajes.

En los últimos años, e impulsada por la adaptación al Derecho español de la Directiva 90/314, de 13 de junio de 1990, sobre Viajes Combinados, que tuvo lugar por Ley 21/1995, de 6 de julio, la doctrina civilista española nos ha brindado diversos estudios, entre los cuales se encuentra éste que, desde luego, no puede ser calificado como uno más.

Ya con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 21/1995, reguladora de los viajes combinados, la legislación española protegía aceptablemente al consumidor-turista. Y si bien la protección dispensada no alcanzaba en plenitud los niveles de la Directiva, sí era bastante superior a la otorgada a los turistas en la mayor parte de los países de la Unión Europea. La existencia de esta legislación había sido motivada –exigida es más exacto– por el desarrollo del turismo en España a partir de los años 60-70. Desde entonces –si bien por vía reglamentaria–, la detallada normativa reguladora de las Agencias de Viajes y de sus actividades se había ocupado también de la protección al turista. En este orden de cosas, a lo largo de los años 80, la paulatina asunción por las Comunidades Autónomas de competencias en materia de turismo, originó la publicación de una prolija reglamentación autonómica que copiaba la del Estado, contenida principalmente en el importante Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, y su Orden de desarrollo de 14 de abril del mismo año, reguladores del ejercicio de

las actividades de las Agencias de Viajes. Sin olvidar la normativa estatal y autonómica elaborada en los años 90 sobre ordenación del turismo. Y aparte, claro está, de la posibilidad –reconocida por la jurisprudencia menor– de aplicar los artículos 26 ss. LGDCU de 1984 a la obligación de indemnizar al viajero de los daños y perjuicios ocasionados por un cumplimiento defectuoso del viaje contratado.

En consecuencia, la trasposición al Derecho español de la Directiva 90/314, de Viajes Combinados, no planteaba especiales problemas técnicos. Pero, sin embargo, las reglas de responsabilidad por las que ha optado la Ley 21/1995, de 6 de julio, suscitan importantes cuestiones en su aplicación práctica y no conceden al viajero una protección tan elevada como cabría esperar. Dichas cuestiones en tema tan capital son analizadas en el libro objeto de estas líneas.

II. El libro, que cuenta con un ilustrativo prólogo de Antonio Manuel Morales Moreno, se estructura en cuatro capítulos netamente diferenciados, a lo largo de los cuales su autora va concretando con claridad y precisión las cuestiones clave sobre responsabilidad de las Agencias de Viajes, analizándolas en sus aspectos prácticos y sin regatear opiniones propias sólidamente fundamentadas. Todo el libro se lee con comodidad, lo que es especialmente meritorio cuando dicha comodidad va unida al rigor jurídico y a la asombrosa documentación previa de que la Dra. García Rubio hace gala. Documentación exhaustiva en orden a la legislación, la jurisprudencia y la doctrina patrias y extranjeras; documentación a la que se acude con toda precisión, y que la autora nos administra oportunamente. En este sentido merece mención especial el apartado bibliográfico con el que se cierra la obra; en él se recogen casi doscientos estudios españoles, italianos, franceses, alemanes e ingleses, en su inmensa mayoría publicados en los años noventa, y de cuyo contenido esencial la autora ofrece cumplida información en documentadísimas notas a lo largo del desarrollo de su trabajo.

En consecuencia, y manifestándome conforme con las observaciones vertidas por el profesor Morales Moreno en el referido prólogo, el libro de la Dra. García Rubio es un estudio sobre la responsabilidad de las Agencias de Viajes por el incumplimiento de los servicios integrados en un paquete turístico; pero también es mucho más, pues sitúa al lector en el corazón de los problemas prácticos que cada día suscita con mayor frecuencia el contrato de viaje combinado; y los analiza desde su base con dominio de las reglas que presiden el Derecho de obligaciones y contratos.

III. El primer capítulo expone con gran amenidad la evolución en el Derecho comparado tanto de las normas que regulan los viajes combinados y las Agencias de Viajes, como de los fallos judiciales correspondientes. Todo desde mediados del siglo pasado hasta la aprobación de la Directiva de 13 de junio de 1990, así como la adaptación a la misma de las legislaciones nacionales.

Los antecedentes legislativos españoles de la Ley 21/1995, de 6 de julio, son analizados en el capítulo segundo. Realmente, la adaptación del Derecho español a la Directiva de Viajes combinados no ha sido difícil, pues –como se ha indicado *supra*– nuestro Derecho ya regulaba con detalle las actividades de las Agencias de Viajes, y protegía aceptablemente al consumidor de los mismos: no en vano España es un país turístico por naturaleza. Además, la referida adaptación se hace acreedora de un juicio positivo con carácter general.

Por un lado, porque eleva a rango de ley la protección reglamentista al consumidor-viajero; lo que, si apuramos, venía impuesto no sólo por la Directiva de Viajes Combinados, sino por el artículo 51 de la propia Constitución española. Por otra parte porque protege al viajero por encima de los mínimos exigidos por la Directiva; así, por ejemplo, es de alabar que en España la Ley exija que ya en la fase de tratos previos –antes, pues, de la perfección del contrato

de viaje combinado— sea obligatorio entregar por escrito —la Directiva no exige la forma escrita— al futuro viajero un folleto informativo con una precisa y detallada información, mucho más abundante que la contenida en la Directiva (ver arts. 3 de la Ley 21/1995 y 3 de la Directiva de 13 de junio de 1990); del mismo modo, el artículo 4.3 de la Ley 21/1995 impone que las cláusulas contractuales se ajusten a los requisitos exigidos en el artículo 10 de la LGDCU 26/84, cuando la Directiva es más bien parca en este punto (ver art. 3.1).

Pero, sin embargo, la Ley española —probablemente cediendo a la presión de las Agencias de Viajes— es imprecisa en una regla clave de responsabilidad; y esa imprecisión conlleva una cierta desprotección del consumidor. En concreto, la ley española instituye la responsabilidad del organizador y/o detallista (art. 5.1 de la Directiva y 11.1 de la Ley) por el incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato; pero no establece la solidaridad entre ellos, sino que cada cual responderá frente al consumidor «en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado». Ello exigirá al viajero perjudicado tener que demandar a ambos; y aunque probablemente la jurisprudencia invertirá la carga de la prueba, lo cierto es que al ser la responsabilidad mancomunada habrá que precisar el monto de la de cada uno, lo que no siempre será fácil de probar.

Pues bien, el análisis concreto de los temas de responsabilidad de las Agencias de Viajes, que María Paz García Rubio desarrolla en el capítulo cuarto, va precedido de un interesante pronunciamiento en orden al ámbito de aplicación espacial de la Ley de 6 de julio de 1995, recogido en el capítulo tercero. Cuestión ésta que reviste una particular significación en materia de viajes combinados, en cuyo ámbito son frecuentes los conflictos de leyes; la razón se encuentra, evidentemente, en las especiales características de los servicios que se contratan en el viaje combinado, que en una muy buena parte se prestan en diversos países y, a menudo, se contratan en otro país distinto.

En el referido capítulo cuarto, núcleo del libro, convergen todas las cuestiones expresadas, enmarcando en sus justos términos el análisis completo, preciso y práctico que en él se contiene. A lo largo de casi doscientas páginas se enfocan, con precisión, cuestiones tales como los presupuestos de la responsabilidad de las Agencias de Viajes y las causas que permiten a éstas exonerarse de aquélla; los sujetos responsables y las reglas de atribución de responsabilidad; los daños indemnizables y la limitación de la responsabilidad; los procedimientos judiciales y extrajudiciales disponibles para dirimir la controversia, etc. Y siempre aportando opiniones propias sólidamente fundadas y ricas en matices.

IV. En suma, un libro muy completo y que, a su vez, completa con maestría el ya abundante panorama doctrinal generado en torno a un tema importante para los turistas —que en España son muchos— y también para la economía nacional.

Alicia REAL PÉREZ  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid

# Revistas Españolas

**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

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz: «Del régimen foral liberal al régimen democrático de los derechos históricos. (Identidad, hechos diferenciales y asimetría)», en *RJN*, núm. 25, 1998, pp. 51 y ss.

ALPA, Guido: «Derecho público “y” Derecho privado. Una discusión abierta», en *RDP*, enero 1999, pp. 3 y ss.

ARAGÓN REYES, Manuel: «La vinculación de los jueces a la ley», en *AAMN*, tomo XXXVII, pp. 141 y ss.

GARCÍA VARELA, Román: «La inconstitucionalidad de normas preconstitucionales», en *La Ley*, 1998-3, D-178.

HÁBERLE, Peter: «El eterno combate por la justicia. La ciencia jurídica en el camino hacia Europa», en *RGD*, enero-febrero 1999, pp. 103 y ss.

JIMENA QUESADA, Luis: «¿Sentencias constitucionales inconstitucionales? Una fractura en el sistema de fuentes», en *RGD*, enero-febrero 1999, pp. 111 y ss.

Lunas Díez, María José: «El principio de primacía comunitario y el Derecho Internacional Privado», en *RDCE*, núm. 4, 1998, pp. 473 y ss.

MAGRO SERVET, Vicente: «La irretroactividad de las normas jurídicas: regla general y excepciones», en *La Ley*, 1998-5, D-261.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «Cuestiones lingüísticas y normativas del Derecho Comunitario europeo», en *RDCE*, núm. 4, 1998, pp. 593 y ss.

PALOMARES AMAT, Miquel: «El efecto directo de las disposiciones de los acuerdos internacionales de las Comunidades Europeas», en *La Ley*, 1998-5, D-226.

RECIO JUÁREZ, Matías: «La interrupción de la prescripción extintiva», en *La Ley*, 1998-3, D-122.

ROCA, María J.: «¿Resarcimiento de daños por el hijo nacido tras una esterilización?», en *La Ley*, 1998-5, D-271.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Prescripción extintiva: aplicación del Convenio de 19 de mayo de 1956 sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera. Interrupción de la prescripción extintiva por reclamación extrajudicial: efectos. Sentido del término *responder*», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1305 y ss.

Comentario a la STS de 29 de junio de 1998.

## DERECHO DE LA PERSONA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Propiedad intelectual: derecho moral a la integridad del guionista de una obra audiovisual; indemnización del daño moral», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1133 y ss.

Comentario a la STS de 22 de abril de 1998.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Libertad de expresión. Límites: ausencia de expresiones vejatorias o insultantes. Retorsión. Intromisión en el honor: ausencia por aludir a hechos públicos y notorios previamente divulgados», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1245 y ss.

Comentario a la STS de 6 de junio de 1998.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «El nuevo derecho *sui generis* sobre las bases de datos», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 1999, pp. 49 y ss.

Examen del nuevo derecho que, sobre las bases de datos, prevé la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, cuya transposición al Ordenamiento español ha sido efectuada mediante la Ley 5/1998, de 6 de marzo, la cual incorpora dicha regulación directamente al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996.

CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago: «Títulos nobiliarios. Principio de igualdad y discriminación por sexo (Comentario a la sentencia 126/1997 de 3 de julio)», en *La Ley*, 1998-3, D-124.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores: La constitucionalidad de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión nobiliaria (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997), en *RGD*, marzo 1999, pp. 1757 y ss.

CUARTERO RUBIO, María Victoria: «Sustracción internacional de menores. Interpretación del artículo 16 del Convenio de La Haya, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1279 y ss.

Comentario a la STS de 22 de junio de 1998.

DELGADO MARTÍN, Joaquín: «Oposición a decisiones en materia de protección de menores», en *RPJ*, núm. 50, 1998, pp. 301 y ss.

DÍAZ MARTÍN, Fernando Ricardo: «Nacionalidad de los nacidos en España de padres extranjeros», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 1999, pp. 271 y ss.

ESPINAR VICENTE, José María: «Comentario a la sentencia 604/1998 de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 1999, pp. 31 y ss.

ESTRADA ALONSO, Eduardo: «La legitimación del tutor para interponer demanda de separación del incapacitado», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 1999, pp. 293 y ss.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, y HEREDIA PUENTE, Mercedes: «El ejercicio de la tutela de incapaces por las personas jurídicas», en *La Ley*, 1998-4, D-218.

FAYOS GARDO, Antonio: «Libertad de prensa y procesos judiciales: una visión de la institución británica del *Contempt of Court*», en *La Ley*, 1998-5, D-234.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: «La duración de los derechos de autor y su destino *post mortem auctoris* en el Derecho francés (con anotaciones de Derecho español)», en *RDP*, enero 1999, pp. 44 y ss.

GARCÍA NINET, José Ignacio, y MATEU CARRUANA, María José: «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 130/1998, de 16 de junio («BOE» de 17 de julio de 1998)», en *RGD*, mayo 1999, pp. 5355 y ss.

La sentencia comentada se pronuncia sobre el derecho al proceso eficaz y la tutela efectiva de los derechos subjetivos.

GÓMEZ NAVAJAS, Justa: «Espionaje telefónico: conculcación de un derecho fundamental (Acerca de la reforma del artículo 13 de la Ley Fundamental de Bonn)», en *La Ley*, 1998-3, D-160.

LETE DEL RÍO, José Manuel: «Nombramiento de tutor», en *Actualidad Civil*, núm. 16, 1999, pp. 403 y ss.

MATEU CARRUANA, María José, y GARCÍA NINET, José Ignacio: «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 130/1998, de 16 de junio («BOE» de 17 de julio de 1998)», en *RGD*, mayo 1999, pp. 5355 y ss.

La sentencia comentada se pronuncia sobre el derecho al proceso eficaz y la tutela efectiva de los derechos subjetivos.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen: «Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 1999, pp. 303 y ss.

SEISDEDOS MUÍÑO, Ana: «Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados *incapaces naturales*. A propósito de los artículos 118.1.1.ª del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, número 10, 1999, pp. 261 y ss.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo: «La protección de las creaciones intelectuales en Estados Unidos: nuevos desafíos ante el desarrollo de las tecnologías de la comunicación», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 1999, pp. 235 y ss.

STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel: «Acerca del derecho de las personas sordas a una televisión accesible», en *La Ley*, 1998-4, D-193.

TOBAJAS GÁLVEZ, Octavio: «El menor mayor de catorce años en Aragón», en *Actualidad Civil*, núm. 13, 1999, pp. 345 y ss.

## PERSONA JURÍDICA

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, y HEREDIA PUENTE, Mercedes: «El ejercicio de la tutela de incapaces por las personas jurídicas», en *La Ley*, 1998-4, D-218.

GERPE LANDÍN, Manuel, *i altres*: «La delimitació de la capacitat normativa autonòmica en matèria d'associacions», en *RJC*, núm. 2, 1999, pp. 429 y ss.

GOZÁLEZ TAUSZ, Rafael: «Problemas en torno a las Asambleas Generales de Delegados de las Cooperativas», en *La Ley*, 1998-4, D-202.

HEREDIA PUENTE, Mercedes, y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: «El ejercicio de la tutela de incapaces por las personas jurídicas», en *La Ley*, 1998-4, D-218.

MARTÍNEZ NIETO, Antonio: «El Protectorado de las Fundaciones», en *La Ley*, 1998-4, D-248.

TRUJILLO DíEZ, Iván Jesús: «Cooperativas. Baja voluntaria del socio: efectividad. Plazo de preaviso. Carácter justificado de la baja», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 999 y ss.

Comentario a la STS de 16 de marzo de 1998.

— «Baja del socio cooperativo y reembolso de sus aportaciones sociales», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 1999, pp. 113 y ss.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Observaciones sobre la constitución, la modificación y la extinción de las fundaciones», en *La Ley*, 1998-3, D-119.

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALBALADEJO, Manuel: «Perfección, desde la aceptación, de la donación de inmueble aceptada en escritura pública posterior a la otorgada por el donante, e irrevocabilidad de la misma desde que conoce la aceptación el donante antes de morir. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1998», en *RDP*, enero 1999, pp. 71 y ss.

ALPA, Guido: «Nuevos aspectos de la tutela del consumidor. La ley italiana de consumidores de 2 de julio de 1998», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 1999, pp. 15 y ss.

- BELLO JANEIRO, Domingo: «Retracto arrendaticio urbano. Consignación del precio mediante aval bancario. Derecho a la tutela judicial efectiva. Interpretación de normas procesales», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1097 y ss.  
Comentario a la STS de 15 de abril de 1998.
- BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, Manuel Pedro: «El importe del precio previsto en la opción de compra del arrendamiento financiero», en *RGD*, abril 1999, pp. 3585 y ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: «Falta de necesidad de la reconvencción para oponer la nulidad del título. Prohibición de la acción rescisoria por vía de reconvencción», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1145 y ss.  
Comentario a la STS de 27 de abril de 1998.
- BUÉNAGA CEBALLOS, Óscar: «La defectuosa prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social: ¿un supuesto de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas?», en *La Ley*, 1998-3, D-152.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María: «Condiciones generales en la contratación financiera», en *RCDI*, núm. 651, 1999, pp. 389 y ss.
- CANO RICO, José Ramón: «La ejecución de garantías reales mobiliarias», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 399 y ss.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando: «¿Simulación en la anónima? Constitución de una sociedad anónima en fraude de acreedores», en *RDP*, marzo 1999, pp. 179 y ss.
- CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel: «El nuevo régimen de actualización de rentas. Experiencias jurisprudenciales derivadas de la aplicación de las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos», en *La Ley*, 1998-5, D-276.
- CEBRIÁN DOMÍNGUEZ, Ernesto: «La fianza legal arrendaticia y el recargo por su constitución tardía», en *La Ley*, 1998-3, D-138.
- CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón: «Precario-comodato. Atribución de uso de vivienda conyugal», en *RJC*, núm. 1, 1999, pp. 105 ss.
- CREMADES, Bernardo M.: «El arbitraje internacional en una economía globalizada», en *La Ley*, 1998-5, D-233.
- CREMADES SANZ-PASTOR, Juan Antonio: «Arbitraje y casación», en *La Ley*, 1998-4, D-194.
- CRESPO PÉREZ, Juan de Dios: «La resolución de conflictos mediante el Arbitraje en el deporte», en *RGD*, marzo 1999, pp. 1771 y ss.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Planteamientos introductorios a la cofianza», en *RCDI*, núm. 649, 1998, pp. 1913 y ss.



CUARTERO RUBIO, María Victoria: «El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional», en *La Ley*, 1998-3, D-171.

— «Garantías del turista “combinado” en caso de insolvencia o quiebra de la agencia de viajes (Comentario a la sentencia del TJCE, Sala 5.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 1998, Asunto C-364/96: *Verein für Konsumenteninformation c. Österreichische Kreditversicherung AG*)», en *La Ley*, 1998-4, D-214.

CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: «Embargo preventivo de buques: estudio jurisprudencial», en *La Ley*, 1998-5, D-233.

DÍAZ-AGUADO JALÓN, Carlos: «Interpretación de contrato. Naturaleza jurídica de un compromiso de intenciones. Precontrato. Elementos esenciales de precontrato de sociedad anónima», *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1237 y ss.

Comentario a la STS de 3 de junio de 1998.

DÍAZ MÉNDEZ, Nicolás: «Pignoración de la póliza de seguro de vida», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 343 y ss.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «Ejercicio por subcontratista de la acción directa regulada en el artículo 1597 CC. No basta el mero requerimiento notarial de retención de deuda dirigido al comitente. Pago por letras de cambio», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 951 y ss.

Comentario a la STS de 28 de enero de 1998.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», en *La Ley*, 1998-3, D-168.

ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «Compraventa entre mandatarios de un mandante común. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.<sup>a</sup>) de 3 de septiembre de 1996, núm. 691», en *RDP*, marzo 1999, pp. 238 y ss.

FENOY PICÓN, Nieves: «Contrato verbal: atípico, con grandes analogías con el arrendamiento *ad meliorandum* o *ad edificandum*, y mixto; oneroso pero con importante componente de liberalidad; plazo de duración de la relación obligatoria: no determinado; denuncia del contrato; acción reivindicatoria; gastos de construcción; gastos necesarios y gastos útiles; derecho de retención, posesión de buena fe», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1075 y ss.

Comentario a la STS de 14 de abril de 1998.

FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita: «Responsabilidad civil extracontractual. Fallecimiento de un picador en la mina. Imprudencia de la obligación de resarcir cuando el derrabe es imprevisible y ha habido observancia de la normativa de seguridad. Culpa. Riesgo. Previsibilidad», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1255 y ss.

Comentario a la STS de 8 de junio de 1998.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel: «La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 367 y ss.

FONTESTAD PORTALES, Leticia: «Notas acerca del juicio verbal especial sobre responsabilidad derivada de accidentes de circulación», en *RGD*, mayo 1999, pp. 5911 y ss.

FRIGOLA RIERA, Antoni: «El tratamiento de la responsabilidad objetiva en el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios», en *La Ley*, 1998-3, D-150.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: «La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación», en *La Ley*, 1998-5, D-257.

GARCÍA RUBIO, María Paz: «Nacimiento de un niño no querido. Daño resarcible. Daño patrimonial. Daño moral», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1207 y ss.

Comentario a la STS de 20 de mayo de 1998.

GARCÍA VARELA, Román: «Eficacia de la consignación del precio mediante aval bancario para dar curso a las demandas de retracto», en *La Ley*, 1998-3, D-159.

- «La responsabilidad civil de los abogados», en *La Ley*, 1998-3, D-135.
- «La validez civil de la venta de viviendas de protección oficial por precio superior al legal», en *La Ley*, 1998-3, D-141.
- «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el aval bancario como medio de consignación del precio en el retracto», en *La Ley*, 1998-5, D-254.
- «Indemnización concedida por accidente ocasionado por un perro suelto en una autopista», en *La Ley*, 1998-5, D-240.
- «Reclamación indemnizatoria por lesiones sufridas a causa de lanzamiento de cohetes en una fiesta local», en *La Ley*, 1998-5, D-249.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Abogados. Contrato de arrendamiento de servicios por tiempo determinado con retribuciones pactadas. Incumplimiento del cliente: moderación de la cláusula penal en caso de extinción anticipada; honorarios excesivos. Prescripción del cobro de honorarios. Enriquecimiento sin causa», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1223 y ss.

Comentario a la STS de 30 de mayo de 1998.

GARNICA MARTÍN, Juan F.: «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Problemas de Derecho sustantivo y procesal», en *RPJ*, núm. 50, 1998, pp. 317 y ss.

GÓMEZ CALLE, Esther: «Concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual; la doctrina de la unidad de la culpa civil. Responsabilidad del INSALUD: tanto contractual como *ex* artículo 28 LGDCU. Necesidad de aprobación judicial para disponer de la indemnización concedida al actor en representación de su hijo menor de edad. Congruencia», en *CCJC*, número 48, 1998, pp. 1177 y ss.

Comentario a la STS de 6 de mayo de 1998.

GONZÁLEZ LÓPEZ, María Teresa, y VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: «La influencia del pensamiento de Roca-Sastre en América, especialmente en Cuba y Puerto Rico», en *RCDI*, núm. 651, 1999, pp. 441 y ss.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «La noción de consumidor *normalmente informado* en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la sentencia *Gut Springenheide*», en *DN*, abril 1999, pp. 1 y ss.

GUTIÉRREZ ZARZA, María Ángeles: «Indeterminación de la cuantía en demanda civil de reclamación de daños y perjuicios derivados de responsabilidad médica y vencimiento objetivo. Costas de los codemandados absueltos», en *CCJC*, núm. 48, 1999, pp. 985 y ss.

Comentario a la STS de 26 de febrero de 1998.

JIMÉNEZ MANCHA, Juan Carlos: «Tres sentencias sobre compensación de créditos: STS (Sala 4.ª) de 14 de diciembre de 1996; STS (Sala 1.ª) de 14 de enero de 1997, y STS (Sala 1.ª) de 19 de abril de 1997», en *RDP*, febrero 1999, pp. 138 y ss.

HERNÁNDEZ IZAL, Santiago: «El contracte de Time-Charter davant el Tribunal Suprem: una jurisprudència erràtica», en *RJC*, núm. 1, 1999, pp. 49 y ss.

IZQUIERDO ESCUDERO, Francisco Javier: «La adquisición del dominio y derechos reales por extranjeros sin autorización militar y sin inscripción: ¿cuándo el contrato es nulo?», en *La Ley*, 1998-4, D-219.

LECANDA CROOKE, Íñigo: «La indemnización a las víctimas del terrorismo en Portugal: un estudio comparado», en *RDP*, marzo 1999, pp. 225 y ss.

LÓPEZ MEDEL BASCONES, Jesús: «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la modificación de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común», en *La Ley*, 1998-5, D-252.

LÓPEZ MUÑOZ, Riansares: «La objetivación de la responsabilidad extracontractual. Su consideración en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RGD*, enero-febrero 1999, pp. 59 y ss.

MALO CONCEPCIÓN, José Vicente: «Prenda de participaciones en fondos de inversión mobiliaria», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 195 y ss.

MARTÍN BERNAL, José Manuel: «Notas apresuradas sobre la Ley 28/1998 de venta a plazos de bienes muebles», en *La Ley*, 1998-5, D-250.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis: «La responsabilidad civil profesional y la *lex artis ad hoc*», en *AAMN*, tomo XXXVII, pp. 65 y ss.

— «Responsabilidad civil contractual *versus* extracontractual (moderno tratamiento jurisprudencial)», en *La Ley*, 1998-3, D-121.

MARTÍNEZ-GIL VICH, José Luis: «Algunos aspectos de la cesión de créditos y de la asunción de deudas», en *AAMN*, tomo XXXVII, pp. 225 y ss.

MATEOS BONILLA, Ismael: «La entrada en circulación del euro y el objeto del contrato en las obligaciones pecuniarias y en las deudas de valor», en *DN*, marzo 1999, pp. 1 y ss.

MEJÍAS GÓMEZ, Javier: «La prenda sobre acciones no admitidas a negociación», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 53 y ss.

MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: «La oferta tácita de mandato», en *Actualidad Civil*, núm. 13, 1999, pp. 321 y ss.

- MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis de los: «Revocación de las donaciones por incumplimiento de cargas», en *RCDI*, núm. 651, 1999, pp. 591 y ss.
- MULLERAT, Ramón: «El arbitraje de consumo en los Estados Unidos», en *La Ley*, 1998-3, D-172.
- NAVARRO CHINCHILLA, José Justo: «La pignoración de la letra de cambio», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 305 y ss.
- NIETO CAROL, Ubaldo: «La prenda de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 127 y ss.
- NÚÑEZ LOZANO, Pablo Luis: «Prescripción de acción de reembolso derivada de utilización de tarjeta de crédito como instrumento de pago», en *RDBB*, núm. 71, 1998, pp. 859 y ss.
- PANIZA FULLANA, Antonio: «Responsabilidad sanitaria y protección de los consumidores (Aplicación del artículo 28 de la LGDCU a un supuesto de responsabilidad sanitaria: la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio 1998)», en *RGD*, enero-febrero 1999, pp. 75 y ss.
- PANTALEÓN, Fernando: «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 175 y ss.
- PASCUAL DE MIGUEL, Alfonso: «Prenda sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 17 y ss.
- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «Fundamento y alcance de la responsabilidad por daños en el Derecho Marítimo», en *RDM*, núm. 229, 1998, pp. 1285 y ss.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María: «A propósito de la compraventa de bienes inmuebles en Cuba», en *RGD*, abril, 1999, pp. 3515 y ss.
- RABANETE MARTÍNEZ, Isabel: «Depósito con facultad de uso y comodato en interés del comodante (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997)», en *RGD*, mayo 1999, pp. 5309 y ss.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José: «La responsabilitat de les administracions sanitàries: algunes reflexions sobre la jurisdicció competent y la construcció dogmàtica de la responsabilitat administrativa», en *RJC*, núm. 2, 1999, pp. 381 y ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Análisis y valoración de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos», en *RCDI*, núm. 649, 1998, pp. 1981 y ss.
- «En torno a la responsabilidad civil del cirujano estético», en *RJC*, núm. 2, 1999, pp. 479 y ss.
- SARAZÁ JIMENA, Rafael: «Seguro de accidentes e infarto de miocardio en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», en *Actualidad Civil*, núm. 15, 1999, pp. 375 y ss.

- SEISDEDOS MUÍÑO, Ana: «Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados *incapaces naturales*. A propósito de los artículos 118.1.1.<sup>º</sup> del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, número 10, 1999, pp. 261 y ss.
- SERRANO ALONSO, Eduardo: «La responsabilidad civil nacida de accidente de trabajo», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 1999, pp. 1 y ss.
- SOTÉS GARCÍA, Isabel: «A propósito de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor», en *RJN*, núm. 25, 1998, pp. 301 y ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «La pignoración de saldos de depósitos bancarios», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 245 y ss.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús: «Aspectos controvertidos en la nueva Ley de venta a plazos de bienes muebles», en *DN*, febrero 1999, pp. 25 y ss.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Contrato de suministro de carburante para uso y consumo empresarial. Pago con tarjeta: reclamación de cantidad. Inaplicación de la prescripción trienal del artículo 1967-4 CC», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 927 y ss.  
Comentario a la STS de 6 de octubre de 1997.
- «Prescripción extintiva: aplicación del Convenio de 19 de mayo de 1956 sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera. Interrupción de la prescripción extintiva por reclamación extrajudicial: efectos. Sentido del término *responder*», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1305 y ss.  
Comentario a la STS de 29 de junio de 1998.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «La interpretación según Ramón María Roca-Sastre», en *RCDI*, núm. 651, 1999, pp. 479 y ss.
- VARA DE PAZ, Nemesio: «Fallecimiento de uno de los co-titulares de una caja de seguridad. (A propósito de una sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 9 de mayo de 1997)», en *RDBB*, núm. 72, pp. 1159 y ss.
- VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, y GONZÁLEZ LÓPEZ, María Teresa: «La influencia del pensamiento de Roca-Sastre en América, especialmente en Cuba y Puerto Rico», en *RCDI*, núm. 651, 1999, pp. 441 y ss.
- VERDERA SERVER, Rafael: «El fraude de acreedores: la acción pauliana», en *La Ley*, 1998-4, D-204.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Responsabilidad de los contratos celebrados en nombre de la sociedad en formación y de la sociedad irregular», en *CDJ*, núm. XXI, 1997, pp. 751 y ss.
- YÁÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino: «Notas sobre el artículo 1902 del Código Civil y los baremos indemnizatorios», en *RGD*, marzo 1999, pp. 1793 y ss.
- «Responsabilidad civil de la Administración por daños a las personas y competencia de la Jurisdicción civil», en *RGD*, abril 1999, pp. 3579 y ss.

## DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto: «El principio de publicidad en el Derecho registral peruano (Aproximaciones y perspectivas)», en *RCDI*, núm. 650, 1999, pp. 129 y ss.

ÁVILA NAVARRO, Pedro: «La cancelación de cargas por “caducidad reglamentaria” (art. 177 RH) y el principio de legitimación en Roca-Sastre», en *RCDI*, núm. 651, 1999, pp. 639 y ss.

BELLO JANEIRO, Domingo: «Retracto arrendaticio urbano. Consignación del precio mediante aval bancario. Derecho a la tutela judicial efectiva. Interpretación de normas procesales», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1097 y ss.  
Comentario a la STS de 15 de abril de 1998.

BENAVIDES DEL REY, José Luis: «Denominaciones sociales y propiedad industrial», en *CDJ*, núm. XXI, 1997, pp. 25 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Propiedad intelectual: derecho moral a la integridad del guionista de una obra audiovisual; indemnización del daño moral», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1133 y ss.  
Comentario a la STS de 22 de abril de 1998.

— «Propiedad intelectual: representación de obra dramático-musical por organismo dependiente de la Administración Pública contra prohibición de la SGAE: jurisdicción competente; indemnización», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1295 y ss.  
Comentario a la STS de 26 de junio de 1998.

BONET CORREA, José: «La interpretación jurisprudencial y doctrinal del artículo 541 del Código Civil en la década 1987-1997», en *RDP*, febrero 1999, pp. 91 y ss.

CABRERA YDME, Edilberto: «El principio de legalidad y la calificación registral en el Perú», *RCDI*, núm. 650, 1999, pp. 145 y ss.

CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar: «Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 18 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *RCDI*, núm. 649, 1998, pp. 2003 y ss.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «El nuevo derecho *sui generis* sobre las bases de datos», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 1999, pp. 49 y ss.  
Examen del nuevo derecho que, sobre las bases de datos, prevé la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, cuya transposición al Ordenamiento español ha sido efectuada mediante la Ley 5/1998, de 6 de marzo, la cual incorpora dicha regulación directamente al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996.

CANO RICO, José Ramón: «La ejecución de garantías reales mobiliarias», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 399 y ss.

CARBONELL SERRANO, Vicente: «Embargo. Eficacia de la anotación preventiva. Fe pública», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1269 y ss.

Comentario a la STS de 16 de junio de 1998.

CERDÁ GIMENO, José: «Una relectura sugerida de un inolvidable texto, “El Derecho Hipotecario”, de don Ramón María Roca-Sastre (Notas de recuerdo de mi primera “iniciación” hipotecaria)», en *RCDI*, núm. 651, 1999, pp. 525 y ss.

CONTUJOCH PRATDESABA, Ramón: «Precario-comodato. Atribución de uso de vivienda conyugal», en *RJC*, núm. 1, 1999, pp. 105 y ss.

CORRAL DUEÑAS, Francisco: «Régimen de las parcelaciones en suelo rústico», en *RCDI*, núm. 8, 1998, pp. 1849 y ss.

DELGADO BARRIO, Javier: «El derecho de propiedad», en *AAMN*, tomo XXVII, pp. 291 y ss.

DELGADO SCHEELJE, Álvaro: «La publicidad jurídica registral en Perú: eficacia material y principios registrales», en *RCDI*, núm. 650, 1999, pp. 111 y ss.

DÍAZ FRAILE, Juan María: «La aportación de don Ramón María Roca-Sastre a la construcción doctrinal del derecho de superficie», en *RCDI*, núm. 651, pp. 617 y ss.

DÍAZ MÉNDEZ, Nicolás: «Pignoración de la póliza de seguro de vida», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 343 y ss.

ERDOZAÍN LÓPEZ, José Carlos: «Preferencia de créditos salariales. Propiedad registral y preferencia. Posibilidad de que el Registrador de la Propiedad pueda determinar el orden de cobro. Créditos laborales como hipoteca legal», en *CCJC*, núm. 48, pp. 1035 y ss.

Comentario a la RDGRN de 3 de abril de 1998.

ESTEVE PARDO, Asunción: «La obra multimedia en el Derecho español», en *La Ley*, 1998-3, D-175.

FENOY PICÓN, Nieves: «Contrato verbal: atípico, con grandes analogías con el arrendamiento *ad meliorandum* o *ad edificandum*, y mixto; oneroso pero con importante componente de liberalidad; plazo de duración de la relación obligatoria: no determinado; denuncia del contrato; acción reivindicatoria; gastos de construcción; gastos necesarios y gastos útiles; derecho de retención, posesión de buena fe», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1075 y ss.

Comentario a la STS de 14 de abril de 1998.

FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel: «El derecho de uso de bienes inmuebles en el Proyecto de Ley. Especial referencia a su ámbito objetivo», en *RCDI*, núm. 649, 1998, pp. 1817 y ss.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel: «La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 367 y ss.

- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: «La denuncia de obra nueva en el Derecho Civil Navarro», en *RJN*, núm. 25, 1998, pp. 9 y ss.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio: «La duración de los derechos de autor y su destino *post mortem auctoris* en el Derecho francés (con anotaciones de Derecho español), en *RDP*, enero 1999, pp. 44 y ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «El derecho de abolorio en Aragón», en *RJN*, núm. 25, 1998, pp. 151 y ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «Eficacia de la consignación del precio mediante aval bancario para dar curso a las demandas de retracto», en *La Ley*, 1998-3, D-159.
- «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el aval bancario como medio de consignación del precio en el retracto», en *La Ley*, 1998-5, D-254.
- «La gestión de los montes vecinales en mano común», en *La Ley*, 1998-5, D-280.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: «La subrogación real en las hipotecas y en el embargo», en *RCDI*, núm. 649, 1998, pp. 1949 y ss.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: «Compatibilidad con la constitución del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria ante Notario», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1157 y ss.
- Comentario a la STS de 4 de mayo de 1998.
- GÓMEZ GALLIGO, Francisco Javier: «Principios hipotecarios de los Registros mobiliarios», en *RCDI*, núm. 651, 1999, pp. 651 y ss.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: «Notas sobre la inconstitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial del artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998», en *La Ley*, 1998-4, D-213.
- IGLESIA MONJE, Isabel de la: «El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones y la reforma del Reglamento Hipotecario», en *RCDI*, núm. 650, 1999, pp. 27 y ss.
- IZQUIERDO ESCUDERO, Francisco Javier: «La adquisición del dominio y derechos reales por extranjeros sin autorización militar y sin inscripción: ¿cuándo el contrato es nulo?», en *La Ley*, 1998-4, D-219.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La configuración de la multipropiedad en España: la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 1999, pp. 125 y ss.
- LLINÁS ÁLVAREZ, Luis M.: «Retroacción de la quiebra y posición del acreedor pignoraticio *cambiario*», en *RGD*, enero-febrero 1999, pp. 589 y ss.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «La superposición de inmuebles: Estudio jurídico de las casas empotradas o engalabernos y de las casas a caballo», en *RCDI*, núm. 650, 1999, pp. 87 y ss.



- LÓPEZ MEDEL, Jesús: «Ley Hipotecaria y Ley Moral: Deontología y ética profesional en los registradores», en *RCDI*, núm. 650, 1999, pp. 61 y ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Sobre la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal (Análisis de las tres propuestas de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal que se tramitan en el Parlamento español)», en *La Ley*, 1998-3, D-128.
- MALO CONCEPCIÓN, José Vicente: «Prenda de participaciones en fondos de inversión mobiliaria», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 195 y ss.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J.: «Titularidad de los montes vecinales y constitucionalidad o no del artículo 206 de la Ley Hipotecaria por lo que toca a los bienes de la Iglesia Católica. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 18 de noviembre de 1996», en *RDP*, febrero 1999, pp. 128 y ss.
- MARTÍN PASTOR, José: «La anotación preventiva de querella», en *RCDI*, número 649, 1998, pp. 1883 y ss.
- «La nulidad derivada de la retroacción de la quiebra y la protección de los terceros adquirentes al amparo del artículo 34 LH: una revisión de la jurisprudencia reciente», en *RGD*, mayo 1999, pp. 5963 y ss.
- MEDINA DE LEMUS, Manuel: «Subrogación real y urbanismo», en *RCDI*, número 651, 1999, pp. 561 y ss.
- MEJÍAS GÓMEZ, Javier: «La prenda sobre acciones no admitidas a negociación», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 53 y ss.
- NAVARRO CHINCHILLA, José Justo: «La pignoración de la letra de cambio», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 305 y ss.
- NAVARRO FERNÁNDEZ, José Antonio: «La copia privada y la metamorfosis del derecho de autor», en *Actualidad Civil*, núm. 7, 1999, pp. 199 y ss.
- NIETO CAROL, Ubaldo: «La prenda de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 127 y ss.
- PANTALEÓN, Fernando: «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 175 y ss.
- PASCUAL DE MIGUEL, Alfonso: «Prenda sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 17 y ss.
- PAU PEDRÓN, Antonio: «El acta de inscripción», en *RCDI*, núm. 650, 1999, pp. 9 y ss.
- ROBLEDO VILLAR, Antonio: «La inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria (A propósito de la STS, Sala 1.ª, de 4 de mayo de 1998 y sus repercusiones en la realización forzosa de bienes)», en *RGD*, abril 1999, pp. 3593 y ss.
- ROLDÁN MARTÍN, Áurea María: «Propiedad privada, expropiación y responsabilidad en el Derecho público», en *AAMN*, tomo XXXVII, pp. 257 y ss.

- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «La presunción posesoria otorgada por el catálogo de montes de utilidad pública y la usucapión de montes públicos patrimoniales catalogados», en *RJN*, núm. 25, 1998, pp. 245 y ss.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo: «La protección de las creaciones intelectuales en Estados Unidos: nuevos desafíos ante el desarrollo de las tecnologías de la comunicación», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 1999, pp. 235 y ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «La pignoración de saldos de depósitos bancarios», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 245 y ss.
- TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio: «Problemas relativos a la anotación preventiva de embargo del derecho hereditario», en *La Ley*, 1998-3, D-145.
- VARA DE PAZ, Nemesio: «Fallecimiento de uno de los co-titulares de una caja de seguridad. (A propósito de una sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 9 de mayo de 1997)», en *RDBB*, núm. 72, 1998, pp. 1159 y ss.
- VELAYOS MARTÍNEZ, María Isabel: «Presente y futuro de la ejecución hipotecaria al margen del procedimiento del artículo 131 de la LH», en *RGD*, mayo 1999, pp. 5875 y ss.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Acción *communi dividundo*. Indivisibilidad del inmueble y venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1319 y ss.  
Comentario a la STS de 2 de julio de 1998.

## DERECHO DE FAMILIA

- ALONSO UCEDA, Alfredo: «Valoración práctica de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en los procesos de determinación de la filiación: criterios a tener en cuenta y alternativas a considerar», en *RGD*, marzo 1999, pp. 1797 y ss.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «La pareja de hecho: perspectiva jurisprudencial», en *DPC*, núm. 12, 1998, pp. 7 y ss.
- BUSTOS GÓMEZ-RICO, Modesto: «Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros», en *CDJ*, núm. XX, 1997, pp. 419 y ss.
- CACHÓN VILLAR, Pablo: «Las uniones de hecho en el ámbito de las relaciones laborales y de la Seguridad Social», en *CDJ*, núm. XX, 1997, pp. 375 y ss.
- CALVO BABIO, Flora: «Reconocimiento en España de las adopciones constituidas en Rumania: situaciones patológicas», en *La Ley*, 1998-5, D-241.
- CAMARERO SUÁREZ, Victoria: «Estudio de las iniciativas parlamentarias sobre uniones no matrimoniales», en *RGD*, abril 1999, pp. 3553 y ss.
- CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón: «Precario-comodato. Atribución de uso de vivienda conyugal», en *RJC*, núm. 1, 1999, pp. 105 y ss.

CUARTERO RUBIO, María Victoria: «Sustracción internacional de menores. Interpretación del artículo 16 del Convenio de La Haya, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1279 y ss.

Comentario a la STS de 22 de junio de 1998.

ESPINAR VICENTE, José María: «Comentario a la sentencia 604/1998 de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 1999, pp. 31 y ss.

ESTRADA ALONSO, Eduardo: «La legitimación del tutor para interponer demanda de separación del incapacitado», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 1999, pp. 293 y ss.

FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique: «Inscripción de nacimiento y marginal de adopción de niña nepalí por adoptantes españoles acordada en Nepal por la autoridad competente. Efectos de adopción nepalí equivalentes a la adopción prevista en la ley española. Falta del certificado de idoneidad. Denegación de la inscripción en el Registro Civil Central», en *CCJC*, número 48, 1998, pp. 967 y ss.

Comentario a la RDGRN de 16 de febrero de 1998.

GARCÍA VARELA, Román: «La acción de impugnación de la filiación no matrimonial», en *La Ley*, 1998-3, D-139.

GARCÍA-GRANERO MÁRQUEZ, Miguel: «La ganancialidad sobrevenida del domicilio habitual en el matrimonio», en *AAMN*, tomo XXXVII, pp. 31 y ss.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: «La libertad de elección entre matrimonio y unión libre», en *DPC*, núm. 12, 1998, pp. 69 y ss.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro: «Formas de regulación de las uniones de hecho: proyectos legislativos. Pactos entre convivientes: su validez y eficacia», en *CDJ*, núm. XX, 1997, pp. 495 y ss.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «La sociedad de gananciales en liquidación: especial referencia a la comunidad postganancial surgida con ocasión de la crisis conyugal», en *Actualidad Civil*, núm. 14, 1999, pp. 357 y ss.

HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo: «Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales», en *CDJ*, núm. XX, 1997, pp. 533 y ss.

JORDANO BAREA, Juan B.: «Matrimonio y unión libre», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 1999, pp. 181 y ss.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel: «Las uniones de hecho y las relaciones paterno-filiales», en *CDJ*, núm. XX, 1997, pp. 581 y ss.

MARTÍN CASALS, Miquel: «Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja», en *DPC*, núm. 12, 1998, pp. 143 y ss.

- NÚÑEZ GRAÑÓN, Mercedes: «Régimen tributario de las uniones de hecho», en *DPC*, núm. 12, 1998, pp. 189 y ss.
- O'CALLAGHAN, Xavier: «Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho», en *CDJ*, núm. XX, 1997, pp. 13 y ss.
- PARA MARTÍN, Antonio: «El derecho de compensación económica por razón de trabajo», en *RJC*, núm. 2, 1999, pp. 313 y ss.
- Análisis del derecho reconocido en el artículo 41 del Código de Familia catalán, de sus antecedentes recientes, de los presupuestos necesarios para el nacimiento del derecho, de su naturaleza jurídica y cálculo del *quantum*.
- RAMOS QUINTANA, Margarita: «Uniones de hecho, protección social y relación de trabajo», en *DPC*, núm. 12, 1998, pp. 223 y ss.
- ROCA, Encarna: «El nou dret català sobre la família», en *RJC*, núm. 1, 1999, pp. 9 y ss.
- ROVIRA SUEIRO, María E.: «La familia de hecho en Italia: estado actual de la cuestión», en *DPC*, núm. 12, 1998, pp. 269 y ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen: «Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 1999, pp. 303 y ss.
- VICENT LÓPEZ, Cristina: «Notas sobre el acogimiento preadoptivo en la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *RGD*, enero-febrero 1999, pp. 85 y ss.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: «Efectos de la extinción de la pareja de hecho: la vivienda familiar», en *CDJ*, núm. XX, 1997, pp. 617 y ss.

## DERECHO DE SUCESIONES

- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: «Preterición intencional o desheredación injusta. Colación. Error e interpretación de la voluntad del testador. Denegación de prueba», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1055 y ss.
- Comentario a la STS de 6 de abril de 1998.
- HAZA DÍAZ, Pilar de la: «Perspectiva civil del principio tributario de igualdad de la partición hereditaria», en *RDP*, febrero 1999, pp. 109 y ss.
- MARSAL GUILLAMET, Juan: «La falta de acreditación de la aceptación tácita de la herencia conlleva, a efectos registrales, la prevalencia del derecho de transmisión», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 937 y ss.
- Comentario a la RDGRN de 22 de enero de 1998.
- PUIG FERRIOL, Luis: «Introducción al Derecho sucesorio catalán», en *RCDI*, núm. 651, 1999, pp. 487 y ss.
- TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio: «Problemas relativos a la anotación preventiva de embargo del derecho hereditario», en *La Ley*, 1998-3, D-145.

**DERECHO MERCANTIL****PARTE GENERAL. EMPRESA**

ARENAS GARCÍA, Rafael: «Competencia territorial y competencia judicial internacional en el marco de la competencia desleal», en *DN*, abril 1999, pp. 16 y ss.

BACHES OPI, Sergio: «La internacionalización del Derecho de defensa de la competencia en el seno de la Organización Mundial del Comercio: el final de una utopía», en *RGD*, marzo 1999, pp. 2321 y ss.

— «Distribución selectiva de relojes y piezas de recambio (Comentario a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de mayo de 1998, del Pleno, expediente 379/1996)», en *RGD*, marzo 1999, pp. 2483 y ss.

BENAVIDES DEL REY, José Luis: «Denominaciones sociales y propiedad industrial», en *CDJ*, núm. XXI, 1997, pp. 431 y ss.

CANDELARIO MACÍAS, María Isabel: «Conservación de la empresa *versus* libre competencia», en *RGD*, abril 1999, pp. 3535 y ss.

CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto: «Competencia desleal en el mercado de Internet. El caso Microsoft en Estados Unidos, Europa y España», en *La Ley*, 1998-3, D-120.

DESDENTADO DAROCA, Elena: «Precio de los libros y competencia desleal», en *RDM*, núm. 229, 1998, pp. 1251 y ss.

ESTEVE PARDO, Asunción: «La obra multimedia en el Derecho español», en *La Ley*, 1998-3, D-175.

FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel: «Deber de lealtad del administrador cesado (Observación a la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de septiembre de 1997)», en *RGD*, abril 1999, pp. 3991 y ss.

GARCÍA CANO, Sandra: «La cooperación internacional en el ámbito del derecho de la competencia: especial referencia a las relaciones euro-americanas», en *RDCE*, núm. 4, 1998, pp. 721 y ss.

GARCÍA VARELA, Román: «La utilización del vocablo ‘Hollywood’ como marca», en *La Ley*, 1998-3, D-190.

GUASCH MARTORELL, Rafael: «Consideraciones en torno al tratamiento legislativo y doctrinal de la segregación patrimonial y la cesión global del activo y del pasivo», en *RJC*, núm. 1, 1995, pp. 31 y ss.

HIERRO ANIBARRO, Santiago: «La doctrina de Derecho mercantil y el origen de la Sociedad Anónima», en *RDM*, núm. 229, 1998, pp. 1159 y ss.

MATEU DE ROS, Rafael: «El sector financiero y la legislación española sobre consumidores y competencia», en *RDBB*, núm. 72, 1998, pp. 977 y ss.

- NAVARRO VARONA, Edurne: «Comunicaciones recientes de la Comisión europea en materia de competencia», en *RDS*, marzo 1999, pp. 2351 y ss.
- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «Comparación y denigración publicitarias de la “imagen” de empresas indirectamente aludidas (Reflexiones con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997)», en *RDM*, núm. 230, 1998, pp. 1601 y ss.
- PELLISÉ CAPELL, Jaume, y SOLANELLES BATLLÉ, María Teresa: «La protección del color único como marca en el Derecho comunitario», en *RDM*, número 229, 1998, pp. 1101 y ss.
- «Hacia la protección del color único como marca. Una propuesta de *lege ferenda* desde la experiencia jurídica comparada», en *RDM*, núm. 230, 1998, pp. 1563 y ss.
- PETITBÒ JUAN, Amadeo: «La competencia: un bien social», en *AAMN*, tomo XXXVII, pp. 109 y ss.
- SOLANELLES BATLLÉ, María Teresa, y PELLISÉ CAPELL, Jaume: «La protección del color único como marca en el Derecho comunitario», en *RDM*, núm. 229, 1998, pp. 1101 y ss.
- «Hacia la protección del color único como marca. Una propuesta de *lege ferenda* desde la experiencia jurídica comparada», en *RDM*, núm. 230, 1998, pp. 1563 y ss.
- VÁZQUEZ PENA, Manuel José: «Reflexiones en torno a la manifestación publicitaria o comercial de la cuenta corriente bancaria del empresario», en *La Ley*, 1998-5, D-268.
- VIDAL CASERO, María del Carmen: «Las patentes farmacéuticas y el estatuto de la propiedad industrial. Análisis jurisprudencial», en *La Ley*, 1998-4, D-223.
- ZURIMENDI, Aitor: «Publicidad comparativa y denigrante. En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997», en *RGD*, marzo 1999, pp. 2497 y ss.

## DERECHO DE SOCIEDADES

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «Los delitos societarios en el nuevo Código Penal», en *AAMN*, tomo XXXVII, pp. 9 y ss.
- BADÍA, Enric: «La redenominación de los títulos acciones en euros», en *La Ley*, 1998-4, D-224.
- BAYONA GIMÉNEZ, Ricardo: «La separación del socio en la agrupación de interés económico: capital social y responsabilidad», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 322 y ss.
- BENAVIDES DEL REY, José Luis: «Denominaciones sociales y propiedad industrial», en *CDJ*, núm. XXI, 1997, pp. 431 y ss.

- BOTANA AGRA, Manuel: «Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas», en *DN*, enero 1999, pp. 9 y ss.
- CARAZO LIÉBANA, María José: «La aplicación del arbitraje a la impugnación de acuerdos societarios en las sociedades de capital», en *RDM*, núm. 229, 1998, pp. 1211 y ss.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando: «¿Simulación en la anónima? Constitución de una sociedad anónima en fraude de acreedores», en *RDP*, marzo 1999, pp. 179 y ss.
- CONDE DÍEZ, R. G.: «La representación en las juntas generales», en *CDJ*, número XXI, 1997, pp. 611 y ss.
- DÍAZ-AGUADO JALÓN, Carlos: «Interpretación de contrato. Naturaleza jurídica de un compromiso de intenciones. Precontrato. Elementos esenciales del precontrato de sociedad anónima», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1237 y ss.  
Comentario a la STS de 3 de junio de 1998.
- EMBED IRUJO, José Miguel: «Protección de acreedores, grupo de sociedades y levantamiento del velo de la personalidad jurídica (Comentario a la STS 13 diciembre 1996)», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 363 y ss.
- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «¿Una nueva manera de entender e impulsar la evolución del sistema de gobierno de las sociedades cotizadas?», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 13 y ss.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Inés: «La cuota de liquidación en especie en la SRL», en *RDM*, núm. 230, 1998, pp. 1653 y ss.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: «La reforma del mercado de valores italiano y del régimen de las sociedades cotizadas a la luz del “testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articolo 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52” (Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1998. Núm. 58)», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 240 y ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «Sumisión a arbitraje de la nulidad de Junta de accionistas e impugnación de acuerdos sociales», en *La Ley*, 1998-5, D-262.
- GARRIDO ESPÁ, Luis: «Las aportaciones no dinerarias a la sociedad anónima», en *CDJ*, núm. XXI, 1997, pp. 495 y ss.
- GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael: «Algunos aspectos conflictivos de la responsabilidad de los administradores por no promover la disolución de las sociedades anónimas concurriendo causa», en *CDJ*, núm. XXI, 1997, pp. 25 y ss.
- GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel: «Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Sumisión a arbitraje», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1109 y ss.  
Comentario a la STS de 18 de abril de 1998.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús: «Disolución y extinción de las sociedades de capital en el Derecho español», en *CDJ*, núm. XXI, 1997, pp. 143 y ss.

- GONZÁLEZ TAUSZ, Rafael: «Problemas en torno a las Asambleas Generales de Delegados de las Cooperativas», en *La Ley*, 1998-4, D-202.
- GUASCH MARTORELL, Rafael: «Consideraciones en torno al tratamiento legislativo y doctrinal de la segregación patrimonial y la cesión global del activo y del pasivo», en *RJC*, núm. 1, 1999, pp. 31 y ss.
- Análisis crítico de los artículos 94.2 y 117 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, con especial énfasis en la falta de regulación legal y en la necesidad de establecer, en determinados casos, un tratamiento unificado de las diferentes operaciones susceptibles de ser incluidas en una noción amplia de «modificaciones estructurales».
- HIERRO ANIBARRO, Santiago: «La doctrina de Derecho mercantil y el origen de la Sociedad Anónima», en *RDM*, núm. 229, 1998, pp. 1159 y ss.
- «El capital de las sociedades en euros», en *DN*, marzo 1999, pp. 9 y ss.
- LLINÁS ÁLVAREZ, Luis M.: «¿Hacia el reconocimiento de un derecho de información de los administradores? En especial, la posibilidad del accionista-administrador de integrar la cuota prevista en el apartado segundo del artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas a efectos de “ejercitar” el “derecho cualificado de información” reconocido en este artículo. (STS de 12 de junio de 1997)», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 374 y ss.
- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, José María: «Los pactos parasociales», en *AAMN*, tomo XXXVII, pp. 187 y ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La sociedad de responsabilidad limitada laboral: un modelo societario en progreso», en *RDM*, núm. 230, 1998, pp. 1719 y ss.
- MAIRATA LAVIÑA, Jaime: «La especialidad del convenio en la quiebra de las sociedades mercantiles», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 260 y ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María Teresa: «Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje. (STS 18 abril 1998)», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 335 y ss.
- «La tutela penal del derecho de información del accionista», en *RDS*, número 11, 1998, pp. 157 y ss.
- MEJÍAS GÓMEZ, Javier: «La prenda sobre acciones no admitidas a negociación», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 53 y ss.
- NEILA NEILA, José María: «Venta de las participaciones sociales en el procedimiento judicial», en *La Ley*, 1998-5, D-263.
- NIETO CAROL, Ubaldo: «La prenda de participación de sociedades de responsabilidad limitada», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 127 y ss.
- PICÓ I JUNOY, Joan, y VÁZQUEZ ALBERT, Daniel: «El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 183 y ss.



- RICO ARÉVALO, Belén: «Las sociedades de inversión mobiliaria de capital variable como sociedades anónimas especiales», en *RDBB*, núm. 72, 1998, pp. 1023 y ss.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «Las participaciones sin voto: posibilidad legal y utilidades», en *La Ley*, 1998-4, D-205.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María: «El *Código Olivencia* y la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 133 y ss.
- SÁNCHEZ RUS, Heliodoro: «La amortización forzosa de acciones en el Derecho español», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 205 y ss.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús: «Baja del socio cooperativo y reembolso de sus aportaciones sociales», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 1999, pp. 113 y ss.
- «Cooperativas. Baja voluntaria del socio: efectividad. Plazo de preaviso. Carácter justificado de la baja», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 999 y ss.  
Comentario a la STS de 16 de marzo de 1998.
- VAQUERIZO ALONSO, Alberto: «Distribuciones patrimoniales irregulares al socio en la sociedad anónima», en *RDM*, núm. 230, 1998, pp. 1455 y ss.
- VÁZQUEZ ALBERT, Daniel: «El derecho de suscripción preferente en el Derecho Comunitario», en *RDM*, núm. 230, 1998, pp. 1691 y ss.
- «El derecho de suscripción preferente en Europa», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 79 y ss.
- VÁZQUEZ ALBERT, Daniel, y PICÓ I JUNOY, Joan: «El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 183 y ss.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: «La adquisición de acciones propias: problemas de política jurídica y tendencias legislativas», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 33 y ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Responsabilidad de los contratos celebrados en nombre de la sociedad en formación y de la sociedad irregular», en *CDJ*, núm. XXI, 1997, pp. 751 y ss.
- ZAMORANO ROLDÁN, Sergio: «Reclamación de cantidad debida por una sociedad anónima. Responsabilidad solidaria del administrador y socio único por las obligaciones sociales ex artículo 262.5 en relación al artículo 260.1.4.º TRLSA de 22 de diciembre de 1989», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1017 y ss.  
Comentario a la STS de 18 de marzo de 1998.

## INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- CONLLEDO LANTERO, Fernando: «La convergencia legal en el Tratado de la Unión Económica y Monetaria: ¿Hacia un modelo único de banco central nacional?», en *RDBB*, núm. 71, 1998, pp. 649 y ss.

- FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria: «La reforma del mercado de valores italiano y del régimen de las sociedades cotizadas a la luz del “testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articolo 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52” (Decreto Legislativo de 24 de febrero de 1998)», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 240 y ss.
- FARRANDO MIGUEL, Ignacio: «Noticia sobre la ordenación jurídica del sistema financiero andorrano», en *RDBB*, núm. 72, 1998, pp. 1133 y ss.
- HERNÁNDEZ ABELLO, Álvaro, y JIMÉNEZ-BLANCO, Gonzalo: «El control administrativo de las emisiones de valores: antecedentes y régimen vigente. Examen especial de verificación administrativa por la Comisión Nacional del Mercado de Valores», en *RDBB*, núm. 72, 1998, pp. 1099 y ss.
- HERNÁNDEZ SAINZ, Esther: «La prohibición de los abusos de información privilegiada en el Derecho del Mercado de Valores Francés», en *RDBB*, número 71, 1998, pp. 747 y ss.
- JIMÉNEZ-BLANCO, Gonzalo, y HERNÁNDEZ ABELLO, Álvaro: «El control administrativo de las emisiones de valores: antecedentes y régimen vigente. Examen especial de verificación administrativa por la Comisión Nacional del Mercado de Valores», en *RDBB*, núm. 72, 1998, pp. 1099 y ss.
- MALO CONCEPCIÓN, José Vicente: «Prenda de participaciones en fondos de inversión mobiliaria», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 195 y ss.
- PRIEGO, Francisco Javier: «El andamiaje institucional del Sistema Europeo de Bancos Centrales», en *La Ley*, 1998-3, D-125.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: «Apunte crítico sobre algunas propuestas de reforma de la Ley del Mercado de Valores dignas de comentario», en *RDBB*, núm. 71, 1998, pp. 839 y ss.
- SÁNCHEZ MIGUEL, María Candelas: «Cuenta corriente bancaria: cumplimiento de las Circulares del Banco de España. (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13, de 27 de enero de 1998)», en *RDBB*, núm. 72, 1998, pp. 1173 y ss.
- ZAMORANO ROLDÁN, Sergio: «El texto único italiano de las disposiciones en materia de mercados financieros», en *RDBB*, núm. 71, 1998, pp. 815 y ss.

## CONTRATOS MERCANTILES

- ALPA, Guido: «Nuevos aspectos de la tutela del consumidor. La ley italiana de consumidores de 2 de julio de 1998», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 1999, pp. 15 y ss.
- BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo, y BAÑEGIL HERRERO, Adolfo: «Los contratos bancarios de descuento y de cobertura de riesgos y el afianzamiento (el papel de los fedatarios públicos)», en *La Ley*, 1998-5, D-272.
- BOLDÓ RODA, Carmen: «El seguro de amortización de préstamos», en *RDBB*, núm. 71, 1998, pp. 695 y ss.

- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María: «Condiciones generales en la contratación financiera», en *RCDI*, núm. 651, 1999, pp. 389 y ss.
- CANO RICO, José Ramón: «La ejecución de garantías reales mobiliarias», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 399 y ss.
- CREMADES, Bernardo M.: «El arbitraje comercial internacional en una economía globalizada», en *La Ley*, 1998-5, D-233.
- CUARTERO RUBIO, María Victoria: «El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional», en *La Ley*, 1998-3, D-171.
- CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: «Embargo preventivo de buques: estudio jurisprudencial», en *La Ley*, 1998-5, D-266.
- DÍAZ MÉNDEZ, Nicolás: «Pignoración de la póliza de seguro de vida», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 343 y ss.
- FRIGOLA RIERA, Antoni: «El tratamiento de la responsabilidad objetiva en el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *La Ley*, 1998-3, D-150.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Javier: «La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación», en *La Ley*, 1998-5, D-257.
- GARCÍA SOLÉ, Fernando: «El *confirming*: una nueva técnica financiera», en *La Ley*, 1998-4, D-216.
- Estudio de la figura del denominado *confirming*, contrato por el que una entidad de crédito presta un servicio administrativo-financiero a otra empresa, generalmente de distribución o comercialización, consistente en la gestión y administración de los pagos que ésta última ha de hacer a sus proveedores. Se trata de una nueva técnica financiera que, en España, ha surgido fundamentalmente en el ámbito de actividad de los establecimientos financieros de crédito.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «La noción de consumidor *normalmente informado* en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la sentencia *Gut Springenheide*», en *DN*, abril 1999, pp. 1 y ss.
- HERNÁNDEZ IZAL, Santiago: «El contracte de Time Charter davant el Tribunal Suprem: una jurisprudència erràtica», en *RJC*, núm. 1, 1999, pp. 49 y ss.
- HERNÁNDEZ SAINZ, Esther: «La prohibición de los abusos de información privilegiada en el Derecho del Mercado de Valores Francés», en *RDBB*, número 71, 1998, pp. 747 y ss.
- INFANTE PÉREZ, Vicente: «El plazo de validez de los avales bancarios», en *RDBB*, núm. 71, 1998, pp. 829 y ss.
- MALO CONCEPCIÓN, José Vicente: «Prenda de participaciones en fondos de inversión mobiliaria», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 195 y ss.

- MATEOS BONILLA, Ismael: «La entrada en circulación del euro y el objeto del contrato en las obligaciones pecuniarias y en las deudas de valor», en *DN*, marzo 1999, pp. 1 y ss.
- MATEU DE ROS, Rafael: «El sector financiero y la legislación española sobre consumidores y competencia», en *RDBB*, núm. 72, 1998, pp. 977 y ss.
- MEJÍAS GÓMEZ, Javier: «La prenda sobre acciones no admitidas a negociación», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 53 y ss.
- MULLERAT, Ramón: «El arbitraje de consumo en Estados Unidos», en *La Ley*, 1998-3, D-172.
- NAVARRO CHINCHILLA, José Justo: «La pignoración de la letra de cambio», en *EDJ* núm. 8, 1998, pp. 305 y ss.
- PALAU RAMÍREZ, Felipe: «Las obligaciones del agente (En torno al artículo 9 de la Ley sobre Contrato de Agencia)», en *RDM*, núm. 230, 1998, pp. 1505 y ss.
- PANTALEÓN, Fernando: «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 175 y ss.
- PASCUAL DE MIGUEL, Alfonso: «Prenda sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 17 y ss.
- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio: «Fundamento y alcance de la responsabilidad por daños en el Derecho Marítimo», en *RDM*, núm. 229, 1998, pp. 1285 y ss.
- RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Javier: «Naturaleza jurídica de la relación entre los repartidores y mensajeros y las empresas de transporte: ¿contrato laboral o mercantil?», en *La Ley*, 1998-4, D-191.
- SÁNCHEZ MIGUEL, María Candelas: «Cuenta corriente bancaria: cumplimiento de las Circulares del Banco de España. (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13, de 27 de enero de 1998)», en *RDBB*, núm. 72, 1998, pp. 1173 y ss.
- SCHOFIELD, Diane: «Mediación comercial», en *La Ley*, 1998-5, D-273.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «La pignoración de saldos de depósitos bancarios», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 245 y ss.
- TIMOTEO, Marina: «Desequilibrios contractuales y adecuación del contrato en los principios Unidroit», en *RDM*, núm. 229, 1998, pp. 1269 y ss.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Contrato de suministro de carburante para uso y consumo empresarial. Pago con tarjeta: reclamación de cantidad. Inaplicación de la prescripción trienal del artículo 1967.4 CC», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 927 y ss.
- Comentario a la STS de 6 de octubre de 1997.
- «Prescripción extintiva: aplicación del Convenio de 19 de mayo de 1956 sobre Transporte Internacional de Mercancías por Carretera. Interrupción

de la prescripción extintiva por reclamación extrajudicial: efectos. Sentido del término *responder*», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1305 y ss.

Comentario a la STS de 29 de junio de 1998.

VARA DE PAZ, Nemesio: «Fallecimiento de uno de los co-titulares de una caja de seguridad. (A propósito de una sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 9 de mayo de 1997)», en *RDBB*, núm. 72, pp. 1159 y ss.

VÁZQUEZ PENA, Manuel José: «Reflexiones en torno a la manifestación publicitaria o comercial de la cuenta corriente bancaria del empresario», en *La Ley*, 1998-5, D-268.

## TÍTULOS VALOR, LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

DÍAZ MORENO, Alberto, y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J.: «Apuntes sobre las modificaciones introducidas en la Ley Cambiaria y del Cheque por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma del Mercado de Valores», en *RDBB*, núm. 72, 1998, pp. 1067 y ss.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «Ejercicio por subcontratista de la acción directa regulada en el artículo 1597 CC. No basta el mero requerimiento notarial de retención de deuda dirigido al comitente. Pago por letras de cambio», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 951 y ss.

Comentario a la STS de 28 de enero de 1998.

EIZAGUIRRE, José María de: «Los valores en papel», en *RDM*, núm. 229, 1998, pp. 1009 y ss.

GIRGADO PERANDONES, Pablo: «En torno a la denominación de cheque como requisito esencial y la validez frente a terceros de la conformación de un cheque por personas no autorizada», en *RDBB*, núm. 71, 1998, pp. 875 y ss.

HERNÁNDEZ ABELLO, Álvaro, y JIMÉNEZ-BLANCO, Gonzalo: «El control administrativo de las emisiones de valores: antecedentes y régimen vigente. Examen especial de verificación administrativa por la Comisión Nacional del Mercado de Valores», en *RDBB*, núm. 72, 1998, pp. 1099 y ss.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., y DÍAZ MORENO, Alberto: «Apuntes sobre las modificaciones introducidas en la Ley Cambiaria y del Cheque por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma del Mercado de Valores», en *RDBB*, núm. 72, 1998, pp. 1067 y ss.

JIMÉNEZ-BLANCO, Gonzalo, y HERNÁNDEZ ABELLO, Álvaro: «El control administrativo de las emisiones de valores: antecedentes y régimen vigente. Examen especial de verificación administrativa por la Comisión Nacional del Mercado de Valores», en *RDBB*, núm. 72, 1998, pp. 1099 y ss.

LLINÁS ÁLVAREZ, Luis M.: «Retroacción de la quiebra y posición del acreedor pignoraticio *cambiario*», en *RGD*, enero-febrero 1999, pp. 589 y ss.

MALO CONCEPCIÓN, José Vicente: «Prenda de participaciones en fondos de inversión mobiliaria», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 195 y ss.

NAVARRO CHINCHILLA, José Justo: «La pignoración de la letra de cambio», en *EDJ* núm. 8, 1998, pp. 305 y ss.

PASCUAL DE MIGUEL, Alfonso: «Prenda sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 17 y ss.

RAMOS HERRANZ, Isabel: «Cheques electrónicos», en *RDBB*, núm. 229, 1998, pp. 1223 y ss.

SÁNCHEZ ANDRÉS, Anibal: «Apunte crítico sobre algunas propuestas de reforma de la Ley del Mercado de Valores dignas de comentario», en *RDBB*, núm. 71, 1998, pp. 839 y ss.

## DERECHO CONCURSAL

BURUAGA PUERTAS, Vicente, y SALA REIXACHS, Alberto: «Breve referencia a las causas que han originado un aumento considerable de los procedimientos de quiebra voluntaria», en *RGD*, enero-febrero 1999, pp. 539 y ss.

CUARTERO RUBIO, María Victoria: «Garantías del turista “combinado” en caso de insolvencia o quiebra de la agencia de viajes (Comentario a la sentencia del TJCE, Sala 5.ª, de 14 de mayo de 1998. Asunto C-364/96: *Verein für Konsumenteninformation c. Österreichische Kreditversicherung AG*)», en *La Ley*, 1998-4, D-214.

GARCÍA VILLAVERDE, Rafael: «Efectos de la declaración de la quiebra sobre el deudor de carácter patrimonial», en *AAMN*, tomo XXXVII, pp. 163 y ss.

GARRIDO ESPA, Luis, y GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael: «La intervención judicial en los expedientes de suspensión de pagos: nombramiento, funciones, obligaciones y responsabilidad», en *RGD*, enero-febrero 1999, pp. 549 y ss.

GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, y GARRIDO ESPA, Luis: «La intervención judicial en los expedientes de suspensión de pagos: nombramiento, funciones, obligaciones y responsabilidad», en *RGD*, enero-febrero 1999, pp. 549 y ss.

LLINÁS ÁLVAREZ, Luis M.: «Retroacción de la quiebra y posición del acreedor pignoraticio *cambiario*», en *RGD*, enero-febrero 1999, pp. 589 y ss.

MAIRATA LAVIÑA, Jaime: «La especialidad del convenio en la quiebra de las sociedades mercantiles», en *RDS*, núm. 11, 1998, pp. 260 y ss.

