

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LII, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 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
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ
JESÚS DíEZ DEL CORRAL
AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN
GABRIEL GARCÍA CANTERO
ANTONIO GORDILLO CAÑAS
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS
JUAN JORDANO BAREA

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ
JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
SEBASTIÁN MORO LEDESMA
FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS
MANUEL OLIVENCIA RUIZ
JOSÉ POVEDA DíAZ
LUIS PUIG FERROL
IGNACIO SOLÍS VILLA
RODRIGO URÍA GONZÁLEZ

SUMARIO

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Luis DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: «Contratos de crédito y protección de consumidores»	1357
Luis Ignacio ARECHEDERRA ARANZADI: «Divorcio y reserva de bienes»	1395
Isaac TENA PIAZUELO: «El contrato de sociedad civil y las sociedades irregulares en los derechos español, francés e italiano»	1435
Antoni VAQUER ALOY: «Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la <i>Compilación del Derecho civil de Cataluña</i>)»	1491
María de Lourdes FERRANDO VILLALBA: «La dotación fundacional. Reflexiones en torno al artículo 10 de la Ley 30/1994»	1571

Bibliografía

LIBROS

- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: «La liquidación de la sociedad de gananciales. Doctrina y jurisprudencia», por María Eugenia Rodríguez Martínez 1613
- MORILLO GONZÁLEZ, Fernando: «El proceso de creación de una fundación», por Susana Quicios Molina 1621
- RAMOS CHAPARRO, Enrique: «Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona», por Tomás Rubio Garrido 1627
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social», por Regina Gaya Sicilia 1635
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «La propiedad intelectual sobre las obras musicales», por Raquel de Román Pérez 1639

REVISTAS EXTRANJERAS

- Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, María del Rosario DÍAZ ROMERO, María Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ 1643

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS, año 1998

- A cargo de Encarna ROCA TRÍAS. Colaboran: Ramón CASAS VALLÉS, Guillém GUARDIA VIDAL, Ana LATORRE ARMERO, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Mònica VILASAU SOLANA 1689

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

- Virginia MÚRTULA LAFUENTE: «La responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio del virus del SIDA a través de transfusión de sangre [comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de diciembre de 1998]» 1713

SENTENCIAS

- A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Margarita CASTILLA BAREA, M.ª Carmen CRESPO MORA, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Antonio JIMÉNEZ CLAR, Andrea MACÍA MORILLO, Virginia MÚRTULA LAFUENTE, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Áurea RAMOS MAESTRE 1727

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral.

Precio de suscripción: 8.300 ptas.: 57.10 €

Precio del fascículo suelto: 2.600 ptas.: 15.63 €

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

VENTA Y DISTRIBUCIÓN

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 91 538 21 11

Fax: 91 538 21 11

SUSCRIPCIONES

Boletín Oficial del Estado

Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

Tel.: 91 384 17 15

Fax: 91 384 17 14

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LII, FASCÍCULO IV
Octubre-diciembre, 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.

Contratos de crédito y protección de consumidores

LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *La definición de los contratos de crédito en la Ley de crédito al consumo.*—3. *La relación entre la regulación de los contratos de crédito al consumo y los contratos de venta de bienes muebles a plazos.*—4. *Los objetivos de protección en los contratos de crédito a los consumidores.*—5. *La forma escrita y el contenido mínimo obligatorio.*—6. *La preceptiva mención de la tasa anual equivalente.*—7. *Información al consumidor sobre anticipos y descubiertos.*—8. *La información sobre calendarios de pagos.*—9. *Los pactos sobre la variabilidad de los costes del crédito.*—10. *La exigencia de un índice de referencia objetivo: especial mención al problema de los llamados «intereses preferenciales»:* A) *La polémica de los hipotecaristas como vía de introducción a los problemas planteados.* B) *La doctrina de la Dirección General de los Registros.* C) *La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de febrero de 1995.* D) *El artículo 1256: sus antecedentes y su significación.* E) *El significado de la idea de «arbitrio» en el artículo 1256 y la interpretación reductora del precepto legal mencionado.* F) *El problema del arbitrio de una de las partes en la determinación de las prestaciones contractuales.* G) *Un análisis de Derecho comparado como vía de corroboración de las conclusiones anteriores.*—11. *La facultad de pago o reembolso anticipado.*—12. *La facultad de reembolso anticipado y las llamadas «comisiones de amortización anticipada».*—13. *La limitación de las cláusulas penales, deducciones o retenciones.*—14. *Contratos de crédito y cláusulas abusivas.*—15. *Contratos de crédito y protección de consumidores.*—16. *La situación de los contratos de prestación de servicios financieros en la Ley 7/1998.*—17. *Las cláusulas sobre la modificación de los tipos de interés.*—18. *Las cláusulas sobre la modificación unilateral de las condiciones del contrato y las de rescisión unilateral.*—19. *El significado de la exclusión de la abusividad automática.*

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha ido promulgando una serie de normas legales en las que, se ha desarrollado la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU). Las políticas preconizadas por la Comu-

nidad europea y las Directivas emanadas de ella, han establecido formas de protección de los consumidores en el supuesto específico de los contratos de crédito. En especial, parece necesario hacer referencia a tres:

1.º La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (LCC), que contiene la regulación general incorporando al Derecho español la Directiva europea.

2.º La Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación (LCGC), que además de introducir importantes modificaciones en el artículo 10 LGCU y establecer una serie de criterios para definir determinadas cláusulas o estipulaciones como abusivas, dedica alguna norma especial a los contratos de concesión de crédito y a los contratos que celebran los prestadores de servicios financieros.

3.º La Ley 22/1998, de 10 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (LVPBM), pues aunque las ventas a plazos de bienes muebles no sean contratos necesariamente celebrados con consumidores, esta última figura aparecía ya y reaparece claramente en la regulación.

En la medida en que todo ello incide en el Derecho general de obligaciones y contratos, parece conveniente ocuparse del tema.

2. LA DEFINICIÓN DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO EN LA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO

Según el artículo 1 LCC, dicha Ley se aplica en «los contratos en que una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio (en adelante empresario) concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de precio aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional».

Si prescindimos en este momento de la delimitación de los elementos personales (empresario y consumidor) concebida en la Ley con unas características semejantes a las que estaban ya explicitadas en la LGCU, la lectura del artículo 1 LCC, deja en claro que lo que la Ley llama «contratos de créditos» comprende varios tipos de operaciones diferentes unidas sólo por el común denominador de proporcionar o facilitar medios financieros. Aunque en la técnica civilista estos contratos suelen calificarse como «contratos de préstamo», la vieja figura civil del mutuo resulta probablemente demasiado estrecha. Jurídicamente lo esencial parece ser que como consecuencia de la mencionada facilitación de medios financieros el empresario resulte ser acreedor del consumidor.

Es igualmente claro que en el ámbito de la Ley penetran tanto los contratos de crédito de carácter consensual como los de carácter real (“concede o se compromete a conceder”) y lo es igualmente que el contrato es

independiente de la forma cómo las partes lo articulen o contabilicen (apertura de crédito, etc.).

Del mismo modo, hay que entender que en la Ley se encuentran regulados tanto los contratos de facilitación directa de los medios financieros (préstamo, apertura de crédito) como aquellos que tienen por objeto la financiación de otro tipo de obligaciones y contratos, que lógicamente tienen que ser contratos de consumo y a los que la Ley denomina por la relación estrecha entre unos y otros, contratos vinculados.

3. LA RELACIÓN ENTRE LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO Y LA DE LOS CONTRATOS DE VENTA DE BIENES MUEBLES A PLAZOS

Como se ha apuntado ya, las ventas a plazos fueron una de las primeras modalidades de financiación de la adquisición de bienes por los consumidores y la regulación de las ventas a plazos ha sido en gran medida, aunque no enteramente, una forma de protección de los consumidores. Por ello, el artículo 1 LCC engloba en la regulación de los contratos de crédito al consumo todos aquellos en virtud de los cuales se otorgue un crédito bajo la forma de precio aplazado. De esta manera se produce una colisión entre la regulación de la LCC y la LVBMP que ha obligado a modificar esta última y a establecer una norma (art. 2), que resuelva la colisión. El artículo 2 LVBMP de 1998 dice que «los contratos sujetos a esta Ley que también se encuentren incluidos en el ámbito 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo se regirán por esta última en todo lo que favorezca al consumidor», aunque añade poco después que la Ley de ventas a plazos se aplica con carácter supletorio a los contratos que directamente caigan en el ámbito de aplicación de la LCC.

4. LOS OBJETIVOS DE PROTECCIÓN EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO A LOS CONSUMIDORES

En los mercados fuertemente liberalizados no constituye un objetivo del legislador incidir en las condiciones centrales de la transacción económica que los sujetos lleven a cabo. No se trata, como es obvio, ni de limitar los tipos de interés, ni las restantes condiciones de los créditos. La protección de los consumidores y usuarios se centra más bien en la búsqueda de la más completa información, que es lo que hoy en el lenguaje burocrático se denomina «transparencia». Se trata de conseguir que los consumidores se embarquen en las operaciones en las condiciones regidas por el mercado, si bien consiguiendo una plena información sobre el alcance y los riesgos de tales operaciones.

Para ello existe, en primer lugar, un requisito de forma y un contenido mínimo obligatorio de los contratos, acompañados uno y otro por una serie de sanciones que se imponen por la infracción de las correlativas normas.

5. LA FORMA ESCRITA Y EL CONTENIDO MÍNIMO OBLIGATORIO

La forma escrita se prescribe en el artículo 6.1 LCC y se sanciona en el artículo 7 LCC. Según el primero, «los contratos sometidos a la presente Ley se harán constar por escrito y se formalizarán en tantos ejemplares como partes intervengan, entregándose a cada una de ellas su correspondiente ejemplar debidamente firmado».

Según el artículo 6 LVPBM «para la validez de los contratos sometidos a la presente Ley será preciso que consten por escrito» y «se formalizarán en tantos ejemplares como partes intervengan, debiéndose entregar a cada una de ellas su ejemplar debidamente firmado». La omisión de cláusulas obligatorias se penaliza con la nulidad (art. 7 LCC).

Del contenido mínimo obligatorio, que es preceptivo de cara a los contratos, nos importa destacar sobre todo las normas que tratan de conseguir la mayor información y el mayor conocimiento posible por el prestatario respecto de la onerosidad que para él suponga la operación.

6. LA PRECEPTIVA MENCIÓN DE LA TASA ANUAL EQUIVALENTE

La primera regla que trata de conseguir la antedicha finalidad es la que impone la indicación imperativa en los contratos de la llamada *tasa anual equivalente* o TAE (art. 6.2 a LCC). El artículo 18 LCC, tras señalar que el coste total del crédito comprende los intereses y todos los demás gastos y cargas que el consumidor esté obligado a pagar por el crédito (comisiones, etc.) incluidos los seguros de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular, que sean exigidos por el empresario para la concesión del mismo, define la tasa anual equivalente diciendo que es «el coste total del crédito expresado en un porcentaje anual sobre la cuantía del crédito concedido» añadiendo que «la TAE igualará sobre una base anual el valor actual de todos los compromisos (créditos, reembolsos y gastos) existentes o futuros asumidos por el empresario y por el consumidor» y se calculará de acuerdo con la fórmula matemática que se expresa en el anexo.

Que la tasa anual equivalente pueda significar transparencia e información es algo que resulta dudoso cuando uno lee el anexo de la Ley, que dice lo siguiente:

La tasa anual equivalente (TAE), a que se refiere el artículo 18 de esta Ley, se calculará con arreglo a la siguiente fórmula matemática:

$$TAE = (K + i) - 1$$

Siendo K el número de veces que el año contiene al período de tiempo entre dos pagos consecutivos.

Las cosas se complican todavía más cuando se trata de la tasa efectiva correspondiente por el período de tiempo transcurrido entre dos pagos consecutivos donde el polinomio del anexo de la Ley es tan enrevesado que me considero exonerado de comprenderlo.

La tasa efectiva correspondiente al período de tiempo transcurrido entre dos pagos consecutivos (período del término) y simbolizada por i_k , se calculará a su vez mediante la fórmula siguiente:

$$\sum_{n=1}^n D_n (1 + i_k)^{-1} n = \sum_{m=1}^m R_m (1 + i_k)^{-1} m$$

Siendo:

D = Disposiciones.

R = Pagos por amortización, intereses u otros gastos incluidos en el costo o rendimiento efectivo de la operación.

n = Número de entregas o disposiciones simbolizadas por D.

m = Número de pagos simbolizados por R.

l_n = Tiempos transcurridos desde la fecha de equivalencia hasta la disposición n.

l_m = Tiempo transcurrido desde la fecha de equivalencia hasta la disposición m.

A pesar de que la indicación de la TAE se ha considerado preceptiva, el artículo 6 LCC contempla el supuesto de que «no sea posible indicar dicha tasa en el contrato». Para este caso, la Ley ordena que se haga constar el tipo de interés nominal anual y los gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato. No parece fácil entender que pueda existir una genuina imposibilidad de cumplimiento de la norma indicativa de la tasa anual equivalente, a menos que la imposibilidad contemplada en el artículo 6 LCC sea una imposibilidad meramente subjetiva, que no parece que debiera haber sido tenida en cuenta.

La violación de la obligación de indicación preceptiva de la TAE o de la fórmula de sustitución para el caso de imposibilidad, se sanciona reduciendo la obligación del consumidor al abono del interés legal de los plazos convenidos.

7. INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR SOBRE ANTICIPOS Y DESCUBIERTOS

Además de la norma general sobre la información del coste del crédito y de la tasa anual equivalente, la Ley incorpora una norma especial para aquellos casos en que existe un contrato entre acreedor y consumidor para la concesión de un crédito en cuenta corriente, que no sea una cuenta de tarjeta de crédito. El artículo 19 LCC dice que «el consumidor deberá ser informado por escrito en el momento de la celebración del contrato o con anterioridad de los datos siguientes: *a)* El límite del crédito, si lo hubiere; *b)* el tipo de interés anual y gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato, así como las condiciones en las que podrán modificarse; *c)* el procedimiento para la resolución del contrato.

8. LA INFORMACIÓN SOBRE CALENDARIOS DE PAGOS

El artículo 6.2 *b)* LCC exige que en el contrato se contenga preceptivamente una relación del importe, el número y la periodicidad o fechas de los pagos que deba realizar el consumidor para el reembolso del crédito y el pago de los intereses y demás gastos, así como el importe total de esos pagos, cuando sea posible.

La violación de esta regla imperativa reduce la obligación del consumidor a pagar el precio al contado, o el nominal del crédito en los plazos convenidos (art. 7 LCC) y cuando se haya cometido alguna inexactitud en los plazos, el pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato.