MARTÍN PASTOR, José: «La nulidad derivada de la retroacción de la quiebra y la protección de los terceros adquirentes al amparo del artículo 34 LH: una revisión de la jurisprudencia reciente», en *RGD*, mayo 1999, pp. 5963 y ss.

PANTALEÓN, Fernando: «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal», en *EDJ*, núm. 8, 1998, pp. 175 y ss.

SALA REIXACHS, Alberto, y BURUAGA PUERTAS, Vicente: «Breve referencia a las causas que han originado un aumento considerable de los procedimientos de quiebra voluntaria», en *RDD*, enero-febrero 1999, pp. 539 y ss.

VILA FLORENSA, Pablo: «De los efectos del Convenio en el juicio de quiebra sobre las acciones de reintegración a la masa», en *RGD*, enero-febrero 1999, pp. 581 y ss.

## **DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE**

ABAD LICERAS, José María: «Las normas urbanísticas de aplicación directa: análisis doctrinal y jurisprudencial ante la nueva Ley 6/1998 de Régimen del Suelo y Valoración», en *La Ley*, 1998-3, D-156.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: «Algunas reflexiones sobre los efectos de la STC 61/1997 en las regulaciones del Planeamiento establecidas en leyes sectoriales; en particular, su incidencia sobre los artículos 20 y 21 de la Ley del Patrimonio Histórico Español», en *RDU*, núm. 167, 1999, pp. 55 y ss.

BASSOLS COMA, Martín: «Panorama del Derecho urbanístico español: balance y perspectivas», en *RDU*, núm. 166, 1998, pp. 63 y ss.

CALVO CHARRO, María: «Contaminación de suelos y desertización en España (Un análisis global de su situación jurídica)», en *RDU*, núm. 167, 1999, pp. 143 y ss.

CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio: «El Texto Refundido catalán sobre materia urbanística», en *RDU*, núm. 167, 1999, pp. 11 y ss.

CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «El Derecho administrativo sancionador en la práctica urbanística. Especial referencia al procedimiento sancionador», en *RDU*, núm. 168, 1999, pp. 61 y ss.

CORNEJO MANZANARES, Pilar: «El valor de repercusión fiscal. Un concepto vigente en la actual legislación urbanística», en *RDU*, núm. 166, 1998, pp. 113 y ss.

CUBEL SÁNCHEZ, Pablo: «La caracterización de los residuos peligrosos en el ordenamiento jurídico español tras la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos», en *RDU*, núm. 166, 1998, pp. 163 y ss.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger: «Un nuevo modelo en la gestión urbanística. La experiencia de la legislación valenciana», en *RDU*, número 166, 1998, pp. 89 y ss.

GARRIDO COUREL, Patricia: «Reflexiones en torno a la Ley de Envases y Residuos de Envases», en *La Ley*, 1998-3, D-162.

IGLESIA MONJE, Isabel de la: «El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones y la reforma del Reglamento Hipotecario», en *RCDI*, núm. 650, 1999, pp. 27 y ss.

- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe: «Estudio de la reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia sobre gestión urbanística», en *RDU*, núm. 168, 1999, pp. 47 y ss.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier, y SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «Urbanismo y energía nuclear: el almacén de residuos radioactivos de Trillo (Guadalajara)», en *RDU*, núm. 168, 1999, pp. 103 y ss.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta: «Desintonía jurisprudencial en relación con la aplicación de la Sentencia del TC 61/97», en *RDU*, núm. 167, 1999, pp. 31 y ss.
- Análisis de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, en aplicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo, por lo que se declararon nulos, por inconstitucionales, determinados preceptos del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, de 26 de junio de 1992.
- MEDINA DE LEMUS, Manuel: «Subrogación real y urbanismo», en *RCDI*, número 651, 1999, pp. 561 y ss.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: «La capacidad autonómica de establecimiento de una ordenación urbanística propia en el marco de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones», en *RDU*, núm. 166, 1998, pp. 11 y ss.
- PORTO REY, Enrique: «¿Reparto de aprovechamientos y cargas en el suelo urbano consolidado?», en *RDU*, núm. 167, 1999, pp. 99 y ss.
- ROMERO ALOY, María Jesús: «Los programas urbanísticos de la Comunidad Valenciana (una primera valoración de resultados)», en *RGD*, mayo 1999, pp. 5341 y ss.
- SAINZ DE ROBLES, Inmaculada: «La Ley 10/1998 de 21 de abril, de Residuos», en *La Ley*, 1998-5, D-279.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «Protección de la legalidad urbanística: problemas prácticos», en *RDU*, núm. 168, 1999, pp. 11 y ss.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, y JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier: «Urbanismo y energía nuclear: el almacén de residuos radioactivos de Trillo (Guadalajara)», en *RDU*, núm. 168, 1999, pp. 103 y ss.
- SOLER MATUTES, Pere: «El risc de greu perjudici per a l'equilibri dels sistemes naturals a l'article 325 del Codi penal», en *RJC*, núm. 2, 1999, pp. 465 y ss.
- ZIEGLER, Edward H.: «Belleza visual, estética y diseño en el Derecho urbanístico de los Estados Unidos», en *RDU*, núm. 167, 1999, pp. 81 y ss.

## DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- BADÍA, Enric: «La redenominación de los títulos acciones en euros», en *La Ley*, 1998-4, D-224.



- BAQUERO CRUZ, Julio: «La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Amsterdam», en *RDC*, núm. 4, 1998, pp. 639 y ss.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando: «Derecho Comunitario, Derecho de los Tratados y sanciones económicas. Comentario a la sentencia del TJCD de 16 de junio de 1998, *Racke*», en *RDCE*, núm. 4, 1998, pp. 549 y ss.
- CONLEDO LANTERO, Fernando: «La convergencia legal en el Tratado de la Unión Económica y Monetaria: ¿Hacia un modelo único de banco central nacional?», en *RDBB*, núm. 71, 1998, pp. 649 y ss.
- GALINDO, Fernando: «El proyecto de Directiva Europea sobre firma electrónica», en *La Ley*, 1998-3, D-164.
- GARCÍA CANO, Sandra: «La cooperación internacional en el ámbito del derecho de la competencia: especial referencia a las relaciones euro-americanas», en *RDC*, núm. 4, 1998, pp. 721 y ss.
- GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto: «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia», en *RDCE*, núm. 4, 1998, pp. 501 y ss.
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel: «La articulación jurídica de la Unión Económica y Monetaria en su fase definitiva», en *RDCE*, núm. 4, 1998, pp. 389 y ss.
- LÓPEZ PINA, Antonio: «Las tareas públicas en la Unión Europea», en *RDC*, núm. 4, 1998, pp. 353 y ss.
- LUNAS DíEZ, María José: «El principio de primacía comunitario y el Derecho Internacional Privado», en *RDC*, núm. 4, 1998, pp. 501 y ss.
- MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel Ángel: «Litispendencia comunitaria: ¿interés idéntico equivale a identidad de partes? (Comentario a la STJCE de 19 mayo 1998)», en *La Ley*, 1998-3, D-182.
- NAVARRO BATISTA, Nicolás: «La lucha contra el fraude tras el Tratado de Amsterdam: un proceso inacabado», en *RDC*, núm. 4, 1998, pp. 429 y ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «Cuestiones lingüísticas y normativas del Derecho Comunitario europeo», en *RDC*, núm. 4, 1998, pp. 593 y ss.
- PALOMARES AMAT, Miquel: «El efecto directo de las disposiciones de los acuerdos internacionales de las Comunidades Europeas», en *La Ley*, 1998-5, D-226.
- PELLISÉ CAPELL, Jaume, y SOLANELLES BATLLÉ, María Teresa: «La protección del color único como marca en el Derecho comunitario», en *RDM*, número 229, 1998, pp. 1101 y ss.
- «Hacia la protección del color único como marca. Una propuesta de *lege ferenda* desde la experiencia jurídica comparada», en *RDM*, núm. 230, 1998, pp. 1563 y ss.
- PRIEGO, Francisco Javier: «El andamiaje institucional del Sistema Europeo de Bancos Centrales», en *La Ley*, 1998-3, D-125.

SOLANELLES BATLLÉ, María Teresa, y PELLISÉ CAPELL, Jaume: «La protección del color único como marca en el Derecho comunitario», en *RDM*, núm. 229, 1998, pp. 1101 y ss.

— «Hacia la protección del color único como marca. Una propuesta de *lege ferenda* desde la experiencia jurídica comparada», en *RDM*, núm. 230, 1998, pp. 1563 y ss.

VÁZQUEZ ALBERT, Daniel: «El derecho de suscripción preferente en el Derecho Comunitario», en *RDM*, núm. 230, 1998, pp. 1691 y ss.

## DERECHO PROCESAL

ARENAS GARCÍA, Rafael: «Competencia territorial y competencia judicial internacional en el marco de la competencia desleal», en *DN*, abril 1999, pp. 16 y ss.

BONET NAVARRO, Ángel: «Falta de necesidad de la reconvencción para oponer la nulidad del título. Prohibición de la acción rescisoria por vía de reconvencción», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1145 y ss.

Comentario a la STS de 27 de abril de 1998.

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen: «Análisis y sugerencias sobre la regulación de la abstención en el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil (abril de 1997) y en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (diciembre de 1997): estudio comparativo con la Ley Orgánica del Poder Judicial», en *RPJ*, núm. 50, 1998, pp. 261 y ss.

CAMAS JIMENA, Manuel: «Aspectos procesales del arbitraje de consumo», en *La Ley*, 1998-5, D-228.

CREMADES SANZ-PASTOR, Juan Antonio: «Arbitraje y casación», en *La Ley*, 1998-4, D-194.

CUARTERO RUBIO, María Victoria: «El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional», en *La Ley*, 1998-3, D-171.

CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: «Recursos y oposición al embargo preventivo de buque», en *RGD*, mayo 1999, pp. 5945 y ss.

DELGADO MARTÍN, Joaquín: «Oposición a decisiones en materia de protección de menores», en *RPJ*, núm. 50, 1998, pp. 301 y ss.

DÍAZ MÉNDEZ, Nicolás: «Recursos de reposición, queja y apelación en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1998-3, D-129.

FAYOS GARDO, Antonio: «Libertad de prensa y procesos judiciales: una visión de la institución británica del *Contempt of Court*», en *La Ley*, 1998-5, D-234.

FONT SERRA, Eduardo: «La prueba en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1998-3, D-88.

- FONTESTAD PORTALES, Leticia: «Notas acerca del juicio verbal especial sobre responsabilidad derivada de accidentes de circulación», en *RGD*, mayo 1999, pp. 5911 y ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «Eficacia de la consignación del precio mediante aval bancario para dar curso a las demandas de retracto», en *La Ley*, 1998-3, D-159.
- GARNICA MARTÍN, Juan F.: «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Problemas de Derecho sustantivo y procesal», en *RPJ*, núm. 50, 1998, pp. 317 y ss.
- GARRIDO ESPA, Luis, y GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael: «La intervención judicial en los expedientes de suspensión de pagos: nombramiento, funciones, obligaciones y responsabilidad», en *RGD*, enero-febrero 1999, pp. 549 y ss.
- GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, y GARRIDO ESPA, Luis: «La intervención judicial en los expedientes de suspensión de pagos: nombramiento, funciones, obligaciones y responsabilidad», en *RGD*, enero-febrero 1999, pp. 549 y ss.
- GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto: «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia», en *RDCE*, núm. 4, 1998, pp. 501 y ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «Algunos problemas de delimitación entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil después de la reciente Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998. En especial, las vías de hecho», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 1999, pp. 249 y ss.
- GUTIÉRREZ ZARZA, María Ángeles: «Carácter no vinculante del pacto sobre costas. Imposibilidad de incluir en la tasación los honorarios devengados por el abogado en el trámite de personación al recurso de casación. Facultades del Secretario para modificar los derechos excesivos del procurador», en *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1199 y ss.
- Comentario a la STS de 20 de mayo de 1998.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: «La “recuperación” de la casación aragonesa (Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 14 de julio de 1998)», en *DPC*, núm. 12, 1998, pp. 311 y ss.
- HINOJOSA FONSECA, Rafael, y SERRANO HERNÁNDEZ, José Manuel: «La pericia médico-forense en materia psiquiátrica», en *La Ley*, 1998-3, D-148.
- JUENA LEIVA, Renato Javier: «Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico», en *La Ley*, 1998-4, D-207.
- LAMO RUBIO, Jaime de: «El nuevo incidente de nulidad de actuaciones judiciales (Comentario al artículo 1 de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial)», en *La Ley*, 1998-5, D-225.
- MARTÍN OSTOS, José de los Santos: «La prueba de oficio en el nuevo proceso civil», en *La Ley*, 1998-5, D-278.

- MORÓN PALOMINO, Manuel: «El recurso de casación civil y su reforma (A propósito del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil)», en *La Ley*, 1998-3, D-177.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: «La prueba mediante documento electrónico digitalmente firmado» en *Actualidad Civil*, núm. 8, 1999, pp. 219 y ss.
- PICÓ I JUNOY, Joan: «Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser. Compleja revisión crítica de la jurisprudencia creada sobre las diligencias para mejor proveer en el proceso civil», en *La Ley*, 1998-4, D-203.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco José: «La responsabilitat de les administracions sanitàries: algunes reflexions sobre la jurisdicció competent y la construcció dogmàtica de la responsabilitat administrativa», en *RJC*, núm. 2, 1999, pp. 381 y ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «Reflexiones sobre el avalúo y la subasta de bienes inmuebles en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1998-4, D-206.
- SERRANO HERNÁNDEZ, José Manuel, e HINOJOSA FONSECA, Rafael: «La pericia médico-forense en materia psiquiátrica», en *La Ley*, 1998-3, D-148.
- TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio: «Costas procesales y tercería de mejor derecho», en *La Ley*, 1998-5, D-255.
- URBANO CASTRILLO, Eduardo de: «Sobre la nulidad *post sententiam*», en *La Ley*, 1998-4, D-209.
- VELAYOS MARTÍNEZ, María Isabel: «Presente y futuro de la ejecución hipotecaria al margen del procedimiento del artículo 131 de la LH», en *RGD*, mayo 1999, pp. 5875 y ss.

## ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDPat.	Revista de Derecho Patrimonial
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

### 1.1. UTILIZACIÓN DEL GALLEGO EN EL REGISTRO CIVIL

**La inscripción de nacimiento ha de redactarse sólo en castellano.**

**Res. DGRN, de 5 de septiembre de 1998.**

#### HECHOS:

Con fecha 4 de junio de 1998, ante el Registro Civil de L., don B. S. S y doña C. M. N. presentaron escrito en lengua gallega para que se inscribiera, en esta lengua, el nacimiento del hijo de ambos, acaecido el 27 de mayo de 1998.

El Juez Encargado dictó providencia por la que denegaba la práctica en lengua gallega de la inscripción solicitada y ordenando que se practique en castellano.

Los promotores recurrieron frente a dicha providencia ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 3, 14 y 149 de la Constitución; 5 del Estatuto de Autonomía de Galicia; la Ley gallega 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística; 86, 194, 298 y 300 del Reglamento del Registro Civil; las Órdenes Ministeriales de 26 de mayo de 1988, 20 de julio de 1989 y 21 de enero de 1993; las Sentencias del Tribunal Constitucional 82, 83, 84/1986, 74/1989, 56/1990, 337/1994 y 87/1997; la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 26 de enero de 1993; la Circular de 1 de marzo de 1984; y las Resoluciones de 22 de noviembre de 1985, 20 de octubre de 1987, 27 de junio de 1988, 16 de agosto de 1993, 15 de febrero de 1994 y 10 de enero y 2 de julio de 1997.

II. Para resolver esta cuestión, como todas las relativas al uso del gallego 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 de Galicia no contenga ninguna referencia al Registro Civil y que el artículo 9 de la Ley gallega de normalización lingüística (Ley 3/1983) regule, en su primer apartado, el uso de la lengua en la inscripción de documentos en los Registros públicos dependientes de la Administración autonómica, mientras que, a continuación, se limita a señalar que en los Registros públicos no dependientes de la Comunidad Autónoma, la Junta de Galicia promoverá, de acuerdo con los órganos competentes, el uso normal del gallego.

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 RRC a fin de permitir que, dentro del territorio de estas Comunidades Autónomas, pudieran presentarse al Registro Civil documentos en su idioma oficial propio, sin traducción al castellano; las Órdenes Ministeriales de 26 de mayo de 1988, 20 de julio de 1989 y 21 de enero de 1993 han aprobado los correspondientes modelos oficiales bilingües para todos los impresos relacionados con el Registro Civil, y la Circular de 1 de marzo de 1984 ha aprobado también un modelo bilingüe para la expedición de certificaciones literales de este Registro.

IV. No hay, por el contrario, norma que permita que una inscripción de nacimiento se redacte en gallego, 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 gallegos para utilizar el gallego 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. Recuérdese que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida fundamentalmente en las tres sentencias 82, 83 y 84 de junio de 1986, y en la más reciente sentencia 87 de 29 de abril de 1997, el derecho de los gallegos 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, y no se extiende a la circunstancia de que la lengua interna de organización de un registro estatal sea el castellano.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar íntegramente la decisión recurrida.

## 2. INSCRIPCIONES DE NACIMIENTO Y DE FILIACIÓN

### 2.1. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO FUERA DE PLAZO

**Denegación: nacimiento acaecido fuera de España y que no afecta a españoles.**

**Determinación de la filiación: no cumple los requisitos exigidos por el Derecho español.**

**Res. DGRN, de 18 de marzo de 1998.**

#### HECHOS:

Doña P. L. F, nacional dominicana, contrajo matrimonio con don A. R. B., español, el 12 de abril de 1986, en la República Dominicana, donde se decretó, con fecha 2 de febrero de 1987, el divorcio de esta unión. La Sra. F., con fecha 11 de agosto de 1987 y ante autoridad dominicana, declaró ser madre del menor S. A. R., nacido en la República Dominicana el 9 de septiembre de 1982. Dicho menor fue reconocido, con fecha 15 de mayo de 1997 y ante autoridad dominicana, por don A. R. B., como hijo suyo y de doña P. L. F.

El día 16 de junio de 1997, don A. R. B., residente la República Dominicana, ante el Registro Civil consular, solicitó fuese inscrito fuera de plazo el nacimiento de su hijo S. A. R.

El Encargado del Registro Civil consular acordó denegar la inscripción solicitada al considerar que se trata exclusivamente de un hijo de la ex-esposa del solicitante, por lo que tal nacimiento no puede acceder al Registro.

Los promotores recurrieron 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 de 1981; y las Resoluciones de 26 de octubre y 22 de diciembre de 1994, 17 de abril y 9 de mayo de 1995, 25.2.ª de septiembre y 11 de octubre de 1996; 3.1.ª y 24 de noviembre de 1997.

II. Puesto que se pretende que el nacido es español, como hijo 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. En este caso, la filiación materna no matrimonial no está acreditada ni determinada legalmente, porque para el Derecho español no basta un reconocimiento de la maternidad efectuado por comparecencia ante el Registro Civil dominicano en 1987, cuando el nacimiento acaeció en 1982. Transcurrido el plazo para declarar el nacimiento (cfr. art. 120.4.º CC) la simple constancia de la maternidad en la inscripción no es bastante para la determinación legal de la filiación materna. El reconocimiento voluntario de la maternidad no matrimonial respecto de un menor de edad español requiere, para ser eficaz, el consentimiento expreso de su represen-



tante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido (cfr. artículo 124.1.º 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. El hecho de que los presuntos padres hayan contraído matrimonio entre sí en 1986, no supone sin más el establecimiento de la filiación matrimonial del hijo, visto que para este 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, puesto que los reconocimientos voluntarios no han sido acompañados de los 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.º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

V. No estando, pues, acreditada la relación con un español del nacido, el nacimiento de éste no es inscribible en el Registro Civil consular (cfr. arts. 15 LRC y 66 RRC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el Auto apelado.

## 2.2. INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL FUERA DE PLAZO

**Reconocimiento efectuado por madre casada y varón distinto del marido, al que ha prestado su consentimiento el Ministerio Fiscal. Nacimiento acaecido pasados trescientos días desde la separación de los cónyuges.**

Res. DGRN, de 2 de febrero de 1998 (1.º).

### HECHOS:

Con fecha 12 de julio de 1996, don D. P. T. y doña R. E. C. H., españoles, solicitaron del Registro Civil de su domicilio en España, fuese inscrito el nacimiento del hijo de ambos, F. J., acaecido en El Salvador el 10 de noviembre de 1989, y en cuyo certificado de nacimiento, expedido por autoridad salvadoreña, aparece como hijo de la promotora.

El promotor, por escrito de 2 de noviembre de 1995, dirigido al Registro Civil Central, reconoció al menor como hijo suyo, con el consentimiento de la madre. El Ministerio Fiscal no se opuso a la inscripción de éste como hijo no matrimonial de aquéllos.

La Sra. C. H., originaria de El Salvador, contrajo matrimonio en dicho país con don M. A. C., si bien la separación de hecho de los cónyuges se produjo varios años antes del nacimiento del menor F. J. En el año 1985, dicha señora se trasladó a España y, por Orden de 21 de noviembre de 1985, le fue concedida la nacionalidad española.

Elevadas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado dictó Auto por el que ordenaba inscribir el nacimiento del menor, así como la filiación matrimonial del mismo como hijo de los cónyuges don M. A. C. y doña R. E. C. H.

Los promotores recurrieron frente a dicho Auto ante la DGRN. El Ministerio Fiscal interesó la confirmación del Auto impugnado.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 113, 116, 120 y 124 del Código Civil; 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley de 30 de diciembre de 1981; 16, 23 y 95 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 85, 185, 311 a 316 y 344 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 2 de junio de 1981; y las Resoluciones de 11 de noviembre de 1987, 19 de mayo, 21 y 22 de julio, 3 de noviembre de 1989, 3 de febrero y 18 de abril de 1990, 28 de octubre de 1991, 4 de junio de 1992, 6 de febrero y 28 de octubre de 1993, 30.1.ª de abril, 7 de junio y 7.1.ª y 2.ª de noviembre de 1994, 17 de abril y 1 de junio de 1995 y 30 de mayo y 8 de noviembre de 1996.

II. Para que pueda inscribirse la filiación no matrimonial del hijo de madre casada, es necesario que llegue a probarse en las actuaciones que no entra en juego la presunción legal de paternidad del marido, es decir, que el nacimiento del hijo ha acaecido pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges (cfr. art. 116 CC).

III. En este caso, en que el nacimiento tuvo lugar en diciembre de 1989, está suficientemente comprobado, por declaraciones testificales y por las manifestaciones concordes de todos los interesados, incluidos el marido de la madre y el varón que ha reconocido la paternidad no matrimonial respecto del nacido, que la separación de hecho del matrimonio acaeció varios años antes del alumbramiento del hijo. Por lo tanto, no rige en este caso la presunción legal de paternidad del marido de la madre y no debe inscribirse una filiación matrimonial no determinada legalmente.

IV. Desvirtuada la presunción de paternidad del marido, el reconocimiento de la filiación no matrimonial otorgado conjuntamente por la madre y por varón distinto del marido es inscribible, ya que se ha formalizado por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil (cfr. art. 120.1.º CC) y concurre uno de los requisitos complementarios exigidos para la eficacia del reconocimiento de un menor de edad (cfr. art. 124.1.º CC). En efecto, el reconocimiento ha obtenido el consentimiento expreso del Ministerio Fiscal, a quien corresponda la representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos (cfr. art. 3.7.º de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre), como es el caso del menor reconocido, habiendo manifestado el Ministerio Público su conformidad con la inscripción de la filiación no matrimonial en su momento procesal oportuno (cfr. art. 344 RRC). Una vez perfeccionado así el reconocimiento de esta filiación, carece de valor la opinión posterior discordante del Ministerio Fiscal manifestada durante la tramitación del recurso.

La Dirección General acordó estimar el recurso y ordenar que se inscriba la filiación no matrimonial del menor F. J. P. C., hijo de D. P. T. y de R. E. C. H.

### 2.3. INSCRIPCIÓN DE FILIACIÓN FUERA DE PLAZO

**Presunción de paternidad del marido de la madre: hijo nacido antes de pasados trescientos días desde la separación de los cónyuges.**

Res. DGRN, de 7 de mayo de 1998 (2.ª).

#### HECHOS:

Con fecha 16 de septiembre de 1997, don F. J. M. Z., soltero y doña R. T. J., casada, promovieron ante el registro Civil de L. la inscripción de nacimiento del hijo de ambos, A. M. T., nacido el 14 de octubre de 1996.

En mayo de 1996, la promotora se separó de hecho de su esposo, don J. M. A., quien declaró no saber si el nacido era o no hijo suyo.

El Juez Encargado dictó Auto por el que ordenaba la inscripción del nacimiento del menor como hijo matrimonial de la promotora y de su esposo.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 69, 113, 116, 129, 134, 136, 137, 1250, 1251 y 1814 del Código Civil; 2 y 95 de la Ley del Registro Civil; 183 y 311 a 316 del Reglamento del Registro civil; la Circular de 2 de junio de 1981, y las Resoluciones de 22 de junio y 11 de diciembre de 1995, 20.1.ª de septiembre y 7.6.ª y 19.3.ª de octubre de 1996, 5 y 22 de mayo y 22.5.ª de septiembre de 1997 y 27.1.ª de marzo de 1998.

II. Si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (cfr. art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (cfr. arts. 1250 y 1251 CC). Desde el momento en que se solicita la inscripción de una filiación está cumplido el requisito exigido para admitir como prueba la presunción de paternidad del marido (cfr. arts. 113 CC y 2 LRC), porque la caracterización de la filiación depende de la Ley y está sustraída a la autonomía de la voluntad de los particulares.

III. Por otra parte, como vienen señalando las últimas Resoluciones del Centro Directivo, a partir de la de 13 de mayo de 1987, no es necesario para inscribir la filiación matrimonial que se compruebe, además, la posesión de estado de tal filiación, a pesar de lo que indicó en su momento la Circular de 2 de junio de 1981, que ha de estimarse superada en este punto, como ha reconocido la nueva redacción dada al artículo 314 del Reglamento del Registro Civil por el RD 1917/1986, de 29 de agosto. La razón estriba en que, conforme al artículo 113 del Código Civil y en las condiciones que este artículo precisa, la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba suficiente de la filiación matrimonial presumida.

IV. Puesto que, en este caso, según las manifestaciones concordes de ambos cónyuges, la separación de hecho se remonta al mes de mayo de 1996 y el nacimiento acaeció en octubre del mismo año, es evidente que no ha transcurrido

entre ambas fechas el plazo de trescientos días del artículo 116 del Código Civil, cuya presunción está reforzada por la de convivencia entre los cónyuges que establece el artículo 69 del propio Código. La simple oposición, de la madre y del varón que ha reconocido la filiación no matrimonial, a la inscripción de la paternidad del marido no tienen valor en el ámbito registral y habrá de hacerse valer en la vía judicial oportuna.

V. Finalmente, la inscripción de la filiación matrimonial obliga a no guardar silencio sobre los datos del marido: la filiación matrimonial es indivisible y es forzoso mencionar los datos de éste (cfr. arts. 115.2.º CC y 183.2.º RRC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso, confirmar la decisión recurrida y dejar a salvo la impugnación judicial de la filiación matrimonial y la reclamación de la no matrimonial por los legitimados al efecto.

## 2.4. INSCRIPCIÓN POR EXPEDIENTE DE LA FILIACIÓN MATERNA NO MATRIMONIAL

**Procedencia: pruebas testificales y documentales de la posesión de estado; el Ministerio Fiscal lo admite; oposición formulada por interesados.**

**Res. DGRN, de 28 de noviembre de 1998.**

### HECHOS:

Doña C. y doña A. M. B., promovieron expediente registral en 1997, solicitando que, a efectos de su inscripción en el Registro Civil, fuese declarada la filiación de su primo, don M. R. E. E., como hijo no matrimonial de doña R. E. L., hija no matrimonial de doña C. E. L. En el momento de promoverse este expediente, doña C. E. L., doña R. E. L. y don M. R. E. E. habían fallecido.

Quedó acreditado que doña R. E. L. contrajo nupcias con don M. C. S. cuando don M. R. E. E. contaba doce años de edad; que éste convivió con dichos cónyuges; que doña R. E. L. le trató siempre como hijo suyo; que don M. C. S., en su testamento, además de disponer un legado a favor de don M. R. E. E., reconoció que era hijo de la que fue su esposa; y que doña C. E. L. trató a don M. R. E. E. como nieto suyo.

A esta solicitud se opusieron los parientes más próximos, unos sobrinos, de don M. C. S.

El Juez Encargado dictó Auto por el que denegó la aprobación del expediente.

El Ministerio Fiscal y las promotoras interpusieron sendos recursos frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 120 del Código Civil; 49 de la Ley del Registro Civil; 137, 189, 197, 310 y 342 del Reglamento del Registro Civil; la disposición transitoria 1.ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo; y las Resoluciones de 17 y 23 de enero, 26 de febrero y 28 de septiembre de 1998.

II. La filiación materna no matrimonial puede inscribirse mediante el expediente registral oportuno (cfr. arts. 120.2.º CC, 49 LRC y 189 RRC), siempre que,

entre otros presupuestos, el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo no matrimonial de la madre, justificada por actos directos de la misma madre o de su familia. En este expediente, que puede aprobarse aunque hayan fallecido la madre y el hijo (cfr. art. 189 RRC), se ha comprobado, por la abundante prueba testifical y documental aportada, que M. R. E. E. recibió siempre el trato de hijo no matrimonial por parte de su madre R. E. L. y de la familia de ésta, y así ha venido a reconocerlo el Auto apelado.

III. Aun siendo esto así, y existiendo la conformidad del Ministerio Fiscal, dicho Auto no ha aprobado el expediente por haber oposición de personas interesadas, que han sido notificadas personalmente de la incoación del expediente. Ahora bien, esta oposición no es suficiente en este caso para impedir la aprobación del expediente y obligar a acudir a la vía judicial ordinaria. Como señala el artículo 189.3.º RRC, para que la oposición de los constituidos en parte se entienda debidamente formulada a efectos de impedir la aprobación del expediente, debe expresar las razones por las que se estima que faltan los concretos fundamentos de fondo que en la solicitud se invoquen. Aquí los interesados no ponen en duda, en rigor, la existencia de la posesión de estado invocada.

IV. Por lo demás, la rectificación de los apellidos del hijo en su inscripción de nacimiento ha de trascender, como es obligado (cfr. art. 310 RRC), a la inscripción de defunción de la misma persona.

La Dirección General acordó estimar los recursos y ordenar que se inscriba la filiación no matrimonial materna en la de nacimiento de M. R. E. E., haciendo constar que sus apellidos son E. L. y que el nacido utilizó en vida los apellidos E. E. (cfr. art. 137.1.º RRC), y que en la inscripción de defunción de éste se haga constar que sus apellidos son E. L., y que utilizó en vida los apellidos E. E.

## 2.5. INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN PATERNA NO MATRIMONIAL DE UNA ADOPTADA MAYOR DE EDAD

**La adopción queda incólume y no se ven alterados los apellidos del reconocido.**

**Res. DGRN, de 13 de marzo de 1998.**

### HECHOS:

En la inscripción de nacimiento de doña J. A. M., nacida el 9 de marzo de 1966, sólo consta su filiación materna no matrimonial como hija de doña A. M. C., soltera. En 1979 se inscribe la escritura por la que doña J. A. M. fue adoptada, en forma plena, por don E. A., quien había contraído matrimonio un año antes con la madre de la adoptada.

Con fecha 10 de enero de 1998, don J. B. B., soltero, y doña J. A. M., comparecieron ante el Juez Encargado del Registro Civil de A., procediendo el primero a reconocer como hija no matrimonial suya a la segunda, quien consintió el reconocimiento. Los comparecientes solicitaron que la reconocida pueda, en lo sucesivo, ostentar los apellidos B. M., así como la constancia registral del reconocimiento.

Trasladadas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado acordó negar la sustitución del primer apellido de la reconocida por el padre bio-

lógico, significando que si bien no existe inconveniente para que, inscrita una filiación adoptiva, pueda posteriormente acceder al Registro Civil la filiación por naturaleza, ésta no comporta efecto alguno respecto de aquel apellido al permanecer incólume la filiación adoptiva.

La interesada recurrió frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 108, 109, 113, 120, 123, 178 y 180 del Código Civil; 1, 46, 50 y 56 de la Ley del Registro Civil; 188, 197 y 201 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 17 de julio de 1991 y 28.1.ª de septiembre de 1995.

II. La cuestión que ha de examinarse es si la inscripción del reconocimiento de la filiación no matrimonial paterna –respecto de una adoptada mayor de edad– lleva consigo un cambio automático de apellidos (cfr. art. 197 RRC), de modo que consten los correspondientes apellidos paterno y materno por naturaleza.

III. Como han indicado las Resoluciones citadas en los vistos, no hay inconveniente legal para que, después de constituida e inscrita una adopción plena –que subsiste con los efectos que la Ley 21/1978, de 11 de noviembre, atribuye a la única adopción que regula–, la filiación por naturaleza del adoptado tenga acceso al Registro Civil, puesto que la adopción queda incólume y el propio asiento habrá de reflejar que la adopción no se ve afectada (cfr. artículo 180.4.º CC), de modo que no hay incompatibilidad entre la filiación paterna adoptiva y la paterna por naturaleza y no entran en juego ni el artículo 50 de la Ley de Registro Civil, ni el artículo 113.2.º CC.

IV. Ahora bien, puesto que, pese a la inscripción del reconocimiento paterno, la adopción no queda afectada, es evidente que los efectos de ésta subsisten, entre ellos la atribución de los apellidos del adoptante, de suerte que en este caso, la determinación ulterior de la filiación paterna por naturaleza no supone una modificación directa de los apellidos anteriores. No es, por otra parte, éste el momento de decidir, pues falta la instrucción del necesario expediente (cfr. art. 365 RRC), si concurren los requisitos precisos para un cambio de apellidos de la competencia de este Ministerio (cfr. arts. 57 LRC y 205 y 207 RRC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso.

## 2.6. INSCRIPCIONES DE FILIACIÓN ADOPTIVA CONSTITUIDA EN EL EXTRANJERO

### 2.6.1. Adopciones constituidas en Nepal

**Rectificación de doctrina anterior. Revocación contraria al orden público español al aplicarse sólo a la adopción de varones.**

1.º) Res. DGRN, de 5 de febrero de 1998.

#### HECHOS:

Con fecha 8 de febrero de 1997, los cónyuges don J. A. P. y doña M. C. V., españoles, solicitaron del Registro Civil de su domicilio en España, que se inscribiese fuera de plazo el nacimiento de S. P., nepalí, nacida el 21 de noviembre

de 1994, la cual ha sido adoptado por los promotores en virtud de adopción formalizada en Nepal, conforme a la *lex loci*, ante autoridad judicial nepalí el 11 de diciembre de 1996.

Los adoptantes habían obtenido la preceptiva declaración de idoneidad emitida por la autoridad competente española.

Según quedó acreditado, la adopción regulada por las leyes nepalíes puede ser revocada, por la sola voluntad de los adoptantes, cuando el adoptado es varón e incumple determinados deberes; sin embargo, dichas leyes establecen la irrevocabilidad de las adopciones cuando la adoptada es hembra.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado de éste dictó Auto por el que denegaba la práctica de la inscripción de nacimiento del referido menor, así como la de su adopción, al considerar que la adopción regulada por las leyes nepalíes permiten su revocación, por lo que sus efectos no se corresponden con los previstos en la legislación española.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho Auto ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 14 de la Constitución; 9, 12, 176, 178 y 180 del Código Civil; 1, 15, 38 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 81, 145 y 154 del Reglamento del Registro Civil; 30 de la Ley del Parlamento de Cataluña 37/1991, de 30 de diciembre, sobre protección de menores y adopción; el Convenio de 29 de mayo de 1993, sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional («BOE» de 1 de agosto de 1995); y las Resoluciones de 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993, 24 de junio, 1.1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> de septiembre, 13.2.<sup>a</sup> y 25 de octubre de 1995, 27 de enero, 1 y 29 de febrero, 1 y 22 de abril, 12 de julio, 10 de septiembre, 4.3.<sup>a</sup> de octubre y 29 de noviembre de 1996, 17 y 24 de enero, 14.5.<sup>a</sup> de febrero, 6 y 11.1.<sup>a</sup> de marzo, 5 y 22 de abril, 29 de mayo y 30 de octubre de 1997.

II. La cuestión se centra en determinar si es aplicable al caso la previsión, introducida en el artículo 9.5.º CC por la LO 1/1996, de 15 de enero, en el sentido de que: «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española».

III. Los rasgos fundamentales de las adopciones españolas y de la adopción plena nepalí 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 los vínculos jurídicos con la posible familia anterior por naturaleza del adoptado. Sin embargo, existe una importante divergencia por lo que respecta a la revocación, que impide asimilar la adopción plena nepalí con la española.

IV. En efecto, la legislación nepalí faculta a los padres para revocar la adopción, por su sola voluntad, en los casos de no proporcionar el hijo adoptivo a los padres adoptantes comida y vestido, despilfarrar el dinero, ocasionarles malos tratos y abandonarles. Ciertamente que algunas de estas causas solamente podrán resultar efectivas una vez que el adoptado tenga cierta capacidad económica y, por ende, haber alcanzado la mayoría de edad. Pero no es menos cierto que la posibilidad de causar malos tratos, despilfarrar el dinero o abandonar a sus padres es perfectamente posible antes de llegar a ella. Debe tenerse en cuenta, a la hora de valorar la correspondencia de efectos, cuál es el espíritu que emana de las normas o de

las instituciones que se comparan para comprobar su adecuación a la Ley española; y es evidente que la adopción plena nepalí establece supuestos de revocación en los casos antes mencionados y, lo que es más grave, atribuye la facultad de revocación a la sola voluntad de los padres sin intervención alguna de la autoridad judicial o de la que constituyó la adopción. Por consiguiente, esta posibilidad que permite la legislación nepalí debe entenderse como contraria al principio de irrevocabilidad que respecto a la adopción española proclaman los artículos 180 CC y 30 de la Ley Catalana sobre Protección de Menores y Adopción, que no admite excepciones a este principio.

V. Estas consideraciones justificaban sobradamente el criterio mantenido hasta ahora por la Dirección General de no admitir la inscripción de las adopciones constituidas ante las autoridades nepalíes. Ahora bien, se ha podido comprobar por el Centro Directivo la certeza de las afirmaciones efectuadas por los adoptantes en su escrito de recurso, en el sentido de que tal revocación sólo es posible respecto de los adoptados varones. En efecto, en la ley civil nepalí nada se dictamina respecto de la revocabilidad de la adopción referida a las niñas, por la razón de que éstas carecen de derechos hereditarios, siendo exclusivamente los varones, en cuanto que son los únicos llamados a la herencia de sus padres, los obligados a guardar respeto, así como a proteger y mantener tanto física como económicamente hasta su muerte a los progenitores adoptivos o biológicos.

VI. Por consiguiente, una interpretación estricta de la ley nepalí en su correspondencia con la ley española llevaría a la conclusión de que únicamente las adopciones de los hijos varones serían revocables y, por tanto, no susceptibles de inscripción. Tal conclusión no puede ser admitida de ningún modo, ya que por motivos de orden público, no puede aceptarse tal discriminación respecto de los varones, en contra del principio constitucional de igualdad de las personas y no discriminación por razón de sexo.

VII. Por último, siendo el interés de los menores el que debe ser protegido, es evidente que el criterio de igualdad en la aplicación de la norma debe dirigirse en el sentido que más beneficie a los adoptados y, por lo tanto, entender que la irrevocabilidad de la adopción afecta por igual a ambos sexos.

La Dirección General acordó estimar el recurso y ordenar que se inscriba en el Registro Civil Central el nacimiento de la menor con marginal de la adopción constituida.

## 2.ª) Res. DGRN, de 16 de febrero de 1998 (1.ª).

### HECHOS:

Con fecha 8 de octubre de 1996, los cónyuges don F. J. M. G., españoles y residentes en España, solicitaron del Registro Civil Central que fuese inscrito el nacimiento de S. K., nepalí, nacida el 17 de mayo de 1995, la cual ha sido adoptada por los promotores en virtud de adopción formalizada en Nepal, conforme a la *lex loci*, ante autoridad judicial nepalí, el 23 de abril de 1996.

Los adoptantes no habían obtenido la preceptiva declaración de idoneidad emitida por la autoridad competente española.

Según quedó acreditado, la adopción regulada por las leyes nepalíes puede ser revocada, por la sola voluntad de los adoptantes, cuando el adoptado es varón e incumple determinados deberes; sin embargo, dichas leyes establecen la irrevocabilidad de las adopciones cuando la adoptada es hembra.



Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado de éste dictó Auto por el que denegaba la práctica de la inscripción de nacimiento del referido menor, así como la de su adopción, al considerar que la adopción regulada por las leyes nepalíes permiten su revocación, por lo que sus efectos no se corresponden con los previstos en la legislación española.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho Auto ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

La presente Resolución reproduce enteramente los Fundamentos de Derecho de la Resolución de la DGRN de 5 de febrero de 1998 (*vid. supra*), y añade los siguientes:

VIII. Dicho esto, hay que concluir que no es posible la inscripción solicitada al faltar en este caso el certificado de idoneidad expedido por la autoridad pública competente (cfr. art. 9.5.º CC). Ciertamente cuando se iniciaron los trámites de adopción la legislación española no imponía este requisito. Ahora bien, la Ley anterior no puede ser aplicable a este caso, ya que la disposición transitoria única de la LO de 15 de enero de 1996, según la cual «los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se regirán por su normativa anterior», es evidente –y así lo ha precisado reiteradas veces este Centro Directivo– que se refiere exclusivamente a los procedimientos españoles en curso sobre acogimientos adopciones y tutelas, regulados de otro modo por la ley en vigor, pero no puede extenderse a materias totalmente ajenas al legislador español como son los procedimientos extranjeros de adopción. Es la petición de inscripción la que inicia el procedimiento, y al haberse solicitado después de la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica, no hay duda de la procedencia de la declaración de idoneidad por la entidad pública competente.

IX. Ha de quedar a salvo que el documento extranjero de constitución de la adopción, por afectar a ciudadanos españoles, pueda ser objeto de la anotación prevista en el artículo 154.3.ª RRC, sirviendo de título para la anotación el documento auténtico extranjero (cfr. art. 81 RRC) y siempre que así lo solicite el Ministerio Fiscal o cualquier interesado (cfr. art. 38 LRC). En tal caso, la anotación, con su limitación de efectos (cfr. arts. 38 LRC y 145 RRC), se extenderá al margen de la inscripción de nacimiento o, en su caso, de la anotación soporte prevista en el artículo 154.1.º del propio Reglamento, haciendo constar expresamente que no está acreditada conforme a ley la nacionalidad española del nacido (cfr. art. 66 *fine* RRC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso.

#### 2.6.2. Adopción constituida en Rumania

**Vigente el Convenio de La Haya, no puede inscribirse la adopción que no cumpla sus normas imperativas.**

Res. DGRN, de 25 de mayo de 1998 (1.ª).

#### HECHOS:

Con fecha 20 de marzo de 1998, los cónyuges don A. F. A. y doña M. R. V., españoles, solicitaron del Registro Civil Central la inscripción de nacimiento y marginal de adopción de su hija adoptiva I., rumana, nacida en Rumania el 14 de

julio de 1995. La adopción fue constituida en Rumania, según la *lex loci*, el 10 de enero de 1997. Los adoptantes habían obtenido la declaración, expedida por la Diputación General de Aragón, según la cual son idóneos para el acogimiento preadoptivo de un menor de entre tres y seis años de edad. Por otra parte, los promotores no aportaron certificación de que la adopción se ajustaba al Convenio de La Haya, y alegaron que el Consulado de Rumania les había indicado repetidas veces que, de momento, no podía tramitarse.

El Juez Encargado acordó denegar la inscripción de nacimiento y marginal de adopción.

Los promotores recurrieron frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 1 y 9 del Código Civil; 15, 16, 23, 38 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 81, 85, 88, 89 y 154 del Reglamento del Registro Civil; 25 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 29 de abril de 1994, 17 de enero, 5 de abril, 9.1.ª de junio, 11 y 20.2.ª de septiembre y 14 de octubre de 1997, 22.1.ª, 2.ª y 3.ª de enero de 1998.

II. Para resolver el fondo del asunto hay que partir de la base de que la solitud de adopción ante las autoridades rumanas se ha efectuado cuando ya estaba en vigor, para España y para Rumania, el Convenio de La Haya sobre adopción internacional. Es por ello necesario comprobar si se han cumplido las condiciones exigidas por el Convenio.

III. La finalidad fundamental a que obedece este Convenio es la de evitar que las adopciones internacionales se realicen en ámbitos privados, con los graves peligros de abusos y desprotección de los menores tantas veces denunciados, de suerte que se ha establecido un sistema, claramente imperativo, por el que tales adopciones requieren la intervención y colaboración estrechas entre las autoridades centrales de cada país implicado o, en su caso, de los organismos acreditados legalmente. Dentro del marco del Convenio, los que desean adoptar a un menor residente en otro país deben dirigirse a la autoridad central del Estado de residencia de aquéllos, y es esta autoridad la que canaliza la tramitación y transmite la petición con su informe a la autoridad central del país de residencia del menor. Sólo cuando ambas autoridades, tras las garantías que especifica el Convenio, están de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción, es cuando ésta puede constituirse en el Estado de origen del adoptado o, incluso, en el Estado de recepción de éste (cfr. arts. 14 a 22).

IV. Si en el caso actual se tiene en cuenta que la intervención de la autoridad central española ha sido incompleta, seguramente porque los interesados se han dirigido a la autoridad central rumana, es evidente que la adopción discutida no es inscribible por vulneración patente del Convenio de La Haya. En todo caso, hay que destacar que el Comité Rumano de Adopciones no ha certificado que la adopción sea conforme al Convenio, como exige, para que la misma sea reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes, el artículo 23 de aquél.

V. Frente a esta conclusión, no se puede argüir que los defectos en la tramitación de la adopción se deben a que Rumania no ha designado autoridades centrales competentes, pues lo es el Comité Rumano de Adopciones, según la Ley rumana de 3 de octubre de 1994.

VI. No hay inconveniente, sin embargo, para que, si así lo solicitan el Ministerio Fiscal o cualquier interesado, el documento extranjero de constitución de la adopción, por afectar a ciudadanos españoles, sea anotado en el Registro Civil español, pues la figura envuelve una situación personal de prohijamiento o acogimiento (cfr. art. 154.3.º RRC) que, constituida en el extranjero, es anotable por medio de documento auténtico extranjero (cfr. art. 81 RRC). La anotación, con su limitación de efectos (cfr. arts. 38 LRC y 145 RRC), se extenderá al margen de la inscripción de nacimiento o, en su caso, de la anotación soporte prevista en el artículo 154.1.º del Reglamento, haciéndose constar expresamente que no está acreditada conforme a la ley de la nacionalidad española de la nacida (cfr. art. 66 *in fine* RRC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el Auto apelado.

### 2.6.3. Adopción constituida en la República Dominicana

**No es inscribible, por ser adopción simple, la adopción ordinaria dominicana.**

Res. DGRN, de 29 de mayo de 1998 (1.ª).

#### HECHOS:

Con fecha 14 de agosto de 1997, ante el Registro Civil Central, los cónyuges don A. M. R. y doña P. C. S., españoles, solicitaron la inscripción de nacimiento y marginal de adopción de su hijo adoptivo M., dominicano, nacido en la República Dominicana el día 1 de noviembre de 1996. La adopción fue constituida en dicho país, según la *lex loci*. Los interesados aportaron certificación de la entidad pública española competente declarando la idoneidad de aquéllos para adoptar.

El Juez Encargado acordó denegar la práctica de la inscripción de adopción, y por ende la de nacimiento del menor, al entender que la adopción formalizada en la República Dominicana no es equiparable a la institución homónima regulada por nuestro Ordenamiento.

Los promotores recurrieron frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 12, 176, 178 y 180 del Código Civil; 1, 15, 38 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 81, 145 y 154 del Reglamento del Registro Civil; la disposición adicional 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 12 de julio de 1996, 27 de junio, 23.2.ª de agosto y 2 de diciembre de 1997.

II. De acuerdo con las informaciones obtenidas sobre la legislación dominicana, resulta que para esta legislación hay dos adopciones diferenciadas, como son la ordinaria y la privilegiada. Mientras en la primera el adoptado conserva en su familia natural todos sus derechos, en la segunda el menor deja de pertenecer a su familia natural y tiene los mismos derechos y obligaciones que si hubiera nacido del matrimonio adoptante. Por lo tanto, sólo esta última es equiparable a la única adopción regulada en las leyes españolas, mientras que la primera, por

no suponer ruptura de vínculos con la familia de origen, no puede ser calificada como adopción según la ley española (cfr. art. 12.1 CC); no puede ser reconocida en España como tal adopción, porque sus efectos no se corresponden con los previstos por la ley española (art. 9.5 CC), y no puede estimarse incluida en la lista de actos inscribibles que detalla el artículo 1 de la Ley del Registro Civil, so pena de producir grandes equívocos en cuanto a la eficacia de tal adopción.

III. Frente a lo que se arguye en el recurso, es claro que la adopción actual es ordinaria y no privilegiada. No se dan, en efecto, las condiciones de que el menor haya sido abandonado por sus padres o que éstos sean desconocidos o hayan fallecido, imprescindibles para la adopción privilegiada; la adopción no se ha constituido por sentencia, sino por acta notarial homologada judicialmente, siendo éste el procedimiento propio de la adopción ordinaria; no ha habido un cambio del nombre propio del adoptado, sólo posible en la adopción privilegiada; el cambio de apellidos es un fenómeno común a las dos modalidades de adopción y, en fin, la sentencia de homologación no ha acordado expresamente, como hubiera sido necesario, que el adoptado ha dejado de pertenecer a su familia natural.

IV. Se trata, en definitiva, de una adopción simple constituida en el país de origen, que no puede ser convertida automáticamente en la adopción con plenitud de efectos prevista en el país de acogida. La transformación de una en otra adopción requerirá que así se acuerde, si ello es posible, en el país de origen, o bien que se constituya la adopción española ante Juez español (arts. 176.1 CC y 27 del Convenio citado de La Haya). A este Juez corresponderá ponderar si esta adopción ordinaria dominicana puede ser asimilada a un acogimiento legal preadoptivo o a una tutela a los efectos de poder prescindir de la propuesta de la entidad pública (cfr. art. 176.2.3.º CC).

V. Ha de quedar a salvo que el documento extranjero de constitución de la adopción, por afectar a ciudadanos españoles, sea anotado en el Registro Civil español (cfr. art. 154.3.º RRC), sirviendo de título el documento auténtico extranjero (cfr. art. 81 RRC) y siempre que así lo solicite el Ministerio Fiscal o cualquier interesado (cfr. art. 38 LRC). La anotación, con su limitación de efectos (cfr. arts. 38 LRC y 145 RRC), se extenderá al margen de la inscripción de nacimiento o, en su caso, de la anotación soporte prevista en el artículo 154.1.º del Reglamento, haciéndose constar expresamente que no está acreditada conforme a la ley la nacionalidad española de la nacida (cfr. art. 66 *in fine* RRC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el Auto apelado.

#### 2.6.4. Adopciones constituidas en Venezuela

**Presentada la petición estando ya en vigor la Ley del Menor, es necesario que se acompañe la oportuna declaración de idoneidad de la entidad pública española.**

Res. DGRN, de 19 de septiembre de 1998 (2.º).

#### HECHOS:

Por escrito de fecha 2 de julio de 1997, ante el Registro Civil Central, los cónyuges don E. V. R. y doña D. R. S., españoles, solicitaron las inscripciones de nacimiento de sus hijas adoptivas, venezolanas, nacidas en Venezuela los días 17

de noviembre de 1992 y 4 de enero de 1995, respectivamente. Las menores fueron adoptadas, en adopción plena, por los promotores en Venezuela, según la *lex loci*, mediante sendas resoluciones de la autoridad judicial venezolana de fecha 13 de mayo de 1997.

Los promotores aportaron certificado de la Junta de Andalucía declarando que pueden ser candidatos para la adopción, si bien no obtuvieron el certificado de idoneidad, por considerar que no les es exigible, puesto que residían en Venezuela cuando se constituyeron las adopciones.

El Juez Encargado dictó Auto denegando lo solicitado.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9 del Código Civil; 15, 38 y 46 de la Ley del Registro Civil; 25, disposición adicional 2.<sup>a</sup> y disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; 66 y 145 del Reglamento del Registro Civil; el Convenio sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional, de La Haya de 19 de mayo de 1993; y las Resoluciones de 14 de marzo y 29 de noviembre de 1996, 17 de enero, 14.5.<sup>a</sup> de febrero, 6 de marzo y 27 de noviembre de 1997, y 16.1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de febrero, 18.1.<sup>a</sup> de abril y 21.1.<sup>a</sup> de mayo de 1998.

II. En el momento de solicitar la inscripción ya estaba en vigor la Ley del Menor, de 15 de enero de 1996, la cual dio nueva redacción al artículo 9.5.<sup>o</sup> del Código Civil, de suerte que «no será reconocida en España como adopción mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción». La claridad de esta norma, que debe ser tenida en cuenta en su calificación por el Encargado del Registro (cfr. disposición adicional 2.<sup>a</sup> de la misma Ley), obliga a rechazar la inscripción de las adopciones reseñadas en tanto no se obtenga la oportuna declaración de idoneidad de los adoptantes suscrita por la competente entidad pública, de conformidad con las atribuciones que en materia de adopción internacional confieren a estas entidades tanto el artículo 25 de la citada Ley de Protección del Menor como el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, al que se remite expresamente dicho artículo 25. A estos efectos hay que tener presente que, cualquiera que fuera el domicilio de la adoptante, el de él era un municipio español en el momento de la constitución de la adopción, según resulta de la documentación acompañada y del hecho de que su cédula de identidad como residente en Venezuela había caducado en 1986.

III. Contra esta conclusión no se puede argüir que cuando se iniciaron los trámites para constituir las adopciones en Venezuela, la legislación española no imponía el certificado de idoneidad de los adoptantes españoles y que, en consecuencia, es la Ley anterior la aplicable al caso de conformidad con la disposición transitoria única de la repetida 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 extenderse a cuestiones totalmente ajenas al legislador español, como son los procedimientos extranjeros de adopción. Además, la regla actual del artículo 9.5 CC, en cuanto exige la declaración de idoneidad de la entidad pública española, no es una norma de procedimiento,

sino un requisito sustantivo más que se añade a la adopción constituida en el extranjero conforme a una Ley extranjera, en la previsión de que esta Ley no haya tenido en cuenta las exigencias de la Ley española.

IV. La conclusión expuesta se ve reforzada aún porque el propósito del legislador español en materia de adopción internacional ha sido el de potenciar la colaboración entre las entidades públicas del país de origen y del país de acogida, evitando en este punto actuaciones incontroladas de los particulares. Esta colaboración es el eje al que responde el Convenio de La Haya de 1993, si bien no es directamente aplicable al caso porque la petición directa de la adopción a las autoridades venezolanas ya se había producido el 1 de mayo de 1997, fecha en que entró en vigor dicho Convenio para Venezuela (cfr. su art. 41).

V. Queda a salvo que, por tratarse de hechos que afectan al estado civil de españoles, no según la ley española, sino según una ley extranjera, puedan los mismos ser objeto, no de inscripción sino de anotación (cfr. art. 38.3 LRC) a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado. Recuérdese que la anotación tiene un valor simplemente informativo y que en ningún caso constituye la prueba que proporciona la inscripción (cfr. arts. 38 LRC y 145 RRC), aparte de que en este caso en las inscripciones de nacimiento debe hacerse constar expresamente que no está acreditada conforme a la ley la nacionalidad española de las nacidas.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

#### 2.6.5. Adopción constituida en Guatemala

**Adopción simple: es susceptible de anotación, no de inscripción.**

**Ejercicio de la opción a la nacionalidad española por los adoptantes en nombre de la adoptada.**

Res. DGRN, de 13 de noviembre de 1998.

#### HECHOS:

Con fecha 25 de marzo de 1998, los cónyuges don J. L. C. M. y doña J. G. M., españoles, comparecieron ante el Registro Civil de su domicilio, en nombre y representación de su hija adoptiva M. C. G., guatemalteca, nacida en Guatemala el 26 de noviembre de 1997, solicitando para la menor: la inscripción de nacimiento, marginal de adopción y la opción a la nacionalidad española, prestar juramento de fidelidad a S.M. el Rey, obediencia a la Constitución y demás leyes españolas, inscribirla como española y cambiar el nombre de la niña, A. J., por el de M. La adopción había sido constituida en Guatemala, según la *lex loci*, y los adoptantes habían obtenido el oportuno certificado de idoneidad para la adopción expedida por autoridad pública española.

El Juez Encargado dictó Auto acordando autorizar la opción a la nacionalidad española de la menor. Trasladadas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado dictó acuerdo denegando la inscripción.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 10, 12, 20, 108, 154, 162, 176, 178 y 180 del Código Civil; 1, 15, 16, 23, 38 y 46 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 85, 145, 152, 154 y 213 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 24 de enero, 22 de abril, 4.1.ª y 17 de junio, 23.2.ª de agosto, 14 de octubre y 2 de diciembre de 1997 y 29.1.ª de mayo de 1998.

II. Conforme al artículo 9.5 CC, «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española». Si se tiene en cuenta que la adopción única que regula el Código Civil español supone la integración a todos los efectos del adoptado en la familia del adoptante o adoptantes y, como regla, la ruptura total de vínculos con la familia anterior y la irrevocabilidad de la adopción (cfr. arts. 108, 176, 178 y 180 CC), mientras que la adopción guatemalteca sólo produce efectos entre adoptante y adoptado; el primero no es siquiera heredero legal del segundo; el adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca, y el adoptado menor de edad al morir el adoptante, vuelve al poder de sus padres naturales. Por todo ello, hay que concluir que la adopción constituida en Guatemala por un matrimonio español en favor de una menor guatemalteca, no guarda puntos de contacto con la adopción del Código Civil español y no puede considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que contiene el artículo 1 LRC, so pena de producir graves equívocos en cuanto a la eficacia de la adopción inscrita. Tal diferencia de efectos entre la adopción guatemalteca y la adopción española ha sido, por lo demás, reconocida al constituirse la adopción en Guatemala, ya que la madre por naturaleza ha prestado su consentimiento para que la adopción guatemalteca pueda transformarse en España en «adopción plena», sin que se precise el otorgamiento de nuevo consentimiento para la adopción. Desde luego, esta transformación requerirá la intervención de la autoridad judicial española competente.

III. No acaban con esto las cuestiones registrales que se plantean en el caso presente. En efecto, por virtud de esa adopción guatemalteca, la patria potestad se ha transferido al matrimonio español y con esta base los padres españoles adoptivos han obtenido del Encargado del Registro Civil de su domicilio la oportuna autorización para optar en nombre de la adoptada, por la nacionalidad española, como efectivamente han optado en virtud de acta levantada el 25 de marzo de 1998. Surge, pues, el problema de si esta opción por razón de patria potestad (cfr. art. 20 CC) es inscribible.

IV. Aunque la adopción guatemalteca no pueda ser reconocida en España como adopción, ello no impide que pueda ser reconocida en nuestro país en cuanto a los efectos propios que el Ordenamiento guatemalteco atribuye a esa institución. «El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se registrarán por la ley personal del hijo» (art. 9.4 CC) y, en este caso, la ley nacional guatemalteca de la adoptada establece que la patria potestad corresponde a unos españoles. A diferencia de otros casos en que no existía siquiera relación de filiación entre los titulares españoles de la «patria potestad» y el menor acogido por éstos, no se ve aquí ninguna razón para rechazar en España por motivos de orden público (cfr. art. 12.3 CC) una relación de patria potestad que tiene su fundamento en una verdadera adopción, aunque ésta pueda calificarse de simple o menos plena.

La Dirección General acordó confirmar el acuerdo apelado en cuanto declara que la adopción no es inscribible, dejando a salvo que pueda ser objeto de anota-

ción en el Registro; ordenar que se inscriba el nacimiento de la menor y marginalmente la opción a la nacionalidad española por razón de patria potestad; y advertir que el cambio de nombre propio de la nacida requiere su aprobación en un expediente que ha de instruirse ante el Registro Civil del domicilio.

### 3. NACIONALIDAD

#### 3.1. DECLARACIÓN SOBRE NACIONALIDAD ESPAÑOLA

**No es español el marroquí nacido en Ceuta en 1935, de padres marroquíes nacidos en Ceuta, que no ejercitaron dentro de plazo la opción *iure soli*. Irretroactividad del artículo 17.3.º CC, redacción por Ley de 1954. Inaplicabilidad del vigente artículo 18 CC. El DNI no prueba en el ámbito registral la nacionalidad española.**

Res. DGRN, de 15 de enero de 1998.

#### HECHOS:

Con fecha 24 de junio de 1997, don M. C. A., solicitó del Registro Civil de Ceuta, lugar donde reside, le fuese concedida la nacionalidad española. Según quedó acreditado, el promotor nació en Ceuta, el 21 de abril de 1935, de padres marroquíes también nacidos en dicha ciudad; contrajo matrimonio con ciudadana española, habiendo nacido de este enlace tres hijos también españoles. Don M. C. A. aportó fotocopia de un Documento Nacional de Identidad español, expedido con ocasión de su condición de militar en Madrid, en el año 1956, con caducidad el 1 de julio de 1961, y cuyo original no presentó, alegando que le había sido sustraído.

El Juez Encargado dictó Auto denegando declarar con valor de simple presunción la nacionalidad española del interesado al estimar que, pese al nacimiento en Ceuta del promotor y sus progenitores, éstos no manifestaron en tiempo y forma la opción a la nacionalidad española, lo que impide que su hijo la adquiriese; que la expedición de un documento nacional de identidad no presume la posesión de la nacionalidad en el ámbito registral; y que el no ejercicio de la opción en el plazo de dos años, a partir de la entrada en vigor de la Ley de 17 de diciembre de 1990, priva de virtualidad alguna a la pretensión deducida.

El promotor interpuso recurso frente a dicho Auto ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 17 y 18 del Código Civil, en su redacción originaria, en las dadas por la Ley de 1954, la Ley de 1982 y la actual; 96 de la Ley del Registro Civil, 335 y 338 del Reglamento del Registro Civil; la disposición transitoria 2.ª de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre; y las Resoluciones de 15 de noviembre de 1986, 8 de abril y 14 de julio de 1987, 18 de mayo de 1990, 23 de febrero, 11.2.ª de octubre, 23.2.ª y 28.2.ª de noviembre de 1995, 9 y 29.2.ª de enero, 7.3.ª de junio, 20.2.ª de septiembre y 21 de noviembre de 1996.



II. De acuerdo con la redacción originaria de los artículos 17 y 18 CC, vigentes en el año 1935, el hecho de haber nacido en España no era bastante para adquirir *iure soli* la nacionalidad española, pues para ello era necesario que los padres extranjeros optasen por la nacionalidad española en favor de su hijo durante la minoría de edad de éste, cosa que aquí no ha acaecido. Igualmente el interesado pudo optar, dentro del año siguiente a su mayor edad, por la nacionalidad española al amparo del artículo 18 CC, redacción de 1954, pero dejó expirar el plazo de caducidad establecido. Lo mismo ha sucedido con la opción, que le beneficiaba, de la disposición transitoria 2.ª de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, porque dejó pasar el plazo de dos años establecido para esta opción.

III. Es cierto que a partir del artículo 17.3.º CC, redacción de 1954 –y el criterio se ha mantenido con ciertas variaciones en las leyes de 1982 y 1990– se atribuye la nacionalidad española, con ciertas condiciones, en favor de la doble generación de extranjeros nacidos en España. Ahora bien, no hay ninguna razón para dotar de eficacia retroactiva tácita, pues expresa no la tienen, a ninguna de estas leyes en cuanto al punto de estimar que pueden ser españoles *iure soli* los nacidos en España antes de la Ley de 15 de julio de 1954 de padres también nacidos en España. La opinión contraria a la retroactividad fue establecida expresamente por el artículo 19 del Decreto de 2 de abril de 1955; aunque se estimara aplicable al caso la disposición transitoria 1.ª CC, en cuanto establece que el derecho declarado por primera vez en el Código tendrá efecto a pesar de que el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior «siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen», es más que discutible esta aplicación en cuanto que la nacionalidad no es un derecho, sino un estado civil y, como tal, un complejo de derechos y deberes, y, en todo caso, parece obvio que conceder eficacia retroactiva tácita a las normas indicadas iría en perjuicio de la correspondiente nacionalidad extranjera anteriormente adquirida, y, en fin, la señalada aplicación retroactiva implicaría que a una persona que no era española en el momento de su nacimiento habría que considerarla como española de origen, lo que equivaldría a una verdadera ficción legal que, sin declaración expresa del legislador (cfr. arts. 17.2.º y 19 CC), es muy aventurado defender.

IV. No puede invocarse tampoco el artículo 18 actual del CC, en cuanto dispone que «la posesión y utilización de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad», ya que, aparte de otras razones, de la inscripción de nacimiento del interesado en Ceuta, no se deduce en modo alguno su nacionalidad española y, habiéndose practicado esta inscripción en agosto de 1988, no ha transcurrido en su totalidad el plazo de diez años exigido.

V. Finalmente, ha de advertirse que el hecho de que el promotor haya estado en posesión del DNI no es, a efectos registrales, prueba bastante de la nacionalidad española de su titular. Aunque el DNI sirve para acreditar, salvo prueba en contrario, la nacionalidad española del titular (cfr. disposición adicional 1.ª del RD 1245/1985, de 17 de julio), el ámbito de esta presunción se circunscribe exclusivamente al de los expedientes administrativos y, aun dentro de ellos, puede quedar desvirtuada por otros documentos o datos que consten en el mismo expediente (cfr. disposiciones adicionales 2.ª y 3.ª del citado RD), y, en todo caso, no pueden trasladarse estas normas administrativas al ámbito del Registro Civil, en el que son de aplicación supletoria las leyes procesales (art. 16 RRC) y en el que, respecto de la prueba de los hechos inscritos, prima la aplicación del artículo 2 LRC.

La Dirección General acordó desestimar el recurso.

### 3.2. DECLARACIÓN SOBRE NACIONALIDAD ESPAÑOLA

**No es español el nacido en España en 1930, hijo de padre alemán y madre española, que no optó en su momento.**

**Irretroactividad del artículo 17.3.º CC, redacción por Ley de 1954.**

**Inaplicabilidad del vigente artículo 18 CC.**

**El DNI no prueba en el ámbito registral la nacionalidad española.**

Res. DGRN, de 21 de febrero de 1998.

#### HECHOS:

Con fecha 24 de abril de 1997, don H. E. N. O., alemán, solicitó del registro Civil de su domicilio en España, fuese declarada con valor de simple presunción su nacionalidad española de origen, manifestando que con la solicitud deducida se perseguía facultar la opción de su hijo, nacional zaireño, por la nacionalidad española.

El promotor nació en España, en 1930, de padre alemán y madre originariamente española y nacida en España, donde ambos progenitores residían entonces. En 1951 le fue expedido documento nacional de identidad, si bien en esa fecha se concedía tanto a los españoles como a los extranjeros, y prestó servicios en determinada Unidad del Ministerio de Defensa entre los años 1955 y 1964, época en la que no se exigía la nacionalidad española para contratar al personal civil.

El Juez Encargado dictó Auto denegatorio de la pretensión instada.

El promotor interpuso recurso frente a dicho Auto ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 17, 18 y 19 del Código Civil, en su redacción originaria; 17 del Código Civil en su redacción por Ley de 1954; 18 del Código Civil en su redacción actual; 96 de la Ley del Registro Civil, 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil; las disposiciones transitorias del Código Civil; las disposiciones transitorias 1.ª y 2.ª de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre; el Real Decreto 1245/1985, de 17 de julio; y las Resoluciones de 15 de noviembre de 1986, 8 de abril y 14 de julio de 1987, 28.2.ª de noviembre de 1995, 9 y 29.2.ª de enero, 7.3.ª de junio, 20.2.ª de septiembre, 21 de noviembre de 1996 y 15 de enero de 1998.

II. En la redacción originaria del Código Civil vigente cuando nació el interesado, regía el principio de unidad de la familia en materia de nacionalidad, de modo que la nacionalidad del cabeza de familia y padre arrastraba a los hijos y esposa. Es cierto que, como nacido en España, pudieron los padres optar durante la minoría de edad del hijo por la nacionalidad española y que esta misma opción pudo haberla efectuado el interesado al llegar a la mayor edad, pero estas opciones no llegaron a formularse en plazo, como tampoco ha ocurrido respecto de la opción concedida por la disposición transitoria 2.ª de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, que pudo haber ejercitado el nacido en España de progenitor también nacido en España.

III. Ha de advertirse que, a partir de la Ley de 1954, pueden considerarse españoles de origen a los nacidos en España de madre, española o extranjera, tam-

bién nacida en España y en ella domiciliada al tiempo del nacimiento del hijo, pero la doctrina del Centro Directivo no concede eficacia retroactiva a esta norma hasta el punto de beneficiar a los nacidos antes de la entrada en vigor de la Ley de 1954. La irretroactividad de la norma se funda en las siguientes sólidas razones: *a)* que esta conclusión fue la admitida explícitamente por el Decreto de 2 de abril de 1955, y no hay motivos para apartarse de este criterio; *b)* que, aun estimando aplicable al caso la disposición transitoria 1.ª de las originarias del Código Civil, en cuanto a la aplicación retroactiva de un derecho declarado por primera vez, esta aplicación es muy insegura, porque la nacionalidad, más que un derecho, es un estado civil y, como tal, un conjunto de deberes y derechos; además, la aplicación del derecho declarado por primera vez requiere que no perjudique otro derecho adquirido de igual origen, cuando el reconocimiento de la nacionalidad española iría en detrimento de la nacionalidad alemana del interesado; y *c)* admitir la nacionalidad española en tales casos, supondría que a una persona, que no era española cuando nació, habría que considerarla posteriormente española de origen, lo que supone consagrar una ficción legal (cfr. arts. 17.2.ª y 19 CC) que, sin declaración expresa del legislador, es muy aventurado defender.

IV. No le beneficia tampoco al promotor la consolidación de la nacionalidad española del artículo 18, ya que no consta que, después de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, haya estado diez años seguidos en la posesión y utilización de la nacionalidad española, aparte de que las mismas no están fundadas en un título inscrito en el Registro Civil del que se deduzca la adquisición de la nacionalidad española.

V. En fin, el hecho de que en algún momento el interesado haya estado en posesión del DNI es indiferente a estos efectos, ya que tal documento lo obtuvo mucho antes del RD 1245/1985, de 17 de julio, aparte de que la posesión de este documento, después del citado RD, no es una prueba absoluta –y menos en el ámbito registral– de la nacionalidad española de su titular.