9. LOS PACTOS SOBRE LA VARIABILIDAD DE LOS COSTES DEL CRÉDITO

Un problema que a nuestro juicio tiene una gran importancia, es el de la variabilidad de los costes del crédito, porque especialmente en épocas de gran fluctuación de los tipos de interés, los tipos fijos suelen ser elevados y para poder aprovecharse de los descensos en la cotización de los tipos en los contratos de crédito a medio plazo, el pacto sobre la variabilidad de los costes suele ser necesario. La Ley no impone en este punto ningún criterio coercitivo de fondo y deja la cuestión a la libertad de mercado. Sólo dice en el artículo 8 LCC que «el coste total del crédito no podrá ser modificado en perjuicio del prestatario, a no ser que esté previsto en acuerdo mutuo de las partes formalizado por escrito». Quiere ello decir que, para que se pueda producir una variación del tipo de interés que

forma parte del coste, tiene que existir un pacto expreso (que la Ley llama un «acuerdo muto», como si pudieran existir acuerdos que no fueran mutuos). El acuerdo debe estar formalizado por escrito, pues la forma escrita es requisito de validez.

10. LA EXIGENCIA DE UN ÍNDICE DE REFERENCIA OBJETIVO: ESPECIAL MENCIÓN AL PROBLEMA DE LOS LLAMADOS «INTERESES PREFERENCIALES»

De acuerdo con el artículo 8.2 LCC, cualquier variación del coste del crédito –y, por consiguiente, también la del tipo de interés– «se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo». Esta exigencia, en cambio, no aparece en la LVBMP, que, en su artículo 7, permite ampliamente las operaciones convenidas a interés variable, diciendo simplemente (*cf.* art. 7.6 LVBMP), que en las operaciones concertadas a interés variable se establecerá la fórmula para la determinación de aquél. Aunque en el artículo 8.2, el ajuste a un índice de referencia objetivo se predice de cualquier tipo de “coste”, es preciso observar que la exigencia legal sólo tiene sentido referida al interés. No resulta fácil saber lo que ha entendido la Ley por «índice de referencia objetivo». En principio, parece designar un módulo en el que la voluntad del prestamista o financiador no pueda resultar decisiva. El debate doctrinal y jurisprudencial sobre los llamados intereses preferenciales nos puede dar alguna pista sobre esta cuestión. Como es sabido, se entiende por interés preferencial o tipo de interés preferencial aquel sobre el que las entidades están dispuestos a operar con clientes de primera calidad. En España se comenzó a aplicar aproximadamente a principios de los años 80 en materia de hipoteca, aunque tropezó con dificultades. No será inoportuno dedicar a este tema alguna atención especial.

A) LA POLÉMICA DE LOS HIPOTECARISTAS, COMO VÍA DE INTRODUCCIÓN A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS

Esta polémica comienza en 1984, en un momento en que se encontraba todavía vigente la Circular del Banco de España número 12, de 1981, de 24 de febrero, en la que se aludía al interés preferencial de la propia entidad de crédito. Con referencia a las cláusulas de interés variable, establecidas en escrituras de hipoteca, y planteando además el problema del alcance de la facultad o función calificadoria del Registrador de la Propiedad, que, de acuerdo con la ley, no debe permitir el acceso al Registro de la cláusulas que sean nulas por contravención de disposiciones legales, José Manuel García García («El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas», *Revista Crítica de Derecho*

Inmobiliario, tomo LVII, año 1984, p. 9 ss.) sostuvo rotundamente, que las cláusulas de interés variable en las hipotecas, y en especial las de interés preferencial, tal como se encontraban redactadas en el momento en que él escribía, no eran inscribibles en el Registro de la Propiedad. Decía el autor citado (*op. cit.* p. 21) que el primero de los requisitos que ha de reunir la cláusula de interés variable para que pueda ser inscrita en el Registro de la Propiedad ha de ser la *objetividad* del tipo de referencia, de modo que ninguna de las partes del contrato, y mucho menos la entidad financiera, pueda decidir, influir, controlar o intervenir en esta cuestión.

La *objetividad* del tipo de referencia va unida –según este autor– al requisito que nadie discute de que la variación puede ser por aumento o disminución del interés. Si el tipo de referencia no es objetivo, hay base para pensar que la disminución del interés no se producirá nunca o que una parte tiene en su poder armas suficientes para que esa disminución no se produzca.

Según el autor citado, hasta tal punto es importante la necesidad de la objetividad en Derecho, que es conocida la frase de que «nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo», de tal modo que una cláusula de un contrato de préstamo, que, por cierto, es un contrato en que siempre debe extremarse la precaución, en que se atentara contra la objetividad, podría decirse que atenta contra el artículo 1255 CC.

El autor citado desarrolla la argumentación referida con las siguientes líneas:

Ya hemos visto que el tipo de referencia es el que libremente pueden señalar las entidades respecto a clientes que considera preferentes. Dado el actual sistema de liberalización de los tipos de interés, las entidades pueden fijar libremente los tipos. Certo que existen una serie de condicionamientos que influyen en esa fijación, pero la decisión final corresponde en definitiva a la entidad que puede señalar en cada momento el interés preferencial que estime conveniente.

Pues bien, a pesar de esto, se suele pactar en la cláusula de interés variable que el tipo de referencia es el preferencial de la propia entidad, realizándose la fijación del tipo inicial de interés a base de señalar un diferencial respecto a ese preferencial, y según varíe este preferencial manteniendo el mismo diferencial, variará el interés en el futuro.

Desde un punto de vista meramente económico de la entidad financiera es perfectamente lógico que se quiera acudir al interés preferencial de la propia entidad, pues con ello consigue un mayor control de la situación para mantener su propia situación financiera.

Pero ya se ha dicho antes que la fundamentación jurídica no puede partir de esa mera perspectiva económica que sólo tiene en cuenta a una de las partes del contrato y no a la otra.

Por todo ello, el citado pacto va en primer lugar contra el artículo 1255 del Código Civil, y además, contra el artículo 1256 del mismo Código, ya que un aspecto esencial del contrato (el interés del préstamo, el precio del crédito) quedaría sometido al arbitrio de una posible decisión unilateral de la parte prestamista. El pacto va también contra el artículo 1449 del Código aplicable por analogía a nuestro caso, y que

dice que «el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». La analogía es clara, pues el interés viene a ser «el precio del crédito».

José Manuel García García en el trabajo citado (*op. cit.*, p. 24) da cuenta también del estudio que hizo una Comisión de Registradores del Centro de Estudios Hipotecarios de la Delegación de Cataluña, formada por Francisco Pérez de la Cruz, Francisco Roger Matallana, Jorge Salazar y el mismo autor, en que, a propósito de las cláusulas de interés variable estableció las siguientes conclusiones:

«Ha de cumplirse lo dispuesto en los artículos 1256 y 1449 del Código Civil. *El criterio de determinación del interés no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes.* Consecuencia de esto es que no es inscribible la cláusula en que el tipo de referencia es el preferencial de la propia entidad prestamista. Ciertamente que en la determinación de este preferencial operan condiciones del mercado financiero, pero esto no es suficiente para mantener la objetividad del criterio, pues en alguna medida interviene la entidad prestamista, y esto es suficiente para la aplicación de esos preceptos, sobre todo tratándose de cláusulas que operan en la práctica a modo de contrato de adhesión, en que la interpretación ha de ser restrictiva. Ciertamente también que la Circular 12/1981, de 24 de febrero, del Banco de España, incluye entre los que recomienda el tipo de interés preferencial, pero a efectos hipotecarios, la calificación registral ha de partir de la aplicación preferente del Código Civil. Por tanto, ha de estimularse un tipo de interés de referencia totalmente objetivo».

En el trabajo de José Manuel García García, se consideraba, asimismo, que contravenía la legislación vigente la utilización del interés preferencial de la propia entidad de crédito incluso cuando se modulaba con otros criterios, como, por ejemplo, que fuera inferior al de otros bancos que se pudieran señalar, sobre todo, en su opinión, por prever un único diferencial.

En síntesis, y precindiendo aquí de los problemas especialmente hipotecarios, cuya referencia en este lugar sería impertinente, el trabajo de José Manuel García García, por lo que se refiere al llamado interés preferencial, sólo admite el pacto de remisión a intereses preferenciales de entidades distintas de aquella que los pacta, que, a su vez, no sea tampoco una sociedad filial o perteneciente al mismo grupo.

Además de ello, consideraba que debían hacerse algunas puntualizaciones, que serían las siguientes:

«1.^a No cabe aludir sin más, a los tres o cuatro grandes Bancos, sino que hay que especificar de qué Bancos se trata, pues lo otro es un criterio impreciso que no puede reflejarse en un inscripción; 2.^a Hay que especificar el diferencial actual —en el momento del contrato— respecto a ese promedio; 3.^a Hay que acreditar y no sólo especificar ese promedio de preferenciales, no ya sólo en el momento de la ejecución, según veremos después, sino en el momento mismo de otorgar la escri-

tura de hipoteca, ya que al ser un promedio, es de difícil conocimiento por los prestatarios, y para subsanar esta oscuridad debería unirse a la escritura sendas certificaciones de los Bancos de referencia o certificación del Consejo Superior Bancario o de la Confederación de Cajas de Ahorros o del Banco de España; 4.^a Debe procurarse un amplio abanico en las entidades que se tomen como referencia. Quiero decir que sería conveniente, si se está ante una Caja de Ahorros, que no se utilizaran como preferenciales de referencia, los de otras Cajas, pues subsiste la cuestión de la imparcialidad u objetividad del criterio, apuntándose la posibilidad de utilizar entonces los preferenciales de los Bancos. De todos modos este es un punto discutible, y hay que reconocer que la Comisión de Registradores antes citada, señaló que «a título de ejemplo, podría admitirse la media de los preferenciales de otras tres entidades específicamente señaladas», sin hacer distinciones sobre el problema que estoy apuntando.

También cabría utilizar como tipo de referencia el del mercado interbancario (MIBOR) o el rendimiento de las obligaciones privadas, siempre que tenga una publicación adecuada».

La tesis de José Manuel García fue criticada por José María de Prada («Inscribibilidad de las cláusulas de los créditos hipotecarios», *La Ley*, 1989-2, p. 1115). Esta crítica se relacionaba sobre todo con los problemas estrictamente hipotecarios, con las exigencias del Registro de la Propiedad en orden a la inscripción de las hipotecas y con el alcance de la función calificadora del Registrador.

En materia de cláusulas en las que se pacta interés variable, Prada sostenía que esas cláusulas han encontrado aceptación general y no faltan prácticamente en ningún contrato de préstamo por plazo no superior a un año, habiendo sido recogidas en las normas del Banco de España que, en su opinión, poseen carácter legislativo por delegación. Además —decía este autor—, en una situación como la actual de fuertes oscilaciones en el valor de la moneda a medida que se trate de conseguir préstamos a largo plazo, y es indiscutible que el interés público está en favor de esta prolongación del plazo, parece lógico establecer normas correctoras del interés en función del flujo del mercado. Prada criticaba los argumentos de José Manuel García sobre todo en relación con la posible aplicación analógica de lo establecido en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario para las cláusulas de estabilización del capital del préstamo, entendiendo que no hay analogía entre el capital y el interés, así como la posible inaplicabilidad de las normas contenidas en el artículo 10 LGCU. Sin embargo, el autor citado admitía que una de las restricciones a imponer, derivada del artículo 1256 CC, afectaba a la posibilidad de establecer la cláusula en función del interés preferencial del propio banco, como en el momento en que este autor escribía, había ya establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado, de forma que el propio Banco de España en su circular de 1988 lo había igualmente recogido.

José Manuel García García criticó la tesis de Prada en un nuevo trabajo, «No *inscribibilidad* de determinadas cláusulas de las escrituras de hipoteca en garantía de créditos o préstamos» (*La Ley*, 1989-4, p. 1120 ss.)

Por lo que se refiere a las cláusulas de interés variable, en esta ocasión José Manuel García García decía lo siguiente:

«La exposición de José María Prada en relación con las cláusulas de interés variable (núm. 2 del apartado IV), merece una especial consideración crítica, pues es un tema que dio lugar a una verdadera batalla jurídica, respecto a la que dicho autor permaneció en silencio durante los ocho años que duró la misma, y ahora, al final, cuando han resuelto el problema varias resoluciones de la DGRN, como las de 26 y 31 de octubre de 1984 (sobre el carácter de hipoteca de máximo), las ya citadas de 23 y 26 de octubre de 1987, y sobre todo, la de 7 de septiembre de 1988 y la Circular del Banco de España de 5 de diciembre de 1988, José María Prada opta por la resolución de la DGRN, adjudicándose argumentos de los Registradores, confirmados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, especialmente en relación con la necesidad de que el interés sea objetivo, es decir, el argumento del artículo 1256 del Código Civil. En todo caso, se observan en su artículo ciertas reticencias, pues no admite el argumento derivado del artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, a pesar de que la Resolución de 7 de septiembre de 1988 cita dicho precepto de modo expreso y eso que es de las pocas resoluciones que en dicho artículo aparentemente se aceptan; y no admite tampoco la cláusula de rescisión o desistimiento, que es fundamental para los prestatarios, según se ha indicado con anterioridad.

En esa batalla jurídica se produjeron dos posiciones contrapuestas: una en defensa de la legalidad vigente y de la objetividad en base al artículo 1256 del Código Civil, y otra que entendía que la autonomía de la voluntad de las entidades financieras no tenía ningún límite. No hay ningún inconveniente en que en dicho trabajo se opte ahora por la corriente que hoy predomina respecto a la necesidad de que el tipo de referencia de la variación del interés sea objetivo. Pero lo que no parece adecuado es criticar la exposición del Registrador que suscribe a base de adjuicarle exclusivamente alguno de los numerosísimos argumentos que él empleó, incluso el menos brillante o espectacular, omitiendo el argumento central que empleó este Registrador, que fue precisamente el artículo 1256 del Código Civil. Y lo que tampoco parece adecuado es que, después de omitir este argumento del autor que él critica, el propio José María Prada se adjudique el mismo el argumento del artículo 1256 del Código Civil. Hay que pensar que todo esto responde a un error involuntario de la exposición o a una defectuosa información de lo ocurrido en este punto, pues, en todo caso, la calificación habría de ser más dura respecto a esa exposición.

Como dice Ortega, para explicar una cosa, siempre «hay que contar una historia». Pero la historia hay que contarla bien, conforme a la realidad, sin desfigurarla ni ocultar aspectos importantes.

Para conocimiento del lector, se expone a continuación lo sucedido en materia de cláusulas de interés variable.

En 1981, se dictó la Orden del Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981, que permitía pactar el interés variable, siempre que se estipulara la cláusula de rescisión o desistimiento del prestatario para el caso de variación del tipo de interés, y siempre que se pactara un tipo de interés de referencia. Esta Orden fue completada por la delegación contenida en la misma a favor del Banco de España, que dictó las Circulares números 12 y 13 de 1981, de 24 de febrero («BOE» de 26 y 27 de febrero de 1981). Junto a ellas estaba, y sigue estando, el fundamental artículo 1256 del Código Civil, que impedía e impide que se pueda pactar una cláusula de interés variable en que el tipo de referencia fuese el interés preferencial de la propia Entidad financiera.