VI. Es obvio, por último, que hay que aplicar al caso presente las normas vigentes cuando nació el promotor, las cuales, aun cuando hayan sido derogadas por normas posteriores, mantienen su efecto, porque ninguna de estas normas posteriores ha estado dotada nunca de la eficacia retroactiva máxima de no dar por producidos efectos ya agotados de una relación anterior.

La Dirección General acordó desestimar el recurso.

### 3.3. DECLARACIÓN SOBRE NACIONALIDAD

**No es española la nacida en España en 1996, de madre marroquí y padre también marroquí aunque documentado como apátrida.**

Res. DGRN, de 11 de mayo de 1998 (1.ª).

#### HECHOS:

Con fecha 17 de julio de 1997, don N. D. B., soltero, marroquí documentado como apátrida, y doña K. M., soltera, marroquí, solicitaron que se declarase con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen de su hija S.

B., nacida en España el 23 de julio de 1996. Los promotores significaron no poder inscribir a la nacida en el Registro Civil marroquí por no estar casados.

El Juez Encargado dictó Auto por el que se denegaba la petición formulada.

Los promotores recurrieron frente a dicho Auto ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 7 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990; 12 y 17 del Código Civil; 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil; 22 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España; 63 del Reglamento de ejecución de esta Ley, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero; y las Resoluciones de 24 de enero de 1996 y 18.3.<sup>a</sup> de enero, 2.5.<sup>a</sup> de abril y 13.2.<sup>a</sup> de mayo de 1997.

II. El artículo 17.1.c del Código Civil establece que son españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad». Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación marroquí (cfr. art. 12.6 CC), si el padre conservara esta nacionalidad, la misma correspondería *de iure* al hijo, ésta es la única cuestión que debe resolverse.

III. Es cierto que en el permiso de residencia del padre consta el mismo como apátrida, pero esta caracterización, si basta a los efectos de la regulación de la situación administrativa como extranjero del interesado, no es prueba suficiente de que éste realmente haya incurrido en causa legal de pérdida de la nacionalidad marroquí originaria, lo cual sólo sucede, según la legislación de este país, en casos absolutamente excepcionales que deberían ser probados. El artículo 22 de la LO de 1 de julio de 1985 establece un régimen especial para el extranjero que «por carecer de nacionalidad o por cualquiera otra causa insuperable, no puede ser documentado por las autoridades de ningún país», de modo que es esta imposibilidad *de facto* de obtener documentación extranjera la decisiva para permitir este régimen especial, sin que para la obtención de documentación española en tales casos se exija la prueba de que el interesado ha perdido *de iure* su nacionalidad anterior. Así lo confirma el artículo 63 del Reglamento de ejecución de dicha Ley, que regula la constancia de estas personas en una Sección especial del Registro de extranjeros y la entrega a los mismos de una cédula de inscripción, básica para la solicitud del permiso de residencia.

IV. Por consiguiente, tanto la apatridia *de iure* como la *de facto* posibilitan la cédula de inscripción, por lo que la obtención de esta cédula no es prueba suficiente de la primera. Es claro, sin embargo, que sólo la apatridia originaria *de iure* es la que justifica la atribución de la nacionalidad española *iure soli* en nuestro Derecho, con independencia de las dificultades burocráticas que puedan tener los interesados para obtener de las autoridades de su país la documentación nacional que les corresponde.

V. Por lo demás, tanto el hijo matrimonial como el no matrimonial de un marroquí tiene la nacionalidad de su padre, aparte de que, de no ser válido para el Derecho marroquí en este caso el reconocimiento de la paternidad no matrimonial, también el hijo tendría la nacionalidad marroquí de su madre, al deber considerársele como hijo de madre marroquí y de padre desconocido.

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el Auto apelado.

### 3.4. DECLARACIÓN SOBRE NACIONALIDAD

**Es español *iure soli* el nacido en España que no adquiere *iure sanguinis*, de forma automática, la nacionalidad de sus padres.**

Res. DGRN, de 15 de junio de 1998 (2.<sup>o</sup>).

#### HECHOS:

Con fecha 9 de mayo de 1997, doña M. D. T., nacional de Cabo Verde y residente en España, solicitó del Registro Civil de su domicilio en España que se declarase con valor de simple presunción la nacionalidad española de J. A., nacido en España el 18 de diciembre de 1991, hijo no matrimonial de la promotora y de don J. B. A., nacional de Cabo Verde, alegando que la Ley de este país no atribuye automáticamente su nacionalidad a los hijos de caboverdianos nacidos en el extranjero. Alegó que su hijo vive con ella y que el padre está en ignorado paradero.

Las autoridades de la República de Cabo Verde certificaron que la legislación de este país no atribuye automáticamente su nacionalidad a los hijos nacidos en el extranjero de padre o madre caboverdianos, si bien faculta a los interesados para optar por dicha nacionalidad mediante declaración expresa de ellos mismos o de sus representantes legales.

El Juez Encargado dictó Auto por el que declaraba con valor de simple presunción la nacionalidad española del menor.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso frente a dicho Auto ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 7 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990; 12 y 17 del Código Civil; 96 de la Ley del Registro Civil; 335, 338 y 340 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 10 de diciembre de 1996, 16.1.<sup>a</sup> y 30 de abril, 9 de septiembre y 17.2.<sup>a</sup> de diciembre de 1997.

II. El artículo 17.1 CC establece que son españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros... si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad», por lo que el problema se reconduce a determinar el alcance de la legislación de Cabo Verde en orden a la atribución de la nacionalidad *iure sanguinis* a los nacidos en el extranjero de padres nacionales de Cabo Verde.

III. De acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación de este país, coincidente con la certificación diplomática acompañada, hay que concluir que los nacidos en el extranjero de progenitores nacionales de Cabo Verde no adquieren automáticamente la nacionalidad de sus padres, pues para ello es imprescindible que los interesados o sus representantes legales declaren expresamente su voluntad de adquirir tal nacionalidad. Por lo tanto, en el momento del nacimiento, el hijo nacido en España en 1991 no tenía ninguna nacionalidad y le corresponde *iure soli* la nacionalidad española. Aunque todavía pueda el hijo adquirir *iure sanguinis* la nacionalidad de sus padres, esta adquisición no ha de producir el efecto de que desaparezca la nacionalidad española de origen del interesado,

pues ello supondría crear una forma de pérdida no prevista por el legislador español, que pretende, por el contrario, que quienes de otro modo fueran apátridas, sean españoles *iure soli* y desde su nacimiento, por aplicación del principio del *favor nationalitatis*.

IV. Esta interpretación queda reforzada por la aplicación del artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño, puesto que en él se señala que «el niño tendrá derecho desde que nace a... una nacionalidad» y se establece la obligación de los Estados partes a velar por la efectividad de este derecho «sobre todo, cuando el niño resultara de otro modo apátrida».

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar el Auto apelado.

### 3.5. RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.

**Una emigrante puede recuperar sin dispensa del requisito de residencia legal en España.**

**La cualidad de emigrante se justifica por sí misma.**

**Res. DGRN, de 3 de abril de 1998 (2.ª).**

#### HECHOS:

Con fecha 17 de enero de 1997, doña M. C. M. M., venezolana residente en Venezuela, solicitó del Registro Civil consular la recuperación de la nacionalidad española que perdió tras su emigración a Venezuela en el año 1957 y la posterior adquisición de la nacionalidad de dicho país.

Remitidas las actuaciones al Registro Civil de L. P. (España), su Encargado requirió a la interesada para que justificase su condición de emigrante o hija de emigrante, pues, en otro caso, necesitaría la dispensa de residencia en España. Doña M. C. M. M. contestó argumentando que la recuperación no está sujeta a plazo y que, conforme a la doctrina de la DGRN, no es necesario probar la condición de emigrante, que se justifica por sí misma.

El Juez Encargado acordó no inscribir la recuperación pretendida.

La promotora impugnó dicho acuerdo ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 26 del Código Civil; 46 y 64 de la Ley del Registro Civil, 226 a 229 del Reglamento del Registro Civil; las Instrucciones de 16 de mayo de 1983 y 20 de marzo de 1991; y las Resoluciones de 2.1.ª de septiembre de 1996, 22 de enero, 27.2.ª de febrero, 3.1.ª de junio y 25.3.ª de agosto de 1997.

II. Hay que partir de la base de que son cosas totalmente distintas la opción de la nacionalidad española concedida a los hijos de progenitor originariamente español y nacido en España (disposición transitoria 1.ª de la Ley de 2 de noviembre de 1995, que beneficiaba a quienes nunca habían sido españoles) de la recuperación de la nacionalidad española regulada hoy por el artículo 26 CC, que será de aplicación cuando el interesado haya sido español en un momento anterior. Por esto, es evidente que la recuperación de la nacionalidad española puede realizarse

en cualquier momento, sin que importe que haya caducado aquella opción el día 7 de enero de 1997.

III. Sobre esta base, el único obstáculo, que opone el acuerdo apelado, a la inscripción de la recuperación, es que no se ha justificado la condición de emigrante de la interesada, porque sólo los emigrantes e hijos de emigrantes están dispensados del requisito de ser residentes legales en España (cfr. art. 26.1.a CC).

IV. Este obstáculo no debe ser apreciado. En efecto, no hay razones para entender que el legislador de 1995 haya querido utilizar un concepto más restringido del concepto de emigración que el empleado por la Ley 51/1982 (cfr. Instrucción de 16 de mayo de 1983) y por la Ley 18/1990 (cfr. Instrucción de 20 de marzo de 1991). Por el contrario, el sentido literal y amplio de la expresión emigrante –español nacido en España que traslada su domicilio al extranjero– ha alcanzado también a los hijos de emigrantes a partir de la Ley de 1990. Siendo esto así, es evidente que la condición de emigrante se justifica por sí misma, al quedar probado que quien recupera nació en España y tiene su residencia habitual en el extranjero, sin que haya que investigar las razones últimas que originaron el fenómeno migratorio.

V. Ha de observarse, por último, que esta interpretación literal no deja vacía de contenido la dispensa del requisito de la residencia legal en España. Esta dispensa discrecional es necesaria para todas aquellas personas que hayan perdido la nacionalidad española, bien sin salir de España –lo cual ha sido posible legalmente en varias etapas legislativas–, bien porque los interesados y sus progenitores hayan nacido en el extranjero, es decir, tratándose de nietos de emigrantes.

La Dirección General acordó estimar el recurso y ordenar que se inscriba marginalmente en el asiento de nacimiento de la interesada su recuperación de la nacionalidad española.

### 3.6. RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD

**Quien no es emigrante, ni hijo de emigrante, y no reside legalmente en España, necesita la dispensa de este requisito.**

Res. DGRN, de 4 de abril de 1998 (2.ª).

#### HECHOS:

Don M. T. S., nacido en Tetuán en 1941, hijo de padres marroquíes, adquirió la nacionalidad española en 1955 por dependencia familiar. El 2 de diciembre de 1991, se declaró por Auto firme la pérdida de la nacionalidad española de don M. T. S. por llevar residiendo fuera de España más de tres años y haber asentido a la nacionalidad marroquí.

Con fecha 18 de noviembre de 1997, don M. T. S. solicitó la opción a la nacionalidad española por ser hijo de padres españoles, la cual le fue denegada en 1991 por el Encargado del Registro Civil consular de España en Tetuán. Entendiendo que esta solicitud constituye un recurso contra dicha denegación, el Cónsul General lo consideró interpuesto fuera de plazo y elevó las actuaciones a la Dirección General.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

I. Vistos los artículos 22 y 23 del Código Civil, en su redacción por Ley de 15 de julio de 1954; 26 del Código Civil; 15, 16, 46 y 67 de la Ley del Registro Civil; 66, 68, 226, 232 y 365 del Reglamento del Registro Civil; la disposición transitoria 1.ª de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre; y las Resoluciones de 7 de enero, 23.1.ª de agosto, 14.5.ª y 16.1.ª de septiembre de 1994, 10 de mayo, 11.1.ª y 16.2.ª de octubre de 1995, 3 de enero, 6 de abril y 19.2.ª de junio de 1996, 8.2.ª y 22 de octubre de 1997 y 19 de febrero de 1998.

II. Para la resolución del presente recurso conviene precisar que no cabe plantear el escrito presentado por el interesado como un recurso contra la inscripción de la nacionalidad española por razón de patria potestad y subsiguiente pérdida hechas constar simultáneamente en 1991, sino en el sentido de declarar su voluntad de ser español. Habida cuenta de que consta la pérdida, debe interpretarse el escrito inicial como su intención de recuperar la nacionalidad española que en su día tuvo.

III. El interesado adquirió la nacionalidad española por razón de patria potestad en 1955, perdiéndola posteriormente por su asentimiento libre y voluntario a otra nacionalidad una vez que concurrieron los requisitos exigidos por el artículo 22 CC, redacción según Ley de 1954. Por consiguiente, es perfectamente posible la recuperación intentada, si bien es preciso que concorra el requisito de la residencia legal en España exigido por el actual artículo 26.1.a CC. Puesto que no es emigrante ni hijo de emigrante, este requisito podrá ser dispensado por la Ministra de Justicia «cuando concurren circunstancias excepcionales».

La Dirección General acordó revocar la decisión recurrida en cuanto que considera el recurso presentado fuera de plazo y dejar a salvo el derecho del interesado para solicitar la instrucción de expediente de dispensa de residencia legal en España ante el Cónsul español de su domicilio, a los efectos de la recuperación de la nacionalidad española, conforme a lo señalado en el último fundamento jurídico.

**3.7. RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD**

**Pérdida de la nacionalidad española a los 12 años de edad: no es necesaria la habilitación del Gobierno.**

**Res. DGRN, de 20 de abril de 1998 (3.ª).**

**HECHOS:**

Don F. J. C. O. nació en España el 3 de noviembre de 1961, siéndole atribuida la nacionalidad española *iure sanguinis*, la cual perdió en 1973 por dependencia familiar, al adquirir su padre la nacionalidad venezolana, que también fue atribuida a don F. J. C. O.

Con fecha 5 de septiembre de 1996, el referido señor manifestó ante el Registro Civil consular de España en C. (Venezuela), lugar donde reside, su voluntad de recuperar la nacionalidad española.

Recibida en el Registro Civil de Madrid el acta correspondiente, el Juez Encargado dictó providencia declarando no haber lugar a extender el asiento mar-



ginal de recuperación de la nacionalidad española, por entender que, siendo el interesado menor de cuarenta años, necesitaría la previa habilitación del Gobierno.

El interesado interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 23 del Código Civil, en su redacción por Ley de 15 de julio de 1954 y 26 en su redacción actual; 46, 64, 67 y 68 de la Ley del Registro Civil, 226 a 229 del Reglamento del Registro Civil; y la Resolución de 29 de junio de 1992.

II. El interesado ha nacido en Madrid en 1961, correspondiéndole entonces la nacionalidad española *iure sanguinis*. Está suficientemente acreditado por la documentación aportada y el informe del Cónsul que, en el año 1973, adquirió la nacionalidad venezolana por haberla adquirido su padre, perdiendo en esta fecha la nacionalidad española por dependencia familiar (cfr. artículo 23.5.º CC, redacción de 1954)

III. En esta situación, el acuerdo calificador ha denegado inscribir la recuperación de la nacionalidad española del interesado, según acta levantada en el Registro Consular de Caracas, alegando que el declarante es menor de cuarenta años y necesita, por tanto la habilitación previa discrecional del Gobierno, conforme al artículo 26.2.º CC, al no haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria.

IV. No obstante, esta calificación no puede aceptarse. Como ya se indicó en su momento para la anterior redacción del artículo 26 CC (cfr. Resolución de 29 de junio de 1992), la habilitación del Gobierno era una sanción civil para quienes habían incumplido sus deberes militares como españoles, por lo que no podía ser de aplicación a casos en que el interesado hubiera incurrido, con antelación a toda obligación militar, en causa de pérdida de la nacionalidad española, de modo que, cuando llegara a la edad requerida, ya no estaría sujeto, por no ser español, al servicio militar en nuestro país. Y esta interpretación lógica ha venido a ser confirmada por la nueva redacción dada al artículo 26 CC por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, ya que la habilitación del gobierno sólo se exige para los que hayan perdido la nacionalidad sin haber cumplido el servicio militar o la prestación social sustitutoria «estando obligados a ello». A los doce años el interesado estaba libre de todo deber militar.

La Dirección General acordó estimar el recurso y ordenar que se inscriba la recuperación de la nacionalidad española.

### 3.8. RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

**El Registro Civil prueba que el padre era emigrante, por lo que la hija puede recuperar sin necesidad de volver a España.**

**Res. DGRN, de 18 de noviembre de 1998.**

#### HECHOS:

Con fecha 25 de febrero de 1998, doña A. M. H. solicitó del Consulado de España en Tetuán (Marruecos), lugar donde reside, la recuperación de la nacionalidad española, que perdió por matrimonio con ciudadano marroquí

en 1960 y adquisición consiguiente de la nacionalidad marroquí. La promotora alegó ser hija de emigrante español. Según quedó acreditado, el padre de la promotora, nacido en Ceuta el 23 de marzo de 1889, era español al tiempo del nacimiento de ésta, acaecido en Tetuán el 8 de febrero de 1936.

El Cónsul General de España en Tetuán denegó lo solicitado por no haberse probado la condición de emigrante del padre de la promotora, la cual recurrió frente a dicho acuerdo, ante la DGRN, adjuntando la hoja de servicios de su padre, en la que consta que éste fue afiliado como intérprete en Melilla, en el año 1928, y destinado a la zona del Protectorado de España en Marruecos.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 26 del Código Civil; 46 y 64 de la Ley del Registro Civil; 226 a 229 y 342 del Reglamento del Registro Civil; las Instrucciones de 16 de mayo de 1983 y 20 de marzo de 1991; y las Resoluciones de 2.1.<sup>a</sup> de septiembre de 1996, 22 de enero, 27.2.<sup>a</sup> de febrero, 3.1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> de junio, 23.5.<sup>a</sup> de agosto y 23.2.<sup>a</sup> de octubre de 1997, 3.2.<sup>a</sup> de abril, 2.1.<sup>a</sup> y 3.1.<sup>a</sup> de junio de 1998.

II. El concepto de emigrante que utiliza el artículo 26 CC, en su redacción por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, ha de interpretarse, en su sentido literal, de modo que emigrante es la persona nacida en España que ha trasladado su domicilio al extranjero. Así lo indicó el Centro Directivo para las redacciones anteriores de las Leyes 51/1982 y 18/1990, y no hay motivos para desviarse de esta conclusión en la interpretación de la Ley vigente.

III. Por consiguiente, acreditado por las respectivas inscripciones de nacimiento, que el padre de la interesada nació en Ceuta y que, cuando nació su hija, estaba domiciliado en Tetuán, no hay por qué exigir otras pruebas de la emigración, y la recurrente, como hija de emigrante, puede recuperar la nacionalidad española, estando dispensada *ex lege* del requisito de ser residente legal en España (cfr. art. 26 CC).

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar la calificación recurrida, y declarar que no hay obstáculos para que, cumplidos los demás requisitos necesarios, se inscriba la recuperación de la nacionalidad española de la interesada.

## 4. MATRIMONIO

### 4.1. EXPEDIENTE PREVIO A LA CELEBRACIÓN EN EL EXTRANJERO DEL MATRIMONIO DE UN ESPAÑOL

**Certificado de capacidad matrimonial: no debe expedirse si en la audiencia del contrayente se deduce la falta de consentimiento matrimonial.**

Res. DGRN, de 4 de marzo de 1998 (5.<sup>a</sup>).

#### HECHOS:

Don K. M., marroquí residente en Marruecos, y doña A. L. P. R., española residente en España, mediante escrito de fecha 21 de octubre de 1997 dirigido al

Registro Civil de la localidad donde está domiciliada la citada señora, manifestaron su deseo de contraer matrimonio en Marruecos y solicitaron les fuese expedido el oportuno certificado de capacidad matrimonial.

De lo manifestado por el promotor, en comparecencia ante el Cónsul General de España en T. (Marruecos), se comprobó que don K. M. desconocía datos elementales sobre su futura esposa. El Ministerio Fiscal significó la improcedencia de autorizar el matrimonio de los promotores. La Jueza Encargada dictó Auto por el que denegaba la autorización para celebrar el enlace pretendido, por falta de auténtico consentimiento matrimonial en el promotor.

Los promotores recurrieron frente a dicho Auto 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 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, 73, 74 y 1253 del Código Civil; 238, 245, 246, 247 y 252 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 20.2.ª de enero de 1995, 5 de diciembre de 1996, y 8 de enero, 8 de febrero y 24.1.ª de mayo de 1997.

II. Cuando, como es el caso, un español desea contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración, y esta ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial (cfr. art. 252 RRC), el expediente previo para la celebración del matrimonio ha de instruirse conforme a las reglas generales (cfr. Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 5.ª), siendo trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. art. 246 RRC).

III. La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos en cuanto que por él puede, en ocasiones, descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio —ni contribuir, como en este caso, a la autorización— nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. art. 45 y 73.1.º CC).

IV. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. art. 1253 CC).

V. En el caso actual, del trámite de audiencia personal y reservada del contrayente marroquí, aparte de una dificultad de comunicación entre él y ella, resulta comprobado que él ignora datos elementales de la vida de ella y de sus aficiones e, incluso, el lugar donde van a vivir después del matrimonio. Estos hechos comprobados, llevan a la deducción, que no es ilógica ni arbitraria, de la inexis-

tencia de verdadero consentimiento matrimonial en el contrayente. Siempre ha de tenerse en cuenta que, por razones de inmediación, las personas que han presenciado las manifestaciones del interesado son las que están en mejores condiciones para apreciar una posible simulación.

La Dirección General acordó desestimar el recurso.

#### 4.2. AUTORIZACIÓN DE MATRIMONIO CIVIL

**Se autoriza el que quieren celebrar en España una española y un marroquí, pues no hay motivos bastantes para deducir la simulación.**

Res. DGRN, de 6 de julio de 1998 (4.ª).

##### HECHOS:

Con fecha 18 de diciembre de 1997, ante el Registro Civil de Ceuta, don A. A., soltero, de nacionalidad marroquí, y doña D. A. O., soltera, de nacionalidad española, promovieron expediente para contraer matrimonio civil en la citada ciudad.

En el curso de la audiencia reservada, practicada en el Consulado General de España en T. (Marruecos), don A. A. declaró que doña D. A. O. y él piensan celebrar matrimonio coránico, pues es el verdadero matrimonio para él, pero que antes quieren facilitar la obtención de documentación española.

El Juez Encargado dictó Auto denegando lo solicitado.

La promotora interpuso recurso frente a dicho Auto ante la DGRN.

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 73, 74 y 1253 del Código Civil; 238 y 245, 246 y 247 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, 25 de septiembre y 22.1.ª de noviembre de 1995; 27.3.ª de abril, 26.1.ª de junio, 18.1.ª y 2.ª, 23.2.ª y 3.ª de octubre de 1996; 4.1.ª de abril, 24.2.ª de mayo, 5 de junio, 24.3.ª de octubre y 12 de noviembre de 1997.

II. Dentro de la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil, existe un trámite esencial e imprescindible (cfr. Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 3.ª), como es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. art. 246 RRC).

III. La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos —especialmente en los matrimonios entre español y extranjero— en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio

resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1.º CC).

IV. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar.

V. En este caso concreto, los hechos comprobados no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. El solo hecho de que el contrayente haya declarado que su intención es la de contraer posteriormente matrimonio islámico con la misma persona, y que éste es para él el verdadero matrimonio, refuerza más bien la seriedad del compromiso matrimonial asumido. No hay motivos para rechazar la autorización del matrimonio civil por las creencias religiosas de los interesados.

VI. 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 del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9.2.º de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar 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 (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que, con toda amplitud, podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar el Auto apelado y declarar que no hay obstáculo para que el Juez Encargado apruebe la autorización del matrimonio.

#### 4.3. INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO

**Matrimonio civil de un español celebrado en el extranjero según la *lex loci*.**

**No se debe presumir la falta de consentimiento matrimonial cuando hubo relación anterior de varios meses entre los cónyuges.**

Res. DGRN, de 2 de enero de 1998 (2.º).

#### HECHOS:

Don S. M. R., español y residente en España, contrajo matrimonio el día 9 de agosto de 1997, en Colombia, con doña M. I. C. G., de nacionalidad colombiana y residente en Colombia.

Solicitada por los cónyuges la inscripción de tal enlace en el Registro Civil consular competente, se realizó la entrevista por separado de los promotores, quienes

declararon haberse conocido en Colombia, en abril de 1997, durante una semana de vacaciones del Sr. M. R., si bien la promotora declaró haber permanecido en España desde febrero hasta mayo de ese mismo año.

El Cónsul General de España en B. (Colombia) denegó la inscripción de matrimonio instada, al estimar que de la entrevista practicada se deduce que lo verdaderamente querido es la regularización de la estancia de doña M. I. C. G. en España.

El promotor impugnó 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 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, 73, 74 y 1253 del Código Civil; 15, 23, y 73 de la Ley del registro Civil; 85, 246, 256 y 257 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 9.2.<sup>a</sup> de octubre, 3 y 17 de diciembre de 1993, 20.2.<sup>a</sup> de enero, 30 de mayo, 25 de septiembre y 22.1.<sup>a</sup> de noviembre de 1995, 8 de enero, 22 de marzo, 27.3.<sup>a</sup> de abril, 26.1.<sup>a</sup> de junio, 18.1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> y 23.2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de octubre de 1996, 4.1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> de abril, 24.2.<sup>a</sup> de mayo, 5 de junio, 24.3.<sup>a</sup> de octubre, 12 de noviembre, 3.2.<sup>a</sup> y 18.1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> de diciembre 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 (cfr. 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 (cfr. art. 1253 CC).

IV. En el caso actual, los hechos comprobados, por medio de esas declaraciones complementarias oportunas, no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Aunque haya algunos puntos oscuros, las declaraciones de los interesados concuerdan en que se conocieron y decidieron casarse cuatro meses antes de la boda, en un viaje que él

hizo a Colombia. Después de este viaje, ella se trasladó a España con los gastos pagados por el novio y ambos, acompañado él por su madre, volvieron a Colombia para casarse en este país.

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.<sup>a</sup> de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, el Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa». «Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto»,

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar la calificación recurrida y ordenar que se inscriba el matrimonio de los promotores.

#### 4.4. INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO

**Matrimonio civil de un español celebrado en el extranjero según la *lex loci*.**

**Denegación: simulación: inexistencia de consentimiento matrimonial.**

Res. DGRN, de 2 de enero de 1998 (4.<sup>o</sup>).

##### HECHOS:

Don F. M. A. L., español, nacido el 20 de marzo de 1927 y residente en España, contrajo matrimonio el día 23 de abril de 1997, en Cuba, con doña D. Z.G., nacida el 26 de marzo de 1974, de nacionalidad cubana y residente en Cuba.

Solicitada por los cónyuges la inscripción de tal enlace en el Registro Civil consular español en L. H. (Cuba), el Encargado dispuso oír reservadamente a doña D. Z. G., quien declaró: desconocer las ocupaciones y aficiones de su cónyuge, que su intención es residir en Cuba, pero desea conocer España, lo que le ha sido imposible porque le fue denegado en su día el visado, y que, precisamente por esa razón, contrajo matrimonio.

El Encargado del Registro consular acordó denegar la inscripción de matrimonio instada, al estimar que no existe verdadero consentimiento matrimonial

Los promotores impugnaron dicho acuerdo, mediante sendos recursos, 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 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, 27, 29, 32 y 73 de la Ley del Registro Civil; 54, 85, 245, 246, 247, 256, 257, 354, 355 y 356 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 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 y 23.2.ª y 3.ª de octubre, 5 y 11 de diciembre de 1996, 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, 24.2.ª de octubre y 20 noviembre de 1997.

II. El llamado matrimonio de complacencia es indudablemente nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. artículos 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, esta Dirección General 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 separada, de cada contrayente (cfr. art. 246 RRC), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (cfr. arts. 56.1 CC y 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 (cfr. art. 65 CC) y esta comprobación, si el matrimonio consta por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256.3.º RRC), requiere que por medio de la calificación de ese 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 del Reglamento, 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.º de la Ley y 85 de su Reglamento.

IV. En este caso concreto, de los hechos comprobado es razonable, y en modo alguno arbitrario, entender que el matrimonio es nulo por simulación. Así lo han entendido el Canciller del Consulado, en funciones de Ministerio Fiscal (art. 54 RRC) y el Encargado del Registro Consular, los cuales, por su inmediatez 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 (cfr. 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 del Reglamento.

La Dirección General acordó desestimar los recursos, dejando a salvo la vía judicial ordinaria.



#### 4.5. INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO

##### **Matrimonio islámico de dos extranjeros en España.**

**Contrayentes no domiciliados en España: competencia del Encargado del Registro Civil del lugar del matrimonio para calificar la certificación oportuna de la celebración del matrimonio.**

**Res. DGRN, de 16 de abril de 1998 (1.\*).**

##### HECHOS:

Con fecha 19 de septiembre de 1997, ante el Registro Civil de B. (España), don A. L., nacional de Burkina Faso, y doña Z. B., de nacionalidad belga, solicitaron la inscripción de su matrimonio celebrado en esa ciudad, según la ley islámica, el día 18 de septiembre de 1997, acreditado por el representante de la Comunidad Religiosa islámica «Annur». Dicha Comunidad está inscrita en el Ministerio de Justicia y forma parte de la Comisión Islámica de España.

La Jueza Encargada dictó Auto por el que se consideraba incompetente para tramitar el expediente, basándose en la falta de residencia en España de ambos cónyuges, e indicaba que si éstos hubieran intentado tramitarlo antes de celebrar su matrimonio, ningún órgano español habría sido competente para ello, por lo que tampoco debe haberlo cuando el expediente se tramita después de la celebración.

Los promotores recurrieron frente a dicho Auto ante la DGRN.

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España; 9, 59, 60 y 65 del Código Civil; 16 de la Ley del Registro Civil; 68, 238 y 256 del Reglamento del Registro Civil; la OM de 21 de enero de 1993; y la Instrucción de 10 de febrero de 1993.

II. Dos extranjeros han celebrado matrimonio islámico en España y, al no estar ninguno de ellos domiciliado en nuestro país, se ha planteado la cuestión de si el enlace es inscribible en el Registro Civil correspondiente al lugar de celebración.

III. Para resolver esta cuestión hay que partir de la base de que dos extranjeros pueden contraer matrimonio en España «con arreglo a la forma prevista para los españoles» (art. 50 CC) y, por tanto, también hoy con arreglo a la forma religiosa establecida en la ley islámica, lo que se acreditará mediante certificación del representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído el matrimonio (cfr. apartados 1 y 3 del art. 7 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, y apartado III de la Instrucción de febrero de 1993).

IV. Sobre esta base, el acuerdo apelado del Encargado del Registro Civil correspondiente al lugar de la celebración ha estimado que, cuando no se ha tramitado ante el Registro Civil del domicilio el expediente previo para la autorización del matrimonio islámico, es necesario que se tramite con posterioridad a la celebración del matrimonio islámico un expediente para su inscripción y que para este expediente no hay órgano en España competente si ambos contrayentes están domiciliados en el extranjero, porque el expediente ha de instruirse ante el

Juez Encargado o de Paz, o el Encargado del Registro Civil consular correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes (cfr. artículo 238 RRC), por lo que, en definitiva, declara su incompetencia y archiva las actuaciones.

V. Esta argumentación, sin embargo, descansa sobre un equívoco, como es el de entender que un matrimonio islámico celebrado en España requiere siempre la instrucción por el Encargado del Registro Civil de un expediente anterior o posterior a la celebración del enlace. Si el expediente previo es necesario cuando los contrayentes islámicos decidan voluntariamente seguir este camino, no ocurre lo mismo cuando éstos decidan, sin acudir previamente al Registro Civil, celebrar directamente el matrimonio religioso. En esta segunda hipótesis, que ha sido destacada claramente en el apartado IV y en la conclusión 6.ª de la Instrucción de 10 de febrero de 1993, la inscripción del matrimonio islámico ya celebrado no exige la tramitación de ningún expediente, sino que la certificación acreditativa de la celebración del matrimonio islámico queda sometida a la calificación del Encargado del Registro Civil correspondiente al lugar de celebración (cfr. arts. 65 CC y 256.2.º RRC), el cual deberá comprobar los requisitos formales de la certificación acompañada, así como la concurrencia de los requisitos de fondo exigidos para la validez civil del matrimonio. Su competencia para esta calificación y para la inscripción no viene determinada por el domicilio de los contrayentes, sino por corresponder su Registro al lugar de celebración del matrimonio (cfr. arts. 16 LRC y 68 RRC).

La Dirección General acordó estimar el recurso, revocar la decisión recurrida y ordenar a la Encargada del Registro Civil de B. que califique la inscribibilidad de la certificación del matrimonio islámico, ajustándose a los artículos 65 CC y 256 RRC y a los criterios que señala la Instrucción de 10 de febrero de 1993.

#### 4.6. INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIO

**Denegación: invalidez del matrimonio celebrado en España, en la Embajada rusa, entre un español y una rusa.**

Res. DGRN, de 21 de septiembre de 1998.

##### HECHOS:

Con fecha 30 de abril de 1998, ante el Registro Civil de su domicilio, don F. J. R. C., soltero, de nacionalidad española, y doña G. G. S., soltera de nacionalidad rusa, solicitaron la inscripción de su matrimonio, contraído el 12 de agosto de 1997 en la Embajada de la Federación Rusa en Madrid.

El Juez Encargado dictó providencia denegando la inscripción, al entender que el matrimonio no es válido y, en consecuencia, no es inscribible, al haberse celebrado en la Embajada rusa en Madrid y ser español uno de los contrayentes.

Los promotores interpusieron recurso frente a dicha providencia ante la DGRN.

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 11, 49, 50, 65, 73 y 78 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 5 del Convenio de Viena de Relaciones Consulares,

de 24 de abril de 1963; y las Resoluciones de 5 de agosto de 1981, 20 de enero de 1982, 4 de mayo de 1988 y 13.2.<sup>a</sup> de enero de 1996.

II. Cualesquiera que fueran las dudas sobre el caso en la regulación anterior a la Ley 30/1981, de 7 de julio (cfr., por ejemplo, la Resolución de 20 de enero de 1982), después de esta Ley, y el régimen no ha variado por la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, un español ha de contraer matrimonio en España, bien ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por el Código Civil, bien en la forma religiosa legalmente prevista (cfr. art. 49 CC). El matrimonio consular que pueden contraer válidamente dos extranjeros en España, si así lo permite la ley personal de cualquiera de ellos (cfr. art. 50 CC) no es, en cambio, una forma válida si uno de los contrayentes es español, de suerte que en este segundo caso el matrimonio es nulo por aplicación del artículo 73.3.º CC.

III. Consiguientemente, y por exigencia del principio de legalidad (cfr. arts. 23 LRC y 85 RRC), ha de denegarse en este caso la inscripción de matrimonio instada. La calificación por el Encargado alcanza, sin duda, a la comprobación de la existencia del requisito legal sobre la forma válida de celebración del enlace (cfr. arts. 65 CC y 256 RRC).

La Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar la decisión recurrida.

# JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

## Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en materia civil durante los años 1995-1996

**JUAN MANUEL ABRIL CAMPOY**

**MARÍA EULALIA AMAT LLARI**

Profesores Titulares de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Barcelona

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido ocasión de resolver en los años 1995 y 1996 treinta y nueve recursos de casación en materia civil. De los referidos recursos, veintitrés corresponden al año 1995. De éstos, diecinueve desestiman el recurso de casación, dos estiman parcialmente el recurso y dos los acogen en su totalidad. Por lo que atañe al año 1996, se han resuelto dieciséis recursos, de los que doce son desestimatorios, dos acogen parcialmente el recurso y otros dos lo estiman en su integridad.

### **JURISPRUDENCIA DEL AÑO 1995**

#### **JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE OBLIGACIONES**

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha dictado diez sentencias sobre derecho de obligaciones, nueve de las cuales abordan extremos de la rescisión por lesión, y una respecto de la aplicación de la Ley 24/1984, de 28 de noviembre, de contratos de integración.

#### **I. SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1995. Jaime S. F. c/ Emilio B. Ll. y otros**

Don Jaime S. F. interpuso demanda contra don Emilio B. Ll. y otros, en la que suplicaba se dictara sentencia que condenase a la administradora al reembolso de determinadas cantidades, se declarase la nulidad de las compraventas de dos inmuebles por simulación y, de forma subsidiaria, se estimase la acción de rescisión por lesión *ultradimidium*, así como la cancelación de los asientos registrales correspondientes. El Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Barcelona dictó sentencia, en fecha 8 de marzo de 1993, por la que desestimaba la deman-

da. La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.<sup>a</sup>, dictó sentencia, en fecha 2 de julio de 1994, confirmatoria de la resolución de primera instancia.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial se formuló recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y en lo que aquí interesa, tras afirmar el Tribunal Superior que se acoge el criterio más flexible y menos riguroso respecto de la validez de la donación, disimulada bajo una aparente compraventa otorgada en escritura pública, a la vez que se mantiene el criterio de que la apreciación judicial de la existencia de los elementos esenciales del contrato corresponde, en cuanto circunstancia fáctica, a los Tribunales de instancia, razona el Alto Tribunal la inexistencia de infracción del artículo 321 de la Compilación. La razón radica en que la rescisión por lesión centra su ámbito de aplicación en los contratos de compraventa, permuta y otros de carácter oneroso, y, por ende, no puede alcanzar a un negocio de donación.

## II. SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1995. Antonia G. J. c/ Jaume G. C. y otros.

Doña Antonia G. J. formuló demanda contra don Jaume G. C. y otro, en la que solicitaba la declaración de que los demandados deben otorgar instrumento público de compraventa en favor del actor y que se les condenase al abono solidario de 15 millones de pesetas, más los intereses legales, incrementados en dos puntos desde el requerimiento efectuado, con expresa imposición de costas. La parte demandada contestó a la demanda, según la cual solicitaba que no se examinase el fondo de la litis al concurrir la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y, de forma subsidiaria, que se absolviese a los demandados. Asimismo formuló demanda reconvenzional, en la que ejercitaba la acción de rescisión por lesión respecto de la compraventa documentada privadamente el 15 de octubre de 1982. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Lleida estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a otorgar instrumento público de compraventa en favor del actor. Condenó también al Sr. Jaume G. C. a abonar a la actora la cantidad de 500.000 pesetas si otorga la escritura pública, mientras que si la otorga el Juez sustituyéndole le condenaba al pago de 15 millones de pesetas. Absolvía a los demandados del resto de la demanda y desestimaba asimismo la demanda reconvenzional.

La Audiencia Provincial de Lleida, en sentencia de fecha 18 de marzo de 1997, desestimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de instancia.

Contra la sentencia de la Audiencia se formuló recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En el extremo que aquí interesa, el recurrente aducía, en su primer motivo de casación, infracción por interpretación incorrecta de lo dispuesto en los artículos 321 y 322 de la Compilación, respecto de la caducidad de la acción rescisoria. El Tribunal Superior dictamina que la acción rescisoria puede ejercitarse desde la perfección del contrato, sin que se requiera la consumación del mismo, por lo que el cómputo se inicia desde el documento privado de venta, a la par que la denominada renuncia expresa de la esposa a todos los derechos equivale a una ratificación del contrato de compraventa otorgado por el marido, que opera de modo retroactivo.

## III. SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1995. Juan B. G. c/ Antonia S. A.

Don Juan B. G. formuló demanda contra doña Antonia S. A., en la que solicitaba la nulidad del contrato de compraventa perfeccionado entre las par-

tes litigantes, al concurrir vicios del consentimiento, por falta de causa y, de forma subsidiaria, ejercitaba la acción de rescisión por lesión. Asimismo suplicaba la rectificación del Registro y que se declarase su dominio sobre las fincas de Autos, que le fuesen restituidas y que se condenase a la demandada al pago de las costas procesales. Contestada la demanda, y previos los trámites oportunos, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Sabadell, en fecha 6 de junio de 1991, dictó sentencia en la que desestimaba la demanda interpuesta. Formulado recurso de apelación por el actor contra la sentencia de instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia de 18 de diciembre de 1992 confirmatoria de la del Juzgado.

Contra la sentencia de la Audiencia la parte actora interpuso recurso de casación, con fundamento, en lo que aquí interesa, en la inaplicación o aplicación indebida de los artículos 321 y 323 CDCC en relación con el artículo 1281 del Código Civil.

El Tribunal Superior de Justicia establece respecto de la pretendida aplicación indebida del artículo 321 CDCC que, al no haber acreditado la recurrente la simulación de la venta o la falta de uno de sus elementos esenciales, ésta debe ser reputada como válida, y, por lo que atañe al artículo 323 CDCC, mantiene que éste establece los parámetros para la determinación del precio justo y el referido precepto es utilizado correctamente por la sentencia de instancia.

#### IV. SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1995. Agustín C. R c/ Josefa G. R.

Don Agustín C. R. formuló demanda contra doña Josefa G. R., en la que suplicaba que se estime la acción de rescisión por lesión de la compraventa del piso de fecha 11 de junio de 1992, otorgada en ejecución de sentencia de retracto y, de forma subsidiaria, que se declare la resolución del contrato por enriquecimiento injusto del comprador o, en su defecto, que indemnice al vendedor en la cantidad de 22 millones, o en la cantidad acreditada en Autos. Asimismo solicitaba la imposición de las costas a la demandada. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona, en fecha 26 de noviembre de 1993, dictó sentencia por la que desestimaba la demanda interpuesta. Contra la referida sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 20 de octubre de 1994, estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por el demandante en cuanto al extremo de las costas procesales, revocándola en este aspecto y no efectuando imposición de las costas procesales a ninguna de las partes en las dos instancias.

Contra la sentencia de la Audiencia, la parte demandante formalizó recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el que aducía, en lo que aquí interesa, infracción de los artículos 321 y 324 de la Compilación de Cataluña.

El Tribunal Superior de Justicia manifiesta que el recurso parte de una premisa equivocada, al no existir transmisión onerosa entre el comprador retraído y el retrayente, ni poder ser calificado el primero como enajenante. Expone el Tribunal Superior que en el retracto legal se atribuye una facultad al tercero para subrogarse en la posición del comprador. Por consiguiente, no existe infracción de lo que dispone el artículo 321 CDCC, dado que no hay transmisión onerosa entre retraído y retrayente, ni cabe atribuir al recurrente la condición de enajenante, por lo que carece de legitimación activa *ad causam*. Lo expuesto, supone asimismo el rechazo del motivo de casación respecto del artículo 324 CDCC, toda vez que la aplicación de éste presupone la admisión de la rescisión, lo que en la presente litis no aconteció.

V. SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1995. «Cooperativa Comarcal A. de R., S. C. C. L.» c/ Jesús F. B. y otros.

La «Cooperativa Comarcal de A. de R.» formuló demanda contra don Jesús F. B., sobre reclamación de cantidad, a la par que diez demandas más resultaron acumuladas al pleito dirigido contra el Sr. F. B. Todos los demandados, excepto uno, en situación procesal de rebeldía, se opusieron a la demanda y formularon reconvencción reclamando diversas cantidades a la parte actora. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Reus dictó sentencia, de fecha 24 de diciembre de 1993, en la que estimaba las demandas y desestimaba las demandas reconventionales. La Audiencia de Tarragona dictó sentencia el 13 de septiembre de 1994 confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia.

Contra la sentencia de la Audiencia formulan los demandados recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el que se argumentaba, en los extremos que a este efecto interesan, que se infringía por no aplicación lo dispuesto en los artículos 3.2 y 8 de la Ley 24/1984, de 28 de noviembre, de Contratos de Integración.

El Alto Tribunal dictamina al respecto lo que sigue. Por lo que atañe al artículo 8 de la Ley de Contrato de Integración, según el cual el contrato de integración no transfiere al socio integrado la propiedad de las cabezas de ganado, sin poder disponer o gravarlas por su cuenta, no cabe aducir su infracción, por cuanto la Ley catalana regula la modalidad de integración vertical, que incluye las diversas fases del proceso productivo, mientras que en el presente caso se está ante la denominada integración horizontal, a la par que las relaciones contractuales entre la Cooperativa y los socios se establecieron con anterioridad al año 1984, sin que se haya probado que las mismas se han modificado, por lo que la norma catalana de 1984 no puede aplicarse de forma retroactiva.

En cuanto a la pretendida infracción del artículo 3.2 de la referida Ley catalana, según el cual son nulos los pactos que hacen participar al socio integrado en las pérdidas en una proporción superior a la correspondiente a los beneficios, el Tribunal Superior reitera la no aplicación de la Ley sobre contratos de integración a los presentes contratos atípicos de integración, y añade, además, que aun cuando fuese de aplicación el citado precepto, resultaría que en el presente caso se trata de contratos de integración entre la Cooperativa y sus socios, con lo que no se da la contraposición de intereses habitual de los contratos, y al participar los socios en los beneficios de la Cooperativa, éstos devienen asimismo beneficios de los asociados, lo que determina la no aplicación del artículo 3.2 de la Ley catalana a la situación de equilibrio creada mediante los contratos de integración atípicos.

VI. SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1995. Joaquín G. M. c/ José B. A. y otros.

Don Joaquín G. M. interpuso demanda contra doña María P. P., en la que peticionaba que se declarase la validez del contrato de compraventa de veintuna fincas, que la venta se había perfeccionado a favor del actor, y que se condenase a la parte demandada a otorgar escritura pública de compraventa por el precio de 9.500.000 pesetas. Fallecida la demandada, sus herederos contestaron a la demanda, y tras la réplica y dúplica y los demás trámites previos, se procedió a la acumulación de los Autos, iniciados a instancia de la demandada contra el actor. Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona se dictó sentencia, de fecha 18 de septiembre de 1993, en la que se estimaba la demanda, declarando la validez del contrato de opción de compra de 4 de agos-

to de 1976, sobre las veintiuna fincas y estimaba que el contrato se había perfeccionado en favor del actor, por el ejercicio temporáneo de la opción. Asimismo acogía la demanda interpuesta por la parte demandada y declaraba la rescisión del contrato de venta que se perfeccionó con el ejercicio de la opción.

Contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la parte actora y uno de los demandados, formularon recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de fecha 31 de enero de 1995, estimó parcialmente el recurso de apelación de la parte actora, desestimando el aducido de contrario, y declaró la validez del contrato de opción de compra de 1976, con excepción de las fincas números 1 y 10, por lo que revocó la sentencia de instancia al no dar lugar a la rescisión por lesión.

Contra la sentencia de la Audiencia, la representación de la parte demandada formuló recurso de casación que, por lo que aquí interesa, arguye infracción del artículo 322.1 CDCC en relación con las sentencias de 12 de marzo de 1984 y 7 de febrero de 1989; en segundo lugar, infracción del artículo 10.5 CC, en relación con el artículo 16 CC y artículos 321 y 323 CDCC; en tercer lugar, infracción del artículo 323 CDCC en relación con el artículo 10.5 CC; en cuarto lugar, infracción de los artículos 1445 y 1450 CC en relación con el artículo 321 CDCC, y, por último, infracción de las SSTSJC de 7 de octubre de 1991 y 1 de junio de 1993.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña establece al respecto lo siguiente. Por lo que se refiere a la aducida infracción del artículo 322 CDCC, el Alto Tribunal manifiesta que aun cuando el carácter de la acción rescisoria sea personal, ello no prejuzga el ámbito de aplicación personal o territorial de la normativa catalana sobre rescisión por lesión. A ello añade que la declaración de la STS de 12 de marzo de 1984, favorable a la tesis de la eficacia personal, es *obiter dictum* y que la STS de 7 de febrero de 1989 contempla una hipótesis distinta, como es la de determinar la eficacia personal o territorial de la compraventa a carta de gracia.

En cuanto a la infracción del artículo 10.5 CC, en relación con el artículo 16 CC y artículos 321 y 323 CDCC, el Tribunal Superior considera que no media sumisión expresa a la normativa catalana y, además, que tampoco existen hechos concluyentes que permitan mantener que se empleó el principio de autonomía privada previsto en el artículo 10.5 CC. Por lo expuesto, estima el Tribunal que cuando se trata de la rescisión de un contrato por lesión en más de la mitad del precio justo (cfr. SSTSJC de 7 de octubre de 1991 y 1 de junio de 1993) el punto de conexión es la situación de la cosa, con independencia de la vecindad civil del comprador, según establece el artículo 16 CC en relación con el artículo 10.5 CC.

Respecto a la alegada infracción del artículo 323.1 CDCC en relación con el artículo 10.5.2 CC, el Tribunal Superior establece que la aplicación de la ley aplicable a un contrato no puede efectuarse conforme a los criterios contenidos en el artículo 323.1 CDCC, sino de acuerdo con lo previsto en los artículos 10.5 y 16 CC y una vez determinada la ley aplicable, procederá examinar si se aplica o no la norma encerrada en el artículo 323 CDCC.

En relación con la pretendida infracción de lo que establece los artículos 1445 y 1450 CC en consonancia con lo dispuesto en el artículo 321 CDCC, el Tribunal afirma que no se está ante una hipótesis de venta de cosa ajena, sino de opción de compra de varias fincas, siendo una de ellas ajena, a la par que la vendedora motivó la creencia errónea en el optante que la finca era propiedad de la vendedora.

Por último, respecto a la infracción de la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de octubre de 1991 y 1 de junio de 1993, la Sala considera que el recurrente no ha impugnado la deci-



sión de la Audiencia de excluir la finca sita en Barcelona, sin que quepa apreciar infracción de la doctrina contenida en las resoluciones citadas.

VII. SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1995. Ana P. V. y otra c/ María Ángeles E. P. y otra.

Doña Ana P. V. y doña Carmen P. V. formularon demanda contra doña María Ángeles E. P. y doña Joaquina S. E., en la que suplicaba, que se declarase la nulidad del contrato de compraventa de determinadas fincas, por simulación absoluta, y, de forma subsidiaria, se ejercitaba la acción de rescisión, por lesión. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santa Coloma de Farners dictó sentencia por la que desestimaba íntegramente la demanda. Contra la sentencia de instancia, la parte actora formuló recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Girona dictó sentencia, de fecha 19 de febrero de 1993, confirmatoria de la de primera instancia.

Contra la resolución de la Audiencia, la parte actora formuló recurso de casación, en el que alegaba, en cuanto aquí interesa, infracción de los artículos 321 y 322 CDCC y de la jurisprudencia aplicable.

El Tribunal Superior de Justicia determina que el precio de las fincas es el que se deriva del contrato encubierto y que asciende a 9.003.316 pesetas, que se descomponía en cuatro partidas y que no cabe atender al precio escriturado de 3 millones de pesetas, a lo que añade que el precio realmente pagado y el precio justo son datos de hecho no susceptibles de recurso de casación.

VIII. SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1995. «P. E., S. A.» c/ «T. A. y F. de C., S. A.».

«P. E., S. A.» interpuso demanda contra «T. A. F. de C., S. A.», en la que solicitaba que se condenara a la parte demandada a otorgar escritura pública de compraventa, al haber ejercitado el derecho de opción, con expresa imposición de las costas. Contestada la demanda, se formuló reconvencción en la que se peticionaba la rescisión de la venta. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Rubí dictó sentencia, de 22 de noviembre de 1993, por la que desestimaba la demanda y estimaba parcialmente la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, de fecha 18 de marzo de 1995, en la que estimando, parcialmente el recurso de apelación, revocaba la sentencia de instancia, en cuanto a las costas.

Contra la sentencia de la Audiencia, la parte actora formalizó recurso de casación, en el que argumentaba, respecto de los extremos que aquí interesan, infracción del artículo 344 CCo en relación con los artículos 325.2 y 326 CCo y 321 CDCC y de la jurisprudencia aplicable; infracción por inaplicación de los artículos 321.2 CDCC y 1790 CC y doctrina jurisprudencial e infracción del artículo 323.2 CDCC y artículos 3.1, 1255 1445 y 1450 CC, y doctrina jurisprudencial.

El Tribunal Superior argumenta, respecto del primer extremo, que no se produce la infracción de los referidos preceptos, al no poderse calificar de mercantil la compraventa litigiosa. A lo que añade, que el carácter de comerciante de la actora y demandada no impregna de mercantilidad a todas las actividades que realicen (cfr. STSJC de 7 de junio de 1990).

Respecto a la infracción de los artículos 321 CDCC y 1790 CC, establece que no se trata de un contrato cuyo precio haya sido decisivamente determinado por el carácter aleatorio de lo que se adquiere, toda vez que no hay indicio de ello y no es cierto que la finca estuviera pendiente de una futura calificación urbanística.

Por último, sobre la pretendida infracción del artículo 323 CDCC afirma el Tribunal Superior que, aunque la opción se otorgó en 1987 y la valoración del precio justo se sitúa en el año 1991, en el presente caso no existe problema jurídico, puesto que no se ha producido ninguna variación de la valoración entre esas fechas, sin que la recurrente haya demostrado la existencia de variación entre las citadas fechas.

IX. SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1995. Jorge B. R. c/ «T. de C., S. A.».

Don Jorge B. R. formuló demanda contra «T. de C., S. A.», en la que ejercitaba acción rescisoria por lesión. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona dictó sentencia, de fecha 16 de abril de 1994, por la que desestimaba íntegramente la demanda interpuesta.

Contra la sentencia de instancia, la parte actora interpuso recurso de apelación, que fue estimado, con lo que se revocó la sentencia de instancia y se estimó en su integridad la demanda interpuesta.

La parte demandada formalizó recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, con base en los fundamentos, respecto de lo que aquí interesa, siguientes. En primer lugar, aduce infracción de los artículos 325 y 326 CCo, y STS de 3 de mayo de 1985 y STSJC de 7 de junio de 1990. En segundo lugar, infracción del artículo 344 CCo. En tercer lugar, infracción de las SSTS de 17 de octubre de 1990 y 15 de octubre de 1991 y de las SSTSJC de 20 de octubre de 1992, 7 de marzo de 1994 y 22 de noviembre de 1993. En cuarto lugar, sustenta que existe infracción del artículo 321 CDCC. Y por último, infracción de lo que dispone el artículo 324 CDCC y artículo 1295 CC.

Por lo que atañe al primer motivo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña mantiene que es posible mantener en la actualidad la mercantilidad de las ventas inmobiliarias, toda vez que no existe obstáculo en aplicar por analogía lo dispuesto en el artículo 325 CCo si se cumplen el ánimo de reventa y el afán de lucro, a lo que favorece lo dispuesto en la Exposición de Motivos del Código de Comercio. A ello añade la interpretación conforme a la realidad social, prevista en el artículo 3.1 CC. No obstante lo anterior, en la hipótesis enjuiciada, el Tribunal Superior sostiene que no se trata de una compraventa mercantil, puesto que le faltan las dos condiciones previstas en el artículo 325 CCo y no forma parte de la serie orgánica de los actos propios del tráfico de la empresa.

En segundo lugar, no cabe aducir infracción de lo previsto en el artículo 344 CCo, toda vez que la compraventa ha sido calificada de civil, con lo que el citado precepto no ha podido ser vulnerado.

En tercer lugar, manifiesta el Tribunal que no cabe tildar de absurda o ilógica la prueba pericial, al no disminuir el arriendo del valor de la finca, porque el arriendo y la opción de compra se pactaron el mismo día, con lo que no podía considerarse que el arrendamiento disminuyese el valor de mercado de la finca.

En cuarto lugar, arguye infracción de lo que dispone el artículo 321 CDCC, y a ese respecto el Tribunal dictamina que el presente motivo no puede prosperar, por cuanto el alegato de que la rescisión fue objeto de arbitraje y no podía declararse ya se rechazó con anterioridad, e igual acontece con el criterio del recurrente de que la compraventa es mercantil; extremo que ya fue desestimado anteriormente por el Tribunal.

Por último, en lo que atañe a la pretendida infracción de lo que previenen los artículos 324 CDCC y 1295 CC, el Tribunal Superior pone de relieve que una caracterización de la rescisión por lesión con fundamento subjetivo, esto es, en un vicio del consentimiento, no se adecúa a la institución catalana, lo que

origina el rechazo asimismo de este motivo. A ello se añade que respecto de las inversiones efectuadas, éstas se resuelven según el tenor contractual, lo que no significa ninguna infracción de lo dispuesto en el artículo 324 CDCC.

X. SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1995. Florencio F. S. c/ Salvador A. T.

Don Florencio F. S. y su esposa interpusieron demanda contra don Salvador A. T., en la que ejercitaban acción de rescisión, por lesión de un contrato de cesión de un inmueble. El Juzgado de Primera Instancia núm. 41 de Barcelona estimó sustancialmente la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por ambas partes contra la sentencia del juzgador, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, de fecha 19 de mayo de 1994, en la que estimando el recurso de apelación de la parte demandada, revocaba la sentencia de instancia y desestimaba la demanda formulada.

Contra la resolución de la Audiencia, la parte actora formuló recurso de apelación con base en los motivos, que se reseñan en cuanto aquí interesan. En primer lugar, sustenta el recurrente que se ha infringido lo dispuesto en el artículo 321 CDCC, concordantes y jurisprudencia dictada en su desarrollo, y, en segundo lugar, infracción de lo previsto en el artículo 325 CDCC.

Por lo que se refiere al primer extremo, el Tribunal Superior afirma que, de acuerdo con la interpretación del negocio jurídico efectuado por la Audiencia, se trata de una resolución de la compraventa celebrada con anterioridad y que, si bien, no constituye una hipótesis en que la rescisión por lesión se haya proscribida, tampoco se encuentra entre aquellos contratos en que se admite. En consecuencia, al no existir en el convenio de resolución, ni enajenante ni precio, se declara que el mismo no es rescindible, dado que es accesorio y tiene naturaleza afín a la transacción.

## JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS REALES

En materia de Derechos Reales el Tribunal Superior ha dictado las siguientes sentencias:

I. SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1995. «Centre Autonomista de Dependents de Comerç y de la Indústria, Entitat Obrera» c/ Administración Civil del Estado y otros.

La asociación «Centre Autonomista de Dependents de Comerç y de la Indústria» se constituyó en el año 1903 y era propietaria, por compra, de un inmueble sito en la ciudad de Barcelona, que le fue confiscado en el año 1939 como consecuencia de la guerra civil. La entidad se constituyó de nuevo en el año 1979 y presentó demanda reivindicando el inmueble citado. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia también, considerando que la asociación demandante no era la misma que la creada en el año 1903, que era la propietaria del inmueble.

Para desvirtuar esta afirmación, la parte recurrente argumenta que no hubo nunca una declaración formal que considerara fuera de la ley la primitiva asociación, por lo que hay que entender que la actual es la misma que adquirió el inmueble antes de la guerra civil y, por tanto, que está legitimada activamente para reivindicar la finca. La sentencia del Tribunal destaca que la decisión de los socios de que perdurasen los vínculos asociativos no es suficiente para mante-

ner incólume la personalidad jurídica de la asociación en contra del Decreto de 1944, que hay que entender que de manera clara la declara extinguida. Como consecuencia de todo ello, se desestima el recurso de casación, al negarse a la asociación la legitimación activa para ejercitar la acción reivindicatoria.

## II. SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1995. Juan H. P. c/ «Mecalux, S. A.» y otros.

La parte actora presentó demanda solicitando se declarara que había adquirido por usucapión una finca. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia la estimó. El Tribunal Superior destaca en primer lugar la parquedad de la normativa catalana en materia de usucapión, que se reduce a la regulación contenida en el artículo 342 de la Compilación, que debe integrarse con las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana y sólo en último término con la regulación de esta materia en el Código Civil, en cuanto no se contradiga con el citado artículo de la Compilación y en aquello que no se desarrolle en el mismo. Por ello, el problema de la interrupción de la prescripción, que es el fundamental en este pleito, debe resolverse de acuerdo con la tradición jurídica catalana y lo dispuesto en los artículos 1943 y siguientes del Código Civil.

La Sala considera que, con independencia de las posibles irregularidades en el expediente de expropiación, como el no haber sido citada como parte interesada, que pueden ser alegadas en el mismo o en la vía contencioso-administrativa, la expropiación de la finca, el pago del justiprecio y la ocupación por el Instituto Nacional de la Vivienda, suponen la transmisión del dominio de acuerdo con el artículo 53 LEF y comportan la interrupción de la posesión impidiendo la usucapión treintaenaria cuando el actor llevaba poseyendo diecisiete años. Por estos motivos, considerando acreditado que la parcela que el actor pretende está incluida en la finca expropiada, se estima el recurso, casando la sentencia y desestimando la demanda inicial.

Por el contrario, la sentencia no estima el motivo alegado por la parte recurrente de que la acción ejercitada es meramente declarativa, y no resulta procedente cuando el demandado es poseedor, ya que no permitiría pedir la restitución en ejecución de sentencia, porque la posibilidad de ejercitar una acción reivindicatoria no excluye la posibilidad de llevar a término otra de efectos más limitados como es la declarativa.

## JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE FAMILIA

En materia de Derecho de Familia el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha pronunciado en la siguiente Sentencia:

### I. SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1995. Fernando Z. T. c/ Agustín O. B.

El actor presentó demanda reclamando se declarase que era hijo del demandado y el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Por el contrario, el recurso ante la Audiencia Provincial fue estimado y la sentencia declaró que don Fernando Z. T. era hijo de don Agustín O. B., ordenándose la rectificación del Registro Civil en este sentido.

El recurso ante el TSJC se basaba fundamentalmente en la presunta inaplicación del artículo 1.1 de la ley 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones de Cataluña, según el cual se presumen hijos del marido los nacidos después de la

celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo o a la separación efectiva, sea legal o de hecho, de los cónyuges, en relación a la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> de la misma ley que reconoce efectos retroactivos a las disposiciones de la misma, sea cual sea la fecha de la determinación de la filiación.

En el caso de Autos, el actor nació de mujer casada en el año 1946 y se inscribió en el Registro como hijo extramatrimonial en el año 1951. Por ello el demandado, ahora recurrente en casación, alegaba que, en este supuesto, debía jugar la presunción de paternidad en favor del marido de la madre. El TSJC desestima el recurso, argumentando que la citada presunción tiene carácter de *iuris tantum*, y en el caso presente se daban circunstancias suficientes para considerarla destruida. Los argumentos en que se apoya dicha afirmación son los siguientes: en primer lugar, que el niño se inscribió como extramatrimonial, aunque había nacido de mujer casada; en segundo lugar, que la inscripción en el Registro se llevó a cabo cinco años después del nacimiento, circunstancias éstas que llevaron al Tribunal a la convicción que, como afirmaba el actor, el matrimonio se encontraba en el momento de la concepción separado de hecho, por lo cual no jugaba la presunción de paternidad del marido. Por último, tanto de las pruebas testificales como de las documentales, así como del hecho de que el demandado se hubiera negado injustificadamente a someterse a las pruebas biológicas para establecer la paternidad, se deducía que éste era efectivamente el padre del actor.

## JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE SUCESIONES

En materia de Derecho de Sucesiones el Tribunal Superior ha dictado las siguientes sentencias:

### I. SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1995. Juan P. F. c/ Josefina C. V.

Don Juan P. F. redactó el 5 de noviembre de 1982 un documento, protocolizado notarialmente en sobre cerrado, en el cual legaba a la persona que después fue su segunda esposa su obra pictórica, valorada en más de 160 millones de pesetas. El objeto del debate se centraba en dilucidar si el documento citado podía considerarse una memoria testamentaria o se trataba de una donación *mortis causa* y, en cualquiera de los dos casos, si esta disposición era o no válida.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia y el TSJC, entienden que dicho documento constituía una memoria testamentaria y que no era válida, pues excedía el contenido que tanto el artículo 107.2 de la Compilación catalana, vigente en aquel momento, como el actual 123 CS atribuyen a las mismas. En efecto, en ellas sólo pueden ordenarse disposiciones referentes a dinero que no exceda de la vigésima parte del caudal relicto y a joyas, ropas y ajuar doméstico, y la Sala entiende que el valor de la citada obra excedía el límite permitido para un instrumento pensado para disponer de objetos de un valor limitado en relación al patrimonio del causante.

La sentencia del TSJC pone de relieve que la ineficacia de la memoria no puede ser subsanada intentando indagar la verdadera voluntad del causante, pues ésta sólo hubiera sido relevante si se hubiera expresado en un instrumento idóneo. Tampoco puede afirmarse que la misma sólo interpretó o aclaró el contenido del testamento, porque es en ella donde se dispone de la obra pictórica, por lo que no se trata de una memoria de las llamadas aclaratorias, sino que ha de calificarse como dispositiva, y en este caso la disposición excedía del límite permitido a través de dicho instrumento. Por todo ello, el principio del *favor testamenti* no tiene entidad suficiente para evitar su nulidad.

## II. SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1995. Dolores M. D. c/ Juan T. M.

La actora presentó demanda, en nombre propio y en el de sus hijos menores, reclamando al heredero de su marido, e hijo extramatrimonial del mismo, el pago de la cuarta viudal y del *any de plor* que a ella le correspondía y el de la legítima que correspondía a sus hijos. El Juez de Primera Instancia condenó al demandado a pagar los derechos legitimarios de los actores, absolviéndole de las demás peticiones. La demandante presentó recurso ante la Audiencia y ésta lo estimó en parte, condenando al demandado al pago de la cuarta viudal, pero denegando a la actora el beneficio del *any de plor*.

Doña Josefa M. F., en nombre y representación de su hijo menor Juan T. M., presentó recurso contra la atribución a la actora de la citada cuarta. No impugnándose la cuantía del haber hereditario, la cuestión se centra en dilucidar qué debe entenderse por congrua sustentación, ya que, sólo en el caso que ésta no sea posible, habrá lugar a reclamar la cuarta. El Tribunal pone de relieve que dicha institución ha de configurarse como una compensación legal a favor del cónyuge sobreviviente por razón del desequilibrio producido por la situación de viudedad. El concepto de congrua sustentación ha de interpretarse de acuerdo con la realidad social del tiempo de aplicación de la norma, por ello discrepa de la solución dada por la sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña de 8 de marzo de 1937, que consideraba que la cuarta no estaba destinada a asegurar a la viuda el mismo nivel de vida de que disfrutaba en vida de su marido, sino uno más moderado, pero suficiente para mantener con dignidad la situación de viuda del mismo. Considera el Tribunal que actualmente el concepto de congrua sustentación ha de relacionarse con el nivel de vida de los consortes y el patrimonio relicto. La cuarta parte de dichos bienes debe considerarse el tope máximo, al cual no hay que llegar cuando la atribución de una cantidad inferior unida a los restantes bienes del supérstite permiten la sustentación en el sentido antes indicado.

En el caso presente, la cuarta es procedente, aunque el matrimonio se hallaba separado, porque consta en las actuaciones que la esposa no era en absoluto culpable de esta situación, ni se ha probado que ésta hubiera incurrido en una conducta que pudiera excluirla de este derecho.

## III. SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1995. Buenaventura O. C. c/ Dolores A. C. y «Auseller, S. L.».

Las cuestiones a resolver en la presenta sentencia tienen su origen en la transmisión fiduciaria de unas fincas que el actor realizó en favor de su esposa y que ésta vendió a una sociedad limitada y de las que reclama la devolución. En la contestación a la demanda la esposa afirma que, en virtud de capitulaciones matrimoniales, el marido era fiduciario de dichas fincas y sus hijos fideicomisarios y a ello respondía la transmisión y que dos de las fincas eran de su propiedad aunque constaran a nombre del actor. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda calificando la transmisión de fiduciaria y ordenando la reversión de las fincas. La Audiencia revocó parcialmente dicha sentencia considerando que dos de las fincas eran efectivamente propiedad de la demandada que las había adquirido como dación en pago y el Tribunal Superior confirma dicha sentencia.

La Sala, después de poner de relieve que no cabe impugnar un fundamento jurídico que no es determinante del fallo, manifiesta que la ley aplicable al supuesto de Autos debe ser aquella que estaba vigente en el momento de la muerte del causante, en este caso fideicomitente, es decir, la Compilación de 1960. En relación al fondo del asunto, en el supuesto de Autos el marido fidu-

ciario no podía transmitir la titularidad de las fincas objeto del fideicomiso a su esposa y, si lo hizo, dicha transmisión es nula y en el caso de que ésta respondiera a un negocio fiduciario *cum amico*, ello sólo supone que se ha transmitido la titularidad formal y por ello en ambos casos el actor puede pedir la reversión de las fincas sujetas a fideicomiso, aunque las mismas se hayan transmitido a terceros, salvo que éstos hubieran desconocido la realidad de la fiducia contractual.

#### IV. SENTENCIA 13 DE MARZO DE 1995. Miguel D. B. c/ la herencia yacente de Dolores C. S.

En el año 1935, don Narcís D. R. y doña Francesca B. P. otorgaron capitulaciones matrimoniales en las que establecieron un heredamiento preventivo a favor de los hijos de los contrayentes por orden de primogenitura y masculinidad. En el año 1962 se otorgaron otros capítulos, por razón del proyectado matrimonio del hijo primogénito de los anteriores, en que se hacía donación al mismo de una finca con el pacto de que el donatario podía disponer libremente de la misma si dejaba descendencia al morir y que en caso contrario la finca revertiría al donante, si viviera, o a quien fuera su heredero. El heredante murió en el año 1964, sin haber otorgado otro acto de última voluntad, dejando cuatro hijos, y el hijo instituido heredero en el heredamiento preventivo y también donatario murió en el año 1988 sin dejar descendencia y habiendo nombrado heredera a su esposa, que a su vez nombró heredera a sus hermanas.

Los hermanos del heredero fallecido sin descendencia presentaron demanda alegando ser los beneficiarios del pacto de reversión en su calidad de herederos *ab intestato* y la demanda fue estimada en primera instancia y la sentencia confirmada por la Audiencia. El Tribunal no admite el motivo que alega que los demandantes han ido contra sus propios actos, ya que la aceptación de sus derechos legitimarios no supone renunciar a su derecho a la reversión de la donación, momento en el que, además, no podían saber que su hermano moriría sin descendencia, dando lugar a la situación prevista en el pacto reversional. A pesar de ello, el TSJC estima el recurso y revoca la sentencia, considerando que la escritura de capítulos matrimoniales del año 1962 contenía una donación y no un heredamiento, pues no se utiliza esta palabra en ningún momento y por ello, aplicando el artículo 68.3 de la Compilación catalana, debía considerarse una donación singular. Ello implica la no aplicación de los artículos 83, 84 y 85 de la Compilación (actualmente 87, 88 y 89 CS), sino la del artículo 341 de la misma, que establece que las reversiones a favor de personas diferentes del donante se regirán por los artículos referentes a las sustituciones fideicomisarias, salvo cuando la reversión se hubiera establecido a favor del donante, o en su defecto a favor de los herederos de éste o de su cónyuge, en cuyo caso hay que entender que se aplicaran las prevenciones establecidas por el donante. En el supuesto de Autos, dado que la reversión se establecía en favor del donante o de sus herederos y atendiendo a que, según las previsiones de las capitulaciones de 1935, el hijo primogénito fue efectivamente heredero, ya que vivía en el momento de fallecer el padre, aceptó la herencia, tomó posesión de la misma y pagó las legítimas a los hermanos, hay que concluir que cuando murió el heredero sin descendencia no podía producirse la reversión ni a favor del padre ya fallecido ni a favor de los otros hermanos, que nunca fueron herederos, ya que la sucesión contractual es incompatible con la testada y con la intestada, sino que había que considerar extinguido el pacto reversional, pues no se pactó en favor de ninguna otra persona. Al quedar sin efecto el pacto, el heredero podía disponer libremente de las fincas en favor de su esposa y ésta en favor de sus hermanas.