La regulación existente era bastante clara. Pero en su aplicación práctica, el año 1981 y los posteriores se caracterizaron por una vulneración constante de la legislación vigente, siguiendo el criterio de la ley de la jungla, es decir, la ley del más fuerte. Ante los Registradores de la Propiedad comenzaron a circular numerosas escrituras públicas redactadas en base a minutas proporcionadas por las Entidades de crédito, en las que se infringía esa legalidad vigente y se pactaba como norma general el interés preferencial de la propia entidad acreedora añadiendo el diferencial correspondiente, como tipo de referencia de la variación del interés, en contra del artículo 1256 del Código Civil, aparte de otras diferentes infracciones.

Un grupo de Registradores de la Propiedad reaccionó contra dicha práctica en defensa de la legalidad vigente, sistemáticamente vulnerada en las escrituras públicas que se otorgaron durante bastantes años, hoy ya respetada gracias a dicha labor realizada por los Registradores de la Propiedad, confirmada por la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Banco de España, respecto a unos contratos tan importantes como son los de préstamo hipotecario de las entidades financieras.

En esta labor de tratar de acomodar la práctica existente a la legalidad, merecen destacarse algunos Registradores de la Propiedad. Fueron los únicos profesionales juristas que alzaron entonces su voz en contra de esa práctica, permaneciendo otros profesionales en completo silencio y pasividad, apoyando con los hechos esa práctica».

B) LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS

Se encuentra resumidamente expuesta en la Resolución de 7 de septiembre de 1988, que dice lo siguiente:

«En la constitución de hipoteca enjuiciada, la única cláusula que se discute es la que establece que, pasado el primer año del préstamo, el tipo de interés anual aplicable será idéntico al que rija en el mismo Banco prestamista como tipo de interés preferencial para préstamos con garantía hipotecaria. El Registrador deniega la inscripción «por el defecto insubsanable de dejar su fijación al arbitrio exclusivo de la Entidad acreedora, con infracción del artículo 1256 del Código Civil». *Es evidente que la estipulación va contra la norma que establece que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al*

arbitrio de uno de los contratantes» (cfr. arts. 1256 del CC y 10.C.2.º de la Ley de Defensa de los Consumidores). No cabe objetar que los nuevos intereses no vinculan necesariamente a los prestatarios puesto que estos tienen un mes para optar por devolver el préstamo. Analizados los efectos previstos, resulta que, aun pasado el año, el prestatario está vinculado (si no varían los intereses) y, en cambio, el contrario queda al arbitrio del Banco que podría ponerle fin, al término de cada año, por la vía práctica de aumentar a su capricho los intereses, con grave detrimento no sólo de los intereses del deudor sino también del tercer poseedor y, por ende, del tráfico inmobiliario».

C) LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID DE 28 DE FEBRERO DE 1995

Dio cuenta de esta sentencia la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, donde aparece unida a un comentario de R. Colina Garea, titulado «El préstamo con garantía hipotecaria y la protección jurídica de los consumidores». En una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, concertada por la sociedad «B., Sociedad de Crédito, S. A.», demandante en el pleito, se habían establecido unas cláusulas de interés variable, en las que el interés de referencia era el preferencial del «Banco I., S. A.», que pertenecía al mismo grupo de sociedades que la sociedad del crédito. En la demanda se había solicitado la nulidad del tipo de interés establecido en la escritura de préstamo con hipoteca y su reconducción al tipo de referencia que fijara el Banco de España. La demanda había sido estimada por el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid y se interpusieron contra la misma dos recursos, el de la sociedad prestamista y el de los prestatarios, que se habían adherido al recurso de apelación.

Por lo que concierne al primero de los recursos, la Audiencia de Madrid lo desestimó con las siguientes razones:

«En cuanto al recurso presentado por «B., Sociedad de Crédito Hipotecario, S. A.», se desestima al ser inadmisibles los motivos de impugnación en que se basa, y así: A) es cierto que la entidad demandada goza de responsabilidad jurídica propia y por tanto distinta de la de «Banco I. E., S. A.» (B.), pero no es menor verdad que ambas sociedades pertenecen al mismo grupo y por tanto comparten los mismos intereses, como se deduce —entre otros extremos— del hecho de que ambas tuvieron una representación común, don R. L. E. M., según consta en el poder general para pleitos obrante al folio 87; y B) tampoco se puede cuestionar el carácter abusivo de la cláusula segunda del contrato por cuanto la remisión efectuada por la primera sociedad a la segunda para la determinación del interés aplicable no conlleva la objetividad propia de la intervención de un tercero que persigue la Circular del Banco de España número 15/1988, de 5 de diciembre, ni la número 8/1990, de 7 de septiembre, ni la Orden ministerial de 11 de diciembre de 1989, y aún cuando tales Circulares no resultan aplicables por ser posteriores a

la fecha en que se otorgó el contrato suscrito por las partes ahora litigantes –el 11 de octubre de 1988– no hace sino reflejar un principio que también inspiraba el artículo 1256 del Código Civil así como la Ley 26/1984, de 19 de julio (Gral. para la Defensa de Consumidores y Usuarios). Consiguientemente aun cuando la Circular del Banco de España vigente –núm. 12/1981, de 24 de febrero– no contemplase disposición semejante a la norma primera, párrafo cuarto de la Circular 15/88 (que entró en vigor el 1 de enero de 1989) no por ello dejan de merecer la condición de abusivas aquellas cláusulas como la segunda del contrato antedicho en virtud de la cual ni se recogía con claridad un tipo de interés preferencial aplicable a partir de la primera anualidad, ni se fijaban unas bases para la determinación del mismo ajenas a los intereses del mismo grupo al que pertenece la sociedad demandada, de forma que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.1, apartado c) 3.º y 4.º de la Ley General de Consumidores y Usuarios dicha cláusula merece ser declarada nula al romper el equilibrio de prestaciones en perjuicio del consumidor, sin que pueda cuestionarse su naturaleza abusiva por el hecho de que otras entidades bancarias hayan percibido otro interés preferencial superior pues, al margen de que no es objeto de este litigio la actuación de otras entidades, no habría habido inconveniente alguno en exigir al cliente un interés incluso superior si se le hubiese dado la oportunidad de conocer el mismo al tiempo de suscribir el contrato y el referido cliente lo hubiese aceptado o, al menos hubiese consentido que su determinación se hubiese condicionado a un favor objetivo, ajeno a la voluntad de la sociedad prestamista o a la de otra entidad perteneciente al mismo grupo. Y tampoco es óbice para reputar abusiva dicha cláusula el que los demandantes hubiesen podido optar por otro crédito preferencial de los existentes en el libre mercado por cuanto se parte de la consideración de que aquellos no pudieron conocer el importe del tipo de interés que se les iba a aplicar y limitándose a suscribir un contrato de adhesión, cuya redacción, aun cuando sea en buena parte mera aplicación de preceptos legales aplicables, como afirma la apelante, ni se encuentra al alcance de la comprensión de cualquier usuario, ni permite deducir que haya sido el fruto de una negociación en la que ambas partes hayan podido discutir el contenido de todas y cada una de las cláusulas».

La Audiencia, en cambio, estimó el recurso de los demandantes, por entender que los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula debían retrotraerse al momento en que dicha cláusula empezó a aplicarse, pues de lo contrario, se produciría el contrasentido de que la cláusula sería nula pero produciría sus efectos.

Sin embargo, la Audiencia confirmó la decisión del Juzgado consistente en sustituir el tipo pactado por el tipo medio del mercado bancario en base al índice que determinara el Banco de España.

En el comentario de Colina, se coincide con la sentencia en el criterio sostenido respecto de la nulidad de las cláusulas de interés preferencial y se defiende además la aplicabilidad a los mismos de lo dispuesto en el artículo 10 LGCU.

D) EL ARTÍCULO 1256: SUS ANTECEDENTES Y SU SIGNIFICACIÓN

El artículo 1256 CC dice lapidariamente que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». No obstante tratarse de un precepto de aparente carácter rígido, su significación real no ha sido muchas veces estudiada con rigor. Manresa (*Comentarios*, V, p. 556) decía en su momento que son dos los motivos de justicia que fundamentan la terminante prohibición contenida en este artículo: uno, la fuerza obligatoria del contrato, mencionada en el artículo 1258; otro la igualdad esencial de los contratantes, que impide que uno quede sujeto al convenio y el otro libre de él, con lo cual en rigor sólo habría una voluntad expresada de un sujeto sometido y faltaría el consentimiento contractual. Sin embargo, al comentar el precepto en el *Comentario del Código Civil*, del Ministerio de Justicia (Madrid, 1991, II, p. 432), señalé que ninguna de las dos razones que ofrecía el ilustre comentarista parecían decisivas. El artículo 1256 del Código Civil no es una consecuencia necesaria de la fuerza obligatoria de los contratos y tampoco la regla de igualdad de los contratantes parece llevar a las consecuencias en que la interpretación que se ha solido dar al precepto, nos quiere colocar y en la que nos colocaba Manresa, esto es, que si uno de los contratantes queda sujeto al convenio sólo hay una voluntad expresada y falta verdadero consentimiento contractual. Tal conclusión no sería nunca aplicable a los contratos llamados unilaterales, en que uno solo de los contratantes se obliga mientras que el otro, en virtud del contrato, adquiere un derecho, que a su libre voluntad puede ejercitar o no. No por contratar de ese modo puede decirse que falta verdadero consentimiento, verdadera voluntad contractual y verdadero contrato. Por ello, se señalaba que la situación creada cuando uno solo queda sujeto por el contrato y el otro es titular de un derecho en virtud de él, es un problema que pertenece más a la elaboración causal del contrato, pero que es un dato que por sí solo no hace inexistente el contrato. Así, siempre se ha reconocido que el artículo 1256 no impide los contratos que genéricamente se llaman de opción, en los cuales la puesta en vigor del contrato o la decisión sobre su ejecución e inejecución se deja siempre a la libre voluntad de uno de los contratantes que es el adquirente de la opción o el beneficiario de ella. Del mismo modo la doctrina y la jurisprudencia han señalado que el artículo 1256 no impide tampoco el otorgamiento en un contrato en que uno de los contratantes adquiera, en virtud del contrato, la facultad de ponerle fin, en el momento en que bien le plazca y mediante un desistimiento unilateral, una rescisión también unilateral o cualquier otra posibilidad similar.

En este mismo sentido, existen formas contractuales, en las que la posterior voluntad de una de las partes contratantes puede resultar definitiva para que el contrato se entienda finalmente obligatorio o quede sin efecto. Entre ellas, se suele recordar la llamada venta *ad gustum* que defi-

ne el artículo 1453 CC, como la de cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, el crédito documentario revocable y muchas otras figuras contractuales.

Esta constatación conduce a la conclusión de que existe, o puede existir, en el ámbito contractual lo que grosso modo se puede denominar un marco de arbitrio o de voluntad de una de las partes que tiene un indiscutible juego, frente a otros casos en que tal marco de arbitrio debe estimarse inadmisibles, lo que obliga inicialmente a una interpretación reductora de la disposición del artículo 1256, aunque no puede desconocerse que existe una normal tendencia, sobre todo en la práctica jurídica, a considerarlo como una panacea de aplicación universal.

A la misma conclusión de que hay que proceder a una interpretación reductora del artículo 1256 del Código Civil se llega examinando los antecedentes históricos del precepto.

Como señalé en el antes citado *Comentario del Código Civil*, existen algunos consistentes datos para comprender el significado del precepto. Nos los suministra García Goyena al comentar el artículo 979 del Proyecto de 1851, de donde el nuestro procede directamente, pues no tiene paralelo en la codificación decimonónica. García Goyena mencionaba como precedente el artículo 1174 del Código Civil francés, que contiene la regla de la nulidad de la obligación contraída bajo una condición puramente potestativa de parte del deudor, que coincide, en términos generales con nuestro actual artículo 1115. En el mismo sentido cita García Goyena los textos de D. 45, 1.17 y siguientes, *Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione: Nulla promissio potest consistere quo ex voluntate promittentis statum capit*. Es claro que la referencia se hace a una obligación nacida de *stipulatio* (por consiguiente con un único deudor y un único acreedor), en que el cumplimiento de la promesa se deja a la simple voluntad del promitente. La generalización de la regla a los contratos no deja de producir algunas distorsiones.

A una conclusión similar había llegado Eduardo Valpuesta (*La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado*, Pamplona, 1989), que estudió la cuestión con especial detenimiento. Este autor observa que el artículo 1256, introducido en el artículo 979 del Proyecto de 1851, no tenía correlativo en ningún Código de la época y que tampoco procedía del Derecho histórico español. Y el asombro sube de punto si a la novedad del precepto se une la comprobación de las concordancias que Florencio García Goyena, como intérprete auténtico del Proyecto de 1851, señaló. Cita este autor, como concordancias legales, los artículos 1174 francés, 1127 napolitano, 1265 sardo, 870 de Vaud, 2029 de Luisiana y 1229 (en realidad es el 1292) holandés. Si examinamos las normas citadas aún vigentes, nos damos cuenta de que responden a una idea muy concreta, la de prohibición de la condición potestativa de parte del deudor:

Artículo 1174 del Código Civil francés: «Toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige».

Artículo 1292 del Código Civil holandés: «Toute obligation est nulle, lorsque son exécution dépend exclusivement de la volonté de celui qui s'oblige. Cependant si l'obligation dépend d'un fait, dont l'accomplissement est en son pouvoir, et que le fait est accompli, l'obligation sortira son effet».

De la lectura de estos precedentes se desprende que, como ya se ha dicho, al redactar el texto del actual artículo 1256, lo único que se hizo fue generalizar la idea contenida en el artículo 1115 que considera nula la obligación que depende de la denominada condición potestativa pura o simple voluntad del deudor. Que una obligación dependiente de la simple voluntad del obligado no es una verdadera obligación, es algo que no merece discutirse y que gozaba de una amplia tradición en una serie de textos del *Digesto* justiniano que Valpuesta recoge (*op. cit.*, p. 30): No vale la estipulación que se condiciona al arbitrio del promitente; no puede existir promesa alguna cuya validez dependa de la voluntad del que promete; etc. Más la interdicción de las obligaciones bajo condición puramente potestativa, que se refiere a obligaciones simples o unilaterales, con un solo acreedor y un solo deudor —nadie se obliga a nada sin que se obligue a aquello que quiera—, se complica si se aplica a contratos onerosos y, en especial con contratos con obligaciones recíprocas. En este sentido la idea de E. Lalaguna («El contrato de promesa de venta y el retracto convencional», en *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1979, p. 108) de que el artículo 1256 generaliza a todo tipo de obligaciones una regla de la obligación unilateral, no puede resultar enteramente convincente. Los supuestos antes mencionados del contrato de opción y tantos otros en que juega el criterio de la voluntad de una de las partes, sirven para ponerlo de manifiesto. Porque la prohibición juega razonablemente cuando sólo hay un deudor y éste se obliga a lo que quiere obligarse; no juega del mismo modo, ni el artículo 1115 lo prohíbe en puridad, cuando la obligación se deja a voluntad del acreedor. Y por la misma razón no puede aplicarse cuando las partes son recíprocamente acreedoras y deudoras.