La sentencia añade, a mayor abundamiento, que, aun cuando la donación no fuera título suficiente para transmitir las fincas una vez extinguido el pacto de reversión (solución que la Sala rechaza), podía disponer de las mismas como heredero, ya que no se habían señalado otros beneficiarios.

V. SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1995. Vicente F. S. y otros c/ Mercedes A. G. y otros.

En el presente litigio se plantea el problema de las cláusulas contenidas en un testamento en las que se prohíbe la intervención judicial. El fundamento de Derecho tercero pone de relieve que es preciso contemplar, en cada caso, el tipo de impugnación que se pretende y también las previsiones que se señalan en la cláusula para el caso de contravención. En la cláusula testamentaria que incumbe al caso presente, sólo se prohíbe que impugne el testamento alguno de los beneficiarios y hay que resaltar que lo impugnaron todos, actuación que por tanto no se hallaba prohibida. Por otra parte, en el caso, que se rechaza, que se considerara que los herederos habían actuado en contra de la prohibición, la sanción que se establece para el caso de vulneración de la misma es el acrecimiento de la parte del impugnante a los demás herederos, y dicha sanción no puede conducir a que se acepte la pretensión de los recurrentes que son legatarios, ya que ello, además de ir en contra de las normas de acrecimiento, conduciría a la validez de un testamento sin institución de heredero, supuesto no admitido por el Derecho catalán. Por todo ello debe desestimarse el recurso.

Se reconoce además el derecho de crédito de los herederos por el valor de las aportaciones de bienes materiales a la sociedad hechas por el causante y del que son deudores en primer lugar la sociedad y subsidiariamente los socios.

VI. SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1995. Elisabet G. B. y otros c/ Isabel F. F. y otro.

El presente litigio tiene su origen en el testamento otorgado por el causante en el año 1971, en el que instituía heredera a su esposa y dejaba a los dos hijos del matrimonio aquello que por legítima les correspondiera. En el año 1988 el testador tuvo un hijo extramatrimonial y falleció en el año 1989 sin otorgar ninguna otra disposición de última voluntad. Se interesó la nulidad del testamento por preterición del hijo no matrimonial, y la sentencia de primera instancia estimó la demanda, la sentencia de la Audiencia revocó la de instancia y declaró que el hijo no matrimonial tenía derecho a la legítima pero no a pedir la citada nulidad.

El problema deriva del hecho de que, según el artículo 141.3 de la Compilación catalana en su redacción originaria, sólo podía obtenerse la nulidad del testamento por la preterición errónea de hijos o descendientes legítimos, mientras que según el mismo precepto, en la redacción dada por la Ley 13/1984, de 20 de marzo, puede pedirse dicha nulidad por preterición errónea de los hijos o descendientes sean o no matrimoniales. El TSJC confirmó la sentencia de la Audiencia, en aplicación de la disposición transitoria única de esta ley, que previene que en las sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de la misma y regidas por testamentos otorgados con anterioridad han de aplicarse en su redacción originaria los artículos que como el 141 se refieran a presunciones de voluntad del testador. Interpreta la Sala que la remisión a la redacción originaria no sería tal si se suprime el término legítimo, porque la intención de la disposición transitoria es la de preservar, en aplicación del principio del *favor testamenti*, la validez de los testamentos otorgados antes de la



ley de 1984, pero abiertos después del cambio constitucional y legal del régimen de filiación, y por ello debe aplicarse la norma del artículo 141.1 de la Compilación, conforme a la cual el legitimario puede reclamar la legítima pero no la nulidad del testamento, porque el hijo no tenía la condición de legítimo. Dicha solución concuerda con la tradición jurídica catalana, que a partir de la Constitución de 1339 se decanta por la conservación del testamento, se basa en el principio del *favor testamenti* y evita que se produzca la situación absurda de que un hijo extramatrimonial, que no era legitimario en el texto original de la Compilación, pudiera pedir la nulidad del testamento, mientras que los hijos legítimos preteridos en un acto dispositivo posterior a la ley de 1984 sólo pueden reclamar la legítima y no la nulidad cuando, como sucedía en el caso de Autos, el heredero sea el cónyuge superviviente.

#### VII. SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1995. Delfina P. A. c/ Josefina B. D.

La presente litis se centra en la responsabilidad del legatario cuando el gravamen que se le impone supera el valor del legado. El TSJC entiende que en Cataluña no es aplicable el artículo 858 del CC, por cuanto el artículo 225.1 de la Compilación (actualmente art. 273.1 CS) contiene una regulación específica y diferenciada en este supuesto, ya que permite al legatario gravado pedir la reducción del gravamen cuando éste exceda de lo que obtenga con el legado o cumplirlo íntegramente sabiendo que es excesivo. En el caso de Autos el problema no llega a presentarse, porque no se prueba el exceso del gravamen sobre el valor del legado.

En el fundamento jurídico sexto se estima el recurso en cuanto a la reclamación de unos dividendos que correspondía cobrar a la reclamante en calidad de usufructuaria y concede los de los últimos quince años, porque así se reclama, no haciendo cuestión de si en Cataluña se aplica el plazo de prescripción de quince años del artículo 1964 CC o el de treinta años del artículo 344.2 de la Compilación, porque, al no haberse alegado éste, si la Sala lo acogiera daría lugar a una solución incongruente en perjuicio de la otra parte.

#### VIII. SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1995. Francisca F. J. c/ «Banco I. E., S. A.» y otros.

El presente pleito tiene su origen en una escritura de capítulos matrimoniales del año 1939, en que doña María J. P., con ocasión del matrimonio de su hijo, otorgó donación y heredamiento en favor del mismo, estableciendo que el instituido podía disponer libremente, por actos *inter vivos* de carácter oneroso de los bienes comprendidos en el heredamiento y por actos lucrativos y por causa de muerte, únicamente si tenía descendencia, retornando éstos en caso contrario a la heredante o, si ésta hubiera premuerto, a su hija y descendencia. La heredante falleció en el año 1963 y la esposa del heredero en el año 1987. El heredero vendió en los años 1989 y 1990 fincas comprendidas en el heredamiento y la hija de la heredante presentó demanda este último año, en la que pedía se le declarara heredera de su madre y que los actos de disposición realizados por su hermano eran ineficaces. Las sentencias del Juzgado y de la Audiencia desestimaron la demanda.

El recurso se basaba en la tesis de que el heredero capitular sólo podía disponer de los bienes comprendidos en el heredamiento en caso de fallecer dejando descendencia, mientras que en el caso contrario no podía disponer de los mismos ni a título oneroso, ni lucrativo, ni *inter vivos*, ni *mortis causa*. Por el contrario, las sentencias de instancia consideraban que el heredero podía dis-

poner de los bienes por actos *inter vivos* a título oneroso, aun en el caso de que muriera sin descendencia y sólo tenía prohibido, en este caso, disponer a título lucrativo y por causa de muerte. El fundamento de Derecho segundo de la sentencia del Tribunal Superior rechaza la interpretación que la parte recurrente hace del pacto reversional contenido en los capítulos, haciendo una interpretación literal de la cláusula, en concordancia con la finalidad de los heredamientos catalanes con pacto reversional, que tienden a evitar que el patrimonio familiar pase a personas ajenas a la familia por actos dispositivos *mortis causa*, pero que no excluyen la disposición a título oneroso, sino que los bienes subrogados se ven afectados por el pacto reversional, relacionando dicho pacto con la herencia fideicomisaria y haciendo una interpretación analógica de sus normas en concordancia con la tradición jurídica catalana.

El fundamento de Derecho tercero rechaza también el segundo motivo de casación, que se fundamentaba en que el heredero era seguro que fallecería sin dejar descendencia, pues había fallecido su esposa y su edad era avanzada y por ello debía considerarse un heredero aparente, y su hermana, beneficiaria del pacto reversional, heredera real y, por tanto, legitimada para interponer la acción de petición de herencia contra su hermano. El Tribunal Superior diferencia el heredero sometido a una condición suspensiva del heredero real, ya que mientras que éste está legitimado para pedir la herencia, aquél, que tiene sólo una expectativa de llegar a serlo, no lo está, siendo de aplicación las normas del fideicomiso condicional en que el beneficiado sólo recibe la delación cuando se ha cumplido la condición y, por consiguiente, hasta entonces no es heredero, ni puede aceptar la herencia *pendente condicione*, ni reclamarla. Tampoco cabe confundir el heredero aparente de aquel instituido bajo condición resolutoria, que ha de calificarse como heredero real aunque su título sea claudicante.

#### IX. SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1995. Fernando D. S. c/ Jorge C. S.

Se discute en el caso presente el mejor derecho a poseer y ostentar un título nobiliario otorgado en el año 1561 que quedó abandonado hasta su rehabilitación en el 11 de julio de 1957, instada por el padre del demandado, que lo cedió a su hijo don Juan C. S. y al que sucedió por fallecimiento su hermano don Jorge C. S.

El segundo motivo del recurso alegaba infracción de la Ley 40 de Toro y el fundamento de Derecho segundo pone de relieve que las leyes de Toro no han formado nunca parte del Derecho aragonés ni del catalán, ni son aplicables ni tan siquiera como derecho supletorio. También rechaza dicho fundamento que el derecho de representación pueda aplicarse en la línea colateral en materia de sucesión de títulos nobiliarios, en el que rige el principio de proximidad de grado en relación con el último poseedor del título nobiliario, como pone de relieve el fundamento de Derecho tercero.

El fundamento de Derecho cuarto destaca que la normativa de las leyes de Toro sobre la prescripción no es aplicable a los títulos de la Corona de Aragón, en los que no hay obstáculo para la operatividad de la prescripción adquisitiva ni de la extintiva, siendo aplicable el *Usatge Omnes Causae*, que establece un plazo de treinta años en ambos casos. Plazo que deberá empezarse a computarse para el que pretende el mejor derecho a título nobiliario desde que otro, amparándose en la obtención de la rehabilitación, se halla investido de la condición de titular del uso y disfrute y como consecuencia lo puede ostentar públicamente a partir de este momento.

Por lo que se refiere a la interrupción de la posesión que lleva a la usucapción de un título nobiliario, el fundamento de Derecho sexto pone de relieve

que el efecto interruptivo que establece el artículo 1945 CC en relación a la citación judicial, se produce el día en que se presentó la demanda, siempre que llegue a producirse dicha citación.

#### X. SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1995. Juan P. M. c/ Rosa P. M.

El principal problema litigioso con que se enfrenta esta sentencia se centra en la distinción entre legado y modo. El padre de los litigantes otorgó testamento en el que instituía heredera a su hija con la obligación de cuidar y mantener en la salud y en la enfermedad a su hermano Juan, a la vez que tendría que prestarle la asistencia necesaria. La demandada argumenta que con dicha disposición su padre no ordenaba un legado de alimentos en favor de su hijo, sino una disposición modal a la hija instituida heredera y dicha versión es acogida por la sentencia de primera instancia y también por la de la Audiencia, aunque en el primer caso se desestima la pretensión del actor de obtener una pensión mensual y en el segundo se le concede una pensión de 20.000 pesetas mensuales. Por el contrario, el fundamento de Derecho segundo de la sentencia del Tribunal Superior configura dicha cláusula como un legado damnatorio, con la diferencia fundamental de que en este caso el favorecido puede exigir de modo directo y para su exclusivo interés el cumplimiento de la obligación testamentaria, mientras que en el caso del modo se impone hacer una prestación a favor de una tercera persona sin atribuir al beneficiado un derecho de crédito para exigir el cumplimiento de la disposición modal.

El fundamento de Derecho tercero califica dicho legado como de alimentos, pero confirma la sentencia de la Audiencia, que no lo califica de igual manera, por aplicación de la teoría de equivalencia de resultados. Dicho legado podía ser exigido por el demandante con independencia de su derecho a la legítima paterna a la que no puede imputarse, atendida la finalidad de los mismos, que no son aptos para cumplir los deberes legitimarios que impone la ley, como también puede deducirse del contenido de la disposición testamentaria y de la interpretación de la voluntad del testador.

## JURISPRUDENCIA DEL AÑO 1996

### JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE OBLIGACIONES

#### I. SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1996. Fernando G. A. y otros c/ Antonio B. B. y otra.

La Sala pone de relieve, en primer lugar, que el documento privado es vinculante aunque no este firmado por las partes, siempre que la declaración de voluntad pueda ser atribuida a su autor, del que en todo caso hay que presumir *iuris tantum* la capacidad para contratar. Pero el problema fundamental en que se centra la presente sentencia es la determinación del precio lesivo en función del valor de la venta de las fincas al perfeccionarse el contrato y el Tribunal considera que el precio de la venta de los pisos no era inferior al doble de su valor en el mercado, de acuerdo con la prueba pericial y también con la valoración dada a los mismos en la escritura notarial unida al rollo.

## JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHOS REALES

## I. SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1996. José María P. M. c/ Emilio P. M.

La demanda con que se inicia este pleito fue interpuesta por uno de los hermanos litigantes, coheredero con el otro de la herencia de su común madre, fallecida diecinueve años antes, en reclamación de la mitad de los bienes y derechos que integraban la misma. El demandado se opuso a la misma, alegando haber usucapido los bienes muebles que formaban parte del patrimonio relicto y, mientras que en primera instancia se estimó la demanda, la Audiencia revocó este pronunciamiento, declarando que el demandado había usucapido dichos bienes.

El fundamento de Derecho segundo estima el motivo de recurso que alega que la usucapión no se ha producido, considerando que la posesión del demandado no se llevó a cabo en concepto de dueño, como exige el artículo 342 de la Compilación, ya que, aunque éste siguió habitando el domicilio familiar una vez fallecida su madre, el artículo 436 CC establece la presunción *iuris tantum* de que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió y no se ha demostrado que se invirtiera el concepto posesorio.

Por el contrario, no se estima el motivo que alegaba inaplicación del artículo 64 CS, que no estaba vigente en el momento de la muerte del causante.

## II. SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1996. Josefa O. O. c/ «Lleida de Alquileres, S. L.».

El Tribunal Superior tiene ocasión de pronunciarse en este caso sobre un problema de servidumbre de luces y vistas regulado en el artículo 293 de la Compilación y actualmente en el artículo 40 de la Ley 13/ 1990 de 9 de julio de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad. La cuestión litigiosa se centra en determinar a cuál de las dos partes corresponde la propiedad de unos terrenos, ya que mientras la parte recurrente alega que abrió unas ventanas en terreno de su propiedad y por ello dejó un pasaje para tener luz y vistas sobre terreno propio en la parte lindante con la finca de la actora, ésta defiende que la parte de terreno que separa las dos fincas le pertenece, por lo que las ventanas mencionadas toman luces y vistas de la finca de su propiedad, y así lo acepta la sentencia de instancia. El Tribunal considera que la resolución recurrida es correcta y que de las pruebas que constan en las actuaciones se deriva que el terreno en litigio es propiedad de la actora.

## III. SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1996. José María T. M. c/ ignorados herederos de Jaime M. G.

La presente litis se centra en determinar si el actor, más tarde recurrente, había poseído la finca objeto de litigio en concepto de dueño durante los treinta años que exige el artículo 342 de la Compilación catalana. La Sala considera que el actor poseyó la finca por concesión del propietario, a quien reconocía como tal hasta su muerte, y posteriormente no se produjo una interversión del concepto posesorio, por lo que hay que presumir que siguió poseyendo en el mismo concepto en que adquirió la posesión en aplicación del artículo 436 CC. El Tribunal pone de relieve que la resolución impugnada resuelve acertadamente el problema, cuando afirma que el mero hecho del fallecimiento del propietario no supone que el poseedor pase automáticamente a serlo en concepto de dueño, sin que sea obstáculo a esta tesis el pago por parte del actor de los recibos tributarios, que seguían estando a nombre del anterior propietario.

## JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE FAMILIA

## I. SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1996. Ángel R. C. c/ Encarnación L. B. y otro.

En dicha sentencia se plantea, por primera vez, ante el Tribunal Superior, la aplicación del artículo 5.1 de la Ley catalana de Filiaciones sobre la presunción de paternidad no matrimonial. La Sala admite el hecho, que las sentencias de instancia declaran probado, de que el demandado, presunto padre, había mantenido relaciones íntimas con la madre durante el período legal de concepción del hijo, y ello, de acuerdo con el artículo citado, y de manera similar a la presunción de paternidad matrimonial, conduce a la conclusión de que realmente es así, si se valora además este hecho conjuntamente con las pruebas documentales y testificales en que se acredita la convivencia del demandado con la madre y el hijo, el trato entre el presunto padre y el niño equiparable al paterno filial y la negativa del padre a someterse a pruebas hematológicas, que, aunque no puede considerarse *ficta confessio* de la paternidad, sí constituye un indicio muy relevante y todo ello conduce a la Sala a confirmar las sentencias de instancia que declaraban la paternidad del demandado.

La sentencia se pronuncia también sobre la excepción de *plurium concurrentium* alegada por el demandado, poniendo de relieve que la paternidad de éste resultaba notoria y ostensiblemente más verosímil y por ello, en aplicación tanto de los principios generales como del artículo 16 de la Ley de Filiaciones catalana, se desestima el motivo y el recurso.

## II. SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1996. José María M. A. c/ Isabel R. G.

Los litigantes, ambos farmacéuticos, contrajeron matrimonio en el año 1979 y compraron una farmacia en el año 1982, que pusieron a nombre del marido puesto que en aquella fecha se seguía un expediente sancionador contra la esposa, pero que pagaron, al menos en parte, con el importe de un préstamo hipotecario que obtuvo la madre de ésta. Los cónyuges se separaron en el año 1990 y la esposa presentó demanda interesando se declarara que era propietaria de la mitad indivisa de la farmacia. La sentencia de apelación revoca la de primera instancia y estima la demanda.

El marido recurre la sentencia, alegando la infracción del artículo 1253 CC, ya que la Audiencia ha presumido que la intención del comprador era adquirir la farmacia conjuntamente con su esposa. El fundamento de Derecho quinto pone de relieve que dicha deducción no es irracional ni absurda, por lo que no se ha vulnerado dicho artículo, ni tampoco el artículo 1276 CC, ya que los contratos con causa falsa pueden ser válidos si se demuestra que se fundamentan en otra causa verdadera y lícita: como era comprar a nombre de los dos esposos, intención que se prueba por medio de presunciones. Con ello la Audiencia no ha infringido tampoco el artículo 49 de la Compilación catalana, según la redacción del año 1984, porque dicho artículo no estaba vigente en el momento de adquirir la farmacia.

El fundamento de Derecho sexto pone de relieve que la pensión compensatoria concedida a la esposa en la sentencia de separación no impide que se declare la propiedad conjunta de la farmacia, ni tampoco que ésta, como copropietaria, pueda reclamar la mitad de los beneficios producidos por la misma. Sin embargo, teniendo en cuenta que la sentencia de la Audiencia, no combatida por la esposa, le concede la mitad de dichos beneficios a partir de la pre-

sentación de la demanda de estos Autos, procede descontar de los mismos las pensiones compensatorias que el marido le haya pagado desde esta fecha.

### III. SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1996. Miguel S. B. c/ Montserrat F. M.

El presente litigio tiene por objeto la determinación de la filiación no matrimonial basándose en las presunciones que establece el artículo 5 de la Ley catalana de Filiaciones. La Sala pone de relieve que dicha normativa supone evitar discriminaciones entre filiación matrimonial y extramatrimonial, por la vía de aplicar a la segunda las presunciones legales de paternidad matrimonial, con las matizaciones necesarias, y manifiesta que en el caso presente no se ha aplicado dicha regulación, por existir indicios suficientes en las actuaciones para declarar la paternidad del recurrente. El fundamento de Derecho tercero hace hincapié en la valoración armónica y conjunta de los numerosos indicios que llevan a la conclusión de la paternidad biológica del recurrente, indicios que se completan con la negativa a la realización de pruebas biológicas por parte del mismo, que se valora como ejercicio antisocial del derecho de defensa y que se traduce procesalmente en un indicio que, en unión de otras pruebas, permite formar la convicción de la veracidad de la paternidad pretendida por la actora.

## JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO DE SUCESIONES

### I. SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1996. Sonia O. F. c/ Luis T. J. y otro.

Don Eduardo T. interpuso demanda contra don Francisco O. S. y «Compañía T., S. A.», en la que solicitaba la declaración de nulidad e ineficacia de la declaración de obra nueva y se cancelen las inscripciones registrales oportunas. Asimismo solicitaba la declaración de dominio de una finca, por pertenecer al sustituto fideicomisario, y la nulidad de la detracción de la cuarta trebeliánica. De forma subsidiaria, peticionaba que, aun cuando fuera procedente la detracción de la citada cuarta, la misma era nula por no ajustarse a Derecho. Además, suplicaba la declaración de nulidad de diversas ventas y que se declarase el dominio del actor sobre los bienes objeto de las mismas y que se condenase a don Francisco O. S. a entregar todos los bienes que integran la herencia y todavía no han sido entregados. Comparecido el demandado y declarada en rebeldía la Compañía mercantil, éste contestó a la demanda y formuló reconvencción, en la que suplicaba la declaración del dominio de un inmueble en favor de la Sra. O. y el derecho por la fiduciaria a detraer la cuarta trebeliánica.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de La Seu d'Urgell dictó sentencia, de fecha 14 de septiembre de 1994, en la que estimaba la demanda y de forma parcial la demanda reconvenccional.

Contra la citada resolución, ambas partes formularon recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Lleida, en fecha 5 de junio de 1995, dictó sentencia según la que estimaba el recurso del actor y desestimaba el de la parte demandada.

Contra la sentencia de la Audiencia, se interpuso recurso de casación, que se fundamentaba, en cuanto aquí interesa, en la infracción del artículo 199 CDCC.

El Tribunal Superior considera, acerca de este extremo, que no es necesario que el fiduciario obre de mala fe para estimar que el inventario no ha sido

tomado en forma, sino que del artículo 199 CDCC resulta que basta que el inventario sea incompleto, a sabiendas, para que no surja el derecho a detraer la cuarta.

## II. SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1996. Teresa C. R. c/ José C. R.

Doña Teresa C. R. formuló demanda contra don José C. R. en reclamación del suplemento de legítima. Contestada la demanda, se dictó sentencia, de fecha 21 de febrero de 1994, por el Juzgado de Primera Instancia, en la que se desestimaba la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, de fecha 1 de septiembre de 1995, en la que desestimaba el recurso de apelación.

Contra la referida resolución se formalizó recurso de casación, con base en los argumentos, en cuanto a lo que aquí interesan, siguientes. En primer lugar, se aduce infracción de lo dispuesto en el artículo 155 CDCC, en relación con la aceptación tácita del artículo 999 CC.

En segundo lugar, se arguye infracción del artículo 999, 1000.2 y 3 CC y artículo 265 CDCC. Por último, sustenta el recurrente la infracción de lo dispuesto en los artículos 122, 129 y 136 CDCC.

El Tribunal Superior manifiesta al respecto lo que sigue. Al morir la testadora en 1984, el artículo 999 era norma vigente en el Derecho civil de Cataluña, y no cabe considerar como aceptación tácita el hecho de tomar inventario de la herencia, sino que de acuerdo con lo establecido por la STS de 15 de junio de 1982, la aceptación tácita de la herencia supone que el llamado realice actos que revelen hacer propia la herencia y no con la intención de cuidar el interés de otro.

En segundo lugar, respecto del artículo 155 de la Compilación, el Tribunal Superior afirma que el precepto halla sus orígenes en *Codex 6,24,3* y que el alcance de la sustitución vulgar es una *quaestio voluntatis*. A ello añade que la prevención del artículo 155.2 es realista, puesto que si el testador sólo ha previsto la premoriencia, la ley presume que también deseaba que operase la sustitución en el caso de repudiación, lo que se adecúa con el *favor testamenti* y con la interpretación según la tradición jurídica catalana (art. 1.2 CDCC).

En tercer lugar, acerca de la infracción del artículo 1000.2 y 3 CC y artículo 265 CDCC, el Tribunal dictamina que los mismos devienen inaplicables, dado que estos preceptos parten de un presupuesto, cual es la pluralidad simultánea de herederos, esto es, la delación solidaria, lo que no acontece en la presente litis.

Por último, pone de relieve el Tribunal Superior que no puede calificarse la repudiación del padre de la herencia de su esposa como fraudulenta. Así el legitimario no puede ser considerado un acreedor del heredero *ex* artículo 1101 CC, sino un acreedor de la herencia, al nacer su crédito con la apertura del proceso sucesorio. Y además, si bien es cierto que las donaciones deben computarse para la determinación de la legítima, a éstas no pueden equipararse las renunciaciones, toda vez que en éstas no hay disminución del patrimonio, sino que se evita un aumento.

## III. SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1996. Don Xavier A. O c/ Carne A. O.

Doña María Carmen A. O. ejercitó acción de división de la cosa común contra su hermano Xavier. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Hospitalet de Llobregat dictó sentencia, en fecha 31 de mayo de 1994, en la que desestimaba la acción ejercitada. Contra la sentencia del Juzgado la parte

demandante interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la sentencia de 18 de julio de 1995 de la Audiencia de Barcelona.

Contra la resolución de la Audiencia, la parte demandada formuló recurso de casación. En primer lugar, aduce infracción del artículo 19 en relación con los artículos 17, 16 y 28 Código de Sucesiones. A ese respecto, el Tribunal Superior manifiesta que la conclusión obtenida en la instancia de que ha habido aceptación tácita no deviene atacable en casación. Por lo que atañe al segundo motivo de casación, en el que se arguye infracción del artículo 52 CS en relación con el artículo 1.1 del mismo texto legal. Acerca de ello el Tribunal Superior de Justicia mantiene que en las hipótesis de pluralidad de herederos sobre un patrimonio hereditario plural no cabe la división de un bien concreto, sino la partición hereditaria. Sin embargo, en la presente litis, al tratarse de una pluralidad de herederos sobre un único bien, existe una comunidad romana a la que puede ponerse fin por cualquier heredero (art. 45 CS), coincidiendo en el presente caso la *actio communi erciscundae* y la *communi dividundo*.

#### IV. SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1996. Inés M. P. c/ Amadeo M. P.

Don Jaime y don Amadeo M. P. interpusieron demanda contra don Alejandro y doña Inés M. P., en la que suplicaban una declaración de herederos de los cuatro hijos del causante, así como que se declarara que el caudal relicto lo integraban un conjunto de fincas rústicas y urbanas, procediendo a la inscripción en el Registro de las citadas fincas y solicitando la cancelación de una inscripción registral relativa a un expediente de dominio. El Juzgado de Primera Instancia de Puigcerdá desestimó la demanda.

Contra la sentencia de instancia, la parte actora formuló recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial de Girona en sentencia de fecha 22 de julio de 1995.

Contra la sentencia de la Audiencia, la parte apelada interpone recurso de casación que fundamenta, en cuanto aquí interesa, en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico para resolver las cuestiones objeto del debate, en concreto, artículos 55 y 919 LEC, artículo 1214 CC, artículo 342 CDCC, artículo 64.4 CS y artículo 34 LH.

El Tribunal Superior de Justicia considera que no existe infracción del artículo 342 CDCC, toda vez que el hijo gestionaba las fincas familiares como mandatario o representante de su padre y que por ello no las pudo usucapir. Tampoco deviene aplicable el artículo 34 LH, al tratarse de una adquisición gratuita, y asimismo es rechazable la pretendida infracción del artículo 64.4 CS, que regula los efectos de la acción de petición de herencia, por cuanto el recurrente no reúne la condición de adquirente de buena fe y a título oneroso.

#### V. SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1996. Fernando G. A. y otros c/ Antonio B. B. y otra.

Doña María del Carmen B. B. y Antonio B. B. ejercitaron acción, para que se reconociera el derecho de propiedad sobre las viviendas 4,1 y 4,2 de la finca número 69 del Paseo de San Gervasio, elevación de escritura pública y a que los demandados realizasen determinados actos para facilitar su inscripción registral.

Comparecieron dos de los demandados y formularon reconvencción, en la que peticionaban la nulidad del contrato de 1985, por falta de consentimiento. Asimismo, otro de los demandados reconvinó solicitando la nulidad y de forma subsidiaria la rescisión por lesión.



El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, en fecha 1 de junio de 1992, en la que estimaba la demanda y desestimaba las reconvencciones formuladas.

Contra la sentencia del Juzgado, la parte demandada formuló recurso de apelación. La Audiencia provincial de Barcelona, en fecha 11 de mayo de 1995, desestimó los recursos de apelación interpuestos.

Contra la sentencia de la Audiencia, la parte demandada formuló recurso de casación.

El Tribunal Superior dictamina que los pisos vendidos pertenecían a la vendedora en su cualidad de fiduciaria de un fideicomiso de residuo (*si aliquid supererit*). En ese orden de ideas, establece que no existe infracción de lo dispuesto en los artículos 211 y 214 CDCC, dado que la compraventa es real, sin que sea simulada y encubra una donación o *negotium mixtum cum donatione*. Tampoco existe perjuicio para los fideicomisarios, toda vez que en esta modalidad de fideicomiso de residuo juega el principio de subrogación real. En segundo lugar, tampoco existe infracción de lo que disponen los artículos 163.2, 204 y 214 CDCC, dado que la fiduciaria dispuso de ambos pisos, mediante título y tradición, con lo que enajenados los inmuebles, el gravamen fideicomisario subsistió sobre la mitad del precio recibido.

#### VI. SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1996. José María P. M. c/ Emilio P. M.

Don Emilio P. M. interpone demanda contra su hermano, en la que solicita la entrega de la mitad de los bienes y derechos que integran la herencia de su madre. La demanda fue estimada en parte por la sentencia, de fecha 16 de septiembre de 1994, del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Barcelona. Contra la presente resolución, ambas partes formularon recurso de apelación, y la Sala dictó sentencia de 16 de diciembre de 1995, en la que rechazaba la adhesión a la apelación interpuesto por la actora, mientras que estimaba en parte, y por ende revocaba la resolución de instancia, el formulado por la demandada.

Contra la sentencia de la Audiencia, ambas partes interpusieron recurso de casación con base, respecto de lo que aquí interesa, en los argumentos siguientes. Se aduce, infracción de lo dispuesto en el artículo 342 CDCC. Y en segundo lugar, se denuncia la infracción de los artículos 64 y 28 CS.

Por lo que se refiere al primer motivo reseñado, el Tribunal Superior casa en este extremo la sentencia de la Audiencia, al considerar que si bien el artículo 342 dispone que la usucapción del dominio sobre muebles tendrá lugar por la posesión de seis años, sin título ni buena fe, no lo es menos que se precisa poseer en concepto de dueño y ello no acontece en la presente litis, toda vez que se posee como coheredero, de acuerdo con lo previsto en el artículo 98.2 CDCC. A ello añade que la prescripción de la acción de petición de herencia se inicia cuando el poseedor aparente comienza a poseer los bienes *animo suo* y que para que uno de los coherederos pueda usucapir se precisa la intervención del concepto posesorio, correspondiendo la prueba a quien la invoca.

En lo que atañe al segundo motivo de casación que aquí interesa examinar, el Tribunal Superior lo rechaza, puesto que al fallecer la causante en 1974 no era de aplicación el citado Código de Sucesiones.

#### VII. SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1996. Lidia F. F. c/ Moisés F. F.

Doña Lidia F. F. formuló demanda contra su madre y hermano, en la que suplicaba que se condene a su madre a aportar al haber hereditario el precio

real recibido por la venta de una finca, se condene a su hermano a soportar la computación de tres donaciones y según el resultado de la computación, se condene a la madre al abono de la legítima, mientras que si el pasivo es mayor se rescindan (*sic*) las donaciones.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Girona dictó sentencia, de fecha 15 de febrero de 1994, en la que estimaba parcialmente la demanda y reconocía el derecho de la actora al suplemento de legítima, que debía serle abonado por su hermano, absolviendo a la madre de las pretensiones deducidas en su contra.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Girona dictó sentencia, de fecha 8 de febrero de 1996, en la que revocaba la sentencia de instancia y desestimaba la demanda formulada por la actora.

Contra la sentencia de la Audiencia, se formuló recurso de casación que fundamentaba, en lo que aquí tiene trascendencia, en la infracción del artículo 359 LEC y de los artículos 129 y 122 CDCC.

El Tribunal Superior considera que la resolución de la Audiencia infringe el artículo 359 LEC, al devenir incongruente, por cuanto al proceder a través de las diligencias para mejor proveer a la valoración de los bienes del *relictum*, y desconocer así el valor convenido, introduce un elemento externo al objeto del proceso, lo que la hace incidir en incongruencia.

En cuanto al segundo motivo de casación, el recurrente discute la sentencia de primera instancia, cuando la casación opera sobre la de segunda instancia, a la par que lo que pretende es discutir la valoración de la prueba practicada y no del precepto aludido, lo que es ajeno a la casación.

#### VIII. SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1996. Ramón J. V. y otra / Eduvigis J. B.

Don Ramón J. V. y doña Angelina J. V. interpusieron demanda contra doña Eduvigis J. B., en la que solicitaban que se declarara la nulidad de la escritura pública de venta de la mitad indivisa de un bien inmueble, por simulación, la nulidad de los actos de disposición efectuados por la demandada antes del fallecimiento y que los citados bienes forman parte del caudal relicto. Asimismo solicitaba que se declare su derecho a percibir la legítima y se fije su importe, a lo que añadía la reducción por inoficiosidad de un legado y subsidiariamente de una donación.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona dictó sentencia, de fecha 18 de noviembre de 1994, tras acumular a los presentes Autos los números 437/91 B, en la que estimaba parcialmente las pretensiones de las partes.

Contra la resolución del Juzgado ambas partes litigantes formularon recurso de apelación. La sentencia de la Audiencia de 18 de diciembre de 1995 rechazo totalmente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y estimó en parte el formulado por doña Eduvigis.

La representación de la parte actora formalizó recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. El motivo de casación que aquí tiene relevancia se funda en la pretendida infracción del artículo 129 CDCC. A ese respecto, el Tribunal Superior señala que el artículo 129 es una norma de carácter imperativo, pero ello no puede significar que se compute una donación cuando no ha sido solicitado por las partes, puesto que en ese caso incidiría en incongruencia, por exceso, y vulneraría el principio de rogación.

IX. SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1996. Josep A. B. c/ Francesc T. F. y otro.

Don Francesc T. F. y Jacint T. B. formularon demanda contra don Ramon V. C. y Josep Maria A. B., en la que se peticionaba la declaración de caducidad y cese en los cargos de albacea. El Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Barcelona dictó sentencia, de fecha 24 de enero de 1995, en la que desestimaba íntegramente la demanda.

Contra la sentencia del Juzgado la parte actora interpuso recurso de apelación. La Audiencia de Barcelona dictó sentencia, de fecha 15 de diciembre de 1995, en la que revocaban la resolución de instancia y estimaban la demanda interpuesta.

Frente a la resolución de la Audiencia, se formalizó recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia.

El Tribunal Superior analiza la denunciada infracción de los artículos 235 y 240 CDCC, en relación con la DF 2.<sup>a</sup>. El Tribunal Superior pone de relieve que el cargo de albacea se fundamenta en un encargo de confianza que efectúa el testador, lo que justifica la voluntariedad del cargo. De los Autos no resulta acreditada ni la aceptación expresa ni tácita, con lo que procede analizar si ha existido una aceptación *ex lege* según el artículo 235.2 CDCC. En esa línea argumentativa, el Tribunal establece que el requerimiento es una exteriorización de la voluntad dirigida a poner fin a la incertidumbre sobre el hecho de haberse constituido o no el cargo de albacea. En cambio, el requerimiento aquí dirigido no reúne los requisitos de ser una declaración de voluntad *ex artículo 235.2 CDCC*, lo que lleva al Tribunal Superior a calificarlo como una notificación que contiene una invitación a adherirse al contenido de una escritura pública.

X. SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1996. Teresa M. C. c/ «Asilo del S. C.» y otros.

Doña Teresa M. C. interpuso demanda contra el «Asilo del S. C.» y don Juan V. P., en la que solicitaba que se declarara la nulidad del testamento otorgado ante párroco. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Igualada dictó sentencia, de fecha 15 de noviembre de 1994, según la cual desestimaba íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación contra la misma, la Audiencia de Barcelona dictó sentencia, de 28 de marzo de 1996, por la que confirmaba la del Juzgado.

Contra la sentencia de la Audiencia, se formalizó recurso de casación por la parte actora con fundamento en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable.

El Tribunal Superior de Justicia examina el artículo 102 CDCC y determina que cuando el precepto se refiere a «notaría vacante», según la tradición jurídica catalana, no debe entenderse como notaría sin titular, lo que se adecuaba con la finalidad de facilitar la disposición testamentaria. A ello añade otro argumento de carácter lógico. En Cataluña no se admiten los testamentos sólo ante testigos y ello debe favorecer la posibilidad de testar cuando se trata de un territorio con tradición de testar y concurre imposibilidad o ausencia del Notario. Asimismo se argumenta por el Tribunal Superior, que el legislador catalán ha mantenido la institución al considerarla útil y que en la línea expuesta influyen también el principio del *favor testamenti* y el de conservación de los negocios jurídicos.

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## Sentencias comentadas

### Comentario a la STC 173/1998, de 23 de julio, sobre la Ley vasca de Asociaciones

**SOFÍA DE SALAS MURILLO**

Universidad de Zaragoza

#### **RESUMEN**

La STC 173/1998, de 23 de julio («BOE» de 18 de junio de 1998) resuelve el recurso de inconstitucionalidad (número 1014/1988, «BOE» de 15 de junio de 1988), interpuesto contra dieciocho de los veintiséis artículos de la Ley vasca de Asociaciones (Ley del Parlamento vasco 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones). La sentencia se dicta con seis votos a favor y cinco en contra, cuyo criterio discrepante se halla reflejado en un extenso Voto particular.

Los artículos 22, 81.1, 139.1, 149.1.1 y 149.1.6 de la Constitución española fundamentaban, en opinión del Gobierno de la Nación, una invasión de competencias legislativas estatales por parte de la Ley vasca recurrida; invasión que era negada por la CA vasca, que alegaba como título competencial el artículo 10.13 EAPV («La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en: ... Fundaciones y Asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en el País Vasco»).

El TC analiza el alcance de los preceptos alegados y en especial del artículo 81.1 CE, del que dice en el FJ 7.º que, como reserva de Ley orgánica, «no contiene en puridad, ningún título competencial habilitante en favor del Estado», y que, «lo más relevante para la resolución del recurso de inconstitucionalidad... radica... en la delimitación del alcance material de la reserva de Ley orgánica y en la determinación de en qué medida esta delimitación debe hacerse a partir del sistema de distribución de competencias». Pues bien, uno de los criterios fundamentales que ha orientado esta tarea de definición sistemática ha sido, según el TC el de «reservar al Estado *ex* artículo 81.1 CE la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho en abstracto o en cuanto tal, en tanto que se atribuye la regulación de la materia sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma (SSTC 127/1994, 61/1997 y en relación concretamente con el derecho de asociación, SSTC 67/1985 y 157/1992)». Reconoce el TC que «resulta difícil distinguir dónde acaba el desarrollo del derecho en cuanto tal y dónde comienza la regulación de la materia sobre la

que éste se proyecta», de modo que «en algunos casos, la inclusión en una u otra categoría dependerá del grado más o menos intenso de proximidad con uno u otro ámbito». En el FJ 8.º concluye que debe considerarse reservado a la Ley orgánica *ex* artículo 81.1 CE, la regulación de «los elementos esenciales de la definición del derecho de asociación o, en otras palabras, la delimitación de los aspectos esenciales del contenido del derecho, en lo tocante a titularidad, a las facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes (STC 101/1991, FJ 2.º), al alcance del mismo en las relaciones *inter privatos*, a las garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos y muy especialmente, dada su naturaleza de derecho de libertad, corresponde en exclusiva al legislador orgánico la precisión de los límites, que, en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y respetando siempre el contenido esencial, puedan establecerse para determinar asociaciones constitucionalmente proscritas –es decir, las ilegales, secretas y de carácter paramilitar–, así como los límites en relación al derecho de asociarse de determinados grupos de personas –militares, jueces, etcétera–, o en relación a la libertad de no asociarse».

En cuanto al alcance del artículo 149.1.1 CE –al que se refiere el FJ 9.º– la regulación que corresponde al Estado con base en este precepto constitucional, «queda limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no al diseño completo y acabado de su régimen jurídico». En otras palabras, el Estado queda habilitado para regular «el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar una igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de asociación». Cuáles sean esas condiciones básicas, queda aclarado en el último párrafo de este FJ 9.º: «la definición del concepto legal de asociación... aquellos aspectos concretos de lo que hemos llamado régimen jurídico externo de las asociaciones (nacimiento de la personalidad, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad y causas y efectos de la disolución), que resulten imprescindibles o necesarios en orden a asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación y, en cuanto tales, requieren un tratamiento uniforme». Sin embargo, como acaba de reconocer en ese mismo FJ, «en tanto esta legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial», aunque en todo caso «si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas, ya que, como queda dicho, constituyen un núcleo de regulación uniforme del que ineludiblemente debe partir la regulación de los distintos tipos de asociaciones».

Sobre estas premisas, y teniendo en cuenta la vigente legislación estatal sobre asociaciones, el TC sólo entiende que hay invasión competencial en lo relativo a la imposición de la organización democrática interna y determinadas especialidades en el orden procesal introducidas por la Ley vasca, respecto de las cuales, el tenor del artículo 149.1.6 CE resulta suficientemente claro, al atribuir al Estado la legislación procesal. De este modo, se declaran inconstitucionales y nulos el inciso «y se llevarán a cabo con respeto al pluralismo y a los principios democráticos» del número 1 del artículo 2; el número 4 del artículo 2; el número 4 del artículo 8; el inciso «de acuerdo con el artículo 2.4», y del artículo 12.1; el número 3 del artículo 12; el inciso «por la autoridad judicial» del artículo 13.4, y el artículo 21.

Asimismo se declara que el artículo 4 a) y el inciso «documento público o privado» del primer párrafo del artículo 5.3 no son inconstitucionales si se interpretan según lo establecido en el FJ 14 a) y 14 d), respectivamente.

El resto de los artículos impugnados, son declarados constitucionales, pues encuentran título competencial suficiente en el artículo 10.13 EAPV. Precisamente aquí radica el enfoque erróneo de la sentencia, según los firmantes del Voto particular, pues la STC coloca «en el centro al Estatuto y en la periferia a la Constitución» (punto 2 del Voto particular). Lógicamente, estos magistrados –entre ellos, el vicepresidente del TC–, entienden que el alcance de los artículos 81.1 y 149.1.1 CE es mucho mayor; lo que reserva el artículo 81.1 CE a la Ley orgánica es el «desarrollo» del derecho fundamental, que incluye: el mínimo de personas para constituirla, la posible restricción a personas determinadas, los fines de la asociación y su régimen jurídico, el cual incluye a su vez «el conjunto de normas que configuran el estatuto de las asociaciones, su ser en el Derecho... por ejemplo, la estructura de las asociaciones, sus órganos, los derechos y obligaciones de los asociados, las modalidades de disolución de las asociaciones, etc.», porque ahí «se está definiendo en concreto qué es una asociación, cuándo una asociación deja de serlo, cuál es la posición atribuida en su seno a cada uno de los asociados (titulares de la vertiente individual del derecho de asociación) y cuáles los procedimientos de formación de la voluntad de la asociación en cuanto tal o el estatuto con que ésta (titular de la vertiente colectiva del derecho) ha de operar en el Ordenamiento. Difícilmente puede admitirse que todo esto quede al margen de la idea de desarrollo de este derecho fundamental» (punto 3 del Voto particular). Sin embargo, entraría en la categoría de la «regulación del ejercicio» del derecho de asociación prescribir cómo se constituye una asociación o cómo se procede a su inscripción en el Registro al que se refiere el artículo 22.3 CE; «regulación del ejercicio», que la CE *ex* artículo 53.1, reserva a la Ley con carácter general (no necesariamente, por tanto, orgánica), siempre que se respete «el contenido esencial del derecho» (*ibidem*).

## COMENTARIO

1. Así como las sentencias del TC sobre diversos aspectos de la libertad positiva y negativa de asociación van formando un cuerpo jurisprudencial de entidad (*vid.* entre otras, SSTC 67/1985, 23/1987, 218/1988, 88 y 183/1989, 183/1994, 56/1995 y 5/1996), no puede decirse lo mismo, ciertamente, respecto al punto concreto del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas sobre materia asociativa. Aunque ha habido algunos pronunciamientos sobre esta cuestión, han sido necesarios diez años de espera para que la STC 173/1998, de 23 de julio, abordara frontalmente, al fin, el problema. Lapso de tiempo, por otra parte, en el que la Ley, una vez levantada la suspensión de la vigencia de los preceptos recurridos (Auto TC, «BOE» de 19 de noviembre de 1988), se siguió aplicando.

Aparte de la citada demora, el hecho de que la sentencia no ha sido precisamente objeto de unanimidad –se ha dictado con seis votos a favor y cinco en contra, cuyo criterio discrepante se halla reflejado en un extenso Voto particular–, constituye prueba de la no fácil solución de este conflicto.

Esta sentencia se ciñe, como corresponde al objeto del recurso, al problema competencial, eludiendo las cuestiones de fondo que plantea la materia asociativa. No obstante, quedan apuntadas algunas, pues la delimitación de competencias exige, siquiera sea de modo tangencial, el análisis de la materia sobre la que tal competencia recae. Así, se alude, entre otras cuestiones, al reconocimiento a las personas jurídicas tanto privadas como públicas, de la posibilidad de constituir y ser miembros de las asociaciones, aun advirtiéndose «los problemas que desde la perspectiva del artículo 22 CE pudieran plantear hipotéticas asociaciones formadas, a la vez, por personas privadas y públicas o

determinar si estas últimas al constituir y ser miembros de asociaciones, están ejerciendo en puridad el derecho constitucional de asociación» (FJ 14.c); la consideración de que lo relativo a la adquisición de la personalidad jurídica es un problema de legalidad y no de constitucionalidad (FJ 14.f), etc.

2. Para entender el significado del presente pronunciamiento constitucional, conviene hacer un breve resumen de la trayectoria seguida por el TC en las sentencias que han incidido en esta cuestión, bien porque se han referido a conflictos de competencias en materia asociativa entre Estado y Comunidades Autónomas, bien porque se han ocupado del alcance y contenido de la posible Ley orgánica de asociaciones.

Entre las sentencias que resuelven conflictos de competencias sobre asociaciones entre Estado y Comunidades Autónomas, encontramos pronunciamientos en sentidos diversos.

La STC 53/1988, de 24 de marzo, responde a un conflicto de competencias planteado precisamente por el Gobierno vasco en relación a una Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 19 de junio de 1984. Aunque la resolución de este conflicto de competencias es posterior a la aprobación de la Ley autonómica, dicho conflicto se plantea sobre la base únicamente del precepto estatutario anteriormente citado. Y con apoyo en dicho artículo 10.13 EAPV, el TC apreció en esta ocasión –con criterio ciertamente discutible– una invasión competencial por parte del Estado, al imponer éste un deber de información a las asociaciones, consistente en el envío por parte de éstas de una serie de datos a la Secretaría de Sanidad y Consumo. Considera el TC que este deber de remisión de información es encuadrable en la materia asociativa, y no en la materia de fomento de investigación científica y técnica (149.1.15 CE), ni en la coordinación sanitaria (149.1.16 CE), y por tanto, según el artículo 10.13 EAPV es la Administración de la Comunidad Autónoma la que, en su caso, ha de recabar tal información, siendo, en consecuencia, inaplicable tal precepto en la Comunidad Autónoma vasca.

En el conflicto resuelto por la STC 90/1992, de 11 de junio, es la Comunidad Autónoma catalana quien interpone dos recursos de inconstitucionalidad contra una Ley estatal (en esta ocasión, la Ley de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, de 14 de abril de 1986, y en concreto, la atribución al MEC de la competencia para regular la participación y representación de los científicos españoles agrupados en Sociedades Científicas en el Consejo Internacional de Uniones Científicas), tanto por motivos materiales como competenciales, y entre estos últimos, por una pretendida invasión de la competencia de la Comunidad Autónoma catalana sobre «*Fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares, que desarrollen principalmente sus funciones en Cataluña*» (art. 9 EAC). En este caso, el TC inclinó la balanza en favor de la competencia estatal, fundándose en la habilitación que el artículo 149.1.1 CE le concede, para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos; tal autorización al MEC, en expresión no excesivamente contundente del TC, no supone una indebida reserva de una potestad ajena a la competencia estatal resultante del artículo 149.1.1 de la CE (FJ 5.b).

Teniendo por protagonista a esta misma Comunidad Autónoma, la STC 133/1992, de 2 de octubre, también se muestra favorable, en cierta medida, a la competencia del Estado, en el sentido de que, aunque reconoce, *ex artículo 12.1.5 EAC*, la competencia «exclusiva» de dicha Comunidad sobre Asociaciones de consumidores y usuarios radicadas en Cataluña (FJ 4), entiende que el Estado es competente para exigir, como condición previa para el dis-

frute de ciertos beneficios, la inscripción de las asociaciones en el censo llevado por el INC, pues tiene plena cobertura en «las competencias que el Estado ostenta en materia de asociaciones» (FJ 6.b). Queda en el aire, no obstante, la delimitación concreta de tales competencias estatales.

Por último, ha de citarse la STC 157/1992, de 22 de octubre, que puede considerarse el antecedente más cercano de la sentencia objeto de este comentario; es citada en varias ocasiones (FFJJ 3, 5 y 7) por la misma y cuenta como ponente en ambos casos con Carles Viver i Pi Sunyer. Dictada en resolución de un conflicto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma Balear, planteado por aquél en referencia al Decreto del Gobierno de las Islas Baleares 29/1985, de 18 de abril, de constitución y funcionamiento de las asociaciones juveniles, adopta un criterio restrictivo respecto a las competencias autonómicas; haciendo suyo el criterio del Abogado del Estado, circunscribe la competencia «sobre asociaciones» a lo que denomina «potestades administrativas sobre las mismas, desarrollando las clásicas modalidades de acción administrativa: policía, fomento y sanción». Anula, en consecuencia, el citado Decreto, que entre otras cuestiones, otorgaba carácter constitutivo a la inscripción registral, dado que su regulación «no puede incidir en el desarrollo del derecho de asociación, ni establecer el régimen jurídico general de las asociaciones juveniles radicadas en Baleares» (FJ 2).

No obstante, el propio TC es consciente de que en esta sentencia no resuelve definitivamente la cuestión. Aparte de que elude abordar cuestiones de fondo como la del carácter constitutivo de la inscripción, no queda claro en esta sentencia, si esta restricción que pesa sobre la competencia autonómica se basa en la ausencia —en el caso concreto de la Comunidad Autónoma de Baleares— de una atribución de competencia exclusiva en materia de «asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares», en cuyo caso, las otras Comunidades Autónomas cuyos Estatutos de Autonomía la han asumido, tendrían competencias mucho más amplias que las de Baleares, o bien se basa en un motivo más de fondo: que los artículos recurridos y declarados inconstitucionales constituyen un «desarrollo» del derecho fundamental; desarrollo que en virtud del artículo 81.1 CE —artículo que no es citado expresamente en la sentencia— corresponde al Estado. Como en su momento apuntó Marín López, parece que esta segunda es la razón última que movió al TC<sup>1</sup>. Advertía el autor que apurar este argumento hasta sus últimas consecuencias, supondría un vaciamiento del contenido de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas, ya que a éstas les quedaría entonces prohibida la regulación de todos los aspectos que el TC declara contrarios al sistema del reparto competencial diseñado en esta sentencia. Estado de incertidumbre que se causa porque el TC evita el apoyo explícito en el artículo 81.1 CE (aunque diga que al Estado corresponde el «desarrollo» de los derechos fundamentales) y en el artículo 149.1.1 CE, a pesar de que como vimos anteriormente, ya había hecho uso del mismo en otras ocasiones, y a su vez, era alegado por el Abogado del Estado, al que, en definitiva, el TC da la razón.

Pues bien, la STC 173/1998, aun adoptando una postura que puede ser discutible, aborda por fin el alcance y apoyo que para la competencia estatal suponen los preceptos constitucionales citados, aclarando, a un tiempo, el sentido de la STC 157/1992.

De entre las sentencias que se han ocupado del alcance y contenido de la Ley orgánica en materia de asociaciones, cabe citar la STC 67/1985, de 24 de mayo,

---

<sup>1</sup> MARÍN LÓPEZ, «Sobre la Ley vasca de asociaciones: reparto competencial y principios generales», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, número 16, diciembre 1992, p. 140.



que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad sobre determinados artículos de la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de Cultura Física y Deporte, y en concreto, respecto a las asociaciones deportivas, realiza una interesante distinción entre género y especies asociativas, en el sentido de que «el derecho de asociación que regula este precepto (art. 22 CE) se refiere a un género –la asociación–, dentro del cual caben modalidades específicas, como resulta de los artículos 6 y 7 de la CE, que contienen normas especiales respecto de asociaciones de relevancia constitucional, como partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales». A los efectos que nos interesan ahora, establece la doctrina de que la reserva de la Ley orgánica del artículo 81.1 CE «se refiere en este caso a la Ley que desarrolle el derecho fundamental de asociación en cuanto tal, pero no excluye la posibilidad de que las leyes ordinarias incidan en la regulación de tipos específicos de asociaciones, siempre que respeten el desarrollo efectuado en la Ley orgánica» (FJ 3). En sentido parecido se pronunció la STC 244/1991, de 16 de diciembre. Esta distinción género-especie fue alegada por los recurrentes de la sentencia que analizamos, como pauta segura para definir las relaciones entre Ley orgánica y Ley ordinaria, de modo que esta última (uno de cuyos ejemplos, es precisamente la Ley vasca) sólo puede regular determinados aspectos derivados de las especificidades de las asociaciones que aparecen en el artículo 10.13 EAPV. Muy otra es la interpretación de esta doctrina por parte de los redactores de la Ley vasca y de parte de la doctrina<sup>2</sup>, puesto que las asociaciones a las que se refiere el precepto estatutario no están enumeradas de forma exhaustiva, sino meramente indicativa; se trata de una clasificación de las asociaciones, finalista, de indudable amplitud, que prácticamente coincide con la prevista en la Ley de Asociaciones de 1964. De hecho, el problema que se suscita en la STC 67/1985, no es exactamente el mismo que el de la cuestión sobre la Ley vasca, y por ello, la solución adoptada en dicha sentencia, no es exactamente trasladable al caso que estamos analizando. La STC 67/1985 no dirime un conflicto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas y se centra en las llamadas «asociaciones de configuración legal», dotadas de un régimen peculiar, en atención a las funciones públicas que se les encomiendan. El objeto de la STC 173/1998 es afín, pero diverso, ya que no se trata de asociaciones «especiales» por sus funciones públicas, con su consiguiente especial configuración, sino que el enunciado de determinados tipos de asociaciones que hace la Ley vasca es, como antes decía, simplemente indicativo del carácter no lucrativo de las asociaciones que entran en su ámbito de aplicación.

Por su parte, la STC 132/1989, de 18 de julio (FJ 16) –relativa al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Cámaras Profesionales Agrarias de Cataluña–, afirma, respecto al derecho de asociación, que lo que está constitucionalmente reservado a la Ley orgánica es «la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas». Doble referencia a «aspectos esenciales» y al «establecimiento de restricciones o límites», que se halla también, respecto a otros derechos, en las SSTC 101/1991, FJ 2; 140/1986, FJ 5, y 88/1995, FJ 4.

3. Para enjuiciar la constitucionalidad de los artículos de la Ley vasca impugnados, puesto que se trata de un proceso en clave competencial, el TC entiende necesario precisar el alcance de los preceptos constitucionales y estatutarios alegados por las partes como fundamento de sus pretensiones.

---

<sup>2</sup> LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 276 y 277.

En los FFJJ 3 a 6 analiza el contenido y fuerza del título competencial contenido en el artículo 10.13 EAPV («*La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en: ... Fundaciones y Asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en el País Vasco*»).

Frente al pretendido carácter de generalidad que se desprende del tenor literal de la Ley vasca, que se presenta a sí misma en el Preámbulo, como «un adecuado instrumento normativo que regule las asociaciones y que se centra(n) en lo que es su núcleo mismo», el TC, disculpando esa impetuosidad de la Ley, y recordando que ni rúbricas ni preámbulos tienen valor normativo (STC 36/1981, FJ 7), afirma con claridad que la Comunidad Autónoma no posee un título competencial para regular todas las asociaciones de Derecho común (*sic*), sino que la competencia exclusiva del País Vasco se concreta en «un elenco de asociaciones caracterizadas por atender a unos fines y desarrollar unas actividades específicas. La locución «y similares» flexibiliza y amplía la enumeración; pero, sea cual sea en la práctica el alcance final de la competencia autonómica, no la convierte en indefinida o indeterminada, ni la configura como una competencia genérica o residual sobre todas las asociaciones». Lo cual no impide que la Comunidad Autónoma ostente otras competencias sobre aquellas asociaciones cuyos fines y actividades coinciden con materias de competencia autonómica, como ocurre con la defensa de los consumidores y usuarios [STC 15/1989, FFJJ 4.b) y 7.b)] o con la juventud [STC 157/1992, FJ 2].

Respecto de estas asociaciones de las que la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene atribuida la competencia exclusiva, le corresponde ejercer no sólo la pretendida por el Abogado del Estado, regulación del régimen jurídico de las aparentemente reducidas «potestades administrativas sobre las mismas, desarrollando las clásicas modalidades de acción administrativa: policía, fomento y sanción», sino, en definitiva, de la función legislativa y la ejecutiva, regulando su régimen jurídico y llevando a cabo la correspondiente acción administrativa.

Recuerda el TC el supuesto enjuiciado en la STC 157/1992, que considera sustancialmente diferente del presente, pues allí resultaba correcta la utilización del criterio propuesto por los actuales recurrentes, dada la ausencia de competencia estatutaria exclusiva sobre asociaciones. Sin embargo, cuando, como es en el caso presente, un Estatuto de Autonomía atribuye a una Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre un determinado tipo de asociaciones, no sólo le habilita para regular los aspectos administrativos de esas instituciones, es decir, sus relaciones de fomento, policía y sanción con los poderes públicos, sino también el régimen jurídico de las mismas, tanto en su vertiente externa, es decir, la relativa a su participación en el tráfico jurídico (constitución, adquisición de personalidad jurídica, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad, extinción y disolución), como en su vertiente interna (organización, funcionamiento interno y derechos y deberes de los asociados) (FJ 5).

A renglón seguido de este amplio reconocimiento en favor de las Comunidades Autónomas con este tipo de cláusulas estatutarias, advierte el TC que tal titularidad ha de ser objeto de una interpretación sistemática dentro del llamado «bloque de constitucionalidad», y en este sentido, son precisamente los artículos que los recurrentes aducían como fundamento de la inconstitucionalidad de la Ley vasca, los que constituyen un límite a la capacidad normativa del Parlamento vasco en estas materias. Además, debe tenerse en cuenta que en las asociaciones objeto de la competencia autonómica existen elementos de muy diversa índole, civiles, administrativos, procesales, fiscales e incluso penales, sobre los que el Estado tiene títulos competenciales que deben hacerse compatibles con el título exclusivo atribuido a la Comunidad Autónoma.

4. Las anteriores consideraciones sirven de pórtico al TC para el análisis de la naturaleza y el alcance de la reserva de Ley orgánica prevista en el artículo 81.1 CE, aplicándolo al caso concreto del derecho fundamental de asociación del artículo 22 CE. Uno de los principales argumentos aducidos en contra de la Ley recurrida era, en efecto, la vulneración por parte de la Ley vasca, de dicha reserva de Ley orgánica, al regular y desarrollar esta Ley el contenido de un derecho fundamental como es el de asociación.

Considera el TC que lo más relevante para la resolución del recurso de inconstitucionalidad radica, justamente, en la delimitación del alcance material de la citada reserva y en la determinación de en qué medida esta delimitación debe hacerse a partir del sistema de distribución de competencias, dado que, el artículo 81.1 CE como reserva de Ley orgánica, «no contiene en puridad, ningún título competencial habilitante en favor del Estado»<sup>3</sup>. A esta tarea dedica el FJ 7, donde recuerda que uno de los criterios fundamentales que ha orientado esta tarea de definición sistemática ha sido, el de «reservar al Estado ex artículo 81.1 CE la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho en abstracto o en cuanto tal, en tanto que se atribuye la regulación de la materia sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma (SSTC 127/1994, 61/1997 y en relación concretamente con el derecho de asociación, SSTC 67/1985 y 157/1992)». Baza el TC esta delimitación, como puede verse, en un criterio de distinción no del todo claro, y en opinión de los firmantes del Voto particular, falto de fundamento: la distinción entre «desarrollo de derecho fundamental», que es lo que constituye el contenido de la reserva de Ley orgánica, y «regulación de la materia», que corresponde a la Ley ordinaria. El TC admite que «resulta difícil distinguir dónde acaba el desarrollo del derecho en cuanto tal y dónde comienza la regulación de la materia sobre la que éste se proyecta», de modo que no tiene más remedio que acudir a pronunciamientos tan indefinidos como: «en algunos casos, la inclusión en una u otra categoría dependerá del grado más o menos intenso de proximidad con uno u otro ámbito» (FJ 7).

Distinciones como estas –o la de «desarrollo» y «regulación del ejercicio», que ha tenido una mayor acogida entre la doctrina<sup>4</sup>– han sido elaboradas con ánimo de desentrañar el significado y contenido del mandato del artículo 81 CE respecto a los derechos fundamentales, que son una de las materias objeto de la reserva efectuada por dicho artículo que mayores problemas plantea en su interpretación. La raíz del problema radica, como es sabido, en que las Leyes orgánicas son leyes para una reserva acotada de materias o «leyes materiales», lo que supone que, como categoría material, no se adecúan al prevalente carácter formal del resto del sistema de legalidad, y sobre todo, plantean el problema de la precisión y el rigor con que hayan sido delimitadas las materias que la Constitución reserva a dicha categoría, pues una ley definida en función de la materia, cuyos supuestos sustantivos no están después bien delimita-

<sup>3</sup> En opinión de Pemán Gavín, la reserva de Ley orgánica sí que opera en algunos casos, como título competencial estatal; *vid.* PEMÁN GAVÍN, *Igualdad de los ciudadanos y Autonomías Territoriales*, Civitas-Prensas Universitarias de Zaragoza, 1992, p. 226.

<sup>4</sup> *Vid.* por todos, DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 117, y GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 124 y 125. En el voto particular, se advierte que no es la «regulación de la materia» lo que está reservado a Ley ordinaria, sino la «regulación del derecho», respetando, en todo caso, el contenido esencial, tal y como ordena el artículo 53.1 CE. «Regulación del derecho» que tiene un contenido mucho menor que el propuesto para la «regulación de la materia» por el TC, de modo que, según veremos, el contenido de la posible Ley ordinaria es mucho más restringido.

dos, es una figura impropia, que introduce confusión en el sistema jurídico en el que se inserta <sup>5</sup>. Un claro ejemplo de esta ambigüedad es, como decía, la fórmula «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas». Resulta prácticamente imposible determinar cuál es su contenido preciso, aunque la doctrina y la jurisprudencia se hayan esforzado en elaborar técnicas para reducir esta imprecisión. En concreto, ha tenido acogida la citada distinción entre «desarrollo» y «regulación del ejercicio», de modo que no cabe atribuir a Ley orgánica todo lo que afecte al derecho, ni siquiera todo que se pueda considerar regulación del ejercicio <sup>6</sup>. Entiende la doctrina que «desarrollo» equivale a aseguramiento de las condiciones generales de expresión y funcionamiento de cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en el artículo 81.1 CE, o dicho de otro modo, a la regulación frontal directamente orientada a complementar la normación básica que establece la propia Constitución; «regulación del ejercicio», equivale a regulación que ataña de cualquier manera, al ejercicio de los derechos fundamentales <sup>7</sup>; para Chofre Sirvent, el desarrollo, es la primera y básica determinación constitucional para que pueda tener operatividad la fórmula del artículo 81.1 CE, de modo que a la ley ordinaria corresponde lo que no es «complemento indispensable»: lo relativo al ejercicio de un derecho fundamental <sup>8</sup>. Como es fácil observar, no se logra eludir el empleo de conceptos jurídicos indeterminados y, a la postre, lo decisivo será su determinación *ad casum*.

Antes de entrar en el contenido concreto del «desarrollo» del derecho de asociación que propone esta sentencia, ha de decirse que la *ratio iuris* del artículo 81 CE no es, desde luego, la fijación de un criterio delimitador de competencias estatales y autonómicas, sino el establecimiento de un sistema de garantía adicional para la función de las Cortes Generales como «constituyente permanente» (SSTC 6/1982, 160/1987 y 127/1994), al realizar el desarrollo normativo inmediato de la CE en aquellos aspectos básicos o fundamentales del orden constitucional que, por ser complemento indispensable o necesario de la obra del constituyente, se sustraen al sistema habitual de mayorías parlamentarias simples. Así, en la STC 127/1994 (FJ 3.b) se dice que «puede (...) razonarse que cuando las Cortes Generales en Ley Orgánica desarrollan un derecho fundamental están, en realidad, desarrollando y concretando la norma constitucional reconocedora del derecho –a menudo dotada de considerables dosis de abstracción– en sus espacios abiertos a la libertad de configuración normativa del legislador de los derechos fundamentales». Esta función de «constituyente permanente» fue objeto de crítica por parte de la doctrina <sup>9</sup>. Sin llegar a extremos de crítica total a dicha función, en lo que la doctrina y jurisprudencia se muestran unánimes, es en que debe evitarse una extensión desmesurada del contenido de las Leyes orgánicas, de modo que la interpretación del alcance y extensión de este tipo de leyes ha de ser restrictiva, pues lo contrario haría que las mismas ocuparan la mayoría del ordenamiento jurídico; en efecto, es difícil concebir una norma que no tenga conexión de un modo u otro, con un derecho fundamental. El propio TC, tempranamente, destacó el carácter excepcional de las mismas, y así, en la STC 5/1981, de 13 de febrero, hablaba de «petrificación abusiva» a la que podrían dar

<sup>5</sup> CHOFRE SIRVENT, *Significado y función de las Leyes orgánicas*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 302.

<sup>6</sup> DE OTTO, *Derecho constitucional*, cit., p. 117.

<sup>7</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pp. 124 y 125.

<sup>8</sup> CHOFRE SIRVENT, *op. cit.*, pp. 166 a 168.

<sup>9</sup> Entre otros, GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 1218, y más recientemente, respecto a su configuración como «ley material», CHOFRE SIRVENT, *op. cit.*

lugar. En el mismo sentido, se pronuncian las SSTC 76/1983 y 160/1987, entre otras. La STC 101/1991, FJ 2, explica que la función de garantía adicional de este tipo de leyes conduce a reducir su aplicación a las normas que «establecen restricciones de esos derechos o libertades o las desarrollan de modo directo, en cuanto regulan aspectos consustanciales a los mismos, excluyendo por tanto aquellas otras que simplemente afectan a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites». Todo ello ha sido objeto de valoración positiva por la mayoría de la doctrina <sup>10</sup>.

Sentadas estas premisas respecto a las líneas generales del contenido de las Leyes orgánicas sobre derechos fundamentales, podemos ver cuál es la postura que el TC adopta en lo relativo al derecho de asociación. Vimos que la STC 132/1989 afirmaba que lo que está constitucionalmente reservado a la Ley Orgánica es «la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas». ¿Cuál es el criterio que sigue la STC 173/1998? En esta ocasión, el TC se muestra más explícito y, aplicando las consecuencias del criterio de delimitación propuesto al caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, concluye en el FJ 8 que debe considerarse reservado a la Ley orgánica *ex* artículo 81.1 CE, la regulación de «los elementos esenciales de la definición del derecho de asociación o, en otras palabras, la delimitación de los aspectos esenciales del contenido del derecho, en lo tocante a titularidad, a las facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes (STC 101/1991, FJ 2.º), al alcance del mismo en las relaciones *inter privados*, a las garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos y muy especialmente, dada su naturaleza de derecho de libertad, corresponde en exclusiva al legislador orgánico la precisión de los límites, que, en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y respetando siempre el contenido esencial, puedan establecerse para determinar asociaciones constitucionalmente proscritas –es decir, las ilegales, secretas y de carácter paramilitar–, así como los límites en relación al derecho de asociarse de determinados grupos de personas –militares, jueces, etc.–, o en relación a la libertad de no asociarse».

Se observa una importante referencia a los límites del derecho fundamental: en concreto, los límites han de respetar, en todo caso, el contenido esencial del derecho, su fijación corresponde en exclusiva al legislador orgánico, y su razón de ser estriba en su relación con otros derechos y libertades constitucionalmente protegidos. Y más adelante, en el FJ 14.c), al referirse a la extensión de la titularidad del derecho de asociación a las personas jurídicas, la sentencia reitera que «la precisión de las limitaciones constitucionalmente impuestas a determinados grupos de personas, deben considerarse incluidas en el ámbito de la reserva de ley orgánica».

La cuestión acerca de los límites de los derechos fundamentales ha dado lugar a una doctrina de importantes proporciones, especialmente en Alemania, en torno al artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn y en España, respecto a su correlativo artículo 53.1 CE <sup>11</sup>. Como digo, la cuestión es de un calado que

<sup>10</sup> En este sentido, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», *Derechos fundamentales y Constitución*, *op. cit.*, p. 68, y GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, *op. cit.*, p. 125, quien piensa incluso, respecto al artículo 22.3 CE, en lo relativo al Registro de asociaciones, que el complemento requerido por la Constitución para su plena operatividad es de carácter simplemente instrumental y organizativo, lo que hace innecesario el aparato legislativo; más lejos llega Fernández Farreres, que cree innecesario el desarrollo por Ley orgánica de dicho artículo; *vid. Asociaciones y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 29 y 30.

<sup>11</sup> Sobre este punto, *vid.* por todos, DE OTTO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la

sobrepasa el objetivo del presente comentario, pero sí pueden hacerse ahora algunas observaciones.

Como premisa previa, cabe decir con de De Otto, que los problemas tratados como limitación de derechos para proteger otros bienes constitucionales –el TC dice que los límites están impuestos «en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos»–, no son tanto problemas de «limitación», sino de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución<sup>12</sup>.