Las perplejidades que suscita el artículo 1256 CC suben de punto cuando se le quiere interpretar literalmente pues en él lo que se prohíbe es que se deje al arbitrio de uno (solo) de los contratantes «la validez y el cumplimiento de los contratos».

Como señalé en la ocasión antes mencionada (*Comentarios*, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, p. 433) es difícil determinar si la expresión «validez» tiene en el artículo 1256 un significado técnico preciso y si se refiere, por consiguiente, al régimen de la nulidad o de la ineficacia del contrato o, si por el contrario, ha de entenderse más bien referida a su vigencia o al comienzo de su obligatoriedad. Si fuera esto último, hay que repetir algo que anteriormente ya se ha dicho: que ha de valorarse desde el punto de vista de la causa del negocio la posibilidad de que se conceda a una de las partes la facultad de ponerlo en vigor, cosa que ocurre en la

promesa de contrato, en los contratos de opción y en tantos otros supuestos. Referido a la validez en sentido estricto, el precepto carece por completo de sentido, puesto que la validez se encuentra regulada por la ley. En este sentido lo único que el precepto puede estar prohibiendo es que se remita a la voluntad de una de las partes una modificación del régimen legal y general de la ineficacia contractual, aunque no está impidiendo, por supuesto, que la ineficacia quede dependiente de la voluntad de una sola de las partes, cosa que la ley en muchas ocasiones permite.

Por lo que se refiere al «cumplimiento de los contratos», el precepto puede entenderse en el sentido de que ninguna de las partes posee la facultad unilateral de modificar el sistema previsto de cumplimiento contractual, salvo que esta facultad le haya sido expresamente concedida (v. gr. pacto sobre forma alternativa de cumplir, etc.). Significa también que no presenta ninguna justificación un cumplimiento diferente del convenido, por más que pueda encontrarse impuesto por las circunstancias. Y pocas cosas más.

De todos modos, los módulos a través de los que el precepto se mueve —validez, cumplimiento— no cierran el círculo de los problemas, ya que la interdicción de la arbitrariedad de uno de los contratantes puede resultar más amplia. El precepto se encuentra así especialmente mal definido, pues, por una parte, se le ha hecho decir más de lo que dice y, por otra, mucho menos.

E) EL SIGNIFICADO DE LA IDEA DE «ARBITRIO» EN EL ARTÍCULO 1256 Y LA INTERPRETACIÓN REDUCTORA DEL PRECEPTO LEGAL MENCIONADO

Al estudiar hace años la figura del «arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos» (Barcelona, 1959), señalé la idea de que la expresión «arbitrio» en el artículo 1256 y en otros muchos de nuestro Código Civil, no puede entenderse como equivalente a la de *mera voluntas* o pura y simple voluntad de un sujeto de derecho, sino que, en las fuentes romanas, arbitrio en general, y en especial algunas de las formas que podía revestir, presentaban un sentido distinto; ello era mucho más claro en los casos en que las partes se remiten al arbitrio de un tercero, como ocurre en la compraventa por el precio que un tercero designe, regulada en el artículo 1447 del Código Civil o en la sociedad en la que se remite a un tercero la fijación de la cuantía de participación de cada socio en las ganancias sociales, que procede de un texto de Próculo consignado en el *Digesto* justinianeo 17,2,76 y que actualmente se encuentra en el artículo 1690 CC. En efecto arbitrio, en lengua castellana significa libre arbitrio o facultad de opción, pero significa también sentencia de un juez árbitro y la facultad que se otorga, sobre todo, al juez, para apreciar determinados elementos sobre todo de derecho cuando no aparecen fijados por la ley. En este sen-

tido diverge, notoriamente, de arbitrariedad que el diccionario define como acto injusto o infundado.

Precisamente porque la idea de arbitrio encierra un enjuiciamiento o una decisión, los textos clásicos distinguieron siempre entre un *arbitrium merum* y un *arbitrium boni veri*. Como señaló en su momento Cogliolo, los juristas romanos intuyeron y formularon el principio de que la remisión a un tercero, no significaba remisión a su capricho, sino al juicio de *bonus vir*, lo que significa un enjuiciamiento realizado de acuerdo con pautas o parámetros que, en alguna medida, se pueden objetivar. Por eso, en relación con la indefensión de una de las partes en la integración del contrato, algunos textos romanos separaron la simple voluntad de una de las partes (*quanti velis*) y el juicio de equidad (*quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris*).

La conclusión que hay que sacar de la exposición anterior es que, cuando el artículo 1256 CC se refiere al «arbitrio» lo utiliza en el sentido de mera voluntad o decisión libre de una de las partes, sin comprender para nada, ni en su letra ni en su espíritu, al llamado *arbitrium boni veri* o arbitrio de equidad.

Tras todas estas consideraciones, resulta notorio, que el artículo 1256 CC no puede ser utilizado para resolver la cuestión que aquí se encuentra planteada y que, tal como lo estamos entendiendo, no hace otra cosa que dotar de un alcance algo más general a la interdicción de la condición meramente potestativa del artículo 1115 o, si se prefiere, consagra la idea de que los contratos, y las obligaciones contenidas en ellos, no pueden dejarse a la voluntad de los sujetos que queden obligados.

F) EL PROBLEMA DEL ARBITRIO DE UNA DE LAS PARTES EN LA DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES CONTRACTUALES

El artículo 1261 del CC exige que el objeto del contrato sea *cierto* y el artículo 1273 ordena que sea una cosa *determinada* en cuanto a su especie. La justificación de la exigencia de determinación del objeto contractual no es difícil de encontrar. Por un parte, no puede haber obligaciones contractuales si no ha quedado determinado en qué consisten tales obligaciones, pues sin determinación no hay obligación. Y, por otra parte, tampoco existe verdadera obligación contractual si la concreción del objeto del contrato se ha dejado para un momento posterior en que tenga que producirse un nuevo acuerdo de las partes, pues sólo este nuevo acuerdo es el acuerdo final que cierra los tratos previos, de manera que hasta ese momento ningún contrato ha quedado perfeccionado.

No obstante la exigencia de determinación «en cuanto a la especie», no se suele encontrar dificultad para admitir que el objeto del contrato ha quedado determinado, si las partes han establecido sus líneas generales y han establecido, además, criterios de determinabilidad que operen con

independencia de la voluntad de ambas partes, sin necesidad de que se produzca lo que el artículo 1273 llama «un nuevo convenio entre los contratantes». En este sentido, la ley permite que las partes se remitan a criterios exteriores como pueden ser los precios de un mercado o de una bolsa o que se remitan, para que realice la plena determinación de la prestación, al arbitrio de un tercero.

Más difícil de resolver es la cuestión relativa a si, en nuestro Derecho, resulta admisible la determinación por arbitrio de una de las partes. Por supuesto que, cuando en estos momentos hablamos de arbitrio de una de las partes, lo estamos haciendo en el sentido de *arbitrium boni viri*, arbitrio de equidad o de arbitrio objetivo y no en el sentido de mera y simple voluntad. He manifestado ya en otro lugar mi opinión favorable al funcionamiento del *arbitrium boni viri* de una de las partes contratantes, siempre que se permita la posterior revisión por la autoridad judicial de tal arbitrio, cuando este no resulte conforme a la equidad o a las reglas señaladas como criterio de la emisión. Esta opinión se fundaba en el Derecho Romano donde existían textos que permitían afirmarlo así; y en que es además la línea admitida por el moderno Derecho alemán que permite que la prestación objeto del contrato pueda ser determinada por una de las partes, presumiéndose que ha de hacerse conforme a un juicio equitativo y estableciéndose que la determinación efectuada sólo es obligatoria para la otra parte cuando resulta conforme a la equidad, de manera que puede ser revisada cuando no sea equitativa por la autoridad judicial.