La sentencia enumera como «límites», diversas circunstancias de índole muy diversa; algunas ya están precisadas en el propio artículo 22 CE –como la prohibición de asociaciones ilegales, secretas y de carácter paramilitar– y por ello, en rigor, no requerirían necesariamente una explicitación posterior mediante Ley orgánica, dado que el precepto constitucional es suficientemente claro y permite su aplicación directa. Caso distinto son las limitaciones al derecho de asociarse de «militares, jueces, etc.»: aunque no existe en el artículo 22 CE un pronunciamiento análogo al del artículo 28 CE, que establece una «reserva de Ley respecto a la limitación del derecho de sindicación de las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar», el artículo 127 CE establece una reserva de Ley respecto al sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales; así, la regulación de las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados se hace en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, y las de Fiscales, en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

Queda clara la reserva de Ley. Lo que ya no queda tan claro, a la vista de las leyes citadas, es que necesariamente sea de Ley orgánica. Cierto es que la regulación que se establece por Ley ordinaria en el caso de las asociaciones de fiscales, no es limitativa sino que simplemente introduce algunas modalizaciones, como la necesaria apertura a cualquier miembro de la carrera fiscal (art. 53.4), o la inscripción constitutiva (art. 54.4). Esto es, parece ser que si lo que se quisiera verdaderamente es «limitar» en sentido estricto el derecho, sí que se requeriría Ley orgánica<sup>13</sup>.

A la duda planteada se añade que en el caso de la limitación de «la libertad de no asociarse» –en otras palabras, la colegiación o afiliación obligatoria–, el TC no parece exigir tampoco Ley orgánica, sino solamente Ley. En efecto, al referirse a la colegiación obligatoria, el TC ha señalado que dado que la Constitución ni la prohíbe ni la impone, es al legislador ordinario a quien corresponde definirla, y que «... al cumplirse por los Colegios Profesionales otros fines específicos, determinados por la profesión titulada, de indudable interés público (disciplina, recursos procesales, etc.), ello justifica innegablemente la opción diferida al legislador para regular aquellos colegios y para configurarlos como hace la Ley 2/1974... que en nada vulneran el contenido de la norma constitucional (art. 36) habilitante, ni tampoco el artículo 22... Entre aquellas reglas configurativas, ciertamente peculiar, está la de la adscripción forzosa al colegio profesional. La colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión no constituye, pues, una vulne-

---

Constitución», en *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, y GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

<sup>12</sup> DE OTTO, «La regulación del ejercicio...», *cit.*, p. 143.

<sup>13</sup> Aunque lo que se regula por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, son las asociaciones sindicales en este ámbito, lo mismo puede decirse de las modalizaciones en el asociacionismo militar.

ración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva... Pudo por tanto, dicho legislador establecerla lícitamente, en razón de los intereses públicos, vinculados al ejercicio de determinadas profesiones...» (STC 88/1989, de 11 de mayo) <sup>14</sup>.

Como cabía esperar, las opiniones acerca del contenido del concepto jurídico «desarrollo» del derecho fundamental, han sido absolutamente encontradas, pues para los firmantes del Voto particular, esta categoría es necesariamente diversa de la «regulación del ejercicio del derecho fundamental», que el artículo 53.1 CE reserva a Ley ordinaria. Dentro del primero de los conceptos ha de incluirse, según esta opinión: el mínimo de personas para constituir la asociación, la posible restricción a personas determinadas, los fines de la asociación y su régimen jurídico, el cual incluye a su vez «el conjunto de normas que configuran el estatuto de las asociaciones, su ser en el Derecho..., por ejemplo, la estructura de las asociaciones, sus órganos, los derechos y obligaciones de los asociados, las modalidades de disolución de las asociaciones, etc.», porque ahí «se está definiendo *in concreto* qué es una asociación, cuándo una asociación deja de serlo, cuál es la posición atribuida en su seno a cada uno de los asociados (titulares de la vertiente individual del derecho de asociación) y cuáles los procedimientos de formación de la voluntad de la asociación en cuanto tal o el estatuto con que ésta (titular de la vertiente colectiva del derecho) ha de operar en el Ordenamiento. Difícilmente puede admitirse que todo esto quede al margen de la idea de desarrollo de este derecho fundamental» (punto 3 del Voto particular).

Como puede verse, la discusión se centra acerca de la «determinación» que haya de darse a estos conceptos jurídicos «indeterminados»; determinación que necesariamente se realiza *ad casum*, según los criterios de técnica jurídica (y política) que el TC estime más convenientes en cada momento.

Todo lo dicho hasta ahora, se refiere al «desarrollo» del derecho fundamental de asociación, considerado en términos abstractos. Tras el análisis de lo relativo al alcance del artículo 149.1.1 CE, que ocupa el punto siguiente, veremos las aplicaciones concretas de estos pronunciamientos de la sentencia a los diversos artículos de la Ley que son objeto del recurso.

---

<sup>14</sup> Representativa sentencia que es objeto de un profundo análisis por parte de FANLO LORAS, en *El debate sobre los Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 10 y ss. En cuanto a la adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, la STC 179/1994 estimó derogado el régimen de adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, previsto en la Ley de 29 de junio de 1911 y el Decreto-ley de 1929, por ir en contra –en este caso, sí– de la libertad negativa de asociación, pero en ningún momento se hace referencia a que el instrumento formal necesariamente deba ser la Ley orgánica. La adscripción obligatoria, en cuanto «... tratamiento excepcional respecto del principio de libertad debe encontrar suficiente justificación, ya sea en las características de los fines de interés público, ... de las que resulte, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo» (FJ 8). En el caso concreto del que se ocupa la sentencia: «A la vista de sus funciones y del fin para cuyo cumplimiento se les atribuyen, hay que concluir que no resulta que su ejercicio exija la adscripción obligatoria de todos los comerciantes, industriales y nautas a estas Cámaras. Se trata de intereses sectoriales que, en principio no justifican la obligatoriedad de pertenencia a este tipo de corporaciones. Cualquiera de las funciones enumeradas puede encomendarse a asociaciones de tipo privado o incluso, realizarse directamente por la propia Administración sin necesidad de obligar a los comerciantes, industriales y nautas a pertenecer obligatoriamente a una Corporación de Derecho Público y a sostenerla con sus aportaciones» (FJ 10). A esta sentencia, y a sus efectos en el tiempo se remiten otras posteriores, como las SSTC 284/1994, de 24 de octubre, 152/1995, de 24 de octubre, 22/1996, de 12 de febrero, y 124 y 125/1996, de 8 de julio.

5. El artículo 149.1.1 CE, que atribuye al Estado, la competencia exclusiva para «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad, de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», es otro de los preceptos cuyo alcance es analizado por el TC para apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley vasca recurridos.

La ambigua y compleja redacción del artículo 149.1.1 CE ha suscitado importantes problemas interpretativos, aumentados por la dificultad que de por sí acompaña a todo lo relacionado con la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. De hecho, su interpretación es muy casuística y la jurisprudencia del TC, como advierte Tudela Aranda, no permite alcanzar una teoría general. Como medida preventiva, el TC opta por postular una interpretación restrictiva de este artículo, pero partiendo de esa premisa, entiende en unas ocasiones que se trata de una simple manifestación del principio de igualdad en la organización territorial del Estado; en otras sentencias, considera que este artículo es un título competencial por el que se atribuyen al Estado competencias concretas; no faltan los pronunciamientos que ven en este precepto un límite a las competencias autonómicas y un criterio hermenéutico para todo el reparto competencial<sup>15</sup>.

Tras estas fluctuaciones jurisprudenciales, la STC 61/1997, establece una doctrina más clara respecto al artículo 149.1.1, afirmando que se trata de un título competencial con contenido propio, no residual, que habilita al Estado para regular «el contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta» (FJ 8) y siempre teniendo presente que «el artículo 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico (...) quedaría desbordado el ámbito y sentido del artículo 149.1.1 CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del Ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional...» (FJ 7.b). Sin embargo, según se añade más adelante, «dentro de esas «condiciones básicas» cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquellas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho...; los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho...; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho» (FJ 8). En cualquier caso, la «regulación» que corresponde al Estado *ex* artículo 149.1.1 CE queda «limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico (...) las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados».

Aplicando esta doctrina al caso de las asociaciones sin ánimo de lucro, entiende el TC -FJ 9- que el artículo 149.1.1 CE habilita al Estado para regular el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar una igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de asociación; como tal competencia estatal, deberá ser respetada por el legislador autonómico titular de la competencia sobre determinadas aso-

<sup>15</sup> TUDELA ARANDA, *Derechos constitucionales y autonomía Política*, Civitas-IVAP, Madrid. 1994.



ciaciones. Legislación que habrá de ser tomada como *prius* a la hora de elaborar la correspondiente legislación autonómica, y que puede actuar también *ex post*, desplazando ésta, si la aprobación de la norma estatal es posterior a la autonómica. En efecto, afirma con fuerza la sentencia que «si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entrarían en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, en sus últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas, ya que, como queda dicho, constituyen un núcleo de regulación uniforme del que ineludiblemente debe partir la regulación de los distintos tipos de asociaciones» (FJ 9).

El TC aborda la tarea de concretar cuál es ese «contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales», o en definitiva esas «condiciones básicas» de las que habla el artículo citado, y así incluye «la definición del concepto legal de asociación» y «aquellos aspectos concretos de lo que hemos llamado régimen jurídico externo de las asociaciones (nacimiento de la personalidad, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad y causas y efectos de la disolución), que resulten imprescindibles o necesarios en orden a asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación y, en cuanto tales, requieren un tratamiento uniforme» (FJ 9).

Y es que, entiende el TC, la solución del problema ha de conjugar no sólo la reserva de Ley orgánica antes analizada, sino todo el «bloque de constitucionalidad», y en especial, el binomio de los artículos 148 y 149 CE, concretamente en nuestro caso, los artículos 149.1.1 y 149.1.6. Como dice el TC «el ámbito de la reserva de Ley orgánica no es coextenso al de las competencias atribuidas al Estado –así se establece de forma implícita en la práctica totalidad de las resoluciones de este Tribunal que han abordado este tema– y, de otro lado, que, en aplicación de un elemental criterio de interpretación sistemática, al fijar el alcance de la reserva de Ley orgánica debe cohererarse con el contenido de los preceptos del llamado bloque de la constitucionalidad que distribuyen las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas». Alude a la doctrina sentada por la STC 137/1986, que dice que «ni la unidad de la CE toleraría que una de sus disposiciones [art. 149 (...)] se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra (art. 81.1), ni de otra parte, un precepto ordenador del sistema de fuentes (...) puede sobreponerse a la norma (...) que busca articular los ámbitos materiales».

En la STC 137/1986, de 6 de noviembre –sentencia relativa al derecho a la educación, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento vasco 15/1983, de 27 de julio, por la que se crea el Instituto Vasco de Ikastolas–, el TC parte exclusivamente de las reglas del artículo 149.1 para articular las relaciones entre legislación estatal y autonómica y prescinde de la reserva de Ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales, lo cual le permite obviar los problemas derivados de la confluencia de los conceptos de «desarrollo» de los derechos fundamentales, y «normas básicas» en el sentido del artículo 149.1 CE. En efecto, a la división de materias entre la Ley orgánica y la Ley ordinaria que anteriormente vimos, hay que sumar, en ocasiones como esta, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ex artículos 148 y 149, lo cual produce casos complejos, como sucede con el citado derecho a la educación, en el que la Ley orgánica, determina la legislación básica (necesariamente estatal) y la de desarrollo del derecho, y las Leyes autonómicas, están llamadas por su parte, a integrar y completar esas normas básicas en el ámbito de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas a través de sus respectivos Estatutos.

Sin embargo, no es este el problema objeto de la sentencia que analizamos <sup>16</sup>, pues la materia en cuestión (asociaciones sin ánimo de lucro) ni

<sup>16</sup> No es el problema principal, aunque sí aparece, justamente, cuando se analiza la constitucionalidad de la DA de la Ley, que dice: «Las Asociaciones de Alumnos y de

siquiera aparece en el listado ni del artículo 148 ni del artículo 149 CE, y desde luego, desde el prisma del EAPV, no es precisamente una materia compartida, como pueda ser la educación, sino exclusiva de la Comunidad Autónoma. Por este motivo, la STC 173/1998 utiliza en su argumentación ambos artículos: el 81.1 y el 149.1, si bien de este último, un número de alcance general, como es el 1.º, dado que como ha quedado dicho, no hay una competencia concreta referida a asociaciones.

Sin embargo, y con independencia de la interpretación que se dé al citado artículo 149.1.1 CE, es claro que no se puede alegar como título para fundamentar la invasión, puesto que el Estado, como reconoce el FJ 9, no ha hecho aún uso expreso de esa habilitación en el campo de las asociaciones sin ánimo de lucro. No obstante, el TC afirma que no cabe descartar de entrada que de alguno de los preceptos hoy vigentes de la Ley de Asociaciones de 1964, del Código Civil o de otras disposiciones pre y postconstitucionales relativas a tipos concretos de asociación pueda inferirse alguna pauta que pueda considerarse condición básica garantizadora de la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho, y de hecho predica esta cualidad de los artículos 35 a 39 del Código Civil, que la Ley vasca, según el TC, respeta en todo momento. En todo caso, respecto al futuro, es una «amenaza» que planea sobre la legislación autonómica, cuyos efectos de desplazamiento en su caso respecto a ésta, deja bien claros el TC.

La labor del resto de los fundamentos jurídicos se reduce a ver qué aspectos de los preceptos recurridos pueden considerarse «desarrollo» del derecho fundamental, y cuáles pueden quedar desplazados en el futuro por la legislación estatal dictada *ex* artículo 149.1.1 CE. Para su análisis, el TC agrupa los distintos preceptos de la Ley vasca según el orden lógico que impone su enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional, sin atenerse a una correlación puramente numérica. En el FJ 13, aborda los preceptos que contienen los principios generales de la Ley; en el FJ 14, lo referente a la asociación como sujeto del tráfico jurídico; en el FJ 15, el régimen jurídico interno de la asociación, y en el FJ 16, lo referente a aspectos procesales.

6. Así como el artículo 149.1.1 CE constituye un título competencial concreto, el artículo 139.1, «*todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español*», también alegado por los recurrentes, constituye en opinión del TC tan sólo un límite a la competencia autonómica, pero no un título competencial en favor del Estado. Y, por supuesto, la igualdad no equivale en modo alguno a la rigurosa y monólfica uniformidad de las legislaciones autonómicas (FJ 10).

7. Comparando las materias que la sentencia considera que entran en uno y otro ámbito, –«desarrollo del derecho fundamental» (art. 81.1 CE) y «condiciones básicas» (art. 149.1.1 CE)– se observa que se da una mayor amplitud en las materias que entran en el segundo de ellos, de modo que la posible restricción para las Comunidades Autónomas va a venir –si es que viene– no tanto de la amplitud que se dé a la futura Ley orgánica, sino a la legislación que se dicte con base en ese título competencial.

---

*Padres de Alumnos previstas y reguladas en la legislación educativa, se regirán en sus aspectos generales por las normas contenidas en esta Ley*». Defiende la sentencia la competencia autonómica en este punto, tanto desde el propio artículo 10.13 EAPV, como desde el artículo 16 de dicho Estatuto, por el que se asume competencia exclusiva sobre «la enseñanza en toda su extensión», siempre que la regulación autonómica respete las disposiciones que el Estado pueda dictar *ex* artículo 149.1.1 y 149.1.30 CE y no invada el ámbito reservado a Ley orgánica; la DA citada es totalmente compatible con las competencias estatales (FJ 15.h).

En efecto, de los múltiples puntos recurridos de la Ley, el TC sólo entiende de uno de ellos –el requisito de la democracia interna– que puede incluirse en el concepto «desarrollo» del derecho fundamental *ex* artículo 81.1 CE.

El TC elude expresamente pronunciarse sobre la cuestión de fondo –a saber, si tal imperativo que la Constitución impone solamente a ciertas modalidades asociativas respeta o no el contenido esencial del derecho de asociación en su vertiente de libertad de organización y funcionamiento internos, es decir si puede extenderse con carácter general a todas las asociaciones sin ánimo de lucro– pero lo que sí dice, es que, de imponer esta condición genérica de democracia interna, ello constituiría un «desarrollo directo» de un elemento esencial para definir la libertad de autoorganización de las asociaciones, y por ello sólo las Cortes Generales, mediante Ley orgánica, podrían hacerlo (FJ 13.b). Por esta razón, se declaran inconstitucionales y nulos el inciso «y se llevarán a cabo con respeto al pluralismo y a los principios democráticos» del número 1 del artículo 2; el número 4 del artículo 2: «La organización y funcionamiento de las Asociaciones será democrático»; el inciso «de acuerdo con el artículo 2.4», y del artículo 12.1.

La cuestión de fondo, como he dicho, dista de quedar zanjada, pues en la actualidad, la tesis de quienes piensan que no es un requisito exigible a todas las asociaciones y que el artículo 22 CE no lo impone, tiene numerosos valedores<sup>17</sup>. No obstante, desde el momento en que el TC remite a Ley orgánica este punto, parece aceptar implícitamente que sí que podrá tomarse una determinación de este tipo, con tal de que sea mediante la aprobación de una norma de ese tipo.

De muchas de las materias restantes dice el TC que «al ejercer esta competencia deberá respetar las condiciones básicas dictadas por el Estado *ex* artículo 149.1.1 CE, para asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación».

¿Qué entiende el TC en concreto que son esas «condiciones básicas»? En primer lugar, el concepto legal de asociación. En el FJ 14, en el que el TC agrupa el análisis de aspectos relativos a la actividad de la asociación como sujeto del tráfico jurídico, señala que uno de los aspectos que puede establecer el legislador estatal con base en ese título competencial y que, por tanto, deberá ser respetado por la legislación autonómica, es la formulación del concepto legal de asociación, en sus rasgos esenciales. Hace esta afirmación al hilo del análisis de la corrección del reconocimiento a las personas jurídicas de la titularidad del derecho de asociación, que obra el párrafo b) del artículo 5.2 de la Ley vasca. Como ya ha quedado dicho, el TC no se pronuncia tampoco sobre el fondo de esta cuestión: aunque por una parte recuerda que la jurisprudencia ya ha admitido esta posibilidad (STC 64/1988, *obiter dictum*) y ha reinterpretado el «*varias personas naturales*» del artículo 3 de la Ley de 1964, no deja de advertir algunos de los problemas que se puedan derivar de este reconocimiento. En todo caso, y desde el punto de vista competencial, afirma que, puesto de que lo que se trata es de extender la titularidad y no restringirla –en cuyo caso, sí que sería necesaria Ley orgánica–, basta con una Ley ordinaria –en este caso autonómica– sin perjuicio de que, en su momento el legislador estatal pueda disponer otra cosa cuando configure, con base en el título que le otorga el artículo 149.1.1 CE, el concepto legal de asociación. En todo caso, entiende el TC, que la definición de asociación que contiene el artículo 5.1 de la Ley vasca, «*aunque por su generalidad pudiera hacer pensar que con ella se*

---

<sup>17</sup> Sobre el estado actual de la doctrina, puede verse una recopilación de las distintas posturas en mi monografía, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español* (en prensa).

*pretende consagrar un genérico concepto de asociación... se refiere exclusivamente a las asociaciones docentes, culturales, artísticas, benéficas y asistenciales que son de la competencia del País vasco»* (FJ 14.b). Parece olvidar el TC, sin embargo, que el artículo 3.1 de la Ley vasca que define el ámbito de aplicación, concluye con la expresión «y similares», que, ciertamente, puede hacer que dicho ámbito –y en consecuencia, el concepto general de asociación– sean prácticamente ilimitados. Pero esto, quizá sea volver al problema de fondo y ahora nos estamos ciñendo a las aplicaciones que la sentencia hace de la competencia estatal en virtud del artículo 149.1.1 CE. Por otra parte, la exigencia de un número mínimo de tres personas para constituir una asociación que impone el artículo 5.1 de la Ley vasca, también respeta las condiciones básicas que pueden deducirse del concepto de asociación utilizado por el legislador estatal, pues nada dice la legislación estatal y el citado número de tres, no puede considerarse excesivo.

En segundo lugar, los efectos de la inscripción de la asociación en el Registro, en relación al nacimiento de la personalidad jurídica, y en particular, el régimen de responsabilidad de las asociaciones por las obligaciones contraídas. En el FJ 14.f), afirma sin ambages que estos aspectos son una de las «condiciones básicas» de las que estamos hablando, no necesariamente atribuidos, por cierto, a la Ley orgánica, como ya dijo en su momento la STC 67/1985 (FFJJ 2 y 5). Dado que los «efectos de la inscripción», que prevé el artículo 9 de la Ley vasca –*«la inscripción registral hace pública la constitución y los Estatutos de las Asociaciones y es garantía tanto para los terceros que con ella se relacionan como para sus propios miembros»*–, no son sino una reproducción del artículo 22 CE: –*«Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad»*–, y no se oponen al artículo 35.1 del Código Civil, que se limita a prever, de modo genérico que la personalidad jurídica de las asociaciones «*empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas»*–, en tanto las Cortes Generales no precisen lo que crean conveniente, no puede atribuirse ningún tipo de invasión competencial al precepto de la Ley vasca. Lo mismo cabe decir respecto al régimen de responsabilidad, con la diferencia de que, en este caso –y esto no lo advierte el TC– la regulación de la Ley vasca es mucho más innovadora, ya que introduce un sistema muy concreto: en el artículo 11 se dispone que *«la falta de inscripción de una Asociación en el Registro por causa imputable a la misma determinará su responsabilidad y la solidaria de todos sus miembros por las obligaciones contraídas con terceros por cualquiera de los asociados que hubiera manifestado actuar en nombre de la colectividad. En todo caso, esta responsabilidad solidaria se aplicará a los promotores o fundadores de la Asociación y a quienes hubieran entablado cualquier relación jurídica con terceros atribuyéndose la representación de la Asociación»*, y el artículo 17 añade que: *«Las Asociaciones inscritas de conformidad con lo establecido en esta Ley, responden de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros»*. No puede negarse que estos artículos suponen una explícita toma de postura en el régimen jurídico de las asociaciones, que «no vulneran ninguna previsión establecida al respecto por el legislador estatal» (FJ 14.f); es decir, de la legislación vigente no cabe inferir un principio contrario al que inspira estos artículos<sup>18</sup>. En todo caso, la sentencia deja abierta la puerta a que dicho sistema quede inoperante en caso de que el legislador estatal apruebe una «condición básica» que contenga una regulación diversa.

En tercer lugar, el Estado, desde su título *ex* artículo 149.1.1 CE, también puede regular «condiciones básicas» que definan los aspectos de la capacidad

<sup>18</sup> Para el estudio de este peculiar sistema de responsabilidad puede consultarse MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, y mi monografía, *cit.*

de las personas jurídicas (FJ 9). Entiende la sentencia que tales condiciones se hallan en la actualidad en los artículos 36 y 37 del Código Civil. La labor de la ley ordinaria (en este caso, la autonómica) es la precisión de las facultades que las personas jurídicas pueden asumir. Y esto es lo que hace el artículo 16 de la Ley vasca, que en nada contradice a los preceptos del Código Civil, por lo que no puede considerarse tampoco inconstitucional.

Del mismo modo, el artículo 39 del Código Civil contiene las «condiciones básicas» de la pérdida de la personalidad jurídica de las asociaciones. Por esta razón, ha de entenderse que el artículo 19.1 de la Ley vasca, también impugnado, efectúa un reenvío formal, no recepticio, a la normativa estatal; es decir, a la norma estatal que se encuentre en vigor en cada momento. Añade el precepto otras causas de disolución que no puede considerarse que desborden el campo de la competencia autonómica, pues una de ellas –la disolución por sentencia judicial– es el corolario lógico del artículo 22.4 y otra –la disolución por voluntad de los socios– es consecuencia de la voluntariedad de toda asociación (FJ 14.h).

No se vuelve a hacer referencia a este título competencial en el siguiente fundamento jurídico –el FJ 15– que analiza un grupo de preceptos referidos a las cuestiones más típicas del «régimen jurídico interno», que tienen, en opinión del TC, una relación más remota con la reserva de Ley orgánica y no plantean problemas respecto a las competencias estatales *ex* artículo 149.1 CE, salvo, con la competencia estatal sobre legislación procesal. Materias propias del llamado «régimen jurídico interno», como lo relativo al contenido y modificación de los Estatutos, u otros aspectos relativos a la organización y funcionamiento interno de las asociaciones, que, siempre que se respete la libertad de organización de las asociaciones, no se incluyen en el ámbito propio de la Ley orgánica (FFJJ 15.b y 15.c). El único punto que plantea algún problema y es objeto de un pronunciamiento propio de una sentencia «manipulativa», es lo referente al derecho de todos los socios a participar en los órganos de dirección, de acuerdo con los Estatutos de cada asociación y la presente Ley (art. 13.2). Por la misma razón por la que se considera que la imposición de democracia interna necesitaría de Ley orgánica, el TC afirma que este derecho de participación en ningún modo ha de entenderse en términos de igualdad absoluta entre todos los asociados a la hora de participar en todos y cada uno de los órganos de gobierno, sino que los Estatutos pueden introducir limitaciones o ponderaciones.

Ha de volverse a recordar ahora que la asignación de estas materias, estructura de la asociación, órganos, derechos y deberes de los asociados, etc., al llamado «régimen jurídico interno» y por ende, a la posibilidad de regulación por Ley ordinaria, no es en absoluto pacífica, pues al ser normas que configuran el «ser» de la asociación en el Derecho, resulta duro comprender que puedan quedar al margen de la idea de «desarrollo del derecho fundamental» (punto 3 del Voto particular). Lo que según esta opinión entraría en el concepto «regulación del ejercicio», es lo relativo al modo de constitución de la asociación o el procedimiento concreto de inscripción en el Registro.

8. Hay otras cuestiones que el TC resuelve sin hacer referencia a los títulos estatales antes citados, con un pronunciamiento también del tipo de las sentencias «manipulativas», es decir, declarando que tales artículos no son inconstitucionales si se interpretan según lo establecido en el FJ 14.a) y 14.d), respectivamente. Así, al enunciar el artículo 4.a) de la Ley vasca la normativa aplicable a la constitución e inscripción de las asociaciones sobre las que la Comunidad Autónoma tiene competencias, omite toda referencia a la legislación estatal, pero la omisión de referencia no supone, en modo alguno, exclu-

sión, ya que el «orden de fuentes en un Ordenamiento compuesto es el establecido en el bloque de constitucionalidad» (FJ 14.a). El artículo 5.3 de la Ley permite que la formalización documental del acuerdo asociativo pueda hacerse «en documento público o privado». Aunque no lo diga la Ley, evidentemente habrá de remitirse a los supuestos en que la Ley estatal, con base en la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 149.1.8 para la ordenación de los instrumentos públicos, diga que deben constar en documento público o privado.

9. La invasión competencial es, sin embargo, clara, en el caso de aquellos preceptos que introducen especialidades en materias procesales, siendo como es ésta una competencia exclusiva del Estado, según el artículo 149.1.6 CE. Sin ahondar en estas cuestiones, dada la óptica civil de mi comentario, y la rotundidad y claridad, por otra parte, de la sentencia en este punto, ha de decirse, simplemente, que el TC declara inconstitucionales aquellos preceptos que introducen especialidades procesales tales como el número 4 del artículo 8: «*Contra el incumplimiento del plazo prescrito en el número 2, y contra la denegación de inscripción fundada en una causa distinta a la prevista en el número anterior, se podrán ejercer las acciones que sobre protección de los derechos fundamentales de la persona contemplan las leyes*»; o el número 3 del artículo 12: «*Con independencia de eventuales responsabilidades penales, los acuerdos de los órganos de las Asociaciones podrán ser impugnados por cualquier socio, si los estimase contrarios a la Ley o a los Estatutos, ante la jurisdicción civil ordinaria por los trámites del juicio que corresponda en aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La acción caducará a los cuarenta días naturales, contados a partir de aquel en que el demandante hubiera conocido o tenido oportunidad de conocer el contenido del acuerdo impugnado*»; el inciso «*por la autoridad judicial*» del artículo 13.4, referente a los derechos de los socios, y el artículo 21, referente a las cuestiones suscitadas en vía administrativa y jurisdiccional: «*En todas las cuestiones que en vía administrativa se susciten sobre el régimen de Asociaciones será aplicable la Ley de Procedimiento Administrativo y, en su caso, la reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. En todas las demás cuestiones en que no sea parte la Administración, será competente la jurisdicción ordinaria, con aplicación, en su caso, de la Ley reguladora de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona*».

10. Como se ha ido viendo, la fuerza que, en definitiva, se otorga al EAPV, es mucho mayor de lo que cabría deducir tras la lectura de los FFJJ 3 a 6. Quizá no deba llegarse a decir que la STC coloca «en el centro al Estatuto y en la periferia a la Constitución» (punto 2 del Voto particular), dado que en teoría, existe la amenaza de que el título competencial del artículo 149.1.1 CE despliegue sus efectos y deje sin efecto buena parte de la legislación autonómica; pero dado que esto no tiene muchos visos de producirse y ciertamente, el ámbito del «desarrollo» del derecho fundamental que se reconoce en este caso es muy reducido, el precepto del Estatuto de Autonomía viene a legitimar una regulación muy amplia.

11. Por último, ha de constatar que, sorprendentemente, el TC no alude a un artículo que bien pudiera haber tenido un peso importante en la argumentación: el artículo 149.1.8, relativo a la competencia sobre legislación civil<sup>19</sup>. Pero es que también sorprendentemente, la parte recurrente elude este artículo, pues aunque entiende que «el tronco común de la institución civil de la asociación esta incluido en la competencia estatal, regulada en cuanto persona

---

<sup>19</sup> Sí que lo hace al referirse a los «instrumentos públicos», pero no respecto a la cuestión principal de atribución de competencias al Estado.

jurídica por la legislación civil (capítulo II del título II del Código Civil y la Ley 191/1964, de 24 de diciembre)» (Antecedentes 2.b), en ningún momento lo cita como artículo vulnerado por parte de la Ley vasca.

Sabido es que el derecho de asociación, en el ámbito estatal, es objeto de un tratamiento jurídico complejo, en el sentido de que se encuentra en varios lugares: aparte de en la propia CE, en el Código Civil (arts. 35 a 40), y en la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964. La opinión hoy dominante sitúa el régimen jurídico general de las personas jurídicas, de las organizaciones que gozan de personalidad jurídica, como algo propio de los Códigos Civiles; así, De Castro expone los condicionamientos que originaron el desplazamiento desde el Derecho público al Derecho civil de la teoría referente a las personas jurídicas<sup>20</sup>. En esta línea de encuadramiento de la asociación en la disciplina civil, apunta Capilla Roncero que «atribuir personalidad implica dotar de la aptitud de que las organizaciones sociales sean titulares de derechos y deberes, de relaciones jurídicas como si de personas individuales se tratara. Y la definición de las condiciones para ser sujeto del tráfico jurídico privado es competencia de los Códigos Civiles»<sup>21</sup>. Lacruz Berdejo, parte de que, ciertamente la persona jurídica no es un concepto de mero Derecho privado, «sino de Derecho civil en sentido histórico, es decir, del *Derecho*, sin más especificaciones. Pero el civilista, sin necesidad de competir con los especialistas en lo que sea materia de puro Derecho público, no podía ignorar estos conceptos generales cuyo estudio le compete en alguna mayor medida que a los cultivadores de parcelas más modernas. Por otra parte, la intervención de la Administración no implica la reconducción de la materia intervenida al campo del Derecho público, de igual modo que un sistema de tutela administrativa de los menores e incapacitados no arrebataría el estudio de la tutela al Derecho civil, ..., el civilista, hoy ha de hacerse cargo de estos problemas como algo propio, so pena de una división dentro de cada instituto que desarticula argumentos y soluciones»<sup>22</sup>. Los

<sup>20</sup> DE CASTRO Y BRAVO, «Formación y deformación del concepto de persona jurídica», pp. 35 y ss., en *Centenario de la Ley del Notariado*, sección III, vol. 1.º, que actualmente se halla incluido junto con otros artículos del insigne autor sobre el mismo tema en *La persona jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1991 (reimpresión de la 2.ª ed.). Es la opinión dominante, como digo; no han faltado, a lo largo de estos últimos años, posturas discrepantes: Puig i Ferriol, en PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I-1, Barcelona, 1979, p. 647, consideraba de dudosa oportunidad pensar que el Derecho civil fuera la disciplina adecuada para estudiar con carácter general la compleja problemática de las personas jurídicas, porque las personas jurídicas reguladas por el Derecho civil, tienen según el autor «... en la práctica, una importancia más bien menguada; y con la circunstancia además de que estas personas jurídicas civiles vienen casi siempre sujetas a un cierto control administrativo, de mayor trascendencia en los tiempos actuales de gran expansión del Derecho Público». Actualmente no mantiene idénticas afirmaciones, aunque con menor rotundidad, sigue en esa línea, cuando dice que la perspectiva del Derecho civil sobre las personas jurídicas «... inevitablemente supondrá dar una visión parcial, de las mismas por cuanto lo referente a las personas jurídicas afecta prácticamente a todas las ramas del ordenamiento jurídico»; *vid.* PUIG I FERRIOL, *Manual de Derecho Civil*, I, Pons, Barcelona, 1995, p. 367.

<sup>21</sup> Capilla Roncero, en LÓPEZ Y MONTES, coord., *Derecho Civil. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1992, p. 465. Además de que como hace ver en la fundamental obra *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 28, «el concepto de la personalidad jurídica ha sido obra fundamentalmente de juristas consagrados al estudio de lo que hoy llamamos Derecho privado...». Lo que ocurre es que como el autor expone más adelante, «... (d)el ulterior desenvolvimiento de la cuestión en el ámbito del Derecho público, por ser cuestión que escapa a la visión iusprivatista, tal cual se desprende de la normativa del Código Civil, que solamente ha de entenderse referida a las llamadas personas jurídicas privadas».

<sup>22</sup> LACRUZ BERDEJO en *Elementos de Derecho civil*, I-2, Bosch, Barcelona, 1990, p. 250.

autores que se han ocupado del tema de las asociaciones sin ánimo de lucro, provienen tanto del campo del Derecho privado, como del público, y la mayoría de ellos se han pronunciado abiertamente sobre la *sedes materiae* de esta figura. Lluís i Navas reconoce una concurrencia de normas civiles y administrativas en esta materia porque el Derecho de asociaciones –entendido como conjunto de normas, como Derecho objetivo–, regula una relación civil sometida a policía administrativa<sup>23</sup>. En esta etapa preconstitucional de fuerte intervencionismo administrativo en materia de asociaciones, ya había autores como Carpio Mateos, que defendían un tratamiento totalmente civil de la asociación. Independientemente de otras consideraciones del fenómeno asociativo desde los ángulos del Derecho Constitucional o del Administrativo (aspecto de policía de asociaciones, reconocimiento, registros, sanciones, etc.), «el enclave correcto es el Derecho Civil de las personas jurídicas» y más adelante, «la *sedes materiae* de la asociación es indudablemente el Derecho privado o civil». Es más, para este autor, la asociación constituye «un ejemplo de autonomía de los sujetos privados», no solamente en cuanto que el Derecho objetivo deja a su poder y a su elección la facultad de erigir y crear esas personas jurídicas, sino porque, además, les autoriza, todo ello dentro de ciertos límites, para configurar su propio régimen jurídico a través de los Estatutos, verdadera *lex privata* de la asociación»<sup>24</sup>.

La libertad de asociación proclamada en la Constitución española de 1978 elimina la «autorización administrativa», y disminuye muy considerablemente la llamada «policía administrativa», en el sentido de que entrega en manos de los jueces la posibilidad de suspensión y disolución como medidas sancionatorias; de la interpretación del precepto constitucional se deriva la eliminación de algunas manifestaciones de esa ingerencia estatal como, *v. gr.*, la autorización para recibir donaciones, etc. A causa de esto, el tema, se centra progresivamente más en el ámbito del Derecho civil que en el administrativo. No por ello se desconoce la indudable importancia práctica de todo lo relativo al Registro de Asociaciones, las cuestiones fiscales, e incluso laborales que se relacionan con esta figura. Expuesto de modo simple, el Derecho civil regula el ejercicio real del derecho de asociación, como afirma López-Nieto<sup>25</sup>, definiendo las personas jurídicas a las que aquél da origen, y regulando su vida interna y las relaciones entre sus miembros.

A los efectos de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en materia de asociaciones, afirma De Pablo Contreras que «la genérica atribución de personalidad jurídica a las asociaciones (cfr. art. 35 CC), así como la determinación de la capacidad de obrar de las mismas en cuanto que personas jurídicas (cfr. art. 38 CC), sí que son cuestiones a encuadrar dentro del concepto de “legislación civil” del artículo 149.1.8 de la norma fundamental, puesto que tales cuestiones, tradicionalmente reguladas por el Derecho

---

<sup>23</sup> Estimo bastante clarificadoras sus palabras relativas a la entonces nueva Ley de Asociaciones: «Por una parte advertimos las (normas) reguladoras del pacto asociativo o de ingreso y de las relaciones derivadas del mismo, es decir, de las relaciones de los socios entre sí y con la sociedad. Este aspecto de la cuestión pertenece a la esfera de la autonomía de la voluntad, y por tanto, estamos ante normas de Derecho privado general, es decir, de Derecho civil. Pero la autorización para constituir la asociación y la policía administrativa de la misma, suponen entrar en la esfera de los actos de imperio. Las normas que lo regulan son de Derecho público y más concretamente administrativo»; *vid.* LLUÍS I NAVAS, *Derecho de asociaciones*, Bosch, Barcelona, 1967, p. 34.

<sup>24</sup> CARPIO MATEOS, «El patrimonio de la Asociación y los derechos de los asociados», en *RCDI*, 1972, pp. 767, 770 y 771.

<sup>25</sup> LÓPEZ-NIETO Y MALLO, *La ordenación legal de las asociaciones*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 32.



privado, nada tienen que ver con ninguna otra de las materias enumeradas en la lista del artículo 149.1, ni tampoco con las del 148.1»<sup>26</sup>. Marín López apuntaba este título competencial como posible vía de solución del conflicto, puesto que así parece deducirse de la STC 17/1990, de 7 de febrero, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de aguas canaria, cuando niega que la regulación autonómica de las «entidades de gestión del agua», comporte invasión de las competencias del Estado *ex* artículo 149.1.8 CE, dado que tales entidades son corporaciones de Derecho público y no comunidades de Derecho privado; esto es, parece dar a entender el TC que si fueran de este segundo tipo, el Estado tendría cierta competencia con base en ese título<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> DE PABLO CONTRERAS, «Tres competencias del derecho Privado en el artículo 44 del Amejoramiento: asociaciones, fundaciones, y centros de contratación de mercaderías y valores», *RJN*, número 3, 1987, p. 35. Más adelante, y tras un análisis de la cuestión competencial en las Comunidades Autónomas de primer y segundo grado, el autor analiza concretamente el caso de Navarra, para concluir, dadas sus especialidades normativas históricas, que: «Dentro de dicho margen del legislador foral hay que incluir la decisión sobre el número de sujetos necesario para fundar la asociación; los requisitos para su válida constitución –constancia en documento privado o en escritura pública, necesidad o no de la inscripción para adquirir personalidad jurídica, etc.–; los requisitos que hayan de reunir los Estatutos; cuando hayan de ser aprobados éstos por los fundadores y su contenido mínimo...; el régimen de la asociación; su capacidad jurídica; su autonomía patrimonial; sus causas de extinción y el destino que debe darse, en tal caso, a sus bienes, etc.», p. 38.

<sup>27</sup> MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 132.

Relevancia jurídica del cambio de voluntad  
del testador tras el otorgamiento  
del testamento (a propósito de la STS  
de 29 de diciembre de 1997)

ALMA M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN

Profesora Titular Interina  
Universidad Autónoma Madrid

SUMARIO: I. *Aproximación al problema.*—II. *Variación de circunstancias entre el otorgamiento y la muerte del testador:* II.1. Prueba positiva del cambio de voluntad. II.2. Conciliación del cambio de voluntad con el tenor literal.—III. *Variación de circunstancias tras la muerte del testador.*

I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

En la vida ordinaria suelen ocurrir acontecimientos nuevos, tanto referentes al propio testador como a personas de su entorno, que pueden conducir a un cambio de la voluntad que el testador tenía en el momento del otorgamiento del testamento. Nos referimos, por supuesto, a una variación de las circunstancias que el testador no previó a la hora de redactar su última voluntad. Porque, como muy bien dice Albaladejo, si el testador indica en el testamento de forma expresa o tácita que su declaración de voluntad se encamine a la situación de hecho que exista a su muerte, no hay tal cambio de voluntad sino que sigue queriendo lo que testó<sup>1</sup>. Al variar las circunstancias y por el cambio de éstas, la misma voluntad anterior da un resultado distinto ante las nuevas circunstancias. En este trabajo, por tanto, trato de preguntarme qué tratamiento jurídico deben recibir los casos en que, efectivamente, hay un cambio de voluntad del testador posterior al otorgamiento del testamento: ¿adquiere alguna relevancia jurídica ese cambio de voluntad?

---

<sup>1</sup> *Curso de Derecho Civil*, vol. V, 5.<sup>a</sup> edición, Bosch, Barcelona, 1994, p. 342. Son los supuestos en que alguien nombra heredera a la esposa que tenga al morir o nombra herederos a los hijos que tiene en el momento de testar y a otros que pueda tener después.

La STS de 29 de diciembre de 1997 (Ar. 9490), cuyo ponente es Xavier O'Callaghan, permite acercarse al problema al que nos estamos refiriendo. Los hechos de la misma son muy expresivos: Don Pedro U. hace testamento en fecha de 16 de octubre de 1925, en el que se contiene, entre otras, la siguiente cláusula testamentaria relativa a la institución de heredero: «... *instituye única heredera usufructuaria a su esposa doña Agustina, disponiendo que, muerta ésta, pasarán, también en usufructo los bienes a don Luis E. V.* (hijo de un gran amigo del testador al que había cobijado bajo su propio techo desde la muerte de su padre), *y por fallecimiento de éste sería heredera usufructuaria su esposa doña María Asunción Ll. C. y muertos éstos dos últimos, dejando sucesión legítima, recaerán en ella todos los bienes en pleno dominio, y caso de no dejar descendientes sería heredera el alma del testado.*» Don Pedro otorga este testamento conociendo la separación de hecho existente entre don Luis E. V. y su esposa doña María Asunción desde el año 1920. Muere don Pedro U. tres días después de otorgar testamento y el 13 de abril de 1939 fallece la primera heredera, doña Agustina. Don Luis E. V. contrae segundo matrimonio con doña Concepción tras haberse divorciado de su primera esposa en 1933, es decir, tras la muerte del testador. Don Luis E. V. muere el 15 de octubre de 1963 y algunos años después también su segunda mujer, dejando dos hijos comunes (don José Luis y Enrique E. J.). Doña María Asunción (ex-esposa con la que no ha tenido sucesión) acepta la herencia en 1983.

Don José Luis E. J. demanda a doña María Asunción Ll. C. y a don Luis Enrique E. J. pidiendo, en primer lugar, la nulidad de la cláusula testamentaria en la que se instituye a doña María Asunción como heredera fideicomisaria del testador en usufructo y, subsidiariamente, para el caso de que sea reconocida heredera la anterior codemandada, que se declare a don Luis Enrique responsable por evicción por la venta de unas fincas pertenecientes a la herencia que éste último ha vendido al actor. El demandante parece pretender (porque del texto de la sentencia no se deduce claramente) la nulidad del llamamiento de doña María Asunción, basándose en que la voluntad del testador no habría sido instituir la heredera fideicomisaria de haber conocido el divorcio de la misma con su padre. Anteriormente a este litigio se había planteado otro entre los hermanos don José Luis E. J. y don Luis Enrique E. J. y el Arzobispado de Valencia, para decidir quién era el fideicomisario último: si la sucesión legítima (es decir, los dos hermanos) o el alma del testador (esto es, si la disposición testamentaria destinaba los bienes para sufragios y obras piadosas en favor de su alma). Al final se desestima el recurso de casación interpuesto por el Arzobispado, quedando los dos hermanos como fideicomisarios últimos.

Este caso permite distinguir a mi juicio dos hipótesis distintas: primera, que las circunstancias varíen en el tiempo que transcurre desde el otorgamiento del testamento hasta la muerte del testador y segunda, que la variación de circunstancias se produzca tras la muerte del testador. Como puede apreciarse de los hechos inmediatamente narrados, la STS de 29 de diciembre de 1997 queda circunscrita a la segunda hipótesis: el divorcio de los instituidos herederos fideicomisarios se produce con posterioridad a la muerte del testador. Pero las argumentaciones del ponente de la sentencia no sólo aluden a este último caso sino también a la primera de las hipótesis, otorgando a ambas idéntico tratamiento jurídico: no cabe que el testamento recoja una voluntad del testador posterior al otorgamiento. Aquí se estudia a continuación si la dos situaciones suponen realmente un cambio de voluntad del testador y qué tratamiento jurídico deben recibir cada una de ellas.

## II. VARIACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS ENTRE EL OTORGAMIENTO Y LA MUERTE DEL TESTADOR

Parece indiscutible la afirmación de que no debe admitirse una incorporación de las últimas intenciones reales del testador sin exigir ningún tipo de condición. La resolución que como estimó el recurso de casación interpuesto por doña María Asunción Ll. C. (heredera fideicomisaria que pretende la validez de su llamamiento), en el que ésta alega como único motivo de casación la infracción del artículo 675 del Código Civil en relación con el artículo 1281 del Código. El ponente ha lugar al recurso de casación y califica la interpretación que han hecho las sentencias de instancia de la cláusula testamentaria de «*absurda, ilógica y contraria directamente al artículo 675*»<sup>2</sup>. A su juicio, el testamento, ante una variación de las circunstancias entre el otorgamiento y la muerte del testador, no puede recoger una voluntad posterior al otorgamiento. La sentencia enumera para justificar esta afirmación dos de los tres argumentos que apunta aquella corriente doctrinal contraria a la relevancia jurídica del cambio de voluntad del testador posterior al otorgamiento: el concepto de testamento y la posibilidad de revocar el primer testamento. El tercer argumento, y quizás más importante, es el carácter formal del testamento, que más tarde se comenta extensamente.

Respecto al argumento del concepto de testamento, se alega que el testamento no sólo es perfecto, sino también eficaz para su autor desde el momento en que se otorga. Así, para Jordano Barea<sup>3</sup> el testamento no es un negocio jurídico *in itinere*, para los terceros y para el testador, con forma fija y voluntad variable hasta el momento de su muerte. En la esfera del autor es, pues, un negocio perfecto, cumplido, acabado, que adquiere un valor definitivo para él apenas constituido y que tiene forma y voluntad fijas. Este concepto de testamento es minoritario en cuanto suele concebirse como negocio perfecto *ab initio*, pero con eficacia *post mortem*, tanto para el autor como para los terceros. En relación con el segundo argumento, la posibilidad de revocar el testamento, O'Callaghan<sup>4</sup> estima que si cambió de intención podía haberlo reflejado en un testamento posterior. Creo que tal argumento no sirve en todos los casos como apoyo para la irrelevancia de la última voluntad real del testador, sino que, como se explica después, cuando no hay una prueba positiva del cambio de voluntad del testador tras la variación de circunstancias es posible utilizarlo para que prevalezca la voluntad del otorgamiento.

A mi juicio, puede concederse relevancia jurídica al cambio de voluntad del testador por la variación de circunstancias entre el momento en que redacta el documento y su muerte, con dos condiciones: que haya una prueba extrínseca del cambio de voluntad y que tal cambio de voluntad sea conciliable con el tenor literal del testamento<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Según abrumadora jurisprudencia la función de interpretar el testamento es del tribunal de instancia, no revisable en casación a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a la ley. Véase por todos DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 7.ª edición, Tecnos, Madrid, 1997, p. 366.

<sup>3</sup> *Interpretación del testamento*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 118-119. Véase, además, «Teoría general del testamento», *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al profesor Serrano y Serrano*, I, Universidad de Valladolid, 1965, pp. 451-453.

<sup>4</sup> *Compendio de Derecho Civil*, tomo V, 4.ª edición, Edersa, 1993, p. 297.

<sup>5</sup> Estos dos requisitos aparecen ya mencionados en la obra de LANGE, H.: *Das Recht des Testaments*, Tubinga, 1937, pp. 107-110. Buena parte de la doctrina española muestra una posición ambigua respecto a la admisión de la voluntad última del testador, pero en cualquier caso exigen para su admisión estos requisitos mencionados. Véase en

## II.1 Prueba positiva del cambio de voluntad

Pienso que es perfectamente posible admitir una prueba extrínseca del cambio de voluntad del testador. Nuestra doctrina no tiene dificultad en reconocer la validez de la prueba extrínseca –actos o comportamientos del testador sucesivos al otorgamiento del testamento–, pero como medio interpretativo de la voluntad del testador plasmada en el testamento. No ocurre lo mismo cuando la prueba extrínseca recae sobre actos que implican una nueva orientación de la voluntad <sup>6</sup>.

Ahora bien, el peligro de conceder relevancia a la prueba extrínseca como expresión de la voluntad real posterior del testador es claro. Por ello, con el fin de eliminar en cierta medida este peligro, creo que ha de exigirse, en aras del principio de seguridad jurídica, una determinada clase de prueba. De manera que sólo deberían estimarse válidas las manifestaciones escritas del testador (diario, correspondencia...) y no las declaraciones de testigos sobre conversaciones con el testador. En el caso de que las manifestaciones escritas de este último reúnan los requisitos necesarios para valer como testamento ológrafo, es evidente que no estaríamos ya ante una voluntad posterior extratestamentaria sino ante un cambio de voluntad manifestado por el medio que el Código Civil estima como idóneo: el otorgamiento de un nuevo testamento.

La prueba puede servir, pues, o para demostrar el cambio de voluntad del testador, o que, por el contrario, el testador no ha variado su último pensamiento plasmado en el documento. El problema radica en aquellos casos en que no existe prueba de la voluntad del testador en un sentido u otro. Es decir, si el testador ha guardado silencio respecto a su posición sobre la nueva circunstancia, cómo debe interpretarse su actitud de no otorgar un nuevo testamento. A mi juicio este silencio vale como manifestación tácita de que el testador no ha querido el cambio ya que podía haber hablado y no lo ha hecho. Este deber de hablar deriva de la propia normativa reguladora de la revocación de los testamentos, ya que siempre queda la posibilidad al testador de manifestar su cambio de voluntad otorgando un nuevo testamento. Pero este deber ha de considerarse cumplido desde el momento en que ya hay una prueba positiva del cambio de voluntad del testador: éste ya «ha hablado» <sup>7</sup>.

---

España, ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil...*, cit., p. 341; ALFÉREZ CALLEJÓN, G.: «El testamento y su interpretación», *RCDI*, 1973, p. 110, y SIMÓ SANTONJA, V. L.: «La interpretación de las disposiciones *mortis causa*», *RDP*, 1961, p. 383. En la doctrina portuguesa, VARELA, J.: *Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra, 1950, pp. 22-61, no se pronuncia abiertamente sobre la tesis de Lange, a cuyo análisis dedica numerosas páginas de su monografía, aunque en un momento dado llega a calificarla de «peregrina y extravagante», al menos a primera vista (vid. especialmente las pp. 23 y 39 y nota de pie de página 2).

<sup>6</sup> En este sentido, JORDANO BAREA, J. B.: «Comentario al artículo 675 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo IX, Edersa, 1990, p. 256.

<sup>7</sup> Pero según CARIOTA FERRARA, L.: *El negocio jurídico*, traducción, prólogo y notas de Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, pp. 339-340; como regla general, no existe un deber de hablar todas las veces que hay posibilidad de hacerlo, ni en virtud de la ley, ni en virtud de la costumbre ni en virtud de los principios de responsabilidad y confianza. Sólo en función de las circunstancias puede establecerse que el deber en cuestión existe, habida cuenta del deber de comportarse normal en la vida de los negocios.

Nuestro Tribunal Supremo parece también favorable a la orientación de estimar el silencio o inactividad del testador como contrario al cambio de voluntad, si bien es cierto que en las dos ocasiones en que así se pronuncia tal silencio va acompañado además de una prueba contraria al cambio de voluntad. Se trata de las SSTS de 23 de octubre de 1925 y 6 de diciembre de 1952<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> En la STS de 23 de octubre de 1925 (*Colección de Jurisprudencia Civil* núm. 64), don José María López interpone demanda contra don Manuel Joaquín Prado Segade, pidiendo la nulidad de la institución de heredero otorgada en testamento a favor de éste último y al mismo tiempo la declaración de herederos abintestato del causante a sus hermanos, sobrinos y viuda. En el testamento del 5 de enero de 1901 el causante instituye por única y universal heredera usufructuaria vitalicia en todos sus bienes, derechos y acciones que queden a la hora de su fallecimiento a su esposa María Josefa Prado. Instituye por único y universal heredero en propiedad de todos sus bienes, derechos y acciones que queden a la muerte de su esposa a su cuñado. La esposa premuere al testador en el año 1910 y él se vuelve a casar de nuevo. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia desestiman la demanda. Don José María López interpone recurso de casación, que no ha lugar. El TS considera correcta la interpretación lógica y sistemática de las instancias anteriores, ya que de ella se deduce que el testador manifestó su deseo de que sus bienes no saliesen del patrimonio de su mujer y de su cuñado; por eso a su mujer le dejaba el usufructo vitalicio y a su cuñado el derecho de nuda propiedad. Y además, nombraba a la mujer sustituta de su hermano. Todo ello para que no hubiese lugar a la sucesión intestada y a los llamamientos familiares. El TS estima como prueba del no cambio de voluntad el hecho de que el testador podía haber modificado el testamento y no lo ha hecho, a pesar de haber sobrevivido bastantes años a su esposa, pero es verdad que también existe aquí una prueba en contra del cambio de voluntad: anteriormente al otorgamiento del testamento, el testador se había enemistado con sus familiares a causa de pleitos que le habían interpuesto. Pero nótese cómo en este caso no se trata de una prueba posterior.

En la STS de 6 de diciembre de 1952 (*Ar.* 2430) los demandantes, nietos de la testadora, solicitan en su demanda la procedencia del derecho de representación, invocado para heredar a su abuela en el tercio de mejora y de libre disposición, en los que, juntamente y por partes iguales con otra heredera, había sido instituido el padre de aquellos, premuerto a la testadora. Los demandados sostienen que el derecho de representación sólo alcanza a la parte que al representado le correspondía en el tercio de legítima estricta. Tanto el Juzgado de Primera instancia como la Audiencia entienden desestimada la demanda. El TS tampoco admite el recurso de casación, confirmando la tesis de que en aquel momento el ordenamiento jurídico no da acceso al derecho de representación en la porción libre de la que ha dispuesto el testador en favor de un hijo que le ha premuerto y ha dejado descendencia. Hoy en día nuestro artículo 814 del Código Civil parece admitir otra conclusión distinta. Pero respecto al tema que ahora nos ocupa, el TS llega a plantearse, en el considerando sexto, la posibilidad de conceder relevancia al cambio de voluntad de la testadora *«para estimar incorporada al testamento, por medios de prueba extrínseca, el llamamiento de los nietos en vía de sustitución vulgar, como aclaración o complemento de una disposición testamentaria deficientemente expresada por previsión del posible fallecimiento del hijo viviendo su madre»*. Pero al final desestima tal posibilidad porque, entre otras cosas, hay una prueba contraria al cambio de voluntad: la testadora fue advertida de que era necesaria una nueva disposición testamentaria para que los hijos del premuerto heredasen la porción libre de la herencia y, fallecida cinco meses después de haber muerto su hijo, se abstuvo de disponer su última voluntad en la forma aconsejada. De ahí que el TS interpreta el silencio de la testadora como *«falta de persistencia en el primer propósito de que los nietos heredasen en toda la extensión en que había sido llamado a la herencia el hijo premuerto y se avino a que se cumpliese el testamento en los términos enunciados por los informantes, que son a los que se atuvo el contador-partidor»*.

## II.2 Conciliación del cambio de voluntad con el tenor literal

Una de las más importantes objeciones a la admisión de la voluntad real última del testador es precisamente el carácter formal del testamento. De hecho del propio artículo 675 del Código Civil, único precepto que se ocupa de una manera general de la cuestión de la interpretación testamentaria, se deduce que la única voluntad que se tiene en cuenta es la declarada en el testamento<sup>9</sup>. Es precisamente la relevancia de la voluntad verdaderamente última del testador uno de los puntos de interferencia entre el principio de la autodeterminación, del que deriva que no pueda establecerse una regulación contraria a la voluntad del testador, y el principio de la forma, por el que se discute que la disposición querida por el testador pueda cumplirse si no está cubierta por la forma testamentaria<sup>10</sup>.

Sin embargo, a mi juicio no hay problema en incorporar al testamento el cambio de voluntad del testador siempre y cuando esta intención última del testador sea conciliable con el tenor literal del testamento. De hecho la práctica demuestra cómo en muchas ocasiones el testador no hace un nuevo testamento tras el cambio de voluntad, porque piensa que la letra del antiguo es perfectamente compatible con su última voluntad. Es decir, si la disposición testamentaria admite dos sentidos, uno acorde con la voluntad anterior declarada en el testamento y otro conforme a la voluntad posterior, hemos de estar a la voluntad última y no a la del otorgamiento<sup>11</sup>. De este modo se respetan a la vez el principio de forma (vale sólo la voluntad que está cubierta por la letra del testamento) y el principio de voluntad del testador (la interpretación que prevalece es la subjetiva, la verdadera intención del causante, y si el testamento tiene por objeto regular ciertas relaciones posteriores a su muerte, es más acorde con tal finalidad acoger su última voluntad<sup>12</sup>).

Parte de la doctrina mantiene otra tesis que parece eliminar los obstáculos que plantea la realización de la última voluntad del testador en relación con el principio formal en materia testamentaria. Se acude a una interpretación integradora del testamento para acomodar la disposición *mortis causa* a la realidad. Consiste en hallar la voluntad hipotética de ese concreto testador: ¿habría querido el testador –al otorgar el testamento– que el favorecido en la disposición testamentaria lo siguiera siendo de haber conocido en ese momento el cambio de circunstancia?<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Por todos, LLEDÓ YAGÜE, F.: *Compendio de Derecho Civil*, Sucesiones, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 92-93, y ROCA SASTRE, R.: *Derecho de Sucesiones*, Estudios de comparación y adaptación a la obra de Kipp, 2.ª edición, Bosch, Barcelona, 1976, p. 232.

<sup>10</sup> En este sentido, FLUME, W.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band Das Rechtsgeschäft, Zweite überarbeitete Auflage, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, pp. 331-332. Puede consultarse también la traducción de esta obra en *El negocio jurídico*, parte general del Derecho Civil, tomo 2.º, 4.ª edición no modificada, por MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., y GÓMEZ CALLE, E., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 397-398.

<sup>11</sup> En contra, JORDANO BAREA, J. B.: «La voluntad verdaderamente última del testador en la teoría de la interpretación del testamento», *Revista de Derecho Español y Americano*, núm. 23, 1960, p. 233.

<sup>12</sup> LANGE, H.: «Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers», *Jherings Jahrbücher*, 1932, p. 11.

<sup>13</sup> FLUME, W.: *Allgemeiner Teil des...*, cit., p. 337, considera incorrecta tal doctrina únicamente en la medida en que se coloca en la voluntad hipotética del testador al tiempo de otorgar el testamento. A su juicio ha de situarse en el momento de la muerte.

Ésta parece ser la solución que adopta el artículo 132 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), a su vez fiel ejemplo del parágrafo 2077 del *BGB*<sup>14</sup>. Sin embargo, tales preceptos sólo regulan uno de los muchos supuestos en que hay un cambio de circunstancias posterior al otorgamiento del testamento: tras instituir el testador como beneficiario a su cónyuge, el matrimonio se anula, separa o divorcia. En el caso del *BGB*, se añade, además, la disposición *mortis causa* en favor del prometido cuando el matrimonio no llega a celebrarse. Otras circunstancias sobrevenidas, por tanto, quedan fuera de sus respectivos ámbitos de aplicación<sup>15</sup>.

Como antes decía, esta tesis parece salvar aparentemente el obstáculo del principio formal del testamento en cuanto no se admiten conjeturas que no tengan un mínimo de fundamento en el propio testamento. Ahora bien, al final se ven impulsados a servirse de elementos externos, incluidos los posteriores al otorgamiento del testamento, para integrar la voluntad testamentaria fijada en dicho momento. Deben admitir tales datos externos, porque si tuvieran que recurrir de forma exclusiva a los que proporciona el propio testamento la búsqueda de la voluntad hipotética de ese testador se convertiría en la mayoría de los casos en un objetivo imposible, ya que con frecuencia el texto del testamento es completamente inexpresivo. Eso sí, insisten en que es distinto admitir la prueba extrínseca como expresión de una voluntad autónoma posterior al otorgamiento del testamento que tomar la prueba extrínseca como elemento de juicio para hallar la voluntad hipotética en el momento del otorgamiento. Pero el mismo Casas Vallés reconoce que la diferencia práctica entre una y otra posición es mínima, apenas apreciable<sup>16</sup>. ¿Por qué entonces hablar de una voluntad hipotética del testador –que al final no tiene más remedio que apoyarse en pruebas extrínsecas posteriores al otorgamiento– en vez de admitir directamente la relevancia de la voluntad real última del testador? Eso sí, exijamos una prueba del cambio de voluntad que sea estricta y rigurosa y dejemos la interpretación integradora para aquellos casos en que es absolutamente imposible conocer el cambio de voluntad real del testador: cuando las circunstancias varíen tras su muerte.

Por tanto, en mi opinión, siempre que exista prueba positiva del cambio de voluntad y que tal voluntad sea conciliable con el tenor literal es posible incor-

<sup>14</sup> Artículo 132 CS: «*La institución, el legado y demás disposiciones ordenadas a favor del cónyuge del testador se presumirán revocadas en los casos de nulidad, divorcio o separación judicial posteriores al otorgamiento y en los supuestos de separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio, o por consentimiento mutuo expresado formalmente.*

*La disposición será eficaz si del contexto del testamento, codicilo o memoria testamentaria se desprende que el testador habría ordenado la disposición de última voluntad a favor del cónyuge incluso en los casos citados en el apartado anterior.*

*Será de aplicación a los supuestos previstos en el presente artículo lo dispuesto en el artículo 335».*

<sup>15</sup> CASAS VALLÉS, R.: «Las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio (Sobre el artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña)», *ADC*, 1993, p. 1783; cuando comenta el precepto citado del CS, explica que éste parte, en primer lugar, de la voluntad testamentaria hipotética típica, es decir, la que cabe presumir en el testador medio. La voluntad testamentaria se integra con una previsión legal contraria a la eficacia de la disposición. Pero esta previsión queda supeditada a que exista una voluntad hipotética individual de signo diverso: ¿Habría querido el testador que las disposiciones fueran eficaces a pesar de todo?

<sup>16</sup> *Ídem*, cit., p. 1779.



porarla al testamento. Casos de clara conciliación de la voluntad última con el tenor literal son aquellos en que el testador designa de forma genérica al favorecido en la disposición testamentaria: mi mujer, mi hijo...<sup>17</sup>. Por el contrario, esta conciliación con el tenor literal no se da cuando el testador designa por su nombre y apellidos al beneficiario o cuando éste viene identificado por sus rasgos característicos. Esto sucede en la resolución que comento, ya que en ella la heredera fideicomisaria viene nombrada por su nombre y apellidos. Es cierto, como dice el ponente de la sentencia, que en este caso la condición de esposa de ninguna manera determina el llamamiento a la herencia (al revés de como lo entienden las sentencias de instancia)<sup>18</sup>. Qué ocurre en estos casos en que hay una prueba positiva del cambio de voluntad pero tal cambio no se ajusta al tenor literal: ¿ha de concederse alguna relevancia jurídica a esta última intención del testador no declarada en testamento? Desde luego, al no tener esta última intención ninguna cobertura en la letra del testamento no se podría en ningún caso incorporar al mismo. La única consecuencia posible es que los favorecidos con la nueva voluntad del testador solicitaran la ineficacia de la declaración *mortis causa*. De hecho tal consecuencia la ha mantenido nuestro Tribunal Supremo en alguna ocasión<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> KIPP, T.: *Derecho de Sucesiones...*, cit., p. 224 y nota de pie de página 14, comenta el clásico caso de la jurisprudencia alemana en que el testador instituye como heredera universal a su esposa, con exclusión de sus hermanos, que en otro caso hubieran tenido derecho a heredar. La esposa muere y el testador contrae nuevo matrimonio y muere a su vez, sin haber modificado su testamento. En virtud de este testamento la viuda reclama la herencia en exclusiva. El *Kammergericht* asiente a su demanda, ya que, por vía de interpretación integradora, el testamento también podía ser referido a la segunda esposa. El Tribunal del *Reich* lo deniega, diciendo que la tesis del *Kammergericht* presupondría como norma de experiencia que en semejante testamento el testador quería instituir heredera a la que en cada momento fuera su esposa, pero tal norma no existe (sentencia de 10 de diciembre de 1931). A juicio de Kipp, tampoco, porque «*la experiencia general dice que el fin del testador no era instituir heredera a la que "en un momento dado" fuera su esposa; su disposición particular no estaba subordinada a ningún otro fin*». En idéntico sentido, ALFÉREZ CALLEJÓN, G.: «El testamento y su interpretación»..., cit., p. 110, para quien tal tesis supondría considerar ciertas instituciones, como el matrimonio, como algo fungible.

<sup>18</sup> En este sentido, también REGLERO CAMPOS, L. F.: «Comentario a la STS de 29 de diciembre de 1997», *CCJC*, núm. 47, 1998, p. 617.

<sup>19</sup> En la STS de 13 de febrero de 1943 (*Ar.* 134), don F. B. fallece en abril de 1929 bajo testamento otorgado en 1923, cuya cláusula 2.ª dice: «*Por el presente instituye y nombra por su única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuras, a su esposa doña Encarnación V. R. en pleno y absoluto dominio; pero los bienes que conserve a su fallecimiento pasarán a la institución de San Vicente de Paúl del pueblo en que ocurra su fallecimiento, y, si no existiera en tal pueblo, para los pobres de la capital de la provincia, rogando a aquellos la encomienden a Dios y los disfruten venturosamente*». Doña Encarnación premuere a su marido. Por escritura pública de 22 de mayo de 1928 (un año después de la muerte de su esposa), el propio don F. B. adopta como hijo suyo a un niño (Manuel O. C.), concediéndole el derecho a usar sus apellidos y los demás que las leyes reconocen a los hijos legítimos, obligándose además a instituirle heredero, por lo menos en un tercio de sus bienes. El representante legal del hijo menor demanda al Gobernador civil de la provincia de Jaén, como Presidente de la junta municipal de beneficencia, para que se declare la ineficacia del testamento otorgado por don F. B. y el derecho del demandante a la herencia (pretende, pues, que la última voluntad del causante se considere relevante jurídicamente). Las dos primeras instancias acogen la demanda del actor y el demandado recurre en casación, alegando la infracción del artículo 675 del Código Civil. El Tribunal Supremo entiende que los tribunales de instancia hicieron una correcta interpretación literal de la cláusula, en la medida en que el testador establece como único supuesto previsto para el llamamiento de la institución de San

### III. VARIACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS TRAS LA MUERTE DEL TESTADOR

Ya he indicado que la resolución objeto del presente comentario se refiere a unos hechos que ocurren tras la muerte del testador (divorcio entre los nombrados herederos fideicomisarios). Las sentencias de instancia buscan asegurar la voluntad real del testador, en la fecha del testamento y de su muerte, en función de estos hechos posteriores a su muerte. Y concluyen que el testador no habría nombrado heredera a la demandada de haber conocido el divorcio de ésta con su esposo. El ponente del Supremo considera que *«pensar en su voluntad real, por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo»*. Probablemente lo que pretenden las sentencias de instancia no es otra cosa que hallar la voluntad hipotética del testador mediante una interpretación integradora. Pero, desde luego, el concepto de voluntad real no es, sin duda, el más acertado. Así como en el supuesto anterior existe un cambio de voluntad real del testador, en éste es imposible la búsqueda de una prueba del cambio de voluntad real: ¿cómo va a cambiar de voluntad ante determinadas circunstancias una persona ya fallecida? Aquí, pues, sí tiene pleno sentido realizar una interpretación integradora del testamento para la regulación de circunstancias supervinientes, mediante la reconstrucción conjetural del propósito del testador. La admisión de una interpretación semejante no deja de ser controvertida en la medida en que se corre el peligro de inventar la voluntad del testador. Jordano Barea <sup>20</sup> sí admite la voluntad virtual que, con base en la línea de pensamiento contenida en el testamento, hay que suponer que se habría formado el disponente si hubiera conocido la hipótesis no prevista en el momento de la elaboración del testamento.

Si se aplica este tipo de interpretación al caso objeto de este comentario, quizás debamos concluir que en la STS de 29 de diciembre de 1997, el testador no habría querido la ineficacia de la institución de la recurrente como heredera fideicomisaria. Primero, hay un dato que se desprende del propio testamento: él la nombra heredera por su nombre y apellidos (por tanto, no de forma exclusiva en calidad de esposa del heredero fideicomisario) y segundo, existe un elemento de juicio exterior: el llamamiento se produce a pesar de que conoce la separación de hecho existente entre los cónyuges desde hacía tiempo. En una resolución anterior, en la STS de 15 de noviembre de 1921, bien pudo hacerse por el tribunal una interpretación integradora del testamento, pero no lo hace, sin embargo. Probablemente es una muestra clara de la dificultad que hay para acoger en todo caso este tipo de interpretación <sup>21</sup>.

---

Vicente de Paúl el que quedasen bienes de la herencia del testador a la muerte de la heredera doña Encarnación, después de haberse ejercitado por ésta el derecho de libre disposición con respecto a los mismos. Sólo al final del considerando el TS alude a un cambio de voluntad del testador, ya que las circunstancias del testador en el momento del otorgamiento *«no subsistían ya en el momento de su muerte»*. En el caso, existe indudablemente una prueba extrínseca de su cambio de voluntad (la escritura pública en la que manifiesta el testador su deseo de hacer heredero a su hijo adoptivo), pero tal voluntad no es en absoluto conciliable con el tenor literal del testamento.

<sup>20</sup> «Comentario al artículo 675 del Código Civil»..., cit., pp. 262-263.

<sup>21</sup> Véase esta sentencia en *Colección de Jurisprudencia Civil*, núm. 140. El 17 de diciembre de 1915, fallece don Félix Galarza, bajo testamento notarial otorgado en 1913 y que contiene, entre otras, la siguiente cláusula 6.ª: *«Recomienda con mucho interés a su hija doña Ángela y al marido de ésta don Ricardo que conserven siempre a su lado a la antigua sirvienta Benita Pascual, en la seguridad de que por lo mucho que la quieren así lo harán, no le deja legado alguno, porque no lo necesita, y si lo que no es de esperar, surgie-*

*ra entre ellos alguna desavenencia y que por mutuo consentimiento de los dos se decidieran a separarse, para tal caso suplica a sus citados hijos doña Ángela y don Ricardo que le señalen un tanto diario con el que pueda la Benita vivir modestamente, dejando esto a la conciencia de sus hijos, en los que tiene absoluta confianza que sabrán cumplir y cumplirán los deseos del testador»,* y en la cláusula 7.ª, lega y manda de libre disposición a su hija Ángela «*el tercio de todos sus bienes, cuya mejora y legado hace en compensación de los muchos gastos causados en la carrera dada a los hijos del testador, quien nombró herederos en el remanente de todos sus bienes, por iguales partes, a sus hijos don Ángel y doña Ángela*». Aunque a la muerte del testador los demandados conservaron a su lado a Benita (demandante), pronto empezaron a surgir entre ellos algunas desavenencias, hasta que, hallándose ausente doña Ángela, don Ricardo la despidió con un pretexto y la echó de casa con malos modos, sin pagarle un solo céntimo de salario. Benita demanda ante los tribunales a don Ricardo y a doña Ángela, y el Juzgado de Primera Instancia entiende que los demandados están obligados a dar a la sirvienta mientras viva una pensión diaria. La Audiencia confirma la decisión del Juzgado y los demandados recurren en casación. El TS entiende que la Sala no infringe el artículo 675 del Código Civil, ya que la interpretación que se hace del testamento es la correcta: la cláusula por la que el testador recomienda a su hija y al marido de ésta que conserven siempre a su lado a la antigua sirvienta, procurando que no carezca de las cosas más elementales mientras viva, encierra un legado de alimentos. Además, considera que las locuciones de recomendación, de encargo y de cariño que emplea el testador determinan un vínculo de derecho, eficaz y solemne, por las personas que las dictan, por aquellas a quienes se dirigen, por los momentos en que se consignan y por la confianza y seguridad del testador de que serán cumplidas.

Hay, pues, como puede verse, una circunstancia sobrevenida a la muerte del testador (abandono de la sirvienta por parte de su hija y el marido), circunstancia que el testador ni previó en el testamento (sólo prevé el supuesto de las desavenencias entre el matrimonio) ni tampoco pudo conocer. Y elude el Supremo la interpretación de cuál hubiera sido la voluntad presunta del testador de haber conocido tal circunstancia, alegando que en el testamento se encierra un legado de alimentos. Sin duda, una salida fácil.

# Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Rocio DIÉGUEZ OLIVA, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Andrea MACÍA MORILLO, Esther MONTERROSO CASADO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Albert RUDA GONZÁLEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ**

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho mercantil*.—III. *Derecho procesal*.

## DERECHO CIVIL

### PARTE GENERAL

**1. Abuso del derecho.**—La calificación de abusivo en el ejercicio de un derecho depende, según reiterada y unánime doctrina jurisprudencial, de los siguientes elementos: 1.º Uso de un derecho objetivo y externamente legal. 2.º Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. 3.º Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada de forma subjetiva, cuando se intente producir en un tercero un daño o perjuicio, sin obtener a cambio beneficios propios. Es lo que la doctrina ha calificado de *animus nocendi*: intención dañosa, carente de una compensación equivalente (STS de 22 de septiembre de 1959, 4 de octubre de 1961...).

Se excluye de la figura del abuso del derecho la situación en la que «se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas», sin que con ello se traspase los límites de la buena fe y de la equidad. Esto iría en contra de la máxima *qui iuresuo utitur neminem laedit* (STS de 12 de febrero de 1966). (STS de 10 de febrero de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El demandado ejerció una acción interdictal de obra nueva, ejerciendo con ello el derecho a poner término a una situación jurídica, paralizando una en determinados terrenos en Sevilla, y causando con ello una serie de perjuicios. Ante esta situación, la sociedad perjudicada demandó al mismo ante el Juzgado de Primera Instancia, solicitando el pago de la cantidad de 26.285.288 pesetas por los daños causados. El Juzgado desestimó la demanda en su sentencia, que fue confirmada en apelación.

La sociedad recurre en casación ante el TS, alegando violación de los artículos 7.1, 7.2 y 1902 CC. El TS resuelve desestimando todos los motivos del recurso.

**NOTA.**—Para la aplicación del artículo 7.2 CC, en el que se refleja la figura del abuso del derecho, es necesario la concurrencia de diversas circunstancias: *a*) subjetivas, o intención de perjudicar o de falta de un interés serio y legítimo; y *b*) objetivas, de exceso o anor-

malidad en el ejercicio del derecho y producción de un perjuicio injusto (SSTS de 14 de febrero de 1986, 12 de noviembre de 1988, 11 de mayo de 1991 y 5 de abril de 1993).

Con referencia a las acciones interdictales, para aplicar el artículo 7.2 CC, es necesario atender a la intención del autor, al objeto y circunstancias de la relación, que sobrepasen los límites normales del ejercicio del derecho. Para dar lugar a los daños indemnizables, es preciso que la acción interdictal «resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia» (STS de 15 de diciembre de 1992 y 5 de junio de 1995). En la sentencia de 3 de julio de 1997, el TS declara que para que la acción interdictal se enjuicie como manifiestamente infundada «ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en juicio interdictal». (P. S. S.)

**2. Interrupción del plazo de prescripción anual por incoación de procedimiento penal. Función e interpretación del cómputo de los plazos.**—La prescripción, como institución necesaria para el orden social y para la seguridad jurídica, introducida en atención al orden público, es una limitación al ejercicio extemporáneo y tardío de las acciones. La incoación de un proceso penal, al tener dicha vía carácter preferente frente a la vía civil, interrumpe el plazo anual de prescripción del artículo 1902 CC en virtud del artículo 1974 CC. En la llamada acción civil derivada de delito, en los supuestos en los que el perjudicado se hubiese reservado el ejercicio de la acción, al ser «una institución que no se encuentra fundada en la justicia intrínseca, ha de merecer un tratamiento restrictivo» (FD 2.º). Puesto que el perjudicado en un proceso penal no puede reiniciar el ejercicio de la acción civil para la reparación del daño hasta que no hayan finalizado las actuaciones penales, es crucial que tenga conocimiento de las mismas, ya que la falta de notificación «es contraria al derecho al acceso al proceso en el orden civil, que el artículo 24.1 CE le reconoce» (FD 3.º).

**Fijación del *dies a quo*. Distinción entre la fórmula «visto» y la fórmula «puesta en conocimiento del Juzgado».**—En sentencia de 9 de mayo de 1986, a efectos de fijar el *dies a quo* para el inicio del cómputo anual del ejercicio de la acción civil *ex* artículo 1902 CC, el TS vino a distinguir entre la fecha de la fórmula «visto», y la fecha de «puesta en conocimiento del Juzgado», siendo esta última el hito del que se ha de partir para el cómputo del plazo, ya que es el momento a partir del cual dicho acuerdo referido a las actuaciones penales no adquiere «expresión externa efectiva, a los efectos de los que por ella afectados, concretamente los perjudicados» tengan conocimiento de la firmeza de dichas actuaciones penales. (STS de 3 de marzo de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El día 25 de marzo de 1987 se produjo un incendio en un inmueble que rápidamente se propagó, quedando dicha nave completamente destruida y las viviendas de los pisos superiores seriamente afectadas. El citado almacén se encontraba arrendado a don Albert C. M., quien giraba bajo el nombre comercial de *Sumeva*, por don Miguel B. R., estableciéndose como destino pactado su dedicación a almacén y venta de artículos de construcción y derivados. El almacén no cumplía con las exigencias contenidas en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. En el mismo no sólo se guardaban en el momento del incendio materiales no combustibles destinados a la construcción, sino también otros fácilmente inflamables como plásticos, colas y dos vehículos de la empresa.

Don Albert C. M. tenía concertada con la *Cía. Aseguradora C. O.*, una póliza de seguro multirriesgo de pequeña y mediana empresa,

que cubriría varios apartados relativos a incendio y la responsabilidad civil frente a terceros, siendo los límites de cobertura en este último apartado un máximo de 20.000.000 de pesetas. Por su parte, el arrendador, propietario de la nave, y sus hermanos don Ramón, don Pedro y doña Mercedes B. R., propietarios de las viviendas superiores del inmueble, tenían igualmente concertada con la entidad *E. H. L., S. A.*, pólizas de seguro sobre el inmueble y sus construcciones.

Interpuestas sendas demandas en primera instancia por cada uno de los hermanos contra arrendador y arrendatario y las respectivas compañías aseguradoras, reclamando el pago de los desperfectos sufridos en cada uno de los inmuebles; por el arrendador y su compañía de seguros contra el arrendatario y la *Cía. Aseguradora C. O., S. A.*; y por don José Luis, O. D. y la *U. I., Seguros y Reaseguros, S. A.*, contra don Albert C. M., como representante de *Sumeva*; todas ellas fueron acumuladas. Condenados los demandados al pago de las sumas reclamadas por los hermanos, desestimó el Juzgado de Primera Instancia los pedimentos entre arrendador y arrendatario, y de los de don José Luis O. D. y la compañía aseguradora frente a don Albert C. M., «por prescripción de la acción». Interpuesto recurso de apelación por la representación de don Miguel B. R, don José Luis O. D. y dos de las compañías aseguradoras, la Audiencia Provincial, confirmó el fallo en cuanto a la condena de don Albert, C. M. y revocó la sentencia en lo referente a la reclamación del arrendador, don Miguel, frente al arrendatario, don Albert. Formulado recurso de casación por la representación de don Albert, por infracción de los artículos 1968 y 1969, en cuanto al cómputo de la prescripción de la acción civil *ex artículo 1902*, y por infracción de los artículos 1554 y 1485 CC, el TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La sentencia anotada viene a reiterar la doctrina que el TS de modo reiterado mantiene sobre la prescripción y el cómputo de los plazos, y en concreto la contenida en las sentencias de 25 de marzo de 1996 y 26 de septiembre de 1997, así como la seguida por la jurisprudencia del TC. En la fijación del plazo *a quo* para el inicio del cómputo, el TS va más allá de la simple puesta en conocimiento del Juzgado y el conocimiento de los que fueron parte, sino que requiere que se produzca la notificación. Dicha notificación se debe realizar no sólo a los que fueron parte en el procedimiento penal, sino también a todos los perjudicados, puesto que hasta que no tengan conocimiento de la finalización de las actuaciones penales no pueden reiniciar el ejercicio de la acción civil, puesto que sólo de esta manera queda a salvo el derecho al acceso a los tribunales, y en concreto, a la vía civil (art. 24 CE). (*R. D. O.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. Título nobiliario. Prescripción adquisitiva y prescripción extintiva. Equiparación de los plazos.**—Si jurisprudencia consolidada del TS exige para la adquisición mediante prescripción adquisitiva de un título nobiliario, la posesión ininterrumpida del mismo durante cuarenta años, resultaría contrario a la lógica jurídica mantener que la acción para hacer valer el mejor derecho a una dignidad nobiliaria prescribe por el transcurso de quince años. Es por ello por lo que el TS (SSTS de 6 de marzo de 1991, 21 de febrero de 1992, 16 de noviem-

bre de 1994 y 26 de diciembre de 1996) mantiene que los plazos de ambos tipos de prescripción deben equipararse en el ya mencionado de cuarenta años.

**Título nobiliario. Efectos de la posesión civilísima.**—El TS (SSTS de 9 de junio de 1964 y 27 de marzo de 1985) afirma, interpretando la Ley XLV de Toro, que la posesión civilísima sólo opera en favor del heredero y no de cualquier pariente del causante. (STS de 7 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. L. C., Vizconde de Benaoján, fallece en 1933 sin descendientes. En julio de 1940, su hermano don A. L. C. solicita a la Diputación de la Grandeza de España autorización para usar el mencionado título nobiliario, siéndole concedida el 12 de noviembre de 1940.

Posteriormente, en abril de 1950, don A. L. C. solicita la convalidación de la sucesión en el título de Vizconde de Benaoján. Mediante Decreto de 7 de diciembre de 1951 se convalida, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la sucesión en el citado título nobiliario, concedida por la Diputación de la Grandeza, a favor de don A. L. C., por fallecimiento de su hermano. Se expide Carta de Sucesión con fecha de 9 de mayo de 1952.

Del examen de diferentes pruebas se deduce que desde el 12 de noviembre de 1940, don A. L. C. ha utilizado de forma pacífica y sin interrupción el título nobiliario de Vizconde de Benaoján.

Don M. L. M. interpuso demanda contra don A. L. C., suplicando se declarase la nulidad o ineficacia de cualquier cesión o distribución *inter vivos* o *mortis causa* del título de Vizconde de Benaoján, así como su mejor derecho a ostentar dicho título nobiliario.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

**4. Título nobiliario. Prescripción adquisitiva.**—La jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 7 y 27 de marzo de 1985, 14 de junio de 1986, 24 de abril de 1989 y 16 de noviembre de 1994) mantiene que la prescripción adquisitiva de un título nobiliario se produce por la posesión pacífica, constante, mantenida y no interrumpida de éste durante cuarenta años.

**Título nobiliario. Cómputo del plazo de la prescripción adquisitiva.**—Afirma el TS que el plazo inicial de la prescripción adquisitiva de un título nobiliario debe empezar a computarse desde la fecha en que comienza la posesión pública y pacífica de la merced nobiliaria (por ejemplo, desde la fecha de la escritura pública de cesión del título nobiliario). (STS de 17 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Francisco de Asís H. y C. cedió, por medio de escritura pública otorgada el 9 de julio de 1946, a su hermana, doña M. A. H. y C., el título nobiliario de Marqués de Santa Cruz de Paniagua. La cesión fue aceptada por la interesada. La Diputación de la Grandeza, con fecha de 24 de enero de 1947, reconoció la validez de la cesión en favor de doña M. A. H. y C., así como el derecho de ésta al disfrute y uso público del mencionado título nobiliario.

El Decreto de 18 de abril de 1952 convalidó, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la sucesión concedida por la Diputación de la Grandeza a favor de doña M. A. H. y C., vacante por fallecimiento de su tío don P. H. L.

Como consecuencia del fallecimiento de doña M. A. H. y C., con fecha de 25 de febrero de 1966 se otorga Carta de Sucesión en el título de Marqués de Santa Cruz de Paniagua a favor de su hijo, don A. C. y H.

Don L. J. H. I. interpone demanda contra don A. C. y H., suplicando, entre otras cosas, se declarase la nulidad de la cesión realizada en 1946, así como su mejor o preferente derecho para llevar, usar y poseer el título nobiliario de Marqués de Santa Cruz de Paniagua.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

**5. Derecho al honor y libertad de información: colisión entre ambos.**—Cuando entran en colisión estos dos derechos de rango constitucional, el TC tiene establecido que la delimitación entre ambos debe hacerse caso por caso, mediante un ejercicio de ponderación de las circunstancias concurrentes en el mismo, pero teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, de la libertad de información. Para que pueda predicarse esta prevalencia hay que tener en cuenta tres elementos fundamentales: 1. Que la información transmitida sea veraz, es decir, que haya sido comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa; 2. Que esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general; y 3. Inexistencia de expresiones que hagan desmerecer a la persona a la que van dirigidas del público aprecio y respeto, y reprochables a todas luces sean cuales fueren los usos sociales del momento.

**Derecho a la intimidad y libertad de información.**—No tiene la consideración de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad la publicación de datos relativos a una persona cuando la fuente de conocimiento de estos datos en cuestión es «su constancia en unas diligencias penales cuyo acceso le fue permitido a la periodista». (STS de 23 de febrero de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El Gerente y el Director-Encargado de la entidad *Joyería Pedro Álvarez, S. A.*, interpusieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre protección de los derechos al honor e intimidad contra *Editorial Prensa Asturiana, S. A.*, la periodista de este diario, doña Ángeles Solís, y otros, debido a una publicación aparecida en el diario *La Nueva España*, en la que se hacía referencia al enfrentamiento entre los grupos familiares del accionariado de aquella entidad, y en particular, a la existencia de unas diligencias penales en trámite contra el Gerente y el Director-Encargado, relativas a la desaparición de una valiosa colección de joyas y monedas, recayendo finalmente sentencia absolutoria para los querellados, ahora demandantes. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la misma.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Oviedo estimó parcialmente este recurso únicamente en lo relativo al pronunciamiento de costas, confirmando los demás pronunciamientos. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

**NOTA.**—Se reitera nuevamente por la Sala Primera del TS (*vid.* SS de 28 de abril y 4 de octubre de 1993, 28 de marzo y 20 de diciembre de 1994, 25 de marzo y 15 de julio de 1995 y 25 de noviembre de 1997, entre otras) la doctrina general mantenida por el TC sobre la resolución de los conflictos que puedan plantearse entre el derecho al honor y la libertad de información (*vid.* SS. 107/1988, 171/1990, 214/1991, 40/1992 y 85/1992). En este caso, se hace especial hincapié en el carácter noticiable de los hechos divulgados y en la relevancia pública e interés general de los mismos, y en su veracidad. Así, no cabe dudar



de tal relevancia pública, aunque ésta quede circunscrita a un ámbito regional determinado, pues «no puede pretenderse que semejante interés tuviese que depender de una divulgación producida en un ámbito de considerable extensión geográfica». Por cuanto a la veracidad de los hechos, ésta ha quedado, a juicio del Tribunal, perfectamente demostrada, por cuanto la noticia tuvo como fuente de conocimiento unas diligencias penales, que fueron reproducidas y narradas fielmente en la información periodística.

Por otro lado, no entiende el Tribunal que tal divulgación dé lugar a la intromisión ilegítima establecida en el artículo 7, apartado 4, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo («La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela»). (A. G. C.)

**6. Libertades de expresión e información y derecho al honor. Existencia de expresiones denigrantes o vejatorias.**—Cuando entran en colisión derechos fundamentales de rango constitucional como son, por un lado, las libertades de expresión y de información, y por otro, el derecho al honor, la determinación de cuándo deben prevalecer unos u otros debe hacerse partiendo de la fundamental distinción entre ideas, opiniones o valoraciones (libertad de expresión) y hechos y noticias (libertad de información) (*vid.* STC 172/1990 y SSTs de 22 de enero de 1992 y 2 de marzo de 1993) y llevarse a cabo conforme a las directrices fijadas por la doctrina constitucional, seguida por el TS. En este sentido, una de esas directrices es que cualquiera que sea la libertad de que se trate (de expresión o la de información), «lo cierto es que ni la una, ni la otra, permiten la referencia a tales personas con expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias para las mismas y para su dignidad personal y concepción social».

**Falta de fijación del *quantum* indemnizatorio y de las bases conforme a las cuales debe hacerse la liquidación. Infracción del artículo 360 LEC.**—«La regla primera y general, en materia de condena a una indemnización de daños y perjuicios, es la de que el *quantum* de la misma debe ser fijado en la propia sentencia, y sólo en el caso de que ello no sea posible, se puede relegar su fijación (únicamente en cuanto a la determinación de su cuantía, no en lo atinente a la prueba de su existencia, que ineludiblemente ha de hacerse en el proceso) para la fase de ejecución de sentencia, estableciendo las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, a no ser que esto último tampoco sea posible hacerlo en la sentencia». (STs de 8 de febrero de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña María Luisa M. P. interpuso demanda de juicio incidental sobre protección de los derechos fundamentales como consecuencia de la publicación de determinadas informaciones aparecidas en varios números de la revista *Época*, en su sección *La vida en rosa* contra el autor de dicha sección, don Jesús Mariñas, el Director de la revista, don Jaime Campmany, y la propietaria de la misma, *Difusora de información periódica, S. L.* Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimándola parcialmente y declarando, entre otros extremos, que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante, pero no en el derecho a la intimidad, concediendo una indemnización a determinar en ejecución de sentencia.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia de primera instancia, modificándola sólo en el sentido de fijar como límite a la indemnización el de 50 millones de pesetas, en congruencia con lo pedido por el demandante.

Interpuesto recurso de casación, el TS lo estimó parcialmente en el sentido de declarar que no procede la determinación de la cuantía de la indemnización en ejecución de sentencia, fijándola en cinco millones de pesetas.

NOTA.—En la presente sentencia, el TS resuelve la colisión entre las libertades de expresión y de información, por un lado, y el derecho al honor por otro, reiterando la doctrina sentada anteriormente, entre otras, por las SSTs de 4 de noviembre de 1986 y 25 de marzo de 1995, en el sentido de dar prevalencia a este último derecho, cualquiera que sea de aquéllas la que entró en conflicto con él, cuando, de forma innecesaria para el ejercicio de estas libertades, se atribuyen gratuitamente a una persona identificada con su nombre y sus apellidos hechos u opiniones que la hagan desmerecer del público aprecio y reprochables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento.

Esta es la razón por la que el TS mantiene la declaración del Tribunal de instancia relativa a la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. La estimación parcial del recurso de casación procede por la infracción, por parte de la Audiencia Provincial, del artículo 360 LEC, por cuanto ésta disponía de los suficientes elementos de juicio durante el proceso para fijar la cuantía de la indemnización en forma líquida, o al menos, determinar las bases para ello, lo que no hizo, infringiendo por ello aquel precepto. (A. G. C.)

**7. Derecho a la propia imagen.**—No existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición legal de imagen como derecho de la personalidad, lo que ha sido suplido por la labor llevada a cabo por la jurisprudencia para la delimitación de dicho concepto. Así, se entiende por tal la representación gráfica de la figura humana mediante cualquier procedimiento mecánico apto para su reproducción, y en sentido jurídico habrá de entenderse «la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen, y por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad» (STS de 11 de abril de 1987, seguida posteriormente, entre otras, por las SSTs de 29 de septiembre y 19 de octubre de 1992 y 7 y 21 de octubre de 1996).

Pero además, debe entenderse incluida dentro de este concepto «la reproducción visible de figura humana identificada o identificable, pues cabe extender el concepto a otras representaciones de la persona que faciliten, de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas, su reconocibilidad». (STS de 30 de enero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Emilio Aragón Álvarez interpuso demanda de juicio incidental sobre protección del derecho a la propia imagen contra la mercantil *Proborín, S. L.*, como consecuencia de un anuncio publicitario consistente en una reproducción gráfica por ordenador acompañada de determinadas frases, que el demandante consideraba aludían claramente a su imagen. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la misma.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Badajoz estimó el recurso interpuesto y, estimando la demanda, declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la imagen del demandante y condenó a *Proborín, S. L.*, al pago de 500.000 pesetas por daños morales y en la suma a determinar en ejecución de sentencia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo,

desestimando la demanda y confirmando la sentencia de primera instancia.

NOTA.—La presente sentencia debe incardinarse en la labor llevada a cabo por la jurisprudencia, a falta de definición legal, para la delimitación del concepto de imagen a los efectos de proceder a su protección conforme a las prescripciones de la LO 1/1982, de 5 de mayo. En este sentido, la STS de 11 de abril de 1987, citada y seguida unánimemente con posterioridad, entiende por imagen la representación gráfica de la figura humana mediante cualquier medio técnico apto para obtener su reproducción. Pero, de acuerdo con la sentencia que anotamos, el concepto de imagen debe extenderse también a otras representaciones en las que, aunque no aparezca físicamente la figura humana o la representación gráfica de la figura humana de una persona concreta, se identifica de forma evidente y clara de manera que resulte indubitada su reconocibilidad. Es decir, en el concepto de imagen se incluye tanto la figura humana identificada como la identificable.

En este último caso (figura humana identificable), debe desplegarse, por parte del demandante, don Emilio Aragón, que alega intromisión ilegítima en su derecho a la imagen, una actividad probatoria suficiente para, sin ningún género de duda, poder demostrar que las representaciones utilizadas identifican objetivamente su imagen. En el presente caso, el TS entendió que tal actividad probatoria no había producido ese resultado, discrepando, en este sentido, del parecer de la mayoría de la Sala, el Magistrado Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz con la formulación de un voto particular. (A. G. C.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**8. Simulación contractual.**—La figura de simulación en los contratos surge cuando no existe causa, por responder el contrato a otra finalidad jurídica distinta.

La fe pública otorgada a los contratos no se extiende a las intenciones o propósitos de las partes contractuales; el documento público dará fe del hecho en sí y de su fecha «pero no de su verdad intrínseca». Por ello, la existencia de simulación no se opone a la realización del contrato ante fedatario público.

Diferentes son las clases de simulación: *a)* absoluta, cuando el propósito negocial no existe, debido a la carencia de causa; y *b)* relativa, cuando el negocio aparente encubre otro real o disimulado, «persiguiendo la destrucción de lo simulado y el prevalimiento de la realidad con el desenmascaramiento del negocio de ficción efectuado». (STS de 27 de febrero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Se realizó un contrato de compraventa sobre una finca propiedad de los demandantes, por el precio de 62 millones de pesetas, operación a la que se dio forma de aportación de capital *in natura* a la sociedad demandada, cuyo máximo responsable es el también codemandado; y combinado con una opción de compra a favor de la codemandada y máxima accionista, y con un contrato privado de compraventa de un cuadro cuyo precio se fijó en 62 millones de pesetas, llevándose a cabo ambos negocios jurídicos en el mismo momento. Los propietarios de la finca presentaron demanda en el Juzgado de Primera Instancia contra los codemandados, suplicando dictar sentencia en la que se les declarase como únicos propietarios

de la finca, además de la nulidad de la aportación a la sociedad y de la escritura de opción de compra. La sentencia estimó la demanda, siendo recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga, que estimó parcialmente el recurso. Los demandados recurrieron en casación ante la Sala 1.ª del TS, estimándolo parcialmente, puesto que se declara la nulidad por simulación relativa de la aportación del bien y de la opción de compra, y la existencia de un contrato de compraventa por 62 millones de pesetas entre demandante y demandado.

NOTA.—La fe pública notarial, según doctrina jurisprudencial, acredita el hecho que motiva el otorgamiento de la escritura pública y su fecha, «pero no la realidad intrínseca de lo manifestado», compaginando ello con el principio de la legitimación registral (SSTS de 28 de abril y 29 de julio de 1993).

Por otro lado, la simulación contractual, que es absoluta cuando existe carencia total de causa, y relativa cuando la voluntad contractual representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero (SSTS de 28 de abril y 29 de julio de 1993), va a derivar efectos distintos según nos hallemos ante una u otra. La simulación relativa proviene de la falsedad en la causa del contrato disimulado, cuya sanción consistirá en la aplicabilidad del negocio que en realidad se ha querido evitar realizar. (P. S. S.)

**9. Contratos abstractos. Reconocimiento de deuda. Presunción de existencia y licitud de causa.**—El artículo 1277 CC viene a representar un apoyo legal en pro de la existencia de los llamados «contratos abstractos», pero sin que ello signifique la admisión de contratos sin concurrencia de causa alguna. Tal apreciación sería contraria al contenido del artículo 1261 en cuanto que éste condiciona la existencia del contrato a los requisitos de previo consentimiento, objeto y causa. Lo que permite entender que el contrato abstracto es aquel cuya declaración de voluntad no expresa la causa, al permanecer oculta en la intención de los contratantes, pero su existencia es tan esencial como en los «contratos causales». Por otro lado, el repetido precepto, lo que establece es una clara presunción *iuris tantum* de la existencia y licitud de la causa, que favorece al acreedor al exonerarle de prueba y desplaza la carga probatoria sobre el deudor. Ello permite asignar al reconocimiento de deuda un carácter eminentemente contractual, a no ser que se acredite su ilicitud o inexistencia. (STS de 13 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Por documento privado, el Sr. B. M. R. reconoció adeudar al Sr. M. S. S. la cantidad de 7.630.000 pesetas y se comprometió a abonarle la misma mediante el pago de setenta y seis letras de cambio. Impagadas dieciséis de las letras, el Sr. M. S. S. interpone demanda de declaración de vencimiento de la totalidad de la deuda y de reclamación de pago. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por el Sr. B. M. R., la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

**10. Condiciones generales de la contratación. Cláusula de sumisión expresa en un contrato de adhesión.**—La Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, expone en el artículo 10 la normativa relativa las condiciones generales de los contratos, también aplicable al presente caso. Es claro que la cláusula de sumisión obrante en el contrato de autos se halla dentro

del concepto de condición general que define la propia ley (art. 10.2). La compradora, como destinataria final del producto, es consumidor o usuario (art. 1.2).

**Condiciones generales de la contratación. Requisitos.**—El requisito de concreción, claridad y sencillez de las condiciones generales, con posibilidad de comprensión directa [art. 10.1.a)], significa, entre otras cosas, que el texto sea legible y comprensible, es decir, que no esté en letra tan pequeña que sea difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio. Lo cual no ocurre en el presente caso, en que la letra es tan diminuta y el texto tan breve que la compradora difícilmente puede leerlo y comprenderlo.

**Buena fe y justo equilibrio de las prestaciones.**—El artículo 10.1.c) LG-DCU exige buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones y excluye las cláusulas abusivas en el núm. 3 de este apartado. La cláusula de sumisión del presente caso es abusiva porque implica un desequilibrio de derechos y obligaciones y un perjuicio desproporcionado y no equitativo a la compradora: el hecho de tener que litigar lejos de su domicilio, con todo lo que ello conlleva, mientras que la empresa vendedora tiene otro potencial económico y delegaciones que pueden actuar por cuenta de la misma. Y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala (SS de 23 de julio de 1993 y 5 de julio de 1997, entre otras).

**Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.**—La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define las cláusulas abusivas (art. 3) y contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Entre ellas está suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierto por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición... Según el artículo 6 de la Directiva: «Los Estados miembros establecerán que no vinculan al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional...».

**Efecto directo horizontal de las Directivas comunitarias no transpuestas dentro de plazo.**—Tal Directiva debía ser transpuesta al Derecho español, a más tardar el 31 de diciembre de 1994, tal como dice su artículo 10, lo cual no ha sucedido. La jurisprudencia apunta los problemas del efecto directo de las Directivas no transpuestas en el plazo ordenado (S de 18 de marzo de 1995): no se produce la automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión Europea, pero, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, producen el efecto vertical, sobre los Estados y cuando los particulares actúan frente a éstos por no haber transpuesto la Directiva el Derecho interno en el plazo previsto, y también el efecto horizontal, en conflictos entre los particulares si no se ha transpuesto en dicho plazo y contiene normas precisas y con clara posibilidad de cumplimiento inmediato (SS de 8 y 30 de noviembre de 1996 y 5 de julio de 1997). (STS de 20 de febrero de 1998.)

HECHOS.—Don José Ramón B. F. había celebrado un contrato con una editorial. La sentencia no dice de qué era el contrato, pero consta que las partes estipularon en el mismo una cláusula de sumisión expresa. Ésta era «un inciso redactado en letra muy pequeña y en el contexto de otros contenidos estipulativos que dice “en relación a este contrato me someto a los Tribunales de Barcelona, renunciando a mi propio fuero”. Ha de hacerse constar que, a efectos de mayor inad-

vertencia del inciso que se comenta éste se sitúa, dentro del párrafo “condiciones” y viene precedido de una letra “negrita” más visible, aunque, también, diminuta que provoca la desviación de la vista hacia ella». La editorial interpuso demanda de reclamación de cantidad contra la otra parte, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona. El demandado interpuso inhibitoria ante el Juzgado de igual clase núm. 2 de Sanlúcar la Mayor (Sevilla). El Juzgado de Barcelona se opuso a la inhibición y las actuaciones se remitieron al TS. La sentencia declara que la competencia para conocer del asunto corresponde al Juzgado de Sanlúcar la Mayor.

**NOTA.**—La sentencia reconoce efecto directo horizontal a una Directiva comunitaria no transpuesta dentro de plazo (puede verse la nota a la STS de 28 de noviembre de 1997, *ADC*, 1998-III). Aunque aduce la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, éste mantiene que las Directivas no transpuestas en plazo no tienen efecto directo horizontal, aunque sí vertical (STJCE de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92, *Faccini Dori v. Recreb*, Rec. 1994, pp. 1-3347; en la doctrina reciente puede verse Irene Klauer, *Die Europäisierung des Privatrechts. Der EuGH als Zivilrichter*, Baden-Baden: Nomos, 1998, pp. 44-62). La cláusula podía ser nula conforme al artículo 10.1.c) LGDCU, lo que habría hecho innecesario el pronunciamiento de la sentencia sobre la Directiva. (A. R. G.)

**11. Cláusulas abusivas. Definición.**—La jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 12 de julio, 14 de septiembre, 30 de noviembre y 4 de diciembre de 1996 y 1 de febrero de 1997), inspirada por la Directiva de 5 de abril de 1993, considera abusivas aquellas cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente cuando, a pesar de la exigencia de buena fe implícita en todos los contratos, causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Por lo tanto, en opinión del TS el carácter abusivo de la cláusula se determina por el desequilibrio y no por el tipo de letra en que aparezca expresada la misma o por su situación dentro del contrato. La doctrina jurisprudencial que enuncia estos criterios se apoya en el artículo 10.1.c) LGDCU, de 19 de julio de 1984.

**Cláusulas abusivas. Cláusula de sumisión a tribunales.**—El TS califica de cláusula abusiva la de sumisión a tribunales que no haya sido negociada individualmente, ya que obliga a una de las partes (por lo general, el consumidor) a desplazarse para litigar a la localidad en que la otra parte tiene su domicilio y asesoría jurídica. Este claro desequilibrio en detrimento del consumidor determina el carácter abusivo de la cláusula.

**Prueba de las cláusulas abusivas.**—El TS parte de la base de que una cláusula contractual no ha sido negociada de forma separada si ha sido redactada con anterioridad a la negociación y sin que el consumidor tuviera oportunidad de influir sobre su contenido. A estas cláusulas las denomina el TS: cláusulas tipo. En estos casos, la carga de la prueba cae del lado de aquel que afirme que tal cláusula ha sido negociada individualmente.

**Competencia por inhibitoria. Sumisión expresa.**—El artículo 57 LEC exige, para la sumisión a un fuero diferente al propio, una renuncia clara y terminante. A juicio del TS, tal renuncia no se da cuando aparece en el seno de una cláusula contractual como inciso de una frase más extensa y expresiva de otros aspectos. (STS de 25 de febrero de 1998.)

**HECHOS.**—La entidad *Planeta Crédito* formuló ante los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona demanda en reclamación de can-

tividad contra don F. M. S. R., ante el impago del precio que éste le adeudaba por la compra de ciertas mercancías que ya le habían sido entregadas. El demandado, por su parte, presentó escrito formulando cuestión de competencia por inhibitoria ante los Juzgados de Primera Instancia de Málaga (localidad en que tenía su domicilio y en la que recibió la mercancía), por considerar que no había existido por su parte sumisión, ni expresa ni tácita, a los tribunales de Barcelona y que, por tanto, la competencia territorial se había de determinar conforme al artículo 62.1 LEC. El Juzgado de Primera Instancia de Málaga, oído el Ministerio Fiscal, dictó auto estimando su competencia en el caso, requiriendo de inhibitoria al Juzgado de Primera Instancia de Barcelona.

El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, oído el Ministerio Fiscal, dictó auto denegando el requerimiento efectuado, pues en su opinión no procedía el mismo, porque había recaído ya sentencia firme. Las actuaciones se remitieron a la Sala Primera del TS que, tras oír al Ministerio Fiscal, dictó sentencia estimando la competencia de los Juzgados de Primera Instancia de Málaga.

NOTA.—Por lo que respecta a las cláusulas abusivas, ha de tenerse en cuenta que la reciente Ley 7/1998 de condiciones generales de la contratación, de 13 de abril, modifica en su DA 1.ª la regulación que contenía el artículo 10 LGDCU y, además, añade un nuevo artículo, el 10 *bis*, reformando y completando con ello la regulación sobre este tipo de cláusulas. Junto a esto, se añade una DA 1.ª a la actual LGDCU en la cual se recoge una lista de cláusulas que se califican de abusivas. Esta lista tiene especial trascendencia en el caso presente, por el hecho de que, actualmente, en el núm. 27 DA 1.ª LGDCU se establece expresamente como cláusula abusiva la que suponga la sumisión expresa a fuero distinto al del lugar de cumplimiento de la obligación, entre otros, siguiéndose con ello la línea apuntada en esta sentencia.

Por otra parte, hay que destacar que en el párrafo 3.º del FD único de la presente sentencia alude el TS al artículo 58 LEC, cita que resulta errónea en cuanto al contenido que atribuye a dicho artículo, siendo lo correcto la referencia al artículo 57 LEC, como aquí se recoge. (A. M. M.)

**12. Interpretación de contrato de préstamo bancario con garantía hipotecaria. Pena convencional.**—Se plantea la licitud de que el *Banco Hipotecario de España* penalice a los actores con una indemnización que asciende a más de 13 millones de pesetas, alegando que se ha efectuado el reembolso del capital del préstamo hipotecario fuera de las fechas determinadas en la escritura constitutiva; cuestión que corresponde estudiar a través de las normas interpretativas de los contratos, contenidas en los artículos 1281 ss. CC. La literalidad de las cláusulas contractuales como primera regla interpretativa no dejan margen para la duda: si el banco llegó a entender que, respecto del préstamo, la notificación convenida para llevar a cabo la cancelación no se había cumplido, pudo perfectamente negarse a admitir la cancelación que se solicitaba, pero en ningún caso estaba facultado para convertir ese supuesto incumplimiento en una pena indemnizatoria de más de trece millones de pesetas, que nadie había previsto ni pactado.

**Cláusula abusiva.**—Cabe añadir que al presente caso procede aplicar, como norma supletoria de carácter general, la vigente Ley 24/1984 para la defensa de los consumidores y usuarios, en cuyo artículo 10, apartado c), números 3, 4 y 5,

se recoge el espíritu de equilibrio equitativo entre las partes que debe presidir la contratación, evitando condiciones o interpretaciones abusivas, o penalizaciones que no se correspondan con prestaciones adicionales, expresadas con la debida separación y claridad, y susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso; circunstancias que no coinciden en el supuesto que estudiamos. (STS de 24 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Enrique B. P. obtuvo del *Banco Hipotecario de España* dos préstamos con garantía hipotecaria. El plazo de duración del préstamo se estableció en un «período fijo» de un año, prorrogable por el prestatario por semestres y hasta un máximo de quince años. Para el ejercicio de la facultad de prorrogar se debía notificar fehacientemente al banco, antes de que transcurriese un mes desde el último día del período fijo, o del correspondiente semestre de las eventuales prórrogas. De no ejercitarse la facultad de prorrogar, el reembolso del capital debería hacerse mediante aviso al banco con un mes de antelación a la fecha del pago. El propietario vendió la finca a una sociedad mercantil, que se subrogó en la garantía hipotecaria y retuvo del precio una cantidad para levantar las cargas hipotecarias. El banco efectuó una liquidación global que incluía trece millones de pesetas en concepto de indemnización, por realizarse el reembolso fuera de las fechas convenidas. El prestatario pagó dicha cantidad, pero interpuso demanda contra el banco para su devolución. Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Málaga, como la Audiencia Provincial de la misma ciudad, estimaron la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el banco, pues éste aceptó el reembolso voluntariamente. (A. R. G.)

**13. Interpretación del contrato. Reglas de interpretación. Orden de aplicación.**—Según la doctrina del TS (entre otras, STS de 30 de junio de 1996) las reglas de interpretación que se recogen en los artículos 1281 a 1289 CC se subordinan y complementan las unas a las otras. En este sentido, el rango preferente lo ocupa el párrafo 1.º del artículo 1281 CC y el resto de las reglas interpretativas son sólo subsidiarias. Por tanto, si los términos del contrato son claros, no cabe acudir a ulteriores interpretaciones, conforme al antiguo aforismo: *in claris non fit interpretatio*.

**Interpretación del contrato. Revisión en casación.**—Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 5 de julio de 1994, 25 de enero y 8 de mayo de 1995, 23 de mayo y 26 de septiembre de 1996, 5 de marzo de 1997 y 24 de febrero de 1998) establece que la interpretación de los contratos corresponde, en principio, a la Sala *a quo*. Sólo puede ser revisada en casación tal interpretación cuando resulta manifiestamente equivocada, ilógica, contraria a las normas o, en general, al buen sentido.

**Contenido del artículo 1288 CC.**—Indica el TS que la norma del artículo 1288 CC recoge la regla de interpretación *contra proferentem* (la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no puede beneficiar a quien hubiese ocasionado la oscuridad), la cual ha sido desarrollada con posterioridad al CC en la LGDCU, de 19 de julio de 1984.

**Alegación del artículo 1281 CC en casación.**—El artículo 1281 CC contiene dos reglas distintas de interpretación de los contratos recogidas en cada uno de sus párrafos. Por ello, si se alega en casación su vulneración por inaplicación se ha de hacer referencia necesariamente a una de estas reglas. No basta, pues, la simple mención del citado artículo para considerar bien interpuesto el motivo casacional.



**Litisconsorcio activo necesario. Inexistencia.**—El TS niega la posibilidad de que pueda existir un litisconsorcio activo necesario, ya que nadie puede obligar a un sujeto a ser demandante. Con independencia de los efectos que la sentencia tenga sobre la parte que no litiga, considera el TS que la relación jurídico procesal queda bien constituida cuando uno o varios demandantes, legitimados activamente, ejercitan una acción. Ni es necesario, ni factible, que estos demandantes traigan al pleito a otros posibles interesados para así interponer conjuntamente la demanda. (STS de 25 de febrero de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La Compañía Inmobiliaria *Pérez Xifra* procede a la venta en documento privado de unas plazas de garaje a una serie de compradores. Ante la falta de entrega, algunos de los compradores interponen demanda suplicando que el vendedor eleve el contrato a escritura pública y haga efectiva la entrega, o en caso de no ser posible, que se cumpla por equivalencia. El vendedor se opone a la demanda, alegando que el objeto de la venta no fueron plazas de garaje, sino unos cuartos trasteros.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la anterior sentencia y estimó la demanda en su petición principal. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. M. M.)

**14. Imputación de pagos. Concepto y función.**—Tal como matiza la S de 25 de octubre de 1985, la imputación de pagos no es otra cosa que la designación o el señalamiento de la deuda a la que se haya de aplicar la prestación verificada por el deudor, lo que exige la coexistencia previa de deudor y acreedor y de una pluralidad de deudas derivadas de las relaciones obligacionales mediante entre los mismos, ante cuya situación, el artículo 1172 CC faculta al deudor para designar o señalar a qué deuda de las preexistentes ha de imputarse el pago, lo que implica, como ya dijo esta Sala en su S de 11 de mayo de 1984, recogiendo la de 13 de mayo de 1979, que tal señalamiento o designación entraña «una declaración de voluntad receptiva, en principio correspondiente al deudor, sobre el destino de la prestación que realiza», entrañando la acreditación de tal extremo una cuestión de orden «fáctico-jurídico», sin perjuicio de que el acreedor, incluso después de verificado el pago, pueda proveer al deudor de un recibo expresivo de la aplicación de aquél. (STS de 25 de marzo de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El Sr. E. V. E. convino tres préstamos con garantía hipotecaria con una entidad bancaria y una sociedad mercantil filial de la misma, por un importe total de 27.000.000 de pesetas, con fechas 5 y 12 de diciembre de 1989 y 16 de mayo de 1991, respectivamente. Las partes pactaron su reintegro mediante amortizaciones mensuales a cargar en distintas cuentas corrientes abiertas en la entidad bancaria a estos efectos. Con fecha 26 de diciembre de 1991, el Sr. E. V. E. ingresó 32.000.000 de pesetas en la entidad bancaria con el fin de pagar el importe total de los préstamos. Pese a que las entidades acreedoras otorgaron sendas escrituras de pago y cancelación de los préstamos, y procedieron a su inscripción registral, la entidad bancaria siguió cargando los recibos de amortización del primero de los préstamos en las cuentas corrientes convenidas inicialmente. Interpuesta demanda contra la entidad bancaria y la sociedad mercantil, el Juzgado de Primera Instancia la desestima, estima la reconvencción formulada por la sociedad mercantil, y declara la nulidad de

la escritura pública de pago otorgada el día 22 de enero de 1992 a favor del Sr. E. V. E., así como de la inscripción registral de cancelación de hipoteca. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia, declara pagado el préstamo en su totalidad, y condena solidariamente a ambos demandados a devolver los cargos efectuados con posterioridad al pago objeto de esta escritura. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Como se deduce de los hechos de la sentencia, en este caso no existe propiamente un problema de imputación de pagos. No se trata de determinar cuál es la deuda que debe considerarse pagada de las asumidas por el deudor frente al acreedor, sino de declarar si el ingreso hecho por el Sr. E. V. E. en el banco sirve para extinguir la totalidad de los préstamos, cuando las partes han pactado con anterioridad su reintegro mediante amortizaciones a cargar en distintas cuentas corrientes abiertas en la entidad bancaria. Sin embargo, interpuesto un recurso de casación motivado indebidamente en la incongruencia de la sentencia de la Audiencia Provincial por aplicar las reglas de imputación de pagos (arts. 1172 a 1174 CC), el TS señala que en el caso no se infringe dicha regulación a partir de dos razonamientos: en primer lugar, porque la entidad bancaria y la sociedad mercantil filial de la misma no son acreedores distintos del Sr. E. V. E., sino que el segundo es filial del primero, y el Sr. E. V. E. paga el préstamo con garantía hipotecaria en una cuenta corriente de este último; y en segundo lugar, «porque, aun habiendo varios acreedores, si un pago plantea la duda de a cuál de ellos se hace —algo poco frecuente, pero que se da en el caso— deben aplicarse las reglas del Código civil para resolver (“imputar”) qué deuda de qué acreedor se paga: ésta es la función de la imputación de pagos». Aunque con estos últimos términos el Tribunal insinúa la posibilidad de aplicar extensivamente la regulación de la imputación de pagos a los casos de pluralidad de acreedores, la sentencia se limita a reproducir la doctrina jurisprudencial que acoge el sentido estricto de imputación de pagos a que se refiere el Código civil, de acuerdo con el que esta institución sólo resulta aplicable al supuesto de deudas diferentes entre un mismo acreedor y deudor. (J. M. B. S.)

**15. Indemnización de daños y perjuicios. Momento de fijación del *quantum*.**—Considera el TS (entre otras, SSTS de 7 de mayo de 1991, 23 de marzo de 1992, 13 de abril de 1993 y 8 de abril de 1996) que, habiéndose ya estimado acreditados los daños cuya indemnización se solicita en demanda, la fijación de la cuantía de los mismos puede ser diferible al momento de ejecución de sentencia cuando en el proceso no es posible su determinación.

**Carga de la prueba. Sentido del artículo 1214 CC.**—El TS establece que el artículo 1214 CC no contiene una norma valorativa de la prueba, sino que sólo dispone una regla de juicio que determina el sentido en el que el Juez ha de dictar sentencia cuando los supuestos de hecho son inciertos o no han sido suficientemente probados por la parte procesal a la que le correspondía.

**Carga de la prueba. Alegación en casación.**—Como indica reiteradamente la jurisprudencia del TS (sirvan de ejemplo las SSTS de 14 de abril de 1980, 19 de diciembre de 1989, 20 de octubre de 1994 y 27 de julio de 1995) no se infringe el artículo 1214 CC cuando la valoración de la prueba practicada realizada por el Tribunal *a quo* no es acorde con las pretensiones de una de las partes, sino sólo cuando con ella se ha alterado de forma indebida el *onus probandi*. (STS de 26 de febrero de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad mercantil *Traresa* es titular de un modelo de utilidad concedido sobre un tipo de contenedor con apertura por compuerta lateral. Otra entidad mercantil, *Detecsa*, fabrica y explota ciertos contenedores con iguales características. Al considerar *Traresa* que el producto que fabrica *Detecsa* es copia de aquél sobre el que recae el modelo de utilidad del que es titular, interpone demanda por vulneración de su derecho de patente, suplicando se declare que se trata de una copia de su producto y que se condene a la cesación en la explotación del mismo, así como a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda en su totalidad y remite la fijación del *quantum* de los daños, conforme a los criterios que él mismo establece, a la ejecución de la sentencia. Apelada la sentencia ante la Audiencia Provincial, se desestima el recurso. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (A. M. M.)

**16. Intereses convencionales. Función.**—Afirma el TS que los intereses convencionales son pactados por las partes y tienen como función indemnizar los daños y perjuicios que sean imputables a la demora en el cumplimiento de una obligación consistente en pagar una cantidad de dinero.

**Intereses convencionales. Cómputo.**—Señala el TS que cuando se reclama el pago de una cantidad líquida, los intereses convencionales se computan desde la fecha de interposición de la demanda. (STS de 18 de febrero de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se suscribe, con fecha de 18 de octubre de 1984, un precontrato de compraventa de un determinado chalet, por precio cierto de 10.500.000 pesetas. Posteriormente, el 26 de octubre de 1984, las partes celebran el definitivo contrato de compraventa por el precio total antes mencionado. En dicho contrato se pacta que los compradores abonarán parte del precio (6.160.000 pesetas) por medio de la subrogación en un préstamo hipotecario que gravaba el chalet objeto de la compraventa.

Sin embargo, la deuda garantizada con la hipoteca (7.000.000 de pesetas) era superior a la asumida en el contrato por los compradores como parte del precio (6.160.000 pesetas). Los vendedores se niegan a abonar la cantidad que excede de la pactada en el contrato. Los compradores, con la finalidad evitar la ejecución hipotecaria, pagan las cantidades adeudadas en virtud del préstamo hipotecario.

Como consecuencia de lo anterior, los compradores interponen demanda contra los vendedores, suplicando se declare el incumplimiento del contrato por parte de los vendedores, así como que se condene a éstos al pago de determinada cantidad de dinero y de los intereses pactados por las partes.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de primera instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

**17. Obligaciones recíprocas. Efectos.**—Las obligaciones bilaterales, recíprocas o sinalagmáticas, producen determinados efectos especiales: resolución por incumplimiento, que prevé el artículo 1124 CC; la compensación en caso de mora, que contempla el último párrafo del artículo 1100 CC; y la necesidad de cumplimiento simultáneo de las mismas, lo que se conoce como *exceptio non*

*adimpleti contractus*, que se desprende de los artículos 1100, 1124 y 1308 CC. Sin perjuicio de que la parte que cumple puede exigir el cumplimiento a la parte que no cumple.

**Exceptio non adimpleti contractus. Inaplicación a los supuestos de obligación aplazada y de incumplimiento de obligaciones accesorias.**—La sentencia de instancia ha basado la desestimación de la demanda en la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*: no tiene derecho a exigir el cumplimiento a la otra parte, aquélla que no cumple o no ofrece a cumplir su respectiva obligación; si lo hace, la otra parte le podrá oponer la *exceptio*; es *necesario que quien reclama haya cumplido lo que le incumbía*, dice la S de 3 de diciembre de 1992, lo que ratifica la de 29 de octubre de 1996, además de otras muchas anteriores. Sin embargo, no es aplicable cuando en el propio contrato se ha previsto que la obligación de una de las partes está aplazada. Además, el incumplimiento de las obligaciones accesorias no da lugar a la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* (SS de 21 de marzo de 1994 y dos de la misma fecha, 8 de junio de 1996). (STS de 17 de febrero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El Sr. S. L. D. se obligó a ceder al Sr. A. V. R. «todas las acciones, participaciones y expectativas» nacidas en el marco de los negocios que ambos tenían en común, previo cumplimiento por parte del Sr. A. V. R. de la obligación de entregar al Sr. S. L. D. «un cheque de setenta millones de pesetas». El Sr. S. L. D. también se comprometió a desistir de las acciones judiciales ejercitadas con anterioridad contra el Sr. A. V. R. El cheque entregado por el Sr. S. L. D. no se pagó por falta de fondos, y el Sr. S. L. D. no cumplió con la cesión a que se había obligado, ni desistió del ejercicio de las acciones judiciales. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de reclamación de cantidad formulada por el Sr. S. L. D. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial. (J. M. B. S.)

**18. Compraventa de inmueble con pacto de reserva de dominio.**—El Código civil no regula las compraventas de inmuebles sometidas a pacto de reserva de dominio, que tiene por objeto garantizar el pago del precio, toda vez que el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida, en tanto no se produzca el abono íntegro de la contraprestación, habiendo determinado la doctrina jurisprudencial su naturaleza y características, ya que se configura como una compraventa sometida a condición suspensiva que se proyecta en la fase de consumación del negocio, pues éste ha de reputarse debidamente perfeccionado, desplegando los efectos traslativos *ipso iure* cuando se verifica el completo pago, por producirse la transferencia definitiva de lo enajenado, con lo que el derecho expectante del comprador se consolida por el hecho de cumplir la obligación que le incumbía de abonar el precio del contrato (SS de 19 de mayo de 1989 y 12 de marzo y 16 de julio de 1993).

**Devengo del IVA.**—El impuesto del IVA no constituye propio precio del contrato, aunque es consecuente al mismo y procede cuando se lleva a cabo la transmisión de bienes inmuebles, por tratarse de un supuesto comprendido en el artículo 3 y 4.5.a) de la Ley 30/1985, al configurarse como operación gravada, constitutiva de hecho imponible, ya que en el artículo 6.7.º se reputa como entrega de bienes la transmisión del poder de disposición sobre los corporales, incluyendo la cesión de bienes en virtud de contratos de venta a plazos con reserva de dominio. El párrafo segundo del artículo 14.1 de la Ley 30/1985, en relación al 23 de su Reglamento, contiene una especialidad bien precisada para estas ventas, al establecer que el Impuesto se devengará cuando los bienes se

pongan en posesión del adquirente. Mientras dicho hecho no se produzca tampoco surge el deber de pagar la carga fiscal, que queda expectante hasta la efectiva cesión posesoria o dominical. De todos modos, en esta ocasión se acredita que los recurrentes, aunque todavía no hayan entrado en posesión de los bienes, sí que han hecho efectivo el pago de algunos plazos. Por eso, estos sujetos están obligados a satisfacer, si no lo que se les reclama en su totalidad, sí el impuesto correspondiente a las cantidades que efectivamente hayan abonado (art. 16.1 de la Ley). Así entra en juego el apartado dos del referido artículo 14, que actúa como regla general, al disponer que en las operaciones sujetas a gravamen que originen pagos anticipados a la realización del hecho imponible, el impuesto devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente producidos. En cambio, a los recurrentes no les incumben de momento abonar el impuesto correspondiente al último plazo que todavía no han hecho efectivo. (STS de 10 de febrero de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—Con fecha 2 de octubre de 1989 se pactó la venta de dos fincas bajo la modalidad de compraventa por precio aplazado con pacto de reserva de dominio. La cláusula quinta del contrato establecía que «hasta el pago total y completo del precio pactado, el vendedor se reserva el dominio de las fincas objeto de este contrato [...] y, en consecuencia, el comprador no podrá transmitir, ceder, arrendar o hacer acto de disposición alguno sobre el mismo». Esta cláusula añadía que «además de lo dispuesto en el párrafo anterior, el comprador no tomará posesión de las fincas objeto de este contrato hasta haber efectuado el pago completo e íntegro a que se refiere el apartado b) de la estipulación segunda de este contrato, así como el pago del importe total del IVA aplicable a esta transmisión». La cláusula séptima del mismo contrato señalaba que el precio pactado lo era sin IVA, y que el comprador satisfacía en el acto el importe de la cuota correspondiente a dicho impuesto «repercutible al pago ya efectuado [...] sirviendo el presente documento como carta de pago de la expresada suma. La cantidad restante [...] hasta el importe total del indicado impuesto, al tipo actual, será pagada en el momento en que el comprador tome posesión de los bienes objeto de este contrato». Llegado el momento previsto, se hace efectivo el segundo plazo sin que el comprador pague cuota alguna en concepto de IVA. Además, queda pendiente un tercer pago, por lo que las fincas objeto de la compraventa permanecen en posesión de la parte vendedora en virtud de lo pactado. Interpuesta demanda por la empresa vendedora, el Juzgado de Primera Instancia condena a la parte compradora al pago del importe total del IVA devengado por la compraventa. La Audiencia Provincial confirma esta sentencia. El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación. (J. M. B. S.)

**19. Carácter no excepcional de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Aplicación analógica del artículo 54 a un supuesto de asignación fiduciaria y renuncia de usufructo.**—La analogía, como método de autointegración de las lagunas del ordenamiento jurídico recogida en el artículo 4 CC, no presupone tal y como establece la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974, «la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto». Es incomprensible que se alegue el carácter excepcional de la LAU y la

imposibilidad de aplicación analógica de sus preceptos *ex* artículo 4.2 CC, cuando la propia LAU, en su artículo 8, obliga imperativamente la aplicación de tal método cuando nos encontremos ante materias que no «aparezcan expresamente prescritas en la misma».

Aunque el artículo 54 LAU está previsto para los supuestos de transmisiones *inter vivos* (venta y donación), y teniendo presente que uno de los principios que rige en materia arrendaticia es el de la protección del arrendatario mediante normas tendentes a conseguir la estabilidad y permanencia en la vivienda arrendada, cabe la aplicación analógica de dicho precepto en relación con el artículo 64 LAU. Si bien es cierto que el artículo 54 LAU está previsto para supuestos de transmisiones *inter vivos* de la vivienda, y en el supuesto anotado el codemandado recibe el bien a título de herencia del causante, su padre, no podemos desconocerse las especiales características que configuran dicha adquisición, puesto que «la adquisición de ese concreto bien se ha determinado por la asignación, no de toda la herencia entre los herederos sino de uno solo de los inmuebles que integra el caudal relicto, hecha por la fiduciaria nuda propietaria a los fines del encargo recibido, unida esa asignación a la renuncia por la fiduciaria usufructuaria al usufructo viudal sobre ese concreto bien» (FD 3.º).

**Fraude de ley. Nulidad de la escritura pública de renuncia de usufructo y asignación de fiducia testamentaria.**—Tanto el fraude de ley, el abuso del derecho, como la buena fe, aunque sean analizadas como instituciones distintas, presentan la misma finalidad, la de impedir que el texto de la ley pueda ser utilizado eficazmente para amparar actos contrarios a la realización de la justicia, de manera que los resultados, que de los mismos se deriven, nunca sean contrarios al «espíritu objetivo de la norma legal».

Al igual que en la S de 21 de febrero de 1969, en cuyos fundamentos se analizó la creación artificialmente por las partes de una situación de permuta y de división horizontal para eludir la disposición prohibitiva del artículo 6 LAU, entiende el TS que estamos ante una serie de actos, en principio lícitos (asignación fiduciaria y renuncia de usufructo viudal), pero que evidencia la intención de crear «una titularidad dominical posibilitadora de la denegación de prórroga del arrendamiento», eludiendo así la aplicación de las normas imperativas relativas a la prórroga forzosa. (STS de 20 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Eduardo S. H. es arrendatario de un piso por contrato de enero de 1974, siendo propietarios del inmueble en el que se encuentra el mismo los hermanos don Joaquín, don José y don Mariano H. C.; este último falleció en septiembre de 1983, ostentando la vecindad civil aragonesa. Por testamento otorgado por el causante el 22 de septiembre de 1975, instituía herederos universales a su esposa y a sus tres hijos, don Joaquín, doña Carmen y doña Purificación, y concedía a su esposa doña Purificación G. S. el usufructo universal de todo su patrimonio mobiliario e inmobiliario, además de la cualidad de fiduciaria para ordenar la sucesión en la forma y proporción que determinase.

El día 19 de diciembre de 1988, don Joaquín y don José H. C. y doña Purificación G. S., como heredera y fiduciaria de su esposo, procedieron por medio de escritura pública a la división horizontal del inmueble, adjudicándose a doña Purificación G. S. en su condición de heredera los pisos primero, cuarto izquierda y quinto izquierda. Posteriormente, por escritura de 21 de mayo de 1990, doña Purificación, en calidad de fiduciaria, asignó la nuda propiedad del piso 1.º a su hijo don Joaquín, que la aceptó; en la misma escritura, doña Purificación hizo renuncia del usufructo viudal que sobre el mismo le correspondía.

Don Eduardo S. H., en calidad de arrendatario, demandó ante los Juzgados de Primera Instancia a doña Purificación y a su hijo don Joaquín, solicitando que se declarase la nulidad de la escritura pública otorgada el 20 de mayo de 1990, tanto por no respetar el orden del artículo 64 LAU, como por haberse otorgado con abuso del derecho, sin causa o causa ilícita. Contestada la demanda por la parte demandada, formuló demanda reconvenional por la que se declarase la resolución del contrato de arrendamiento de 1 de marzo de 1974. Desestimada la demanda y estimada la demanda reconvenional, fue interpuesto recurso de apelación, que fue estimado por la AP, declarando la nulidad de la escritura de renuncia de usufructo y asignación de fiducia testamentaria. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—El TS reitera su doctrina acerca de la analogía en materia arrendaticia (SSTS de 21 de febrero de 1969 y de 7 de noviembre de 1972), y en concreto en lo relativo a la aplicación analógica de los artículos 54 y 64 LAU. Entiende el TS que aunque es cierto que la adquisición del bien inmueble se realiza por vía sucesoria, las especiales características que presenta la asignación fiduciaria, permite la aplicación analógica del artículo 54 LAU. Sin embargo, dicha asignación lo único que persigue es la creación de una titularidad dominical que permita eludir la aplicación de la normativa relativa a la prórroga forzosa. Teniendo en cuenta que uno de los principios que inspira la normativa arrendaticia es la protección del arrendatario y la permanencia en la vivienda arrendada, entiende el TS que la asignación es un negocio en fraude de ley y reitera el pronunciamiento de la AP en cuanto a la nulidad de la escritura que contenía la asignación y la renuncia al usufructo, por buscar una finalidad contraria al ordenamiento jurídico. (R. D. O.)

**20. Responsabilidad decenal. Naturaleza contractual.**—El artículo 1591 CC establece una responsabilidad basada en el contrato de obra, que se fundamenta en su incumplimiento y presume su culpabilidad; responsabilidad que se produce en caso de ruina, en sentido amplio aclarado jurisprudencialmente y respecto a la construcción de edificios, en relación con las distintas personas que intervienen en la misma. Tal como ha dicho la S de esta Sala de 30 de enero de 1997, el artículo 1591 CC impone un plazo de garantía de la corrección de la obra, en el cual se prevé una responsabilidad de naturaleza contractual, en caso de ruina de edificio.

**Ruina funcional.**—El concepto de ruina —que no es un supuesto de saneamiento por vicios ocultos— no es el restrictivo que significa destrucción de la obra, sino uno mucho más amplio, el de ruina funcional que alcanza o bien a toda la construcción o bien a parte o elementos de la misma, excediendo de imperfecciones corrientes (SS de 30 de enero y 29 de mayo de 1997). La doctrina de esta Sala sobre el concepto de ruina abunda en la idea de separarla de una interpretación literal, identificativa con el derrumbamiento de un edificio, para comprender en él a aquellos graves defectos que hagan temer la pérdida del inmueble o lo hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como a aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio (SS de 4 de abril de 1978, 8 de junio de 1987 y 15 de junio de 1990, entre otras). La ruina funcional configura una auténtica violación del contrato y supera el significado figurado y estricto de arruinamiento total o parcial de la obra hecha (SS de 1 de febrero de 1988 y 6 de marzo de 1990).

**Solidaridad.**—En cuanto a la solidaridad, el principio que sigue invariablemente la jurisprudencia es que si hay varias personas responsables, en esta responsabilidad decenal, lo son solidariamente siempre que no sea posible determinar la proporción o el grado en que cada una de aquéllas ha participado en la causación del mismo. No puede cargarse a la víctima de la ruina la prueba de cuál ha sido la intervención y la participación de los distintos agentes de la construcción ruinoso. A no ser que sea posible la responsabilidad individual de cada uno, todos ellos responden solidariamente. Por ello no es admisible la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en relación al total de personas que intervienen en una construcción (SS de 4 de julio de 1989 y 30 de septiembre de 1991, entre otras). Tal solidaridad no tiene origen convencional sino que es creación jurisprudencial para hacer posible la tutela efectiva de los derechos conculcados; y no impide que los condenados resuelvan en otro litigio la responsabilidad de cada uno. (**STS de 4 de marzo de 1998**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La comunidad de propietarios de un edificio de Calatayud y diversas personas interpusieron demanda contra tres sociedades mercantiles y varias personas físicas, que habían intervenido en el proceso constructivo de aquél. En el edificio habían aparecido diversas fisuras a causa de su deformación, hacía falta reparar las puertas y ventanas, faltaban contadores de agua caliente individuales, así como un sistema adecuado de ventilación. La demanda solicitaba que se condenase a los demandados a la reparación de estas deficiencias. El Juzgado de Primera Instancia de Calatayud la estimó parcialmente. Los demandados recurrieron la sentencia en apelación y la Audiencia Provincial de Zaragoza la revocó también parcialmente. Dos de las sociedades condenadas recurrieron en casación. Los recursos decayeron por pretender una nueva valoración de la prueba y variar la base fáctica de la sentencia de instancia, además de las razones expuestas arriba. (*A. R. G.*)

**21. Responsabilidad decenal en el caso de viviendas de protección oficial. Competencia de la jurisdicción civil.**—La competencia de las autoridades administrativas para poder instruir expedientes sancionadores por defectuosa construcción de las viviendas de protección oficial no excluye en modo alguno la competencia única de la jurisdicción civil para conocer del proceso correspondiente, aunque se trate de viviendas de la clase expresada, cuando la acción ejercitada en el mismo sea la de responsabilidad decenal que regula el artículo 1591 CC.

**Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.**—Al haber alegado la comunidad de propietarios demandante que los defectos ruínógenos que presenta la cubierta del patio o terraza del edificio son debidos a vicios de la construcción, con plena individualización o concreción de las causas determinantes de tales defectos ruínógenos, la relación jurídico-procesal quedó correctamente constituida, en cuanto única responsable por los denunciados vicios de construcción (art. 1591 CC), sin necesidad de demandar también a los técnicos (Arquitecto y Aparejador), en el bien entendido de que si en el desarrollo del proceso quedaba probado que los denunciados defectos ruínógenos no eran debidos a los alegados vicios de la construcción, ello conduciría a la ineludible desestimación de la demanda, sin que en ninguno de los dos supuestos resolutorios posibles (existencia o no existencia de tales vicios de construcción, con la consiguiente estimación o desestimación de la demanda, respectivamente) la sentencia correspondiente hubiera de afectar, en ningún caso, a quien no había sido parte del proceso, que es lo que trata de evitar la institución del litisconsorcio pasivo necesario, que aquí no ha existido.



**Ruina funcional.**—El fracaso de la cubierta para el fin que le es propio ha quedado acreditado. La aparición de goteras por filtración de agua al garaje y al local comercial, desde los tres años de entrega del edificio, sin que se haya solucionado el problema, evidencia la ruina funcional de elemento tan esencial del edificio. El origen de esta ruina, entendida en el sentido de inhabilidad o inaptitud para cumplir la finalidad de este elemento, no puede ser achacado sino a vicio constructivo, por no prever que los materiales empleados y la solución global dada no se compaginaban con el clima extremo de esta zona. A la aparición del problema coadyuva la defectuosa pendiente que existe en algunas zonas. La responsabilidad de la constructora es tan evidente que ella misma la asumió, comprometiéndose a la reparación.

**Culpa del propietario. Mantenimiento del edificio.**—El problema relativo al cegamiento no puede ser apreciado a simple vista, requiriéndose para ello conocimientos técnicos o especializados. Estos conocimientos son exigibles a la constructora, mas no a los propietarios del edificio que, cuando lo reciben, a salvo de indicaciones específicas, no pueden pensar más que en la necesidad de un mantenimiento consistente en limpieza y desembarazo de la boca de los sumideros. No había previsibilidad del evento para la comunidad y, por tanto, no habría culpa en su actuación, ni por ende responsabilidad.

**Incumplimiento del deber de información por la parte constructora.**—La constructora, por la actividad a la que se destina, debía saber cuál era el problema que podía presentar la cubierta, conforme a la solución arquitectónica elegida, y advertir de ello a los propietarios. El deber de información está inscrito en el artículo 1258 CC como exigencia derivada de la buena fe en el cumplimiento del contrato, y, en segundo término, regía plenamente la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios que establece específicamente dicho deber de información. (STS de 21 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un inmueble de Ciudad Real interpuso demanda contra la empresa constructora del edificio. En la demanda se solicitaba que se condenase a la empresa a realizar determinadas obras, que debían asegurar la impermeabilización de un patio-cubierta y la correcta evacuación de aguas de aquél. La empresa no había informado a los propietarios sobre el hecho de que determinados elementos del patio requerían un mantenimiento específico. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en su totalidad. La demandada recurrió la sentencia en apelación, pero la Audiencia Provincial de Ciudad Real confirmó la condena. Interpuesto recurso de casación por la demandada, el TS declaró que no había lugar. (A. R. G.)

**22. Contrato de obra. Acción directa del subcontratista frente al dueño de la obra.**—El TS afirma que el subcontratista, en base al artículo 1597 CC, tiene acción directa contra el dueño de la obra para reclamar el pago del precio de la obra realizada, con el límite cuantitativo de lo que el dueño adeude al contratista. Ello supone una excepción al principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC).

**Artículo 1593 CC. Norma interpretativa.**—Señala el TS que el artículo 1593 CC es una regla interpretativa de la voluntad de las partes. En los casos en los que se produzca un aumento de la obra con consentimiento del dueño, se producirá un aumento del precio de la misma y la consiguiente obligación de pago a su realizador (entre otras, SSTS de 28 de marzo de 1991, 24 de mayo de 1994 y 14 de octubre de 1996), incluyéndose en dicho concepto al subcontratista (STS de 9 de mayo de 1996). (STS de 16 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Se suscribe, con fecha 15 de noviembre de 1989, un contrato de obra para la construcción de una fábrica. Posteriormente, el contratista, por documento de 11 de diciembre de 1989, subcontrató la ejecución de la citada obra con otro sujeto.

Como consecuencia del impago del precio de la obra, el contratista y el subcontratista interpusieron demanda contra el dueño de la obra, suplicando, entre otras cosas, se condenase al demandado a abonar el precio de la obra realizada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

**23. Arrendamiento de servicios. Abogados. Normativa aplicable.**—Se está de acuerdo con la sentencia de esta Sala de 24 de junio de 1991 que establece que «las relaciones que mediaron entre el demandado y las empresas mercantiles actoras, que consistieron en la prestación por aquél de actividades profesionales de Letrado en ejercicio, en términos generales, se engloban en el contrato de arrendamiento de servicios sin tiempo fijo (arts. 1544 y 1583 CC), si bien, dada la insuficiencia de normativa legal reguladora de los servicios profesionales de los abogados, el TS ya denunció en SS de 10 de junio de 1975 y 17 de septiembre de 1983, y al amparo de la libertad de contratación que establece el artículo 1255 CC, que la prestación de los referidos servicios rebasa, en muchas ocasiones, los términos del simple arriendo, para concurrir con los propios del mandato, representación y gestión, e incluso del arriendo de obra».

**Fijación de honorarios. Fijación unilateral.**—La retribución económica del Letrado, conforme a lo previsto en el artículo 37 del derogado Estatuto General de la Abogacía y en el 56 del vigente de 24 de julio de 1982, así como a normas sustantivas sobre el pago de los denominados servicios superiores o de las profesiones liberales (arts. 1542 y 1544 CC), puede ser fijada discrecionalmente en su cuantía por el acreedor, pero siempre acomodándose a unas pautas orientadoras (naturaleza del asunto, valor económico, amplitud y complejidad de la labor desarrollada, etc.) excluyentes de posibles excesos en la exigencia del derecho de crédito, indicaciones usualmente recogidas en las tarifas de honorarios de los Colegios; si bien estas genéricas normas corporativas carecen de eficacia vinculante a la hora de resolver (precepto citado del estatuto en vigor, párrafo uno, *in fine*), y no impiden que los obligados al desembolso impugnen por excesiva la minuta, de la misma manera que no constriñen al órgano jurisprudencial en trance de fijar la compensación dineraria que estime justa por la tarea efectuada, aunque no dejan de proporcionar un criterio estimable para llegar a esa concreta determinación (S de 12 de julio de 1984).

**Criterios ante la falta de pacto sobre honorarios.**—Ante la imposibilidad de atenerse a la minuta presentada en autos, la realidad de unos servicios prestados y la necesidad de retribuirlos, es dable al juzgador acudir a la equidad para señalarlos en una cierta suma (S de 4 de mayo de 1988). Muy recientemente este TS ha decantado su doctrina sobre los honorarios a percibir por el Abogado, cuando éstos no se hayan pactado previamente, conforme a la traslación que realiza de los preceptos de la LEC en relación con los artículos 1544 y 1447, ambos del CC, sobre la fijación del precio, que tiene carácter arbitral. De modo que ha de considerarse que la intervención del Colegio de Abogados del lugar donde se presten los servicios del abogado (o los designados supletoriamente), así como el carácter detallado de la minuta, aun regulados en la

LEC, son exigencias ineludibles de orden sustantivo para que el Juez haga uso de sus facultades moderadoras, en los casos en que los honorarios no estuvieran previamente pactados y haya de proceder a su fijación, no obstante, se trate de una reclamación formulada en proceso ordinario, todo ello como complemento necesario para dar cumplimiento al artículo 1544 CC que debe relacionarse con el artículo 1447 CC, de manera que en estos supuestos el órgano judicial asume, siguiendo las pautas marcadas por la LEC, funciones de arbitrador por ministerio legal (S de 3 de febrero de 1988). (**STS de 24 de febrero de 1998**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El Sr. G. I. L. formula demanda por la que reclama el pago de la cantidad de 41.596.378 pesetas en concepto de retribución de los servicios de abogado, así como de daños y perjuicios causados por incumplimiento contractual. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena a los demandados Sr. M. S. C. y entidad mercantil *M. J. R.* al pago de las cantidades de 50.000 y 168.000 pesetas, respectivamente. Interpuesto recurso de apelación por el Sr. G. I. L., la Audiencia Provincial lo desestima al deducir de los hechos probados que las actuaciones del Sr. G. I. L. se desarrollaron en beneficio propio y en el de sus futuros socios, familiares suyos. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

**NOTA.**—Extraña que el TS declare que la actuación del demandante nada tiene que ver con el contrato de servicios del artículo 1544 CC, pero que, a continuación, invoque la jurisprudencia que calcula la retribución económica de los abogados conforme a lo previsto en el Estatuto General de la Abogacía y a las normas del contrato de arrendamiento (arts. 1542 y 1544 CC), y exija la intervención del Colegio de Abogados y el carácter detallado de la minuta para dar cumplimiento, entre otros preceptos, al artículo 1544 CC. (*J. M. B. S.*)

**24. Arrendamiento de servicios. Desistimiento unilateral.**—En el contrato de prestación de servicios tiene especial importancia la extinción de la relación jurídica contractual por decisión unilateral de una de las partes, que se funda en la relación de confianza, *intuitu personae*, propia de este contrato (SS de 30 de marzo de 1992, 11 de mayo de 1993, 9 de febrero de 1996, entre otras).

**Abogados. Normativa aplicable.**—El contrato de prestación de servicios es definido en el artículo 1544 CC, conjuntamente con el de obra, a los que llama de «arrendamiento», como contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto; está pobrísimamente contemplado en los artículos 1583 a 1587 CC, la mayoría de ellos derogados tácitamente, por lo que se regula por lo pactado y por lo previsto reglamentariamente, como es, en el caso del contrato celebrado con abogado, el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio.

**Deberes de información al cliente y de custodia de la documentación.**—El deber de fidelidad tiene su base en el Código civil, artículo 1258, y en el propio fundamento del contrato de prestación de servicios, que da lugar a una relación personal *intuitu personae*; en el caso del Abogado, la tiene en los artículos 43 y 55 del mencionado Estatuto. Incluidos en el deber de fidelidad se hallan, en relación con el contrato con abogado, primero, el deber de información adecuada durante la vigencia de la relación contractual, y también, con mayor fuerza, en el momento de la extinción, y, segundo, el deber de adecuada custodia de todos los documentos, escritos, traslados y actuaciones que se derivan de la relación contractual y actuación profesional y, también con mayor intensidad, en el

momento de la extinción, la entrega de toda aquella documentación al cliente. Es clara la obligación de devolver los expedientes por parte de quien los retiene una vez extinguida la relación contractual de prestación de servicios, y si bien la venia es una «regla de cortesía», como dice el primer párrafo del artículo 33.1 del aludido Estatuto, no es una norma que impida el cumplimiento de preceptos del Derecho civil, ni mucho menos, que sirva como arma de coacción frente al cliente que, tras la extinción del contrato, precise y reclame información y devolución de documentación. (STS de 25 de marzo de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El Sr. M. M. C. se comprometió a prestar sus servicios como abogado a varias sociedades, que posteriormente se integraron en la entidad C., S. A. A pesar de que durante la tramitación de los procesos judiciales en los que el Sr. M. M. C. prestó dichos servicios, esta entidad decidió prescindir de los mismos, el Sr. M. M. C. no entregó los expedientes que aquélla le solicitó en distintas ocasiones. La entidad C., S. A., formuló demanda por la que reclamó la condena del Sr. M. M. C. al pago de la cantidad de 10.500.000 de pesetas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, así como la entrega por parte de éste de los expedientes. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia anterior. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

**25. Usura.**—El recurso denuncia inaplicación de la Ley de Usura (arts. 1, 3 y 9). Según esta ley será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, y también el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la entregada. Añade la ley que lo dispuesto en ella se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente al préstamo dinerario. La situación angustiosa no se ha demostrado, como tampoco la concurrencia de las demás circunstancias que al amparo de la Ley de Usura darían lugar a la total nulidad del contrato.

**Contrato de arrendamiento financiero. Naturaleza jurídica.**—El contrato de arrendamiento financiero no puede ser calificado de préstamo, pues tiene causa distinta, está reconocido legalmente y se recurre a él por razones de financiación y también por razones fiscales. Aunque vaya precedido de una compraventa del inmueble por el que luego será arrendador financiero, no cabe equipararlo a las ventas con pacto de retro, también lícitas pero próximas, en ocasiones, a los préstamos encubiertos y con la garantía de la finca, y hasta puede decirse que es una simple figura del *constitutum posesorium*, conocido ya en el Derecho romano, y según el cual un poseedor propietario pasa a ser poseedor por distinto título, como puede ser y aquí es, de arrendatario, además de aspirante a propietario por pago de mensualidades y el precio de residuo. Si no hay préstamo, si no hay negocio que encubra préstamo ni abuso de situación angustiosa, el motivo que pretende la nulidad de los contratos debe ser rechazado.

**Pena convencional. Moderación por los Tribunales.**—Por aplicación de la Ley de Usura, hay que entender absolutamente desproporcionadas las cláusulas que el contrato contiene para fijar las consecuencias económicas del incumplimiento. La cuantificación de éstos es posible pactarla pero este pacto debe ser acomodado al equilibrio patrimonial, que en el presente caso se manifiesta enormemente desproporcionado, cuando fija unos intereses moratorios que

equivalen al 24 por 100 en operación por la que ningún riesgo corre la acreedora que tiene la propiedad de un inmueble, adquirido a precio sensiblemente inferior al que lo ofrece en arrendamiento financiero, en el que entre otras muchas cautelas obtiene incluso la fianza solidaria, a título personal de los contratantes, a los que exige además el pago de todas las cuotas íntegras de los meses que tarden en devolver la cosa, cuotas que una vez resuelto el contrato no pueden ser de la misma entidad que las que, vigente el contrato, llevan a la consolidación de la propiedad tras el pago del precio de residuo por el arrendatario financiero. Todo lo previsto para el caso de impago tiene la naturaleza de cláusula penal, y el Tribunal está facultado para hacer uso de la moderación que la ley le confiere (art. 1154 CC). Procede reducir los intereses por mora a los legales, y la compensación por la posesión de la finca hasta su devolución se reduce a la de 150.000 pesetas mensuales.

**Concepto de consumidor.**—Presupuesto de aplicación de la Ley de protección a los consumidores y usuarios es que se esté ante persona individual o jurídica que tenga la calificación legal de consumidor y el artículo 1 de la Ley establece que son consumidores las personas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles..., y que no tienen la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales utilizan los bienes, integrándolos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, como es el caso de autos. (STS de 17 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Un banco concedió un crédito de 25 millones de pesetas con garantía hipotecaria de un inmueble. Unos diez días después, las partes convinieron lo que la doctrina viene llamando *lease-back* o *leasing* de retorno, que suele considerarse una modalidad del arrendamiento financiero. En virtud de este contrato, los prestatarios vendieron el inmueble al banco, por un precio de 30 millones, y el mismo día éste se lo cedió en arrendamiento financiero por un período de 180 meses con pago de mensualidades de 475.951 pesetas, que importaban un total de 85.671.180 pesetas. Ante el impago de las cuotas, el banco resolvió el contrato. Los vendedores opusieron la nulidad del mismo. A su entender, éste no era un *lease-back* sino aquella operación usuraria que históricamente se ha designado con el nombre de «contrato de mohatra» y que servía para eludir la prohibición canónica de la usura en la Edad Media. Así lo demostraría —añadían— la diferencia entre el precio de venta al banco y la suma total adeudada en concepto de arrendamiento financiero. Al parecer, el contrato había sido presentado en el Registro de la Propiedad para su inscripción, pero se rechazó por contener cláusulas contractuales «demostrativas de desequilibrio, otras de enriquecimiento injustificado y perjudiciales para los usuarios». Además, el préstamo concedido había permitido a los demandados cancelar una hipoteca anterior a favor de otra entidad de crédito. Esto demostraría —según afirmaban— que se encontraban en una situación de angustia económica (cfr. art. 1.1 Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura). El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Logroño estimó íntegramente la demanda interpuesta por el banco y condenó solidariamente a los arrendatarios a pagar a la parte actora el importe de las rentas vencidas e impagadas (cuatro mensualidades) más los intereses contractuales desde el vencimiento, así como a dejar libre y a disposición de la misma el inmueble, debiendo abonarle como indemnización una cantidad igual a la de una cuota mensual por cada mes que transcurriese.

La Audiencia Provincial de Logroño desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados, pero el TS declaró haber lugar al de casación.

NOTA.—La parte recurrente califica el contrato como «mohatra». En nuestra tradición jurídica, ésta funcionaba así: «A» vendía a «B» a crédito, y «B» revendía a «A» a precio inferior y al contado (véase Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 163). Difiere por tanto del *lease-back* en que en éste no hay dos ventas sino una venta y un *leasing* (véase sobre esta modalidad de *leasing*, Francisco Vicent, *Introducción al Derecho Mercantil*, 11.<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanc, 1998, p. 740). En cuanto a la fundamentación de la sentencia, hay que destacar que considera usurario al contrato pese a que rechaza expresamente la aplicación de la Ley de Azcárate. Quizás por ello, en lugar de declarar nulo el contrato (art. 3 de la Ley), modera sus efectos calificándolos de cláusula penal (art. 1154 CC). Sobre esta solución, Antonio Cabanillas, «Naturaleza del “leasing” o arrendamiento financiero», *ADC*, 1982, p. 118, y posteriormente en «La configuración del arrendamiento financiero (*leasing*) por la Ley de 29 de julio de 1988, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre *leasing* internacional», *ADC*, 1991, pp. 1011-2. (A. R. G.)

**26. Usura. Arbitrio judicial.**—En los litigios regulados por la Ley de represión de operaciones usurarias, las apreciaciones de hecho de los tribunales de instancia, aunque no sean intangibles, son siempre respetables (S de 8 de noviembre de 1991). La facultad extraordinaria que dicha Ley concede para formar libremente la convicción del juzgador no llega al extremo de convertir la casación en una tercera instancia. Las apreciaciones, criterios y convicciones del tribunal inferior deben ser tenidos en cuenta y aceptados cuando no estén claramente en disconformidad con las resultancias procesales estimadas con arreglo al artículo 2 de la Ley mencionada, o sea, cuando no existan elementos de convicción suficientes para rectificar una equivocación del Juez de instancia.

**Calificación de un contrato como usurario.**—Por otra parte, para calificar de usurario el préstamo ha de atenderse al momento de la perfección del contrato (S de 29 de septiembre de 1992), por ser aquel en que otorgándose el consentimiento puede estimarse si éste estaba o no viciado, siendo la de ese momento la realidad social que ha de contemplarse y no la vigente cuando se pretende que el contrato tenga efectividad, pues otra cosa implica infracción de los artículos 2.3 y 3.1 CC.

**Tipo de interés no usurario.**—Reconocido el principio de libertad de pacto en orden a la fijación de los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de las Entidades de crédito (OM de 12 de diciembre de 1989), y pactado en la póliza de crédito suscrita entre los litigantes un interés del 17,50 por 100, el mismo se encuentra dentro de los límites de normalidad de los aplicados por las entidades bancarias en operaciones de esa clase en la época en que se formalizó el contrato.

**Prestación de intereses. Concepto.**—Para determinar si el interés pactado es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, no pueden tenerse en cuenta los porcentajes establecidos en razón de disponibilidad del crédito concedido, de apertura y concesión por gastos de estudio e información, ya que tales conceptos no constituyen el precio o retribución del dinero de que, por resultado de la concesión de crédito, dispone el cliente, que es el concepto propio de interés, sino que se trata de la remuneración debida al banco por los servicios que presta al

cliente derivados del mecanismo de funcionamiento de esta clase de operaciones. La citada Orden faculta, en su apartado quinto, a las entidades de crédito para fijar libremente esas comisiones, sin perjuicio de la obligación de publicidad que se les impone, no estando en autos que tales devengos sean anormalmente superiores a los establecidos por otras entidades en ese tipo de operaciones.

**Tasa Anual Equivalente y tipos de interés.**—Aunque tales gastos y comisiones son tenidos en cuenta para fijar la Tasa Anual Equivalente, esta tasa representa el coste total, porcentualmente establecido, de la operación bancaria, no la retribución del dinero puesto a disposición del cliente, es decir, el interés, y así lo declaró esta Sala en la S de 18 de febrero de 1991. (STS de 7 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos personas demandaron a una entidad de crédito por entender que el contrato de préstamo que habían celebrado con ella era usurario y, por ende, nulo. El interés anual pactado era del 17,50 por 100 y el de demora del 29 por 100. Además, se fijó un 0,5 por 100 en concepto de disponibilidad, un 1 por 100 como comisión de apertura y un 0,40 por 100 por gastos de estudio e información. La Tasa Anual Equivalente se fijaba en el 30,380 por 100 a efectos puramente informativos. El Juzgado de Primera Instancia de Tarancón desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Cuenca confirmó la sentencia de aquél. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por los actores. (A. R. G.)

**27. Contrato de mandato. Interpretación e integración. Carácter retribuido.**—El mandato no era gratuito. La retribución se acordó que fuese el 50 por 100 de los beneficios que diese la venta del nuevo edificio. Al no poderse llevar a cabo, queda por fijar el *quantum* de la susodicha retribución, que no puede ser inferior a la ofrecida por los propietarios según su contestación a la demanda, la cual no significa más que la traslación de aquel 50 por 100 a la plusvalía obtenida entre el valor asignado al edificio en el contrato de 1987 y el precio pagado por el tercero, más las revalorizaciones por IPC y deducciones. Esta integración del contrato es correcta; el mandato era claramente retribuido en la «segunda fase» de la operación, y si ésta no entraba en vigor de acuerdo a lo pactado, el importe de la retribución del mandatario quedaba sin fijarse en el texto del contrato. La buena fe y la naturaleza de lo pactado (art. 1258 CC) obligan a integrar la laguna en la forma antedicha, que coincide con el fallo de la sentencia recurrida, por lo que no puede producirse su casación y anulación por este motivo. Sería contrario a la más elemental buena fe y equidad que el mandatario no obtuviese retribución por su trabajo, después de haber conseguido una plusvalía para el edificio de 140.000.000 de pesetas en números redondos en dos años prácticamente. No puede pretenderse que la extinción del mandato era libre e incondicionada, y al mismo tiempo no retribuable, ya que había quedado subordinada la venta del edificio a que no se consiguiese por el mandatario dejarlo vacío y apto para su derribo en ese plazo. Nada de esto se pactó, además de que pugna con el plazo de duración del mandato de cinco años, ni mucho menos que el mandatario nada tuviese derecho a cobrar si aquellos fines no se alcanzaban.

**Indemnización de lucro cesante. Improcedencia.**—No procede la indemnización de los daños que constituyen lucro cesante. Teniendo en cuenta que el futuro negocio que se proyectó ya no es posible realizarlo al haberse enajenado el edificio a un tercero, raya en el absurdo que, además, se pretenda incrementar aquellos daños con un lucro cesante que se indemnizaría por duplica-

do. Además, y sobre todo, hay que desestimarlos porque, como se ha dicho, el contrato de mandato se ha extinguido, pero no puede decirse que la venta realizada por los propietarios haya frustrado el interés del mandatario por incumplimiento del contrato.

**La anotación preventiva de embargo debe cancelarse a partir de la firmeza de la sentencia absolutoria que ponga fin al litigio.**—Aparte de que ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación dicen nada sobre cuándo ha de cumplirse la orden de cancelación de la anotación de embargo, el recurrente olvida que él pidió tal anotación al amparo del artículo 42.1 LH, como consecuencia de haber solicitado el cumplimiento de la obligación de los demandados de aportar el inmueble objeto de la anotación a una futura sociedad. Por lo tanto, es obligada la aplicación del artículo 206 RH, en cuya virtud «procederá la cancelación de anotaciones preventivas: 1.º Cuando por sentencia firme fuere absuelto el demandado en los casos a que se refiere el párrafo primero del artículo 42 de la Ley». La anotación no tuvo lugar como medida cautelar al amparo del artículo 1428 LEC, de modo que no se puede pretender su vigencia hasta que los demandados paguen la indemnización a que se les condena, esto es, hasta que la sentencia sea cumplida. (STS de 9 de febrero de 1998; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—Con fecha 28 de enero de 1987 los copropietarios de un inmueble y el Sr. A. G. F. celebraron un contrato por el cual este último asumió la obligación de obtener el desalojo de los arrendatarios que lo ocupaban y la autorización para su derribo en un plazo de cinco años; a su vez, las partes se comprometieron a constituir una sociedad con el objeto de construir y promocionar un edificio sobre el solar resultante, mediante aportaciones de capital por partes iguales, así como de dicho solar, valorado en 60.000.000 de pesetas. Las partes también pactaron que, transcurridos dos años desde el acuerdo, los propietarios podrían vender el inmueble, y para este caso concedieron un derecho de adquisición preferente al Sr. A. G. F. En el mes de diciembre de 1989 los copropietarios revocaron los poderes concedidos al Sr. A. G. F. y, por escritura pública de 30 de abril de 1991, vendieron el inmueble por el precio de 200.000.000 de pesetas, sin que el mandatario ejerciera su derecho de adquisición preferente. Interpuesta demanda por el Sr. A. G. F., el Juzgado de Primera Instancia declara haber lugar a la indemnización de los daños ocasionados por el incumplimiento del contrato. La Audiencia Provincial admite en parte los recursos de apelación y modifica la cuantía indemnizatoria. El TS declara no haber lugar a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios pero sí a la de retribuir al mandatario. (J. M. B. S.)

**28. Revocación del mandato.**—Aun admitiendo que al contrato le sea aplicable la normativa de los artículos 1709 ss. CC, nos encontramos ante un contrato sinalagmático, con prestaciones recíprocas, y con un plazo de duración preestablecido. Se trataría de un mandato retribuido al que le sería aplicable la doctrina de la S de 21 de diciembre de 1963 —referida al contrato de comisión—, según la cual cuando se ha establecido un plazo de duración «evidentemente en interés común de ambas partes contratantes», la facultad de revocar subsiste, mas si se impone antes de la expiración del plazo, sin haberse demostrado justa causa dimanante de lo pactado por parte del mandatario o comisionista, entonces el comitente debe indemnizar a aquél los daños y perjuicios que con la extemporánea revocación le ocasione (S de 6 de diciembre de 1924).



Doctrina que aplicó, ya se tratase de un contrato innominado *facio ut des*, ya de una comisión mercantil, con fundamento en el artículo 57 CCO y en los artículos 1101 y 1106 CC, con criterio coincidente con la jurisprudencia francesa e italiana sobre la revocación «extemporánea o intempestiva del mandato», y que se reitera en la S de 25 de noviembre de 1983. (STS de 3 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El contrato que dio origen al litigio se celebró entre dos sociedades mercantiles, *Astevi, S. L.*, y *Real Compañía de Vinos, S. A.* La primera se comprometía a prestar lo que llamaban «servicios industriales» por cuenta y riesgo de la segunda. Los servicios consistían en mantener las relaciones de la bodega perteneciente a *Real Compañía de Vinos, S. A.*, con distintos organismos —Delegación de Hacienda, Ayuntamiento, Gobierno autónomo, entre otros—, así como trabajos de acondicionamiento y puesta en marcha de la bodega, elaboración, crianza, embotellado, y compra de materias primas y maquinaria. Se pactó un plazo de duración del contrato de tres años prorrogables. Pese a que *Astevi, S. L.*, iba cumpliendo con su prestación, la otra parte la requirió notarialmente a fin de resolver el contrato antes de acabar el plazo referido. Al parecer, las partes discrepaban sobre la actuación de la primera con relación a la puesta en marcha de la bodega. *Astevi, S. L.*, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Logroño, en la que ejercitaba la acción de cumplimiento del contrato. La sentencia estimatoria fue confirmada por la Audiencia Provincial de Logroño. *Real Compañía de Vinos, S. A.*, recurrió de nuevo, esta vez en casación. El TS entiende que el recurso no ha lugar. (A. R. G.)

**29. Responsabilidad civil derivada de delito: agente mediador que se apropia de aportaciones de los inversores: prescripción de la responsabilidad penal y civil: doctrina general.**—En nuestro ordenamiento jurídico la acción civil se ejercita conjuntamente con la penal (arts. 105 y 108 LECr), bien por el Ministerio Fiscal (art. 105) o por la parte perjudicada (art. 110), salvo que ésta renuncie o se la reserve (art. 112), y promovido juicio criminal no puede seguirse sobre el mismo hecho pleito civil hasta que termine aquella vía (art. 114). Ambas acciones, penal y civil, son prescriptibles; la penal cuando transcurre el tiempo fijado en el código para el delito de que se acusa, y la civil, si se ejercitan juntas, sigue el mismo régimen que la penal respecto al lapso de prescripción; ahora bien, si ejercitada la acción penal termina sin condena —caso presente—, y no se declaran inexistentes los hechos (art. 116), queda expedita la vía civil, que en tal caso podrá estar sujeta a la prescripción de un año si la demanda se funda en responsabilidad extracontractual, y tal plazo se computará desde el día en que pudo ejercitarse, que será el siguiente a la firmeza de la resolución que puso fin al proceso, o será el plazo correspondiente a la prescripción del contrato si los hechos se han cometido con ocasión de vínculo obligatorio contraído, y en su cumplimiento se ampara la pretensión.

**Mutatio libelli permitida: reparación de daños por ruptura del vínculo contractual: Dies a quo.**—En este caso la pretensión se ha fundado en la imposibilidad de llevar a feliz término un contrato mercantil de suscripción de títulos de capitalización, y ese incumplimiento se ha producido porque el agente que medió en el contrato y que siguió encargado de los cobros sucesivos, rompiendo el vínculo de fidelidad y de la buena fe que ha de presidir la contratación, perjudicó a los actores (arts. 7.1 y 1258 CC y 57 CCO); la pretensión ejercitada es la reparación de los daños por romper el vínculo contractual y en

consecuencia, aun alegada en la demanda la responsabilidad extracontractual, en realidad se está ante una contractual, cuyo plazo de prescripción es el de quince años; la alteración de la fundamentación de la condena es simple aplicación del principio *iura novit curia*, y del aforismo *da mihi factum dabo tibi ius*, y no se ha producido indefensión alguna, debiendo advertirse que la parte que tanto énfasis pone en la prescripción ni siquiera cumple con su deber de alegar cuál fue el día inicial de su cómputo, pues no consta en las actuaciones que el auto de sobreseimiento libre fuera notificado al Ministerio Fiscal y a las partes personadas si las hubiere, que es requisito para dejar expedita la vía civil, por transcurrido el plazo de recurso y ganar firmeza la decisión.

**Cuantía de la indemnización.**—Aunque ambas partes recurren este punto, la Sala de la Audiencia ha estudiado detalladamente las consecuencias de la ruptura de contrato de capitalización, con grave daño para los actores, por causa sólo imputable a la sociedad X que actuaba a través del agente de su confianza, haciendo uso de la sana crítica para apreciar la prueba pericial, y en definitiva utiliza su facultad para fijar el *quantum*, que ha de respetarse en casación. (STS de 9 de febrero de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia *pedagógica* (Pte. Marina Martínez-Pardo) que sintetiza la *communis opinio* jurisprudencial en la materia con una plausible explicación de la *mutatio libelli* que, de modo concorde, han realizado y aceptado todas las instancias judiciales que han intervenido; es evidente que la fuente del daño cuya reparación se solicita es contractual. Sorprende la antigüedad de los hechos incriminados, cometidos entre 1972 y 1975; y también la indemnización efectivamente concedida (7.405.440 pesetas, que es la de la sentencia de la AP), frente a la solicitada en la demanda y otorgada por el Juzgado de Primera Instancia (22.330.473 pts.). En el FD 1.º de la S extractada se da por probado que los actores llegaron a invertir algo más de cuatro millones de pesetas, sin que se explique de alguna manera la disparidad de estas cifras. En todo caso, se aplica la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la fijación del *quantum* indemnizatorio. (G. G. C.)

**30. Muerte por descarga eléctrica: tendido de alta tensión sobre finca de regadío; establecimiento voluntario de servidumbre legal de paso de energía eléctrica conforme Ley de 1966: responsabilidad por riesgo: previsibilidad de formación de arcos voltaicos por inducción: negligencia de personal técnico al servicio de empresa hidroeléctrica: inexistencia de culpa de la víctima.**—El fallecimiento de la víctima se produjo por una descarga eléctrica de alto voltaje, sin que pueda asegurarse que el desencadenante de la misma fuese la entrada en contacto de los tubos de regadío, que portaba la víctima, de seis metros de longitud, con los cables situados a 6,26 metros del suelo; existe un informe técnico que afirma que el accidente pudo producirse por inducción, surgiendo una descarga desde los cables al tubo, a modo de arco voltaico; al establecerse la servidumbre, los técnicos de la empresa conocieron que la finca sirviente se dedicaba a regadío, subsistiendo después sus obligaciones de vigilancia, conservación y reparación, por lo cual el riesgo pudo y debió preverse, evitando con una instalación adecuada, dados los avances científicos, toda posibilidad de contacto de cables y tubos y, aun descartando tal contacto, adoptando las medidas de seguridad conducentes a la formación de arcos voltaicos, acaecimiento que en modo alguno era imprevisible, teniendo en cuenta que en las fincas de regadío se mantiene un elevado índice de humedad. Son precisamente las circunstancias de personas, tiempo, lugar, sector del tráfico y realidad social, las que imputan civilmente a la empresa hidroeléctrica, y a sus especialistas, el

no prever lo que pudo y debió ser previsto y evitado, sin que pueda trasladarse a unos labradores, como la víctima y su padre, aunque aquélla de diecinueve años estuviese estudiando, de modo que lógicamente habían de fiar, más que en sus conocimientos, en los mayores, por científicos, de los expertos de la empresa, sobre quienes recae una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada, aplicando la inversión de la carga de la prueba y la responsabilidad por riesgo, sin que se pactase la no utilización de la finca para regadío, ni siquiera que se advirtiese de los peligros de electrocución por inducirse una descarga eléctrica. (STS de 18 de febrero de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte. Fernández-Cid de Temes) con un minucioso análisis de los hechos y correcta calificación de los mismos. Es probable que el revestimiento de los cables de alta tensión que hoy atraviesan profusamente los campos españoles, fuese una medida que evitara buena parte de los riesgos que la S detecta en las fincas de regadío atravesadas por líneas de alta tensión, sujetas a una normativa de 1966, necesitada de urgente revisión; en términos de análisis económico del Derecho parece claro que a las empresas hidroeléctricas les trae más cuenta abonar las condenas que no revisar todas las instalaciones. ¿Habría que esperar a una Directiva comunitaria? (G. G. C.)

**31. Responsabilidad médica: operación de cadera con secuelas: culpa levísima: reponsabilidad solidaria del médico y del Insalud.**—Se acoge la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y su apreciación de culpa, aunque fuera levísima, bien por realizar la operación de forma rutinaria, ya por no verificarse control, sea por realizar éste de modo insuficiente, pues que, aun partiendo de que no cabe aplicar en este campo de responsabilidad médica, la inversión de la carga de la prueba, ni la responsabilidad objetiva, y que existe riesgo implícito en toda operación, así como de que el diagnóstico fue correcto, que la displasia del cotilo requería la cementación, generante de elevadísimas temperaturas, siendo la vía de acceso adecuada la lateral o la posterior, por lo que en la parte opuesta quedan los vasos y nervios invisibles al cirujano, haciendo posible su lesión y la de la femoral, lo que no se justifica ni explica es el rebosamiento del cemento que llega a ponerse en contacto con la arteria, ni que la trombosis de la femoral se produjera por una cuña del cemento del cotilo, al fraguar, que llegó a la pared posterior de la arteria, quemándola, ya que este resultado no es debido sólo a la temperatura que genera el fraguado, y el rebosamiento y cuña producidos no se presentan como necesarios e inevitables, ni consta que de todo ello se informase a la interesada antes y después de la operación, cual es exigible.

**Prescripción: dies a quo: responsabilidad derivada de lesiones: doctrina legal.**—La doctrina legal sentada por sentencias uniformes y constantes de esta Sala, señala al respecto: 1.º A los efectos de las consecuencias derivadas de las lesiones hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido, según el alta médica, salvo que subsistan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de mejora, pues entonces ha de situarse el cómputo inicial del plazo en el momento en que se tenga conocimiento del último estadio del total resultado, pues las series progresivas, o que así se creen, no pueden fraccionarse, y al paciente ha de comunicársele el diagnóstico irreversible y definitivo del daño causado, sin pretender que lo deduzca como cuando conserva esperanzas de mejoras. 2.º El instituto de la prescripción ha de interpretarse y aplicarse de modo restrictivo, por basarse en criterios de seguridad jurídica y presunción de abandono del derecho y no en principio de justicia intrínseca; y 3.º Como consecuencia de los puntos anteriores, ha de con-

clirse con la STS de 10 marzo de 1989 que tanto la indeterminación del día inicial como las dudas que sobre el particular puedan surgir no deben resolverse, en principio, en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado; en el presente caso, y dando por supuesto que la paciente tiene que tener cabal y completo conocimiento del alcance del mal, y en el alta de sanidad han de quedar constatadas las secuelas, en el presente caso no aparece notificación a la enferma de las secuelas definitivas, no susceptibles de mejora, lo que lleva, al menos, a dudar sobre cuál fue el día inicial y su determinación, hasta la propuesta de incapacidad permanente absoluta del Insalud, momento en el que se sucedieron las reclamaciones interruptivas de la prescripción. (STS de 19 de febrero de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Parece claro que existe un propósito ocultador de las secuelas de la operación de cadera, o, al menos, una conducta por parte del Insalud cuyo resultado objetivo es que la interesada no llega a adquirir noticia de aquéllas hasta el punto de que sigue confiando en su curación sometándose a otra operación en la cadera derecha. La mera constancia de las secuelas en un informe médico interno, no notificado, no puede constituir el *dies a quo* del plazo prescriptivo de la acción. Se produce una situación de incertidumbre que sólo se disipa con la propuesta incapacitante del Insalud hecha a la operada, a partir de la cual se suceden las reclamaciones interruptivas de la prescripción. Sentencia de aprobar que aplica una conocida y reiterada doctrina sobre la materia, sin perjuicio de recordar el carácter restrictivo de la prescripción extintiva, recaída mayoritariamente a propósito de las reclamaciones por culpa extracontractual. (G. G. C.)

**32. Culpa médica: transfusiones de sangre de donantes no identificados: protección de consumidores en la prestación de servicios sanitarios: transmisión del virus del sida: relación de causalidad: responsabilidad del Insalud.**—Es un hecho gravísimo que en la prestación de servicios sanitarios se realicen transfusiones de sangre infectada con el virus del sida, siendo de aplicar el apartado 1 del artículo 28 LGDCU de 1984, mientras que el apartado 2 alude expresamente a los servicios de aquella clase, debiendo entenderse que el *correcto uso* que se exige para hacer efectiva la responsabilidad objetiva que dispone dicho precepto es equivalente a que la actora no pertenece a ninguno de los grupos convencionales de riesgo, lo mismo que su esposo, sin que esta responsabilidad tenga nada que ver con la conducta prudente o imprudente del hospital; la relación de causalidad entre la transfusión de sangre y la aparición posterior de anticuerpos, puede ser sometida a casación para la determinación de la responsabilidad, cualquiera que fuese el criterio, objetivo o subjetivo, que se utilice; el hospital dependiente del Insalud incumplió el RD de 9 de octubre de 1985, por el que se regula la hemodonación y bancos de sangre, y la normativa de desarrollo, pues no consta respecto a cuatro donantes su identidad, ni que el hospital hubiera cumplido aquélla, lo que ha impedido que se repitiera la práctica de pruebas anti-sida a dichos donantes, no estando la actora, ni su esposo, incursos en ninguno de los grupos convencionalmente llamados de riesgo, lo cual prueba que el servicio de transfusiones no funcionaba correctamente.

**Falta de protección de la familia: artículo 39 CE: aplicación analógica del RDL de 28 de mayo de 1993 sobre ayudas públicas: defecto procesal de la demanda.**—Por el defectuoso suplico de la demanda, no se ha podido conceder indemnización más que a la actora, que actuaba para sí, si bien la sentencia recurrida no niega el derecho a obtener otras indemnizaciones si desarrolla la enfermedad, dada su condición de seropositiva; el artículo 39 CE no puede ser

alegado aisladamente ante los Tribunales, sino de acuerdo con las leyes que lo desarrollen; el RDL de 1993 no es de aplicación obligatoria por los Tribunales, siendo una cuestión nueva su posible aplicación analógica. (STS de 11 de febrero de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Véanse observaciones a S de 26 de febrero de 1998, que se extracta a continuación. (G. G. C.)

**33. Responsabilidad médica: hemodiálisis periódica con inoculación del virus del sida: falta de personalidad del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad: subsanación.**—Han de superarse formalismos irritantes para que se interprete la tutela judicial efectiva en sentido adecuado para que produzca efecto, y sin dilaciones indebidas; en el presente caso hay que entender que demandar al Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Cataluña equivale a demandar a esta última, teniendo además en cuenta que la reclamación administrativa previa, se dirigió también contra el Consejero del Departamento de Sanidad y Seguridad Social, por lo cual éste pudo conocer los hechos y trasladarlos al organismo competente, estando asimismo los poderes para pleitos otorgados por el Consejero, por todo lo cual el fallo condenatorio del Juzgado y Audiencia ha de entenderse en el sentido de que se condena a la propia Generalidad a través de su Departamento.

**Cuantía de las indemnizaciones: carácter orientativo del RDL de 28 de mayo de 1993.**—La regulación contenida en el RDL de 28 de mayo de 1993 tiene carácter meramente orientativo, al regir el arbitrio judicial respecto a *quantum* indemnizatorio, sin posible acceso a la casación, aparte de tratarse de una norma no obligatoria para los Tribunales, regular la concesión de *ayudas públicas* y no contener ningún baremo dirigido a aquéllos.

**Imposición de costas con base en el vencimiento.**—Para evitar que la más pequeña diferencia cuantitativa entre lo pedido y lo concedido impida aplicar el criterio del vencimiento objetivo, en la práctica del foro se añade, después de pedir una cantidad concreta, una fórmula subsidiaria o alternativa consistente en solicitar la cantidad más justa que resulte de la prueba, de dudosa claridad y precisión, que se agrava cuando los términos del fallo, como en este caso, no se concretan en una cantidad sino que se refieren a pensiones de por vida, asistencia etc.; pero sin que en tales casos pueda existir una estimación parcial de la demanda; por ello, en este caso, hay que entender que la demanda ha sido acogida en su integridad, por no poder afirmarse que haya una estimación sólo parcial; por otra parte, desestimada en su totalidad la pretensión de la parte actora respecto a dos de los demandados, procede imponer al actor las costas por ellos causadas, estimando en este único extremo el recurso de la Generalidad, a través de su Departamento de Sanidad y Seguridad Social.

**Implantación obligatoria del test del sida: negligencia de la Administración sanitaria catalana y de los médicos.**—Si bien los médicos pertenecientes al Servicio de Microbiología y Parasitología del centro hospitalario conocían, y, en cierto modo, disponían de las técnicas necesarias para realizar el test anti-sida con anterioridad a la transfusión causante de la inoculación dañosa, no hay que olvidar el carácter de dependientes que tenían tales médicos y su falta de medios hasta que se les proporcionaron a partir de la Orden de 10 de octubre de 1986, debiendo tenerse en cuenta que en dicha época la eficacia de los reactivos se ponía en duda por sectores científicos y los tests se realizaban con carácter experimental y a título de experiencia-piloto, por lo cual su absolución está justificada,

**Revisión de la cuantía indemnizatoria.**—Es doctrina reiterada y constante de esta Sala que el *quantum* indemnizatorio es cuestión de hecho, no revisable

en casación, y que corresponde fijarla a los Tribunales de instancia; jurisprudencia tan repetida que resulta ociosa, pero sin que exista inconveniente en reseñar las SS de 23 de abril, 26 de julio y 29 de noviembre de 1994, 22 de mayo y 30 de junio de 1995; es incierto y se falsea la verdad cuando se afirma que se han aplicado a rajatabla los precepto del RDL de 1993, pues existe una indemnización de diez millones por la imposibilidad del trasplante renal, que para nada se contempla en el mismo; los artículos 1101 y 1902 CC contemplan como supuesto de hecho el incumplimiento contractual y la existencia de daños producidos por daño o negligencia, pero no establecen su cuantía ni la forma de determinarla. (STS de 26 de febrero de 1998; ha lugar en cuanto a costas de primera instancia.)

NOTA.—He aquí dos sentencias de objeto sustancialmente idéntico, a saber la indemnización por inoculación del virus del sida, tema de gran actualidad, dentro y fuera de España. Ambas sentencias son condenatorias del Insalud y del órgano paralelo en Cataluña; pero son distintos los Ponentes y varían las circunstancias fácticas y los motivos del recurso y, en consecuencia, la *ratio decidendi*; tampoco hay paralelismo en la forma de establecer la indemnización.

En la *S de 11 de febrero de 1998* (Pte. Gullón Ballesteros), sin que conste la fecha en que se produce la transfusión (la S del Juzgado de Primera Instancia es de 1992) se reclaman cien millones de indemnización, concediéndose en primera instancia diez millones por el estado actual de la actora como portadora de anticuerpos de VIH, y se fija una *condena de futuro* de 25 millones para el caso de que apareciesen los síntomas de la enfermedad; en apelación se suprime la condena de futuro y se eleva a doce millones la cuantía de la indemnización. En casación se desestima el recurso interpuesto por el Insalud y por la actora. En cuanto a este último la S reprocha al letrado recurrente invocar un motivo «carente de una trabazón coherente desde el punto de vista jurídico», así como «el defectuoso suplico de la demanda»; sin perjuicio de que la actora tenga derecho a nuevas indemnizaciones si desarrolla la enfermedad, da a entender que las concedidas hubieran sido mayores de haberlas solicitado también en nombre de sus hijos (¿demanda en turno de oficio por aplicación de la asistencia judicial gratuita?). Para rechazar el recurso presentado por el Insalud la S enmarca la litis en el artículo 28 LGDCU de 1984, aunque declara la culpa del centro hospitalario por incumplimiento de la normativa legal sobre control de la sangre donada por terceros (RD de 9 de octubre de 1985), originando un defectuoso funcionamiento del Servicio de Transfusiones.

En la *S de 26 de febrero de 1998* está en juego la responsabilidad del Servicio Catalán de la Salud, por hechos ocurridos antes de entrar en vigor la Orden de 10 de octubre de 1986, que impuso, en aquella Comunidad Autónoma, la obligatoriedad de las pruebas de detección del antígeno del sida. En la demanda se solicita una indemnización de 70 millones, y el Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, aunque la suma pedida la desglosa en 50 millones como indemnización del *pretium doloris*, y 20 millones como capital afectado durante la vida del actor al pago de gastos farmacéuticos, clínicos, hospitalarios, médicos, etc., pero perteneciendo la propiedad a la entidad condenada. En apelación se modifica sustancialmente la forma de la indemnización: 20 millones como *pretium doloris*, y pensión vitalicia, en favor del perjudicado equivalente al doble del salario

mínimo interprofesional, así como pensiones temporales por cada hijo dependiente hasta cumplir veinticuatro años, equivalente a los 2/3 del salario mínimo interprofesional. Recurren ambas partes en casación, y sólo se estima a efectos del pago de las costas en primera instancia de los demandados absueltos, desestimándose en el resto. En la doctrina sentada al rechazar los recursos merecen destacarse algunos extremos: *Falta de personalidad de uno de los demandados*: A mi juicio esta excepción se hubiera estimado probablemente antes del artículo 24 CE y de la abundante jurisprudencia del TC sobre dicho precepto, ya que la demanda se interpone contra el Departamento de Sanidad y Seguridad Social de Cataluña; sin embargo la presente S establece una doctrina, por lo menos, novedosa, al declarar que el fallo condenatorio del Juzgado y Audiencia ha de entenderse en el sentido de que se condena a la propia Generalitat a través de su Departamento (sin perjuicio de que ciertos actos anteriores de aquélla podrían integrar la doctrina de los actos propios). *Modalidades de la indemnización*: El TS da por bueno la modalidad adoptada por la S de la AP, a saber, indemnización más diversas pensiones; obsérvese que no se fija tope alguno a la cuantía de las pensiones que vayan a percibirse, cuyo monto total ha de superar normalmente la suma pedida en la demanda (70 millones), ya que el perjudicado es un hombre de veinticinco años al presentar la demanda. *Presunción de culpabilidad*: se establece ante la ausencia de normativa sobre el control de la sangre donada al tiempo de producirse los hechos; ello hace ver la excesiva prolongación de este pleito, pues la inoculación es anterior a 1986 y la S del TS se pronuncia doce años más tarde, ¿cómo habrá sobrevivido el enfermo y su familia durante este período? Por otra parte, entre el momento de la inoculación del virus y el de la manifestación de la enfermedad suele transcurrir algún tiempo, y lo propio ocurre con el fatal desenlace ¿qué ocurrirá con las inoculaciones del virus mediante transfusiones ocasionadas después de 1986?; por un lado, ¿es absolutamente seguro el método de control?, por otro, ¿aplicará el TS el criterio de responsabilidad cuasi-objetiva del artículo 28 LGDCU?

Aunque la enfermedad en España parece se encuentra frenada, y en cierta regresión, recientes estadísticas (cfr. Méjica, *Régimen jurídico del sida*, Granada, 1999, pp. 8 ss.) indican que desde 1981, primer año de la epidemia, hasta el 30 de junio de 1998, se han diagnosticado y contabilizado a través del registro nacional del sida, un total de 51.284 casos del VIH, habiendo fallecido el 54 por 100 de enfermos, siendo la primera causa de muerte entre los 25 y los 34 años; nuestro país es el más castigado de la UE, con una incidencia de 167 casos por millón de habitantes, siendo la media europea de 43,5.

En la década de los noventa, todas las Salas del TS están dictando resoluciones en asuntos relacionados con el sida. De la Sala 4.<sup>a</sup> cabe mencionar las SS de 26 de abril y 18 de diciembre de 1995, 10 de junio de 1996 y 7 de febrero de 1997 (casi siempre resolviendo recursos para unificar la jurisprudencia). La S de 6 de febrero de 1996, de la Sala 3.<sup>a</sup>, condena al Servicio Andaluz de la Salud a pagar una indemnización de veinte millones por fallecimiento de un enfermo en octubre de 1989, aplicando la responsabilidad objetiva. Muy comentada ha sido la S de 18 de noviembre de 1991, de la Sala 2.<sup>a</sup> (Pte. De la Vega Ruiz), en atención a su cuidada información médica y a lo matizado de su argumentación, al condenar exclusivamente por delito de imprudencia temeraria al Director Médico del Hospital, y a una

falta de igual naturaleza a la Directora gerente del mismo, fijándose una indemnización de diez millones, complementada con otra de quince si se desarrolla la enfermedad, en proporción al 75 por 100 y al 25 por 100 para cada condenado (el contagio es anterior a la Orden que impone el control de la sangre donada). En materia civil, además de las dos aquí anotadas, hay que mencionar: *S de 27 de enero de 1997* (Pte. Almagro Nosete), en la que resulta condenada la Comunidad de Madrid por negligencia en la custodia de historial médico de enfermo de sida, en hospital dependiente de aquélla, utilizado luego como medio de chantaje; los daños morales se cifran en cinco millones (frente a los quince solicitados). *S de 18 de febrero de 1997* (Pte. Almagro Nosete), relativa a supuesto típico de contagio de sida por transfusión de productos hemoderivados, con resultado de muerte, en enfermo no perteneciente a grupos de riesgo, de cuarenta y ocho años de edad, con salud normal, realizada en 1983, falleciendo ocho años más tarde sin dejar de estar enfermo un solo día; aplica el artículo 40 de la Ley de 1957; declara probado que ya se conocía en el mundo científico el riesgo de transmisión del sida y no se informó al enfermo del mismo; se indemniza a la esposa en cuarenta millones. *S de 24 de junio de 1997* (Pte. Marina Martínez-Pardo), supuesto de hecho y resolución análogos. Estas dos últimas SS causan alguna sorpresa en la doctrina. ¿Se deben juzgar los contagios previos a 1986 desde la perspectiva y con los conocimientos actuales sobre el sida? (pregunta Méjica, *op. cit.*, p. 346). (G. G. C.)

**34. Responsabilidad extracontractual del Insalud: suicidio de paciente ingresado debido a intentarlo por inhalación de gas butano: falta de vigilancia: culpa in eligendo o in vigilando.**—El enfermo había intentado suicidarse en su domicilio, el 17 de octubre de 1990, por inhalación de gas butano, y los centros médicos en que fue asistido sabían que tenía la idea, manía u obsesión del suicidio; al ingresar el 19 de octubre en el centro Valdecilla, el servicio de psiquiatría diagnosticó *intento de suicidio*, y así se reflejó en los partes-diarios de las enfermeras; el 23 de octubre, un hijo suyo fue a visitarle al Hospital, no hallándole en su habitación, y sí a unos guardas-jurados que iban a avisar que habían encontrado su cadáver en la calle, entre la calzada y la acera, comprobándose que se había arrojado desde el tejado, accediendo a un saliente de éste desde su habitación; la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, llegando a un sistema en que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, vienen a aceptarse soluciones cuasi-objetivas, 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; a la hora de exigir responsabilidad a los Centros Hospitalarios habrá que indagar, a través de las medidas de seguridad, control y vigilancia adoptadas, si hay *culpa in vigilando* o *in eligendo*, desde el punto de vista de la organización de los servicios, y si hay una individualización en la adopción de las medidas o medios materiales y personales en orden al caso particular de que se trata; lo cierto es que faltaron los mecanismos de vigilancia y custodia a tener en cuenta, pues hubiera sido preciso que la habitación asignada al enfermo careciera de la posibilidad de acceder al tejado, y que la vigilancia no hubiera cesado al retirarse el enfermo a su habitación para descansar; solución conforme con la adoptada en SS de 11 de marzo de 1995 y 3 de junio de 1996. (STS de 3 de marzo de 1998; ha lugar.)



NOTA.—Parece claro que, al menos durante ciertas horas, el enfermo no estaba adecuadamente vigilado y, concretamente, durante las horas de descanso. Las autoridades hospitalarias han de ser conscientes de que la sección de Psiquiatría (especialmente la sección de agudos) precisa de la *asistencia constante* de personal especializado, respecto de los enfermos que han dado muestras evidentes de proclividad al suicidio; en estos casos, además de los deberes generales que recaen sobre todo centro médico, parece que puede exigirse uno especial de vigilancia durante las veinticuatro horas del día. A mi juicio, en el caso contemplado, la condena está justificada. En el mismo sentido se cita en S extractada el criterio mantenido en SS de 11 de marzo de 1995 y 3 de junio de 1996. Pero no debe olvidarse, en sentido contrario, la S de 16 de mayo 1996 (extractada en *ADC*, 1998, p. 382, núm. 39) que declara, a tenor de las circunstancias concurrentes, falta de prueba de una conducta contraria a la *lex artis ad hoc*. Hay que reconocer que esta clase de hechos es todavía poco significativa en el conjunto nacional; no obstante convendría una mayor unificación de los criterios jurisprudenciales. (*G. G. C.*)

**35. Colisión de moto con árbol caído en camino vecinal: responsabilidad de la Xunta de Galicia que recibió las obras y del Ayuntamiento como propietario del camino vecinal. Artículos 1902 y 1908.3.º: solidaridad.**—El artículo 1902 CC tiene sentido general y se extiende a toda acción u omisión que causa daños a otro, interviniendo culpa o negligencia, y cuando a la producción del evento dañoso concurren causas concatenadas, sin solución eficaz de continuidad, originadas o no impedidas por conductas omisivas o comitivas negligentes, que previenen de distintas personas, la pluralidad de éstas son responsables y comparten la totalidad de los daños con carácter solidario. La inicial negligencia de la Xunta deriva del singular e irregular emplazamiento del árbol dentro del talud, hecho que se remontaba al tiempo de construcción por cuenta de aquella entidad, quién creó un riesgo previsible que era evitable con la elemental diligencia de retirarlo. La obra fue recibida por la Xunta, quien transfirió la propiedad del camino vecinal, sin reserva de ninguna clase, al Ayuntamiento, quien tuvo a su cargo el cuidado y mantenimiento del mismo; entidad que actuó con negligencia al omitir los deberes de atención y cuidado de la carretera rural, en que se produjo la colisión de la moto, permaneciendo aquella cortada, durante, al menos, dos noches y media, por la caída de un árbol sobre la calzada, sin que tal circunstancia fuese detectada por los servicios municipales, ni antes, ni después, de la caída del árbol, hasta que ocurrió el accidente; sin que pueda exonerarle la existencia en la zona de un fuerte temporal de lluvia y viento —situación relativamente normal— y que le obligaba a extremar su diligencia. El artículo 1908.3.º CC tiene sentido específico, por cuanto se refiere al propietario y a un evento determinado, a saber «caída de árboles colocados en sitios de tránsito», y no exige la culpa del propietario, por lo que constituye un caso de responsabilidad objetiva, otorgando al actor un plus de facilitación del éxito de su pretensión. En el presente caso, tanto la responsabilidad del Ayuntamiento, como de la Xunta, se basa en la existencia de culpa en ambas entidades.

**Modalidad indemnizatoria mixta consistente en capital más pensión: lesiones consistentes en tetraplejía completa por sección medular, con total dependencia de otra persona: congruencia.**—La Sala asume el carácter innovador de los criterios empleados para determinar la reparación posible de los daños y perjuicios causados, fijando la entrega de un capital de treinta millones de pesetas y una pensión vitalicia de carácter anual de 5.475.000 pesetas revisable conforme al IPC, como estimación prudencial del coste de la asistencia especiali-

zada del lesionado de 15.000 pesetas diarias, con un límite máximo total de 250 millones de pesetas; sistema mixto que busca la protección individual del perjudicado, merecedor de toda clase de protección, por su evidente deterioro físico y psíquico, facilitando el cumplimiento de las pretensiones deducidas en trámite de ejecución de sentencia, lo que no conlleva vicio de incongruencia, dado que el concepto de *reparación* exige, para su más adecuada eficacia, una adaptación a la naturaleza del daño y sus perjudiciales consecuencias. (STS de 17 de marzo de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Quedar tetrapléjico a los dieciocho años puede ser una de las cosas peores que pueden ocurrirle a un joven. Pedir una indemnización de 250 millones de pesetas, sin embargo, puede, a algunos, parecer excesivo, y constituye, a lo que me consta, una de las mayores cifras pedidas como indemnización ante nuestros Tribunales civiles. Encontrar un Juez de Primera Instancia que acierte con la fórmula jurídica para estimar en tales términos la demanda, de modo que todas las instancias judiciales intervinientes la den por buena, le califican, de alguna manera, de *Juez-estrella*, aunque no logre salir en los medios de comunicación. El FD 4.º, de la S extractada alude, con razón, del carácter *innovador* de los criterios empleados para determinar la reparación. Fórmula que, curiosamente, tampoco satisfizo al actor, pues hizo de esta cuestión motivo de recurso, pero que resulta razonable y prudente a la vista de las circunstancias. El capital inicial concedido de 30 millones de pesetas permite al perjudicado, y a su familia, hacer frente, con cierta holgura económica, a la nueva situación, aunque no excesivamente suficiente para sus gastos ordinarios de mantenimiento; mientras que la pensión anual, revisable según el IPC, asegura el pago periódico de la ayuda necesaria por terceras personas. Es obvio que en el concepto de *reparación*, puede entrar una pensión vitalicia, siendo ambos compatibles con el de *indemnización de daños y perjuicios*. Como resulta ya habitual destacarlo, hay un plazo de seis años que transcurre desde que se produjo el accidente hasta que recae S firme; retraso no muy llamativo, aunque, hasta este momento, ¿cómo ha subsistido la víctima? (Puede verse, *infra* S de 26 de febrero de 1998, otra condena relativamente elevada en un caso de inoculación del virus del sida, comprendiendo la indemnización una suma por el *pretium doloris* y unas pensiones vitalicias calculadas conforme al SMI en favor de la víctima y de sus hijos menores hasta cumplir éstos veinticuatro años).

Es de aprobar que no se estimara incongruencia en el hecho de señalar este sistema mixto de indemnización, pese a no solicitarlo la demanda. También es acertado fijar la responsabilidad de la Xunta —absuelta en apelación—, por cuenta de la cual se hicieron las obras de concentración parcelaria. ¿Hubo razones sentimentales para conservar el único pino existente en un talud sobre el camino?; sea de ello lo que fuere, nunca han de descuidarse por la Administración las medidas de seguridad vial.

Sorprende, por último, que en el pleito no se alegue, por el Ayuntamiento, ni por la Xunta, incompetencia de jurisdicción, al menos a efectos dialécticos, aunque el 8 de enero de 1992, en que se produjo el accidente, todavía no había entrado en vigor la Ley de Responsabilidad civil de todas las Administraciones públicas. (G. G. C.)

**36. Culpa extracontractual: daños por trabajos de excavación en conducción eléctrica: responsabilidad directa por los dependientes, y de las Aseguradoras; solidaridad: inexistencia de litisconsorcio pasivo.**—Los daños se

producen aun sabiendo que debían pedirse, con antelación, los planos de las canalizaciones, cosa que no se había hecho por premura de tiempo, conociendo también que la licencia del Ayuntamiento fijaba otro trazado, que se había desechado, todo lo cual originó que se enganchase y dañase un cable subterráneo perteneciente a la línea de alta tensión de *Hidroeléctrica Española*, a quien se originaron daños que superaron los veinte millones de pesetas. La simple lectura de la base fáctica revela que la dirección de la obra estaba encomendada a don Indalecio G. F., trabajador y jefe de obras de *OSHAS*, por lo que la responsabilidad directa de esta sociedad nace de la relación jerárquica o de dependencia en que se encontraba respecto de ella; en la misma medida en que la responsabilidad directa de la Aseguradora nace de la Ley del Contrato de Seguro; produciéndose solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos, como deudor por entero de la obligación de reparar en su integridad el daño causado, según dispone el artículo 1144 CC; y sin que exista litisconsorcio pasivo necesario, pues, aun concurriendo pluralidad de agentes, la causa es única y no es posible establecer distintas responsabilidades.

**Solidaridad impropia en el ilícito culposo.**—El vínculo de solidaridad es el procedente por ser el más adecuado con relación al perjudicado, para la efectividad de la indemnización correspondiente, sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan establecerse entre los distintos condenados o intervinientes en la vía que proceda; siendo doctrina de esta Sala que no puede oponerse frente al acreedor la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, estando, como está, bien constituida la relación jurídico procesal, y sin que pueda olvidarse que la solidaridad surge también respecto de los que directamente han de responder por otro (SS de 11 y 14 diciembre de 1996); por otra parte, el avance jurisprudencial en beneficio del perjudicado no puede quedar sin efecto con la alegación de que el fallo puede afectar a terceros sin que fuesen oídos, ni vencidos, porque ya lo serán, en su caso, de ejercitarse contra ellos el derecho de repetición, ajeno al perjudicado. (STS de 13 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Siendo indudable el carácter culposo de los hechos realizados por la empresa que los dirigía y tenía a su cargo, cuya responsabilidad estaba, por otro lado, debidamente asegurada, la única defensa de los demandados consistió en llamar la atención sobre la existencia de otras personas intervinientes de algún modo en el hecho: la empresa de gas para la que se efectuaban las excavaciones, la empresa subcontratista, y el maquinista que las ejecutaba materialmente. Con acierto la S extractada niega la existencia de litisconsorcio entre ellas y con la empresa condenada. (G. G. C.)

**37. Daños ocasionados por la Administración a particulares: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa: régimen general.**—Además de las disposiciones aprobadas por las respectivas Comunidades Autónomas según sus Estatutos, la normativa aplicable se encuentra en el artículo 106.2 CE, el cual establece que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»; en el artículo 149.1, regla 18.ª, CE, que reconoce la competencia exclusiva del Estado para fijar la legislación básica sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas; en el artículo 3.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que reconoce su competencia para conocer de

«las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración»; y, por último, en los artículos 139 ss. de la Ley de 26 noviembre de 1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollado en este aspecto por el RD de 26 de marzo de 1993. Después de la supresión del párrafo 5.º del artículo 1903 CC por Ley de 7 de enero de 1991, y la publicación de la reseñada Ley de 1992, es evidente un cambio de panorama competencial con la tendencia en la nueva legislación, de conformidad con el espíritu imperante en las pautas administrativas recién dictadas, y en el artículo 215 del Tratado constitutivo de la CEE, de concentrar las reclamaciones contra la Administración en la jurisdicción contencioso-administrativa.

**Derecho transitorio.**—Observándose dudas en la práctica forense sobre la concreción del orden jurisdiccional correspondiente para estas reclamaciones, propiciadas muchas veces por los propios Tribunales, singularmente en aquellos debates donde no ha sido invocada la excepción de incompetencia de jurisdicción, con la argumentación de que no existe una clara delimitación competencial, por razones de seguridad jurídica conviene respetar los criterios competenciales anteriormente vigentes para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo aludido, pues su quiebra ante un proceso iniciado previamente a la puesta en vigor de la comentada normativa, perjudicaría el principio de la tutela judicial efectiva y produciría indefensión, con clara vulneración del artículo 24.1 CE, por todo lo cual procede declarar en este caso la competencia civil para el conocimiento del asunto del debate.

**Daños en sistema de riego por obras en camino vecinal realizadas por Ayuntamiento: legitimación del comunero.**—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la legitimación activa del comunero se determinará por su fundamento en el derecho material y el resultado provechoso pretendido, sin que sea imprescindible la expresión en la demanda de que actúa en nombre e interés de la comunidad, de manera que basta el ejercicio de una pretensión que, en caso de prosperar, ha de redundar en provecho de la comunidad, y siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor.

**Costumbre local sobre actuación del marido en la gestión de bienes del matrimonio.**—En la zona rural de *La Noguera*, del partido de *Balaguer* es norma común que sea el marido, dentro de la familia, quién cuide de la gestión de todos los asuntos de relaciones externas, lo que hace aparecer claro el actuar de aquél en interés del bien común.

**Inexistencia de nexo causal: deber de disminuir el perjudicado el daño causado.**—Se pretende no haber existido nexo causal entre el hecho productor del daño y éste, pues lo acaecido se debe a la conducta de la parte actora, quien, después de que el Ayuntamiento arreglara el camino vecinal y cayeran tierras en el sistema de riego de las fincas de aquélla, en vez de quitarlas para poder utilizar de nuevo los aspersores, formuló reclamación previa y luego demanda judicial; argumento a rechazar, pues, la factibilidad de ejecutar por sí mismo las labores de restauración entrañaría una vía de hecho y perjudicaría el litigio pendiente, de modo que el deber genérico de disminución del daño atañente al perjudicado se concretaba en facilitar el conocimiento a la Administración municipal de las consecuencias derivadas de la inutilización del sistema de riego producido por la obra pública, e instarla a su reparación, lo que ha sido debidamente cumplido por la parte actora sin ningún éxito. (STS de 3 de marzo de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Dando por supuesto que, a partir de la Ley de 1992, la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para

entender de las reclamaciones de los particulares por los daños causados por la Administración de todos los niveles (confirmado por el art. 2, letra e, de la Ley de 13 de julio de 1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), lo que ha supuesto un giro legislativo importante, la S de la que ha sido ponente García Varela, mantiene la competencia de la jurisdicción civil invocando razones atendibles para los asuntos pendientes al entrar en vigor la Ley de 1992, por haber sido iniciados con anterioridad. Es cierto que, en el caso, ambas sentencias de instancia no dudan de la competencia de los órganos jurisdiccionales civiles respectivos, pese a haber sido dictadas después de entrar en vigor aquélla. Con todo, no está claro el tema de la retroactividad o irretroactividad de la norma presuntamente procesal que atribuye competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa (tema que en la S parece resolverse implícitamente a favor de la segunda alternativa), aunque la invocación de los principios de seguridad jurídica y tutela constitucional de los derechos parecen orientarse hacia una solución de equidad.

No deja de ser ingenioso el argumento que esgrime el Ayuntamiento para fundar un deber complementario o accesorio de disminuir el daño que recae sobre el perjudicado; pero la actitud reticente y obstativa de aquél ante las reiteradas reclamaciones del perjudicado, lo inutiliza, pues la diligencia debe predicarse por ambas partes, y, en este caso, el perjudicado ha cumplido con creces lo que cabría exigírsele según la buena fe.

La invocación de una costumbre local o rural no es *ratio decidendi*, sino que sirve para reforzar la doctrina sobre la actuación del marido en interés de la mujer. Hay escasos datos para poder valorar el alcance de tal costumbre: se trata de tierras de Lérida, por lo que cabe pensar en el régimen de separación de bienes del matrimonio como más probable; en tal caso, ¿de qué bienes matrimoniales se trataría? Pues en el régimen de separación, cada cónyuge actúa con independencia frente a terceros en actuaciones sobre su patrimonio; por otro lado, la *consuetudo* sólo podía ser *secundum* o *extra legem*, no *contra legem*. (G. G. C.)

**38. Accidente de trabajo con resultado de lesiones: incompetencia de jurisdicción: responsabilidad civil basada en culpa extracontractual derivada de infracción de medidas de seguridad en el trabajo: discrepancia en la jurisprudencia de la Sala 1.ª: doctrina de la Sala de Conflictos.**—Existiendo en esta materia jurisprudencia contradictoria de esta Sala, es menester reproducir lo que al punto, tiene resuelto reiteradamente la Sala de Conflictos de Competencia del TS en los autos de 23 de diciembre de 1993, 4 de abril de 1994 y 10 de junio de 1996, pues señala el TC en S de 26 de noviembre de 1985, que es preciso establecer mecanismos y arbitrar medios que eviten contradicciones sobre el mismo hecho, aunque haya sido enjuiciado desde distintas perspectivas, por lo cual procede, y sin necesidad de examinar el recurso, y por la prioritaria necesidad de purgar de oficio la competencia, entender que deberá cederse el conocimiento de la misma al correspondiente orden social de derecho, haciéndoselo saber así a las partes para que insten lo que a su derecho convenga. (STS de 10 de febrero de 1998; estima de oficio incompetencia de jurisdicción.)

NOTA.—Véanse a continuación las observaciones a STS de 20 de marzo de 1998. (G. G. C.)

**39. Accidente de trabajo: caída de obrero con resultado de muerte: incompetencia de jurisdicción apreciada de oficio: infracción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.**—La Sala no tiene sino que reiterar una obviedad jurídica en tema de responsabilidad cuando se ejercita una pretensión con base de la infracción del empresario de las adecuadas medidas de seguridad, control y vigilancia que, por razón del contrato de trabajo, devienen exigibles, sea a través de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971 o de cualquier otra normativa posterior, y tanto se inste la tutela por vía contractual —arts. 1101 ss. CC— como a través de la aquiliana del artículo 1902 CC, el ilícito determinante de la responsabilidad del empresario demandado, y que late en cada uno de esos preceptos, no es posible descolgarlo de aquella disciplina del contrato de trabajo y, por tanto, la competencia de este orden social deviene incuestionable, por lo cual procede, sin necesidad de examinar el recurso, y por la prioritaria necesidad de purgar de oficio la propia competencia, entender que deberá cederse el conocimiento de la misma, al correspondiente orden social de derecho, haciéndoselo saber así a las partes para que insten lo que a su derecho convenga. (STS de 20 de marzo de 1998; estima de oficio incompetencia de jurisdicción.)

NOTA.—Ambas SS se refieren a hechos sustancialmente idénticos y como la doctrina se reitera, bien puede decirse que ambas constituyen *doctrina legal*, avalada por la proximidad en el tiempo de ambos fallos (separados por poco más de un mes), e identidad de Ponente (Martínez-Calcerrada). Por otro lado, la *ratio decidendi* se repite, aunque la segunda sentencia añade también la doctrina de la primera. Aunque se trata de dos accidentes de trabajo, varían las indemnizaciones solicitadas, ya que en la primera se trataba de las lesiones causadas a una encargada de la limpieza de un sinfín, reclamándose quince millones, mientras que en la segunda se reclaman treinta millones para la viuda e hijas por muerte del operario.

Hasta hace escaso tiempo (SS de 4 de junio de 1993, 20 de diciembre de 1996 y 11 de diciembre de 1997, y otras muchas anteriores) la Sala 1.<sup>a</sup>, con base en la conocida doctrina de la compatibilidad entre las indemnizaciones laborales y civiles en caso de accidente de trabajo, había aceptado su propia competencia. Esta línea se quiebra en casos más bien singulares, como el resuelto por S de 24 de diciembre de 1997, en el que el actor se empeña en invocar el incumplimiento del contrato laboral, o la *mutatio libelli* que se manifiesta paladinamente en S de 26 de diciembre de 1997, pues al advertir que había prescrito el plazo anual de la acción del 1902 CC, en apelación se fundamenta la acción en el incumplimiento laboral (no hay duda de que el TS hubiera otorgado indemnización de no haber prescrito la acción aquiliana). Me parece que ahora se consolida una nueva orientación —apuntada ya en S de 2 de octubre de 1994— cuya aplicación *ex officio* va a hacer fracasar no pocas reclamaciones civiles por accidente laboral, pues ¿cómo es posible desincardinar los accidentes laborales del incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo?, ¿deberán tales demandas, para ser acogidas civilmente, alegar y probar exhaustivamente que la seguridad en el trabajo había sido, en el caso, impecable? Adviértase que el TS no ha tomado en consideración, en ningún caso, el hecho cierto del *peregrinaje de jurisdicciones* que la nueva doctrina jurisprudencial ha impuesto a personas de condición modesta (en el primer caso el accidente ocurre en 1991, lo que supone que a los siete años dicen a la actora que *vuelva a empezar*; en el segundo,

no consta la fecha del accidente pero, a los cinco años de la sentencia civil en primera instancia, dicen lo mismo a la viuda e hijas del obreiro accidentado). (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**40. Tercería de dominio. Naturaleza jurídica. Objeto.**—Declara el TS (entre otras, SSTS de 26 de septiembre de 1985, 19 de mayo de 1989, 24 de julio de 1992, 2 de noviembre de 1993 y 16 de julio de 1997) que la tercería de dominio, regulada en los artículos 1532 a 1543 LEC, es una acción declarativa de propiedad cuyo objeto es la declaración de propiedad del tercerista y el levantamiento del embargo trabado sobre el bien litigioso.

**Tercería de dominio. Función procesal.**—El TS afirma que la función procesal de la tercería de dominio es la invalidación o ineficacia del embargo, o, lo que es lo mismo, el alzamiento de la traba del embargo. (STS de 11 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Banco Central Hispano, S. A.*, y la sociedad *Construcciones Navales Santo Domingo, S. A.*, suscribieron, el 21 de febrero de 1991, escritura pública de dación de pago, por la que la entidad bancaria asumía las deudas de la constructora a cambio de la transmisión de la propiedad de un buque en construcción.

Por otra parte, a solicitud de *Carpintería Naval José Pérez, S. L.*, se decretan diversos embargos sobre el buque en construcción por deudas de la sociedad *Construcciones Navales Santo Domingo, S. A.* El *Banco Central Hispano, S. A.*, consignó en el Juzgado determinadas cantidades de dinero, lo que provocó el embargo de las citadas cantidades de dinero y el levantamiento de los embargos sobre el buque.

Posteriormente, el *Banco Central Hispano, S. A.*, interpuso demanda de tercería de dominio contra *Carpintería Naval José Pérez, S. L.* (ejecutante), y *Construcciones Navales Santo Domingo, S. A.* (ejecutada), suplicando se declarase que la entidad demandante era propietaria del buque en el momento de decretarse los embargos, así como el alzamiento de los embargos trabados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

**41. Tercería de dominio. Necesidad de acreditar el dominio.**—Afirma el TS que el tercerista debe acreditar su dominio pleno y excluyente sobre el bien litigioso (SSTS de 14 de febrero y 28 de mayo de 1989). Asimismo, reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 25 de marzo de 1969, 26 de febrero de 1980, 8 de mayo de 1986, 5 de junio de 1989 y 6 de marzo de 1990), exige para la estimación de una tercería de dominio que la justificación de la propiedad del tercerista se refiera a una fecha anterior al momento en que se decreta la diligencia de embargo.

**Tercería de dominio. No es suficiente para acreditar el dominio un documento privado de compraventa.**—Señala el TS que la prueba del dominio del tercerista no puede basarse únicamente en un documento privado de compraventa, pues dicho documento por sí solo no justifica la transmisión de la propiedad. (STS de 21 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don W. C. B. y otros interponen demanda de tercería de dominio contra *Construcciones Jerez Ramos, S. A.* (ejecutante), y *Promociones Puerto Rey, S. L.* (ejecutada), suplicando se declare que las parcelas señaladas en la demanda son propiedad de los demandantes, así como que se ordene el levantamiento del embargo trabado sobre las mismas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, revocando la sentencia de primera instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

**42. Propiedad horizontal. Contribución a los gastos generales de la comunidad. Consideración de gastos necesarios.**—Afirma el TS que dentro del concepto de gasto necesario no sólo se deben incluir las contribuciones en sentido tributario o fiscal, sino también, las contribuciones a los gastos generales para el mantenimiento del inmueble y sus servicios que, en proporción a la cuota de participación, el artículo 9.5 LPH impone como obligación a todo copropietario.

**Gastos necesarios. Concepto.**—Gastos necesarios son los que se realizan para la conservación y el mantenimiento de la cosa. En este sentido, afirma la STS de 3 de diciembre de 1991, que gastos necesarios son los que resultan imprescindibles de tal forma que si no se llevan a cabo, la cosa deja de existir o desmerece.

**Incongruencia de la sentencia. Doctrina jurisprudencial.**—Reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 24 de junio de 1993, 18 de noviembre de 1996 y 29 de mayo y 5 de noviembre de 1997) afirma que para determinar si una sentencia es incongruente o no, debe atenderse al hecho de si concede más de lo pedido (*ultra petita*), se pronuncia sobre cuestiones diferentes a lo suplicado por las partes (*extra petita*) o si se deja incontestada y sin resolver alguna de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*). También existe vicio de incongruencia cuando la sentencia prescinde de la causa de pedir y falla conforme a otra distinta.

La doctrina del TC (entre otras, SSTC 20/1982 y 220/1997) afirma que la congruencia de las sentencias se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones. (**STS de 11 de febrero de 1998**; ha lugar.)

HECHOS.—Instada la sucesión *ab intestato* de don M. C. R., se nombra único y universal heredero a su hijo don S. C. D., con reserva del usufructo legal a favor de su viuda doña A. D. C.

Como consecuencia de lo anterior, don S. C. D. y doña A. D. C. interponen demanda contra doña T. E. S., suplicando, entre otras cosas, la declaración de que son propietarios por título de herencia de la mitad indivisa de dos pisos y de una plaza de garaje sitos en Madrid. Los demandantes ejercitan en el mismo proceso la acción de rendición de cuentas y la acción de división de la cosa común.

La demandada formula reconvencción, en la que ejercita la acción declarativa de dominio, suplicando, entre otros pedimentos, que se declaren nulos y se cancelen determinados asientos de inscripción del Registro de la Propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, revocando la sentencia de primera instancia y estimando parcialmente la demanda y la reconvencción. Interpuesto recurso de casación por la demandada, el TS lo estima y casa parcialmente la sentencia recurrida.



NOTA.—Debe tenerse en cuenta que, con posterioridad a la presente sentencia, la redacción del artículo 9 LPH ha sido modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal. (M. J. P. G.)

**43. Propiedad horizontal. Ausencia de Estatutos. Regulación del funcionamiento de la comunidad por el título constitutivo.**—Afirma el TS que en el caso de que una comunidad de propietarios no tenga Estatutos, el funcionamiento de la misma se regirá por lo establecido en el título constitutivo de la propiedad horizontal.

**Propiedad horizontal. Realización de obras en los pisos.**—El artículo 7 LPH autoriza al propietario a realizar obras en su piso que no alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, siendo suficiente para su realización la comunicación al Presidente de la comunidad de propietarios (STS de 24 de julio de 1992).

**Propiedad horizontal. Cambio de destino de los pisos.**—Si el título constitutivo de la propiedad horizontal o los Estatutos de la comunidad de propietarios no establecen nada al respecto, los propietarios de los pisos podrán, al amparo del artículo 5 LPH, modificar el destino de éstos para utilizarlos como locales de negocio en lugar de como viviendas. (STS de 5 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Se celebra Junta ordinaria de la comunidad de propietarios *Apartamentos Alegranza I*, en la que se adopta el acuerdo de instalar una valla metálica.

Uno de los propietarios, ejercitando la acción impugnatoria prevista en la LPH, interpone demanda contra la comunidad de propietarios, suplicando se declare la nulidad del mencionado acuerdo de la junta de propietarios.

La comunidad de propietarios formula reconvencción, suplicando, entre otras cosas, que se declarase que las obras realizadas por el propietario demandante son ilegales y la obligación de éste de reponer todos los elementos a su estado primitivo, así como que se declare que el inmueble propiedad del demandante debe destinarse a vivienda y no a local comercial.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y parcialmente la reconvencción. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación del demandante y estimó parcialmente el recurso de apelación de la parte demandada. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante y casó la sentencia recurrida.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que, con posterioridad a la presente sentencia, la redacción del artículo 7 LPH ha sido modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal. (M. J. P. G.)

**44. Propiedad intelectual: acción reivindicatoria.**—El TS exige como requisito necesario para que prospere la acción reivindicatoria: «la identidad exacta y precisa de toda cosa que se pretende reivindicar o que se reivindica». Por lo que, al no existir el boceto original en yeso, debido a que éste quedó destruido al realizarse una reproducción del mismo en bronce, no puede triunfar dicha acción. El TS no entra a analizar la cuestión alegada de su prescripción ya que, simplemente, dicha acción no puede prosperar por esta falta de identificación del objeto reivindicado.

**Derecho de explotación de la obra y el derecho de propiedad sobre el boceto reproducido de la misma.**—El TS, con apoyo en el artículo 56.1 LPI, distingue entre dos derechos: por un lado, derechos de propiedad sobre el soporte material o boceto cuestionado y, por otro, los derechos de explotación. Respecto al primero de los mismos, admite la titularidad posesoria y dominical de don C. C. A. del boceto de bronce, en virtud del artículo 464 CC. No obstante, respecto al segundo de los derechos, admite el derecho de su explotación a favor de los herederos, en virtud de los artículos 2, 17, 18 y 56 LPI, puesto que al haber sido unilateralmente cedidos por don C. C. A., sin consentimiento de los demás herederos, a la empresa K., S. A., para su reproducción, su conducta «no puede burlar los legítimos derechos de explotación de la obra», que habría existido, si no hubiera llevado a cabo esa transformación del boceto en yeso al actual. Concluye el Tribunal que el derecho de explotación debe ser entendido como «una especie de subrogación real del primitivo original de yeso, y, por ende, produciendo los mismos efectos entre el titular y sus causahabientes», ya que aunque la copia en bronce no fuera el boceto original tanto una como otra son reproducción de la obra artística.

**Indemnización de daños morales.**—El TS estima la indemnización no sólo de los daños materiales, sino también de los morales, ya que si bien el escultor divulgó su obra al participar en el concurso convocado, es notoriamente diferente el boceto presentado a la obra escultórica erigida, que «llevaron al escultor, en su derecho moral de autor, a elegir cuál era la obra que debía ser divulgada», siendo la protección del derecho de propiedad intelectual protegido distinto en cada obra escultórica. Por tanto, se produce una infracción del derecho del autor a la divulgación del boceto original de la escultura que lleva consigo la procedencia de la indemnización por daños morales, en virtud de los artículos 4 y 14 LPI. (**STS de 20 de febrero de 1998**; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—Un escultor presenta a un concurso un boceto en yeso para la realización de un monumento, el cual es erigido al ganar el premio. Fallecido el autor, el boceto queda en manos de su hijo, don C. C. A., quien realiza una reproducción en bronce del mismo, que al encontrarse muy deteriorado queda destruido. Posteriormente, dicho boceto en bronce, es cedido por don C. C. A. con todos los derechos de explotación, a la empresa K., S. A., quien lanza una campaña de venta de reproducciones del mismo. Ante tales hechos, algunos de los herederos del escultor interponen demanda contra don C. C. A. y la entidad K., S. A., por infracción de los derechos de propiedad intelectual y, además, acción reivindicatoria del boceto original en yeso. La acción reivindicatoria es desestimada en todas las instancias. En cuanto a los derechos de explotación, el Juzgado de Primera Instancia no aprecia su vulneración, que sí es admitida por la Audiencia, quien fija una indemnización por daños materiales, pero sin estimar daños morales. Ambas partes recurren en casación, el TS estima el recurso presentado por los herederos del escultor respecto a la admisión de indemnización por daño moral y desestimando el interpuesto por el heredero don C. C. A. (*E. M. C.*)

## DERECHO DE FAMILIA

**45. Capitulaciones matrimoniales. Inoponibilidad frente a terceros de la modificación no inscrita en el Registro Civil. Discordancia entre el contenido del Registro Civil y del Registro de la Propiedad.**—Cualquier modificación del

régimen económico matrimonial, para su validez, ha de constar en escritura pública (art. 1327 en relación con el art. 1280.3, ambos CC), pero para su eficacia, no *inter partes* sino frente a los terceros, es necesario que dicha modificación goce de la suficiente publicidad registral. La publicidad de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial es crucial para su oponibilidad a terceros, puesto que viene a delimitar el ámbito de los poderes dispositivos de los cónyuges, así como el ámbito de las eventuales responsabilidades contraídas. En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubiesen otorgado, así como de los posibles pactos modificativos (art. 1333 CC). Dicha «mención» o «indicación» tiene carácter facultativo, por lo que sus efectos «se limitan a la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros de buena fe» (FD 2.º).

Aunque en el Registro de la Propiedad aparezca inscritos a favor del cónyuge no comerciante como consecuencia de las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, bienes inmuebles que antes tenían el carácter de gananciales, no podemos confundir la titularidad de dichos bienes adjudicados con la responsabilidad de las deudas contraídas por el cónyuge con un tercero, y con la imputabilidad de dicha deuda a la sociedad. El tercero-acreedor sólo mantendrá inalterada su posición jurídica frente a la inscripción en el Registro de la Propiedad en la medida en que nos encontremos ante un tercero hipotecario del artículo 34 LH, pero no por el hecho de aparecer inscrito el bien inmueble a favor del cónyuge no comerciante.

**Responsabilidad patrimonial en caso de ejercicio del comercio por uno de los cónyuges.**—El régimen de responsabilidad por la actividad comercial de uno de los cónyuges se encuentra consagrado en el artículo 1365 CC, último párrafo, en relación con las previsiones contenidas en el CCO. Los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge comerciante cuando conste el consentimiento del otro cónyuge. Y el CCO presume que éste concurre cuando se ejerza el comercio con su conocimiento y sin su oposición expresa (art. 7 CCO), o si al contraer matrimonio ya lo ejercía y lo continua sin oposición expresa (art. 8 CCO). Por ello no podemos entender como bienes privativos aquellos que se adjudicaron al cónyuge no comerciante en pago de su haber como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, puesto que «los bienes adjudicados siguen siendo bienes gananciales para el acreedor cuyo crédito es una partida del pasivo de la sociedad que se disuelve y liquida» (FD 4.º).

**Principio *pro actione*.**—La interposición del recurso de casación requiere el cumplimiento de los requisitos del artículo 1707 LEC, en cuanto a los motivos en que éste se ampara dado que «no basta designar bajo la palabra “motivo” un cúmulo de argumentaciones sin indicar ningún cauce impugnatorio, ni cita concreta de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que se consideren infringidas con razonamientos acerca de la pertinencia y fundamentación» de los mismos (FD 1.º). (STS de 10 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Rafael T. R., comerciante y su esposa doña Francisca P. V. tenían estipulado régimen económico de gananciales, y así constaba inscrito en el Registro Civil. Otorgada por los cónyuges escritura pública de modificación del régimen económico, y pactando como nuevo régimen el de separación de bienes, se procedió a la liquidación de la sociedad de gananciales, la cual fue inscrita en el Registro Civil el 24 de mayo de 1989, con posterioridad al documento de reconocimiento de deuda y del fallecimiento del esposo. Doña Francisca procedió a la inscripción en el Registro de la Propiedad como bienes privativos aquellos que recibió tras liquidación de la

sociedad de gananciales. Don Johannes W. J. interpuso demanda contra doña Francisca P. V. y los herederos y la herencia yacente de don Rafael T. R., esposo de la demandada, solicitando que se condenara a los demandados al abono de la cantidad de doscientas mil libras esterlinas o, en su caso, su equivalencia en pesetas. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la AP el recurso interpuesto contra la misma. El TS confirmó el fallo de la AP, y declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—El supuesto más problemático de modificación del régimen económico matrimonial es aquel en el que se produce un cambio del régimen de gananciales al de separación de bienes, por cuanto que la adjudicación privativa de elementos de la sociedad a cada uno de los cónyuges puede afectar a acreedores de alguno de los cónyuges, o de la sociedad. En primer lugar es necesario delimitar la fecha de la deuda contraída, y concretar, en segundo lugar, el carácter ganancial o no de la misma. Si bien el artículo 1322 CC establece la inoponibilidad frente a terceros de las modificaciones del régimen económico matrimonial, constante el matrimonio, en cuanto a sus derechos adquiridos, por lo que respecta a los derechos de nueva adquisición la clave se encuentra en la publicidad registral.

Nuestro ordenamiento jurídico regula la publicidad de las capitulaciones matrimoniales y régimen económico, así como posibles modificaciones, en la Ley del Registro Civil (art. 77 LRC, «indicación»; y art. 266 RRC); en la Ley Hipotecaria (art. 75.1 RH); en el Código de comercio, artículo 29.1 en relación con el 26; y en el Código civil, en el artículo 1333. Tal y como señala el profesor Díez-Picazo (*Sistema de Derecho Civil*, vol. IV), la publicidad del Registro Civil es una publicidad insuficiente, porque el asiento de indicación no da noticia al tercero del contenido del régimen, sino del documento auténtico o resolución en cuya virtud se extiende el asiento. Sin embargo, en el caso anotado, en la medida en que queda probado que el documento de reconocimiento de deuda es anterior a la inscripción de la escritura de modificación, es inoponible a terceros dicha escritura mientras no gozase de la suficiente publicidad. (R. D. O.)

**46. Aplicación de la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1361 CC y separación de hecho de los cónyuges.**—La presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1361 CC («Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer»), «requiere la prueba de la existencia en el matrimonio de los bienes pretendidamente gananciales», desechándose en caso contrario su aplicación.

A mayor abundamiento, la separación de hecho libremente consentida por los cónyuges excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues lo contrario sería manifiestamente contrario a la buena fe y constituiría un abuso de derecho (SSTS de 13 de junio de 1986, 17 de junio de 1988, 23 de diciembre de 1992 y 2 de diciembre de 1997, entre otras). Esta doctrina jurisprudencial «es de plena aplicación al caso en que, no es que se rompiera una convivencia matrimonial establecida, sino que esa convivencia no llegó a instaurarse entre los cónyuges (...) y sin que haya existido una colaboración entre los litigantes a la formación de un patrimonio común al que pueda calificarse de ganancial». (STS de 14 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Enrique R. E. interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña Emilia E. P., sobre exclusión del inventario de la sociedad conyugal de gananciales de determinados bienes incluidos en el mismo en el proceso de liquidación de aquélla llevado a cabo como consecuencia de haber recaído sentencia de divorcio. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la misma y declaró la improcedencia de incluir en el inventario de la sociedad conyugal, ya disuelta, los bienes que en aquél se relacionaban.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia confirmando la de primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—Constituye *ratio decidendi*, en el presente caso, la afirmación de que no cabe aplicar la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 361 CC cuando no se pueda probar la existencia de bienes matrimoniales a los que quepa presumir gananciales. Constituyen hechos probados que los cónyuges, inmediatamente después de contraer matrimonio, se separaron de hecho de mutuo acuerdo, yéndose a vivir al domicilio de sus respectivos padres y ocupándose de los ganados de éstos, por separado, sin que tuvieren hogar, negocio, actividad o bienes algunos comunes.

Esta situación permite al TS, a mayor abundamiento y siguiendo el criterio de la Audiencia Provincial de La Coruña, afirmar que también es de aplicación a este caso la línea jurisprudencial iniciada con la STS de 13 de junio de 1986, seguida por las arriba indicadas, en cuanto que declara contrario a la buena fe y abusivo pretender obstentar un derecho sobre bienes que se adquieren por uno de los cónyuges, sin contribución del otro, después de producida una separación de hecho libremente consentida, aun cuando éstos hayan sido adquiridos constante matrimonio y vigente la sociedad de gananciales. La razón de ello es que se entiende que la separación de hecho rompe la base de la sociedad de gananciales como es la efectiva convivencia de los cónyuges hasta el momento de la muerte de uno de ellos, sobre todo en los casos, como ocurre en las sentencias antes referidas, en los que la separación se prolonga durante muchos años y hasta el momento de la disolución del matrimonio, lo que no obsta para que los bienes matrimoniales anteriores a la misma puedan tener el carácter de gananciales (SSTS de 2 de diciembre de 1997 y 27 de enero de 1998). En este sentido llama la atención la aplicación de esta doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa, pues no es que se haya producido una ruptura de la base de la sociedad de gananciales, la convivencia, sino que ésta nunca llegó a instaurarse, lo que provocó que no existieran bienes matrimoniales a los que poder aplicar la presunción de ganancialidad. (A. G. C.)

**47. Liquidación de sociedad de gananciales. Adjudicación de bienes. Igualdad cualitativa.**—Afirma el TS que la igualdad cualitativa que establece el artículo 1061 CC para la partición de la herencia, también es aplicable, por remisión del artículo 1410 CC, a los supuestos de liquidación de una sociedad de gananciales. Ahora bien, la igualdad cualitativa no será posible cuando exista una cosa (aunque se trate de la vivienda familiar) que sea indivisible o desmerezca mucho por su división, en cuyo caso resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1062 CC.

**Doctrina de los actos propios. Límite del ejercicio de derechos.**—Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 18 de enero de 1990, 4 de junio de 1992, 20 de

mayo de 1993, 30 de diciembre de 1995 y 16 de febrero de 1996) señala que la doctrina de los actos propios, basada en el principio de buena fe, constituye un límite para el ejercicio de los derechos subjetivos o de las facultades cuya titularidad ostente un sujeto.

**Doctrina de los actos propios. Requisitos.**—El TS exige dos requisitos para que la doctrina de los actos propios sea aplicable. El primero de los requisitos es que los actos propios deben ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir una determinada situación jurídica que afecte a su autor; mientras que el segundo de los requisitos exigidos consiste en que, atendiendo al principio de la buena fe, exista una incompatibilidad o una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión actual de un mismo sujeto. (STS de 16 de febrero de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Como consecuencia de un proceso de separación matrimonial, el marido, una vez que existe sentencia firme de separación, solicita al Juzgado que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales. La esposa durante todo el proceso liquidatorio se mostró partidaria de adjudicar al esposo el dominio de la vivienda familiar. La liquidación fue practicada por un contador dirimente, adjudicando el dominio de la vivienda familiar al marido.

La esposa al no estar conforme con la liquidación practicada, interpone demanda contra su esposo y contra el contador dirimente, suplicando, entre otras cosas, se declare la nulidad de las operaciones particionales de la liquidación de la sociedad de gananciales y se condene a los demandados a efectuar una nueva partición en la que se adjudique a la esposa (demandante) la propiedad del inmueble que constituye la vivienda familiar.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, atribuyendo el uso de la vivienda familiar a la demandante. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de primera instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante. (M. J. P. G.)

**48. Competencia objetiva de los Juzgados de Familia.**—El TS establece, conforme a su jurisprudencia (SSTS de 8 de marzo de 1993 y 25 de noviembre de 1996), que la competencia jurisdiccional de los Juzgados de Familia está perfectamente establecida y delimitada. En las localidades en que estos órganos jurisdiccionales operan, se extiende sólo, de forma exclusiva y excluyente, a las actuaciones previstas en el Título IV y en el Título VII del Libro Primero del Código civil, así como a aquellas otras cuestiones que en materia de derecho de familia le sean otorgadas por las Leyes, sin que pueda comprender otras cuestiones distintas a las referidas (exclusividad de proyección negativa).

**Competencia objetiva de los Juzgados de Familia. Liquidación de la sociedad de gananciales. Declaraciones sobre actos de disposición.**—Entran dentro de la competencia de los Juzgados de Familia, en opinión del TS, todas las cuestiones relativas a la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que el artículo 91 CC encomienda al Juez adoptar las medidas que afecten a la liquidación del régimen económico. Este pronunciamiento sitúa dentro de la competencia de los Juzgados de Familia todas las cuestiones, tanto sustantivas, como procesales, que pueden surgir a raíz de la liquidación. En concreto, puede extenderse tal competencia a la declaración de ilegalidad o fraudulencia de negocios o actos de disposición realizados durante el matrimonio por uno de los cónyuges, siempre que esto tenga trascendencia para las ulteriores operaciones particionales.

**Procedimiento liquidatorio. Juicio universal.**—El TS declara que el procedimiento liquidatorio reúne las características de un juicio universal y así lo demuestra el artículo 1402 CC al permitir la intervención en el mismo de los acreedores. Este carácter de juicio universal determina que el contenido del procedimiento no tiene límites.

**Técnica casacional. Cuestiones impugnatorias.**—Establece el TS, como indica el artículo 1707 LEC, que en el recurso de casación se ha de tratar por separado y con expresión en cada caso del cauce legal los temas de naturaleza procesal y los de Derecho material. La mezcla indebida de estas cuestiones impugnatorias determina la inadmisión del recurso. (STS de 23 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Dictada sentencia de divorcio, el que fue marido instó el procedimiento de liquidación de bienes, solicitando que se decreta y practique la liquidación y adjudicación (previo inventario y avalúo) a cada parte de la porción que le corresponda. La mujer se opone a la demanda y reconviene solicitando que, con anterioridad a la liquidación y adjudicación de los bienes, se declaren fraudulentas ciertas ventas de bienes gananciales que realizó el marido, vigente el matrimonio, en virtud de unos poderes que en su día le otorgó ella.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y la reconviene y procede a la liquidación y adjudicación de los bienes de la sociedad de gananciales, declarándose incompetente para declarar fraudulentas las ventas efectuadas. Apelada la sentencia por la ex-esposa reconviniendo, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y declara fraudulentas las ventas realizadas, procediendo a una nueva liquidación y adjudicación. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el ex-esposo demandante en primera instancia. (A. M. M.)

**49. Incongruencia de las sentencias. Doctrina del TS y del TC.**—Para apreciar la existencia de incongruencia, bien por *ultra petita*, por conceder más de lo pedido; por *extra petita*, al pronunciarse sobre determinados extremos dejando al margen lo pedido por las partes; o bien por *cifra petita*, cuando deja sin resolver alguna de las pretensiones sostenida por las partes, siempre y cuando el silencio no pueda interpretarse razonablemente como desestimación tácita, es necesario un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda, y, en su caso, de contestación, y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. La exigencia de congruencia de las sentencias no exige una concordancia literal del fallo con respecto a las pretensiones de las partes, sino que aquél se adecue racionalmente a las mismas. Por ello, el juzgador, en virtud del principio *iura novit curia* se encuentra autorizado para emitir su opinión crítica y valorativa sobre los componentes fácticos presentados por las partes.

Desde el punto de vista constitucional, para que pueda entenderse que se produce una lesión del artículo 24.1 CE, se requiere que el fallo suponga una modificación sustancial del objeto del proceso o de la *causa petendi* con respecto a las pretensiones de las partes, y los términos en que éstas fueron formuladas.

**Convivencia *more uxorio*. Régimen jurídico: el principio general de «protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho».**—Cuando nos referimos a la convivencia *more uxorio*, estamos ante un tipo de relación de pareja que si bien guarda ciertas semejanzas con la matrimonial se encuentra huérfana de regulación legal. No es una figura antijurídica sino «ajurídica». No

por ello podemos desconocer los efectos que con trascendencia jurídica se pueden derivar de la misma, y la necesidad de una lectura de los mismos atendiendo al sistema de fuentes establecido en nuestro artículo 1 CC, y en concreto, a la última de las mismas, en concreto, los principios generales del Derecho.

El principio de «protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho» deriva de normas constitucionales (art. 10, dignidad de la persona; art. 14, principio de igualdad; art. 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado [art. 1902 CC, *alterum non laedere*; art. 16.1.b) LAU], y de la propia jurisprudencia tanto del TC (al reconocer al conviviente la subrogación *mortis causa* en caso de fallecimiento del arrendatario con el que mantenía una convivencia *more uxorio* (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre; 6/1994, de 18 de enero; 47/1993, de 8 de febrero), como del TS (SSTS de 21 de octubre de 1992, de 18 de febrero y 22 de julio de 1993, 20 de octubre de 1994, 18 de marzo de 1995, 16 de diciembre de 1996 y 4 de marzo de 1997). (STS de 10 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Esther L. y don Diego C., pareja de hecho, adquirieron a principios de 1988, por mitad y pro indiviso un piso, que sirvió de vivienda familiar durante el tiempo que duró la convivencia, en concreto dos años. Finalizada la relación sentimental doña Esther contrae una grave enfermedad y sigue, por pacto con don Diego, en el uso de la vivienda, muebles y plaza de aparcamiento, tras la ruptura de la convivencia.

En 1992, don Diego demandó ante los Juzgados de Primera Instancia a doña Esther, solicitando que se le condenara al pago de la cantidad de 1.626.347 pesetas (como diferencia de las aportaciones económicas de uno y otro a la adquisición de la vivienda), más los intereses legales correspondientes, así como la devolución en perfecto estado de conservación de los ciertos muebles y enseres mencionados en la demanda. Doña Esther, tras contestar a la demanda, formuló demanda reconventional relativa al uso y disfrute de la vivienda. La sentencia estimó parcialmente la demanda y condenó a doña Esther al pago de la cantidad de 1.357.715 pesetas más intereses legales, así como a la devolución «por el momento», de los muebles que se encuentran en la vivienda adquirida conjuntamente. Igualmente estimó parcialmente la demanda reconventional, adjudicando el uso de la vivienda y de la correspondiente plaza de aparcamiento a doña Esther, hasta la fecha en que se divida la cosa común, y condenando a don Diego al pago de la mitad de los plazos que vencieran en el futuro para la amortización de la hipoteca. Interpuesto recurso de apelación por la representación de don Diego, la Audiencia Provincial declaró no haber lugar a la atribución del uso de la vivienda familiar ni de la plaza de garaje, «por no estar legalmente previsto», confirmando en todo lo demás la sentencia de instancia. El TS, estimó el recurso de casación interpuesto por la representación de doña Esther, atribuyéndole el uso de la vivienda hasta la fecha límite de 1 de febrero del año 2000, tras la cual se aplicarán las reglas sobre la copropiedad de los artículo 392 ss. CC.

NOTA.—La problemática jurisprudencial que suscitan las relaciones *more uxorio* o de convivencia de hecho es por todos conocido que tiene su origen en el vacío legal que existe en nuestro ordenamiento jurídico. La mayor litigiosidad se concentra en las cuestiones relativas a la «disolución económica» de la pareja, y en lo relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar.



Con respecto a la primera de las cuestiones, el TS ha sido claro en sus pronunciamientos, en el sentido de la no aplicabilidad a la pareja no casada del régimen económico del matrimonio, ni directamente ni por analogía. Solución distinta es la alcanzada en materia de atribución de la vivienda familiar. En sentencias del TS anteriores, las soluciones alcanzadas difieren de la que nos ocupa, unas por ser diametralmente distinto el sentido del fallo, al negar la atribución de la vivienda por inaplicación de las normas del matrimonio (SSTS de 10 de octubre y 30 de diciembre de 1994); otra, la STS de 16 de diciembre de 1996, en la que al entender que es la misma la función que desempeña en la vida familiar la vivienda tanto para la pareja casada como para la de hecho, hay «identidad de razón» en un caso y otro, y cabe la aplicación analógica del contenido del artículo 96 CC.

Si bien la sentencia que nos ocupa contiene un fallo en igual sentido, la técnica jurídica utilizada para alcanzar el mismo es completamente distinta. Mientras que en el primero estaríamos ante un supuesto de analogía *legis* (de lo particular a lo particular), en el supuesto anotado, ante el vacío del ordenamiento, el juzgador ha recurrido a la última de las fuentes del sistema legalmente establecido: los principios generales del Derecho (analogía *iuris*), y en concreto, a la elaboración del principio general de protección al convivente perjudicado por la situación de hecho. (R. D. O.)

**50. Prueba de paternidad.**—Para la declaración de paternidad de filiación no matrimonial no se considera como suficiente la mera declaración de testigos que se hallen unidos al demandante por parentesco o amistad íntima, sin llegar a aportar otra clase de prueba, ya sea testifical, como documental o gráfica.

Por otro lado, no se equipara la negativa a la práctica de la prueba de paternidad, con la imposibilidad de su realización, sin que se apliquen los mismos efectos en ambos supuestos. La existencia de una grave enfermedad que impida la práctica de la prueba biológica de paternidad, no es base suficiente para la demostración de la paternidad, ya que no existe la negación requerida que obstruya injustificadamente la práctica de dichas pruebas. (STS de 28 de febrero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Se solicita por parte del demandante, ante el Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Rodrigo, la determinación de paternidad no matrimonial del demandado respecto del actor. No se da lugar la práctica de la prueba biológica, debido a que en la fecha de tramitación, el demandado poseía 80 años de edad y se encontraba gravemente enfermo (demencia senil), sin practicarle siquiera la prueba de confesión judicial. Se estima íntegramente la demanda, declarando al actor hijo no matrimonial del demandado. El mismo apela la sentencia ante la Audiencia Provincial de Salamanca, que desestima el recurso de apelación interpuesto, confirmando la anterior sentencia. Se recurre la anterior en casación ante el TS. Tras la votación y fallo, la Sala 1.ª del TS estima el recurso y casa la sentencia.

NOTA.—Es uniforme la jurisprudencia del TS (SS de 26 de enero y 28 de abril de 1993, 18 de mayo de 1994, 8 de marzo de 1995 y 28 de octubre de 1996), que declara que es necesario relacionar la negativa injustificada del demandado a someterse a las pruebas con los restantes medios probatorios, y en estos datos nos encontraremos ante un dato de gran valor, pero siempre que se halle unida a indicios que

revelen la posibilidad de unión carnal. Los hechos deberán acreditar la existencia de unas relaciones de noviazgo, así como la posibilidad de relaciones sexuales idóneas para la concepción (STS de 7 de octubre de 1995). Por tanto, será necesario no sólo la negativa injustificada del demandado, sino relacionar la misma con hechos determinantes que demuestren la posibilidad de la filiación.

El TC, en S de 17 de enero de 1994, declaró la consideración de la negativa del demandado a realizar la prueba biológica como un indicio que debe conjugarse con las restantes pruebas aportadas, contribuyendo «a zanjar con un medio de prueba apto en derecho la dificultad probatoria provocada por la citada e injustificada negativa del demandado». (P. S. S.)

**51. Declaración de paternidad.**—La práctica de la prueba biológica de paternidad «no puede imponerse a una persona por la fuerza», ni puede ser obligada físicamente a ello, puesto que en dicho supuesto se iría en contra de los «derechos fundamentales a la integridad física y moral, así como a la libertad de la persona».

La negativa a la práctica de dicha prueba se convierte en un «indicio valioso» para tal declaración de paternidad, pero siempre relacionándolo con diferentes elementos probatorios que conduzcan a la misma decisión, sin que esta prueba pueda estimarse como una *ficta confessio*.

La jurisprudencia exige diferentes requisitos, de manera unánime, para la declaración de paternidad: cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación; negativa obstruccionista e injustificada del demandado a la práctica de las pruebas biólogo-hematológicas (SSTS de 4 de julio de 1996, 16 de julio de 1994, 20 de octubre de 1993 y 5 de octubre de 1992). (STS de 13 de marzo de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—La madre de la actora, en la época de la concepción de la misma, desempeñaba tareas domésticas en casa del demandado. Posteriormente al nacimiento de la actora, y con el convencimiento popular, en una pequeña localidad, de la existencia de la relación paterno-filial que se iba a cuestionar, se querrela la madre de la actora por estupro doméstico contra el demandado, que se archivó ulteriormente por causa de renuncia. Años más tarde, se presenta demanda de determinación de filiación no matrimonial contra el demandado en el Juzgado de Primera Instancia de Ejea de los Caballeros, solicitando la realización de la prueba biológica, a lo que se niega el demandado. Se dicta sentencia estimando íntegramente la demanda. Contra la misma se interpuso recurso de apelación declarando haber lugar al mismo y revocando la sentencia de primera instancia. Se presentó recurso de casación ante el TS, por violación de los artículos 127 y 135 CC. El TS da lugar al recurso de casación, declarando la paternidad del demandado.

**NOTA.**—Se admiten por el TS, y según sentencia de 4 de julio de 1996, dos clases de pruebas acreditativas de filiación: a) las directas, entre las que se hallan las heredo-biológicas; b) las indirectas o presuntivas, como las indiciarias de cohabitación sexual. La misma sentencia establece que la obstrucción injustificada no es equiparable a una *ficta confessio*, sino que constituye un indicio cualificado que, en unión de otros medios probatorios, debe conducir a declarar la existencia de la paternidad cuestionada. Así mismo, en sentencia de 2 de julio de 1996.

Por otro lado, es doctrina reiterada del TS que las relaciones amistosas y sexuales continuadas durante unos meses, con unidad sentimental, posibilitan la concepción (SSTS de 11 de junio de 1984, 23 de febrero de 1987 y 4 de julio de 1996). (P. S. S.)

**52. Patria potestad. Causas de privación.**—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, actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos, como resulta del propio artículo 154 CC. 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 esta institución protectora, así como la del Ministerio Fiscal, y la entidad pública administrativa.

Consecuentemente, la patria potestad deberá 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 o se le pueda derivar algún perjuicio. Así procede *ex* artículo 170 CC la privación de la patria potestad del demandado, no sólo porque nos encontremos ante un incumplimiento reiterado de los deberes inherentes a esta institución, sino porque el mantenimiento en la titularidad de la misma (y del consiguiente derecho de visitas que además nunca con anterioridad había sido ejercitado por el demandado), supondría «perturbar la normal y pacífica convivencia de la Sra. Moreno y con otro varón..., considerando Vanesa al mismo como su padre, al no tener ni conservar memoria de éste» (FD 2.º).

**Relación entre la prestación del derecho de alimentos y el ejercicio de la patria potestad.**—El cumplimiento de los deberes alimenticios de los padres con respecto a los hijos que se encuentren en situación de recibirlos, en virtud de lo contenido en el artículo 154 ss. CC, subsiste aun cuando alguno de los progenitores no ostente la patria potestad (art. 110 CC). Ni por el contrario, la circunstancia de que alguno de ellos los preste supone que no pueda producirse incumplimiento de los deberes que integran el ejercicio de la patria potestad. (STS de 5 de marzo de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña María José M. E. interpuso demanda ante los Juzgados de Primera Instancia contra don Ángel M. B., solicitando la privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma en relación con Vanesa, hija de la pareja nacida en agosto de 1988. La convivencia común de la pareja había cesado pocos meses después del nacimiento de la hija, sin que desde entonces don Ángel se hubiese relacionado con la misma ni hubiese contribuido al mantenimiento de la menor hasta 1991, fecha en que se le reclamó judicialmente el pago del derecho de alimentos en favor de la menor, cantidades que satisfizo de manera irregular, proponiendo incluso a la demandante su renuncia a la patria potestad a cambio de que se le eximiera de pagar la pensión de alimentos. Estimada la sentencia en primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia, decretando la privación parcial de la patria potestad y confiando la guarda y custodia de la menor a la madre. Interpuesto recurso de casación por la representación de doña

María José, el TS estimó el recurso y procedió a revocar la sentencia recurrida, y confirmar el fallo de primera instancia.

NOTA.—Tras la reforma de 1981, la patria potestad se encuentra «funcionalizada», no interés del padre. La idea del beneficio del hijo constituye la línea directriz de toda la reforma legislativa de esta materia, con incluso un mayor énfasis en el aspecto de los derechos de la personalidad y de la esfera personal con respecto a las cuestiones patrimoniales. En esta línea se han orientado toda las reformas legislativas que se han llevado a cabo en España (Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial; Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre tutela; y LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del CC y de la LEC), tendentes a proporcionar a los menores un marco jurídico de protección adecuado, en consonancia con los contenidos de los tratados internacionales, y en concreto, de acuerdo con la Convención de Derecho del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

En la misma línea ha ido evolucionando la jurisprudencia del TS (SSTS de 23 de julio de 1987, 11 de octubre de 1991, 20 de enero de 1993, 25 de junio de 1994, 18 de octubre y 31 de diciembre de 1996, de 31 de diciembre de 1996 y la presente), que caracteriza la patria potestad como la institución protectora del menor por excelencia y la privación de la misma no como sanción sino como medio de protección. (R. D. O.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**53. Derechos arrendaticios. No forman parte del caudal relicto. Imprudencia de legado de cosa ajena. Nulidad e ineficacia de la disposición *mortis causa*.**—La situación jurídica de arrendatario no puede ser objeto de sucesión *mortis causa* en sentido propio, y lo que hace el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 es conferir un derecho de subrogación a las personas que señala, heredero o socio, a quienes por razones de interés público o colectivo ha creído prudente o preciso conceder ese privilegio. Éste se regula según normas de derecho necesario, viniendo a constituir, por lo tanto, una facultad legal de carácter originario de la que es titular el heredero o socio del arrendatario, sustraída a la autonomía de la voluntad de este último. De modo que si hubo llamamiento a título universal o de herencia y no a título particular, inexistiendo legado de cosa ajena, cual mantiene la Audiencia, disponiéndose del derecho arrendaticio en la norma de partición de manera diferente a lo dispuesto en el artículo 60.1 LAU, hubo una disposición nula e ineficaz.

**Comunidad proindiviso de los herederos sobre los derechos arrendaticios.**—Al ser nula e ineficaz la disposición del derecho arrendaticio, por no estar en el patrimonio del difunto arrendatario y pertenecer a la comunidad hereditaria por disposición del artículo 60.1 de la LAU y no por derecho sucesorio, sin que haya acuerdo para la subrogación de uno como representante de dicha comunidad con renuncia del resto, siendo el derecho arrendaticio indivisible y por esta falta de acuerdo, surge la comunidad sobre el derecho que constituye un bien indivisible, en aplicación de los artículos 392, 400 y 404 CC. (STS de 16 de febrero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El día 23 de julio de 1986 el Sr. Vicente B. otorgó testamento. En éste legó a su esposa el usufructo universal vitalicio e instituyó herederos a sus hijos Luis y Vicente, adjudicando a este último un establecimiento mercantil con los derechos arrendaticios del local de negocio en el que se halla instalado. Fallecido el Sr. Vicente B. siendo arrendatario de dicho inmueble, Luis presenta demanda pidiendo que se declare la nulidad e ineficacia de la disposición de los derechos arrendaticios llevada a cabo por el causante, así como la pertenencia de estos derechos proindiviso a ambos herederos. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial aprecia la existencia de un legado de cosa perteneciente al heredero o legatario (arts. 861 y 863 CC) y considera válida la cláusula por la que el causante dispuso de los derechos a favor de Vicente. Interpuesto recurso de casación, el TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial.

NOTA.—Al declarar ineficaz la disposición testamentaria, la sentencia parece considerar que se trata de un supuesto de «partición por el testador», mediante la que éste dispone de los derechos arrendaticios de manera diferente a lo previsto en el artículo 60.1 LAU. Sin embargo, para que exista este tipo de partición no basta con atribuir bienes o derechos a los sucesores, sino que además hace falta que se hayan fijado las cuotas que los mismos llenan (véase Francisco de Asís Sancho Rebullida, en José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil, V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 145-146); lo que no sucede en el presente caso, puesto que el causante se limita a instituir herederos a sus hijos en la forma y cuantía que resulta de las adjudicaciones de bienes y derechos. Si el testador no ha fijado cuotas, parte de la doctrina ha afirmado que no habrá propiamente partición, sino legado, institución de cosa cierta o mejora en cosa determinada (así, Mario Clemente Meoro, en F. Capilla/A. M. López/E. Roca/M.<sup>a</sup> R. Valpuesta/V. L. Montés (Coord.), *Derecho de Sucesiones*, Valencia, Tirant lo blanch, 1992, pp. 624-625). La misma Audiencia Provincial aprecia la existencia de un legado de cosa ajena y declara válida y eficaz la disposición testamentaria. Dejando de lado estas consideraciones y aun admitiendo la existencia de institución de una pluralidad de herederos, en esta ocasión el TS no reconoce al causante arrendatario la posibilidad de atribuir a uno de ellos los derechos arrendaticios del local de negocio sino que declara la comunidad proindiviso de los herederos sobre los mismos. Ello contrasta con otras sentencias de este Tribunal, en las que parece dar prioridad a la voluntad del causante. Así, por ejemplo, la STS de 5 de noviembre de 1991. En esta línea, véase Isabel González Pacanowska, en el comentario de esta sentencia, en *CCJC* 47/1998, núm. 1289, pp. 821-833, para quien la atribución de los derechos arrendaticios a uno de los herederos resulta acorde con el interés protegido por el artículo 60.1 LAU, esto es, la «defensa y reconocimiento del patrimonio comercial». En el marco del artículo 33 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, que regula el derecho del heredero o legatario que continúe el ejercicio de la actividad empresarial o profesional desarrollada en el local arrendado de subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendatario hasta la extinción del contrato, véase Antonio Para Martín, en Xavier O'Callaghan (dirigidos por), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, pp. 506-508. (J. M. B. S.)

**54. Preterición intencional o desheredación injusta. Anulación de la institución de heredero en cuanto perjudique la legítima estricta.**—La preterición intencional, o en su caso la desheredación injusta, ha de comportar la anulación de la institución de heredero, «pero no en su totalidad sino en cuanto perjudique al heredero forzoso intencionalmente preterido o, en su caso, injustamente desheredado según establecen los artículos 814.1.º CC (para la preterición intencional) y 851 del mismo cuerpo legal (desheredación injusta), cuya legítima, que ha de ser respetada, es solamente la legítima estricta o corta».

**Obligación de colacionar entre herederos forzosos.**—Conforme al artículo 1035 CC, la colación consiste en una operación particional que ha de llevarse a cabo cuando concurren varios herederos forzosos en la sucesión hereditaria, de forma que el heredero forzoso que recibió bienes en vida del causante a título lucrativo, reciba de menos su equivalente, pues se entiende que ello fue un anticipo de la herencia del donatario. «En este sentido, es reiterada la jurisprudencia del TS (como más antigua puede citarse la sentencia de 28 de noviembre de 1899) de que la obligación de colacionar está limitada a los bienes recibidos por dote, donación u otro título lucrativo y no alcanza a los adquirentes del causante de la herencia por título oneroso en contrato válido y eficaz». (STS de 6 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan José M. P. interpuso demanda sobre juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre nulidad de inscripciones en el Registro de la Propiedad, adjudicación de herencia y otros extremos, contra doña Pilar M. P. y otros. Contestó la demanda esta última adhiriéndose íntegramente a ella y formuló reconvencción sobre declaración de derechos y otros extremos. El resto de demandados contestaron la demanda oponiéndose a ella y suplicando su desestimación. El demandante contestó la demanda reconvenccional estimándola ajustada a Derecho y manifestando su conformidad con ella en los hechos y fundamentos de Derecho.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y desestimando la reconvencción por defectuosa constitución de la relación jurídica procesal.

Apelada esta sentencia, la Audiencia Provincial de Alicante estimó parcialmente los recursos interpuestos por los demandados y revocó la sentencia de primera instancia sólo en cuanto al pronunciamiento sobre las costas procesales, confirmándola en el resto. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar parcialmente al mismo.

NOTA.—Dos son las cuestiones fundamentales que se plantean en esta sentencia. La primera, relativa a si son o no colacionables determinados bienes que recibió en vida el demandante y recurrido en casación; la segunda, sobre los efectos que deben atribuirse a una cláusula testamentaria en la que la testadora afirma que nada deja por testamento a dos de sus hijos (uno de ellos, el demandante) por haberles dado en vida sobradamente a título gratuito, cuando después resulta que tales atribuciones lo fueron a título oneroso.

El problema de la colación lo resuelve el TS con la afirmación de que los bienes que se señalan como recibidos en vida por el demandante e hijo de la testadora (la mitad ganancial que correspondió a la testadora del negocio que tuvo con su difunto marido) lo fueron a título oneroso (negocio de cesión, según se afirma), con lo que no existe obligación de colacionar. Del mismo modo, tampoco hay obligación de colacionar, entiende la Sala, la condonación que en el tes-

tamento hace la testadora de determinadas cantidades debidas a ella por su hijo como pago del usufructo de la otra mitad del mismo negocio, puesto que se trataría de un legado de perdón o liberación de deuda no sujeto a colación.

A nuestro entender, ambas afirmaciones son dudosas, puesto que el negocio oneroso al que se hace referencia consistió en la cesión por parte de la testadora a su hijo y demandante de la mitad indivisa de un establecimiento industrial destinado a la elaboración y venta de licores con todo su utillaje instalado, así como de la cesión por parte de las dos hermanas de éste de sus respectivas cuotas en la otra mitad indivisa, y todo ello por el precio total de 10.500 pesetas, lo que parece un negocio en su mayor parte gratuito, y sujeto por tanto, a la obligación de colacionar en esta parte gratuita. Por otro lado, en cuanto a la condonación de las deudas (legado de perdón, se dice) parece que existe una manifiesta voluntad de la testadora de sujeción a colación conforme a lo prevenido en el artículo 1037 CC, aunque ello no sea tan claro.

En cuando a los efectos que deban darse a la referida más arriba cláusula testamentaria, lo que pretendió ser reconducido por el artículo 767 CC (error en la causa de la institución), el TS aplicó el principio *iura novit curi* para entender que se trataba en realidad de una preterición intencional o desheredación injusta, cuyo régimen jurídico ha quedado unificado tras la reforma del CC operada por la Ley 11/1981, procediéndose en consecuencia a la anulación de la institución de heredero en cuanto perjudique la legítima del intencionalmente preterido o injustamente desheredado (arts. 814.1.º y 851, respectivamente del CC). La duda que se plantea en esta sede es si la legítima que corresponde en este caso es la llamada legítima estricta o corta, o si también ha de incluirse la parte del tercio de mejora no dispuesto por el causante. El TS sigue en este sentido la opinión mayoritaria de la doctrina, representada fundamentalmente por Vallet y De la Cámara (también Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, IV, 1995, pp. 485 y 489) que entienden que la legítima que procede es la estricta o corta; parecer que es también seguido por la jurisprudencia, como ocurre en la sentencia que anotamos. (A. G. C.)

## DERECHO MERCANTIL

**55. Contrato de agencia de seguros.**—Debido a la resolución unilateral e injustificada del contrato de agencia de seguros concertado por parte de la entidad aseguradora *B. C. A.*, se producen una serie de daños y perjuicios al agente, consistente en la existencia de una Cartera de Seguros, en la fecha de la resolución, sobre la cual disfruta de unos derechos, en virtud del artículo 47 del Reglamento, que se traduce en unos beneficios económicos para la compañía aseguradora (en este sentido, cita la S de esta Sala de 3 de julio de 1990) que debe «devengar las correspondientes comisiones, a quien con su gestión o su trabajo, produjo o hizo esa labor de producción de seguros para la Asegurada». Asimismo, el TS fija la indemnización correspondiente a la resolución del contrato en función del reconocimiento del valor de la cartera, ello en virtud de la aplicación de la legislación especial sobre mediación de seguros, de los artículos 57 y 58 en su reenvío a los 47 a 51 del Reglamento, sin que pueda ser aplicada, por analogía, para estos supuestos la Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre el contrato de agencia. (STS de 13 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad aseguradora *B. C. A.* efectúa la rescisión unilateral del contrato de agencia de seguros concertado con la Correduría de Seguros *G. S. L.* Ante tales hechos, esta última interpone demanda, solicitando, por un lado, la vigencia de la carta de condiciones o contrato suscrito entre las partes, declarándose nula dicha rescisión unilateral y, por otro, solicitando indemnización en reclamación de daños y perjuicios por el valor de la cartera de seguros gestionados. La entidad demandada se opone a la demanda, reconviniendo para que le fueran abonadas ciertas cantidades adeudadas. El Juzgado de Primera Instancia condena a la aseguradora al pago de una indemnización en virtud del valor de la cartera y asimismo, estima en parte la reclamación reconvencional, condenando al pago a la parte actora. Interpuesto recurso de apelación por la aseguradora, adhiriéndose al mismo la Correduría de Seguros, la Audiencia estima el recurso presentado por la primera, revocando la sentencia dictada. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto. (*E. M. C.*)

**56. Contrato de seguro contra daños.**—El TS, en base «al ámbito de las relaciones discutidas y la naturaleza privada del vínculo que liga a los contendientes», diferencia el ámbito de aplicación de dos preceptos: el artículo 45 de la Ley General Presupuestaria y el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. Este último, prevé un recargo por demora en el pago de la indemnización y debe ser aplicado al Consorcio de Compensación de Seguros, ya que «el Consorcio ha de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado y, en el ejercicio de su actividad aseguradora, ha de quedar sometido a la Ordenación del Seguro Privado».

**Carga de la prueba.**—El TS efectúa una distribución entre la carga de la prueba, recayendo sobre la compañía asegurada la prueba en cuanto a la existencia del siniestro, del resultado, su cuantía, así como la inclusión del siniestro en los supuestos previstos en la póliza; y correspondiendo al Consorcio de Compensación de Seguros probar la existencia o concurrencia del riesgo agravado, ya que dicho extremo representa «el hecho extintivo o impeditivo de la reclamación deducida en su contra». En virtud de lo expuesto, el TS declara la improcedencia de la aminoración de la indemnización aplicada en base al riesgo agravado debido a la ausencia de datos aportados por el Consorcio que permitieran constatar de modo fehaciente e indubitado si, en virtud del artículo 8 del Reglamento, podía, en base al promedio anual de tiempo en que el lecho del curso del río ha permanecido seco o sin agua, ser considerado como río. Por ello, estima que no se ha vulnerado el artículo 1214 CC al haberse respetado dicho *onus probandi* por el tribunal de primera instancia y el de apelación. (**STS de 14 de marzo de 1998**; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía mercantil *E., S. A.*, padece en sus instalaciones una inundación debido al desbordamiento de un río próximo a la misma. Al tratarse de un siniestro englobado como riesgo «extraordinario», el Consorcio de Compensación de Seguros efectúa la indemnización, pero aminorando la cuantía de la misma por considerar que las instalaciones siniestradas no cumplían las normas reglamentarias sobre distanciamiento y altura respecto al cauce del río, por lo que se daba una circunstancia de riesgo agravado. Ante tales hechos, la entidad *E., S. A.*, interpone demanda contra el Consorcio de Compensación de Seguros sobre reclamación de cantidad por los daños sufridos y no indemnizados, e incrementada en un 20 por 100 anual a



partir de la fecha del siniestro. La demanda es estimada tanto en primera instancia como en apelación. Interpuesto recurso de casación, el TS confirma la misma. (E. M. C.)

**57. Seguros. Consorcio de Compensación de Seguros: alcance y extensión de su cobertura.**—Según el TS, este organismo asume una responsabilidad que es complementaria, reglada y de interpretación restrictiva en cuanto a su alcance, de manera que sólo actúa dentro de las limitaciones legales. En este sentido, tanto las disposiciones legales (art. 3 RDL 18/1964 de 3 de octubre, RDLeg de 28 de junio de 1986, Reglamento de 30 de diciembre de 1986 y Ley de 19 de diciembre de 1990), como la jurisprudencia de la Sala Primera del TS (entre otras, SSTs de 30 de mayo de 1991, 27 de octubre de 1992, 28 de septiembre de 1994 y 19 de febrero de 1996) establecen este tope en el límite fijado para el seguro obligatorio. Fuera de estos márgenes, pretender la actuación del Consorcio de Compensación de Seguros resulta arbitrario y supone atribuirle unas obligaciones que no le corresponde asumir ni por vía legal ni por vía contractual. Por tanto, el ámbito de cobertura del Consorcio de Compensación de Seguros se restringe a los límites del seguro obligatorio, sin que quepa extenderlo a los límites de los seguros voluntarios.

**Seguros. Consorcio de Compensación de Seguros: funciones.**—Establece el TS que el Consorcio de Compensación de Seguros debe indemnizar los daños a las personas y a los bienes cuando las entidades aseguradoras que se encuentran en alguno de los supuestos que contempla el artículo 3 RDL 18/1964, de 3 de octubre no cumplen con las obligaciones que asumieron contractualmente. Una de estas situaciones es la de disolución forzosa de la entidad aseguradora [art. 3, apartado e)].

**Doctrina de la Sala Segunda (Penal) del TS. Vinculación del orden jurisdiccional civil.**—Es doctrina reiterada del TS (STS de 12 de marzo de 1992) que las declaraciones de índole civil realizadas por la Sala Segunda del TS sólo actúan dentro del orden jurisdiccional penal, sin que puedan vincular a la Sala Primera. (STS de 13 de febrero de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Una empresa de transportes es demandada por algunos pasajeros de autocares de su propiedad, quienes sufrieron daños como consecuencia de los accidentes de circulación en que se vieron involucrados estos vehículos. Ante el hecho de que la entidad aseguradora con la que la empresa de transportes tenía contratado su seguro está en situación de disolución forzosa, el Consorcio de Compensación de Seguros asume el pago de las indemnizaciones solicitadas hasta el límite del seguro obligatorio, siendo sufragado el resto de las indemnizaciones por la empresa de transportes. Posteriormente demanda esta empresa al Consorcio de Compensación de Seguros, solicitando el pago de la cantidad desembolsada más los intereses, ya que considera que la misma quedaba englobada en el ámbito del seguro voluntario que había suscrito con la entidad aseguradora actualmente en quiebra y que la actuación del Consorcio de Compensación de Seguros ha de extenderse hasta los límites del seguro voluntario.

La demanda es estimada parcialmente en primera instancia. Recurrida por el Abogado del Estado es estimado el recurso por la Audiencia Provincial y revocada la sentencia anterior. Se interpone posteriormente recurso de casación que es desestimado por el TS.

**NOTA.**—Debe tenerse en cuenta que la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de 8 de noviem-

bre, en su DA 8.<sup>a</sup> ha reformado la regulación sobre la responsabilidad y el seguro en el ámbito de la circulación de vehículos a motor que se contenía en el Título Primero del texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo. Por lo que respecta a las funciones del Consorcio de Compensación de Seguros, se encuentran ahora reguladas en el actual artículo 8 de dicho texto.

La reforma ha afectado también a los límites del seguro obligatorio, estableciéndose un sistema de baremos cuya constitucionalidad es debatida actualmente por la doctrina. Destacar en este punto las opiniones, entre otros, de Rubio Llorente (*La Ley*, 1997, pp. 1972 ss.) a favor de la constitucionalidad, y de Pantaleón Prieto (*La Ley*, 1997, pp. 2080 ss.) que aboga por la inconstitucionalidad de ese sistema. (A. M. M.)

**58. Sociedad anónima. Junta Universal de accionistas. Asistencia por medio de representante.**—Es jurisprudencia reiterada del TS (entre otras, SSTs de 14 de febrero de 1989, 17 de febrero de 1992 y 23 de diciembre de 1997) la que establece que no puede haber representación en Junta Universal si no ha existido previa convocatoria para la misma que incluya el orden del día. No obstante, se permite en estos supuestos la representación si resulta acreditado que el representado conoció de forma fidedigna la intención de constituir la Junta, así como los asuntos que en ella se iban a tratar, de manera que se pueda considerar que tuvo conocimiento de los elementos precisos para dar al apoderado las órdenes pertinentes para la emisión del voto, confiriéndole la representación para ese acto concreto.

**Sociedad anónima familiar. Junta Universal de accionistas. Representación.**—El TS estima que aunque en las sociedades familiares se interpretan normalmente de forma amplia los requisitos de constitución de Junta Universal de accionistas, esto no significa que no se exijan en ellas unos requisitos mínimos en lo referente a la representación de los socios. Por ello, cuando el artículo 108 TRLSA permite la figura de la representación familiar al cónyuge, ascendientes y descendientes, no es admisible que una interpretación laxa extienda esta posibilidad a los hermanos.

**Doctrina de los actos propios.**—El TS establece, con apoyo en su propia doctrina (STS de 17 de julio de 1995), que para que el acto propio sea vinculante y provoque el que no sea lícito actuar a consecuencia suya, es necesario que con él se haya definido inalterablemente, causando estado, la situación jurídica de su autor, o bien que, de forma unilateral, vaya encaminado a crear, modificar o extinguir algún derecho. Junto a esto, es necesario que el acto sea concluyente e indubitado y que tenga un alcance inequívoco.

**Quiebra. Poderes anteriores para procuradores. Ratificación.**—Según el TS (STS de 23 de febrero de 1988), los liquidadores de una sociedad anónima pueden, como representantes de la misma, ratificar los poderes otorgados a procuradores antes de la quiebra. (STS de 14 de marzo de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Una sociedad anónima de carácter familiar celebra Junta Extraordinaria Universal de accionistas en la cual se acuerda la ampliación de capital. A la citada Junta no comparecen tres de los accionistas, ni por sí, ni a través de representante, de forma que no participan en la votación del acuerdo. Estos accionistas interponen demanda suplicando la nulidad del acuerdo social y la cancelación de la inscripción del mismo en el Registro Mercantil. Alegan que no fueron convocados a la Junta ni se les notificó el orden del día.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, ante lo cual interponen los actores recurso de apelación ante la Audiencia

Provincial. Ésta estima el recurso y revoca la sentencia de primera instancia, declarando la nulidad de la Junta Universal celebrada y de los acuerdos en ella adoptados. Recurrida esta sentencia en casación, desestima el TS el recurso. (A. M. M.)

**59. Sociedades anónimas: impugnación de acuerdos sociales.**—El TS parte del «principio de flexibilidad» en la adaptación de los Estatutos sociales a la nueva LSA, que impone a las sociedades una exigencia legal e inexorable para que realicen determinadas adaptaciones de sus Estatutos a la Ley, con sanciones en caso de incumplimiento, para continuar actuando en el ámbito mercantil, siendo suficiente el *quorum* de la mayoría para la aprobación de estas adaptaciones. Lo cual significa que «tan sólo aquellos acuerdos que de una forma sustancial y trascendental modifiquen los Estatutos yendo más allá de la adaptación a la nueva LSA pueden ser considerados como tales, con la grave consecuencia, en el presente caso, de dar lugar a la anulación de los mismos».

Por tanto, el TS centra la cuestión debatida en la apreciación de si la adaptación imperativa contenida en la nueva LSA, respecto a los Estatutos sociales ya que si supone una modificación de los Estatutos, el acuerdo debe ser anulado. Sin embargo, si se considera que no existe más que una mera adaptación, el acuerdo es válido. En el presente caso, al encontrarse permitida en la nueva Ley la manera en que la Junta General debía votar la elección de los miembros del Consejo de Administración contemplado en los antiguos Estatutos, el acuerdo adoptado que supone la eliminación de ese sistema, que no contradecía ningún precepto de la nueva LSA, ni era exigida tal modificación en la misma, supone una modificación estatutaria ya que, en virtud de la misma, artículos 123 y 137 de la Ley, «el nombramiento de los Administradores es de competencia exclusiva de la Junta General, es un derecho y un deber, que no se puede delegar en nadie, lo cual es compatible con los pactos estatutarios que limiten o restrinjan la facultad de elección a personas, como electores o elegidos, que reúnan ciertas facultades objetivas». Por ello, se debe exigir para llevar a cabo dicha modificación, el *quorum* reforzado que preveía los anteriores Estatutos, que al no respetarse conducen a la anulación de dicho acuerdo, en virtud del artículo 115.2 LSA.

**Nulidad parcial de los acuerdos adoptados.**—El acuerdo de modificación de la manera en que la Junta General debe votar la elección de los miembros del Consejo de Administración al suponer una verdadera modificación de los Estatutos sociales, sin haberse alcanzado la mayoría reforzada exigida para estos supuestos, debe ser anulado. Dicha anulación, sin embargo, debe recaer únicamente sobre ese acuerdo, sin que deba alcanzar la anulación a los demás acuerdos de adaptación de artículos de los Estatutos a la nueva LSA ya que fueron legítimamente adoptados. Esta aceptación de nulidad parcial en el ámbito de los actos no negociales «se ha de analizar caso por caso». El TS, con cita de la S de 4 de diciembre de 1986, señala respecto a dicha nulidad parcial que «se predica de aquellos contratos (o actos jurídicos) en que algún pacto resulte contrario a la ley (o a los Estatutos, en el presente caso) siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula; lo que reitera literalmente la de 17 de octubre de 1987; insiste la de 22 de abril de 1988 en la compatibilidad en un acto o contrato de pactos válidos y pactos nulos sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio; concepto que es reiterado en las SS de 15 de febrero de 1991 y 23 de junio de 1992». (STS de 18 de marzo de 1998; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—Varios accionistas de la sociedad ANSA interponen frente a la misma demanda sobre impugnación de acuerdos adoptados en la Junta General, en adaptación de los Estatutos sociales a la

nueva LSA, en virtud de los artículos 115 ss. Dichos acuerdos consisten, por un lado, en la modificación de la manera en que la Junta General debe votar la elección de los miembros del Consejo de Administración y, por otro, en la eliminación de restricciones a la transmisibilidad de acciones al portador. Los accionistas solicitan la invalidez de dichos acuerdos, por no integrar una mera adaptación, sino una modificación sustancial de los Estatutos sociales, sin que se cumpliera el *quorum* de mayoría reforzada, establecido en los mismos para dichos casos, sino el *quorum* legal de mayoría simple contemplado en el artículo 103 de la Ley. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia estima el recurso parcialmente. Formulan ambas partes recurso de casación, el TS estima parcialmente el recurso de la empresa ANSA, declarando la invalidez del acuerdo de modificación del antiguo artículo de los Estatutos respecto a la elección del Consejo de Administración, manteniendo la validez, y por tanto desestimando la demanda, respecto al resto de los acuerdos. (E. M. C.)

**60. Arrendamiento financiero.**—El TS señala que la «voluntad rebelde» exigida para que la facultad resolutoria del artículo 1124 CC sea aplicable ha sido matizado por la jurisprudencia en el sentido de «incumplimiento objetivo que rompa el equilibrio de las prestaciones», sin que pueda preservarse un contrato que las partes no tenían voluntad de que perdurase. Por ello, no es posible hablar en este supuesto de aplicación indebida de este precepto, sino de un mutuo acuerdo para dar por finalizado el contrato de arrendamiento, ya que la entidad deudora H., S. L., en suspensión de pagos, a pesar de que la LSP le permite continuar realizando su actividad mercantil, decide devolver voluntariamente los bienes objeto de arrendamiento a E., S. A., y, por tanto, dar por resuelto el contrato.

**Suspensión de pagos.**—El TS, con cita en el artículo 12 y la STS de 9 de mayo de 1989, indica cuáles son los efectos de la suspensión de pagos respecto al suspenso, señalando que «el suspenso puede continuar comerciando (arts. 5 y 6 LSP), (...) el balance, la lista de acreedores y sus créditos los preparan los interventores y (...) los acreedores pueden discutir la determinación de cuantía, incluso en juicio coincidente en el tiempo con la tramitación de la suspensión de pagos».

**Preferencia y prelación de créditos.**—El crédito contra el suspenso no puede ser objeto de ejecución separada. Por ello, aunque el artículo 9 LSP confiera una protección a los «acreedores privilegiados y de dominio», es decir, a la arrendadora financiera en cuanto acreedora de dominio de bienes muebles, dicha protección, sin embargo, «no le permitirá ni ejecutar separadamente la deuda que a su favor reconoce la sentencia, ni obtener privilegio alguno dimanante de la fecha de ésta». Así, ni el privilegio de los créditos que constan en escritura pública, ni los reconocidos en sentencia, artículo 1924 CC, «puede reconocerse a los acreedores comunes que, tras la suspensión de pagos, ejercitan acción declarativa de su derecho fuera de su ámbito», ya que ello produciría innumerables fraudes. Asimismo, señala el TS, que dicho crédito, en virtud del artículo 12 LSP, se encuentra sujeto al convenio logrado en la suspensión de pagos, sin que sea de aplicación a este supuesto el artículo 17 LSP, que sólo se refiere a aspectos procesales. (STS de 16 de febrero de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La empresa de arrendamientos financieros, E., S. A., suscribe contrato de arrendamiento de bienes muebles con la entidad H, S. L., quien incumple el correspondiente abono de las rentas.

Encontrándose en suspensión de pagos, aun pudiendo continuar realizando su actividad mercantil en virtud de la LSP, los bienes objeto de arrendamiento fueron devueltos a *E., S. A.*, dándose por resuelto el contrato y sometándose al convenio. Ante tales hechos, la empresa arrendadora interpone demanda en base al incumplimiento del pago de renta, solicitando la ejecución de su crédito separadamente. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia estima parcialmente la demanda, siendo confirmada por el TS. (*E. M. C.*)

**61. Quiebra: interrupción del nexo causal entre el daño (embargo por falta de inscripción registral) y el defecto en el otorgamiento de escritura pública por el Notario.**—El TS señala que no existe nexo causal entre la negligencia del Sr. Notario y el resultado dañoso, es decir, las anotaciones preventivas de embargo, ya que, haciendo suyo el pronunciamiento de la Audiencia, «aun concurriendo una conducta negligente en los demandados, pueden verse los mismos exentos de responsabilidad si acreditan que entre su comportamiento y el resultado dañoso ha mediado una causa extraña de suficiente entidad que interfiriéndose en el nexo de causalidad lo rompa». Dicha intervención causal se debió a la demora en el pago de los tributos correspondientes, siendo imputable a la empresa, o bien a un tercero, pero nunca al Sr. Notario, que rompió el nexo de causalidad entre la conducta del Sr. Notario y el resultado dañoso ya que en la fecha en que se pagó el impuesto ya no era posible la subsanación del defecto constatado en la escritura, lo que «justifica la ausencia de gestión por parte de la actora ante el señor Notario y sociedades otorgantes de la escritura para completar el defecto (...), máxime cuando en tal momento, aun subsanada, no obviaría la realización efectiva del daño». Resultado inevitable precisamente por la inscripción en el Registro de los asientos de embargo y haberse dictado el auto declarando a la sociedad hipotecante en quiebra con una retroacción anterior a la escritura.

Asimismo, debido a que el auto de declaración de la quiebra señaló la retroacción con fecha anterior al otorgamiento de la escritura pública, los actos de dominio y disposición del quebrado, en virtud del artículo 878.2 CCO, serán nulos, estableciendo dicho precepto una nulidad «absoluta o de pleno derecho» (S de 28 de octubre de 1996), que «no precisa declaración judicial de invalidez de los actos afectados, pues la Ley no establece procedimiento alguno a tales efectos, actuando incluso con independencia de situaciones de ignorancia o buena fe en los terceros que contratan con el quebrado. La referida nulidad sólo supedita los efectos en cuanto precisa sea declarada judicialmente en aquellos casos en que determinada persona se oponga a la misma (SS de 9 diciembre de 1981, 24 de octubre de 1989, 15 de noviembre y 19 de diciembre de 1991 y 11 de noviembre de 1993, entre otras)». Al no haberse atacado la fecha de retroacción de los efectos de la quiebra, «la nulidad de la escritura de constitución de la hipoteca trasciende al nexo causal y rompe el mismo», absorbiendo además la negligencia del Notario, sin que le sea imputable responsabilidad alguna por las anotaciones de embargo sobre la finca. (**STS de 18 de marzo de 1998**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Dos empresas mercantiles, con un mismo representante legal otorgan ante Notario escritura de reconocimiento de deuda frente a *M., S. L.*, con garantía hipotecaria sobre una finca. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, es negada la inscripción de la hipoteca por falta de pago de los tributos pertinentes. Una vez pagados, se deniega nuevamente la misma por exis-

tir un defecto en la misma, no constatado por el Sr. Notario, lo que provoca que pesen varias anotaciones preventivas de embargo sobre la finca ya que se había declarado la quiebra de la entidad hipotecante. Ante tales hechos, la Compañía mercantil *M., S. L.*, interpone demanda contra la comunidad de herederos del señor Notario, fallecido el mismo, y contra las compañías aseguradoras de su responsabilidad civil en reclamación de daños y perjuicios causados, cifrados en el importe de la deuda que se le garantizaba con hipoteca en tal escritura. El Juzgado de Primera Instancia condena a los demandados al pago. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia revoca la sentencia; siendo desestimado por el TS el recurso de casación.

NOTA.—El TS estima que se produjo una interconexión de otro actuar negligente, el retraso en el pago del impuesto y la retroacción de la quiebra con efectos anteriores a la escritura, que rompieron el nexo de causalidad entre la conducta del Sr. Notario y el resultado dañoso, es decir, las anotaciones preventivas de embargo. Sin embargo, parece más correcto en este supuesto entender que nos encontramos ante una inexistencia de causa, más que ante una ruptura del nexo causal como entiende el TS, ya que la conducta del Sr. Notario no guarda relación de causalidad con el desencadenamiento de las anotaciones preventivas de embargo sobre la finca, pues ese mismo resultado se hubiera producido aunque hubiera actuado diligentemente. Por tanto, es más adecuado hablar de inexistencia de causa, al no incidir la conducta en el resultado dañoso, que de la interrupción del nexo causal. (*E. M. C.*)

## DERECHO PROCESAL

**62. Error judicial. Concepto.**—Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 31 de enero de 1995, 24 de abril de 1996 y 11 de septiembre de 1997) mantiene que existe error judicial cuando se adoptan decisiones absurdas e ilógicas, así como en los casos en los que se parte de pruebas que no constan en los autos o se omiten pruebas de carácter trascendental que determinarían el fallo (entre otras, SSTS de 18 de abril de 1992, 16 de octubre de 1993, 13 de diciembre de 1994 y 9 de marzo de 1996). También existe error judicial (SSTS de 2 de junio y 15 de octubre de 1993 y 7 de febrero de 1994) cuando la sentencia incurre en equivocación manifiesta y palmaria contraria al Derecho o aplica normas in-existentes o caducadas. (**STS de 16 de febrero de 1998**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. L. T. C. encargó a un abogado la interposición de una demanda contra la entidad *Comercial Lucense Ganadera, S. A.*, en reclamación de los daños sufridos a raíz de la muerte de un semental bovino, producida como consecuencia del suministro erróneo de un fármaco por la citada entidad. La demanda es desestimada, tanto en primera instancia como en apelación, por prescripción de la acción.

El abogado de don J. L. T. C. reconoce que ha cometido una negligencia profesional, al no interponer la demanda antes de que transcurriese el plazo de prescripción de la acción. Al mismo tiempo el abogado manifiesta a su cliente que cuenta con una póliza de seguro de responsabilidad civil en el ejercicio profesional suscrita con la entidad *La Vasco Navarra, S. A.*

Don J. L. T. C. ejercita la acción directa que le reconoce el artículo 76 LCS contra la mencionada entidad aseguradora, reclamando el pago de una cantidad de dinero por los daños y perjuicios ocasionados por la declaración de prescripción de la acción ejercitada por su abogado. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a la compañía aseguradora al pago de determinada cantidad de dinero. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la entidad aseguradora y desestima la demanda.

Don J. L. T. C. formuló demanda sobre declaración de error judicial contra la sentencia de la Audiencia Provincial, alegando incongruencia y falta de claridad y precisión en la citada sentencia.

El TS desestimó la demanda sobre declaración de error judicial.  
(*M. J. P. G.*)