La admisión de la posibilidad de determinación de la prestación por *arbitrium boni viri* de una de las partes ha sido aceptada por autores italianos. Así, Scaduto, en «Gli arbitratori nel Diritto privato italiano», en *Annali della Università di Palermo*, 1923, XI, pp. 5-16. En el mismo sentido, se pronunciaba Longo (*Diritto delle obbligazioni*, Turín, 1950, p. 37) para el que la prestación en ese caso debe tener un carácter determinable o contener elementos fijos para su determinación de modo que no presente una indeterminabilidad absoluta. También Luzzatto (*La compraventa según el nuevo Código Civil italiano*, Madrid, 1953, trad. de Bonet Ramón, p. 62) y Rubino («La compravendita», en *Trattato di Diritto civile e commerciale dirigido por Cicu y Messineo*, p. 107). El primero de los autores citados señala —lo que es inobjetable— que debe existir un grado suficiente de determinación de los elementos del contrato que autorice la emisión de un juicio fundado en equidad respecto de otros elementos esenciales no determinados.

En la doctrina española sólo los anotadores de Enneccerus, Pérez González y Alguer, se mostraron partidarios de la determinación por arbitrio de una de las partes siempre que queden sentadas bases objetivas con expresión suficiente para que la prestación pueda ser considerada como determinable. Los autores citados señalaban que el arbitrio tiene que moverse dentro de límites muy precisos en cuanto a equidad pues no puede sobrepasar la prohibición general del artículo 1256, admitiendo al mismo tiempo que si la determinación realizada lo fuera en términos

injustos podría reclamarse judicialmente contra tal determinación siendo, finalmente, el Juez quien lo señalará.

Ello no obstante, la mayor parte de la doctrina española se ha mostrado contraria a la admisión de esta posibilidad, sobre la base, como afirma Albaladejo, de que la ley no distingue –entre arbitrio mero o arbitrio de equidad– razón por la que hay que entender que la prohibición alcanza a ambos.

Recientemente, sin embargo, E. Valpuesta (*op. cit.*, p. 256 ss.) se ha mostrado partidario de la admisión del *arbitrium boni viri* de una de las partes sosteniendo que la verdadera intención de los artículos 1256, 1447, 1449 y 1690 es prohibir el arbitrio mero o *mera voluntas*, pero no un arbitrio fundado en equidad.

En relación concretamente con los tipos de interés, a una conclusión parecida ha llegado Felix López Antón (*Créditos a interés variable. Su régimen jurídico*, Madrid, 1985, Ed. Montecorvo, p. 256). Según este autor:

«La conclusión que de todo lo anterior cabe obtener, en relación con la significación y alcance del artículo 1256 del Código Civil, es que la prohibición contenida en éste se refiere a las condiciones rigurosamente potestativas, de conformidad con lo establecido en el artículo 1115, siendo, pues, de aplicación al caso de las obligaciones condicionales, pero no al supuesto de las obligaciones puras en las que una de las prestaciones contractuales se deja en cuanto a su determinación al arbitrio de equidad (el llamado *arbitrium boni viri*) de una de las partes contratantes. Se trataría de lo que la doctrina denomina condiciones simplemente potestativas, a las que Beltrán de Heredia se refiere en el sentido de que “la voluntad de los contratantes... puede también servir para integrar la condición a que supeditan las obligaciones contractuales no de modo exclusivo y único, sino junto con otros hechos externos que contribuyen a su formación. Generalmente la preceden funcionando el elemento volitivo a través de un proceso de valoración de su alcance y consecuencias con respecto al resultado contractual. Este tipo de condiciones, como señala el propio autor, “no está recogida directamente en nuestra legislación, pero puede verse su posible admisión en el propio artículo 1115 del Código Civil a *sensu contrario*, cuando por mediar la concurrencia aludida no se trate de la exclusiva voluntad del obligado».

En lo que respecta en particular al interés preferencial, F. López Antón dice:

Es evidente que éste es fijado por la propia entidad acreditante en el ámbito de su esfera interna, sin que existan en este supuesto unos criterios objetivos que puedan ser utilizados para determinar aquél. Sin embargo, ese hecho no debe llevar a concluir que la aplicación del tipo preferencial conculque la disposición del artículo 1256, y ello por lo que anteriormente se ha señalado respecto a la interpretación de tal precepto, ya que la fijación del tipo preferencial sería un caso de arbitrio de equidad, mientras que la prohibición de la norma del Código Civil

parece más bien ir dirigida al supuesto del libre arbitrio (es decir, lo que sería el *quanti velis* en contraposición al *arbitrium boni viri*). Ahora bien, este argumento, inicial y básico, de validez del tipo de interés preferencial como tipo de referencia debe ir apoyado por la buena fe en el ejercicio por la entidad acreditante de la facultad de su determinación, dando así cumplimiento a lo establecido respecto a los principios de la contratación mercantil por el artículo 57 del Código de Comercio, así como por los artículos 1258 y 7, 1 del Código Civil.

G) UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO COMO VÍA DE CORROBORACIÓN DE LAS CONCLUSIONES ANTERIORES

Para contrastar las conclusiones a las que hemos llegado en los apartados anteriores, tal vez sea oportuno hacer alguna referencia a los datos que nos suministra el Derecho comparado.

a) El problema no se plantea en absoluto en el Derecho alemán donde rige el parágrafo 315 BGB, que permite la determinación de la prestación contractual por una de las partes contratantes, presumiendo que ésta debe actuar de acuerdo con criterios o juicios objetivos de equidad, de manera que si la determinación se hace faltando a la equidad puede ser impugnada ante la autoridad judicial que realiza, de proceder la impugnación, el juicio requerido. Que este criterio puede funcionar en materia de intereses variables es algo que admiten los comentaristas. Así, se admite en el comentario al citado parágrafo 315, especialmente Palandt y en el comentario del Código de Comercio, en relación con los contratos bancarios, Klaus-Wilhem Canaris, para quien la norma es aplicable aunque el pacto se encuentre incorporado a condiciones generales de la contratación.

b) El problema tiene un aspecto diferente en el Derecho francés. La primera sentencia que conozco en que se cuestiona directamente la cláusula de variación de intereses pactados sobre el llamado interés preferencial de la banca, que es idéntico a nuestro interés preferencial (*taux bancaire* de base o TBB), es la sentencia de la Corte de casación de 2 de mayo de 1990. Que el TBB es idéntico al interés preferencial y al *prime rate*, lo pone de manifiesto el *Lexique de banque et de bourse*, de Dalloz, donde TBB se define del siguiente modo: «tipo de interés mínimo que puede permitir el establecimiento de un crédito cuando se concede un crédito. Lo fija libremente cada establecimiento, aunque el efecto de alineamiento juega entre ellos. El TBB es un tipo de referencia que luego resulta aumentado en función de diversos factores (cliente, sector de actividad, duración del crédito, riesgos en que se incurren...)».

La nota del antes citado *Lexique*, termina con la siguiente indicación: «Comp. Prime rate».

En el caso decidido por la sentencia de 2 de mayo de 1990, una sociedad financiera, «Sofal», había prestado al matrimonio Lévy tres millones

de francos, por un tiempo de dos años a un interés anual que estaba fijado a través del interés de referencia aumentado en cuatro puntos y medio. Cuando tres años después los prestatarios recibieron un requerimiento de pago, sostuvieron que la cláusula relativa a los intereses era nula por ser puramente potestativa y depender de la sola voluntad de la «Sofal». La Corte de apelación de Nancy había rechazado la alegación de los prestatarios, considerando que el pacto sobre el interés en ningún caso estaría afectado por una condición potestativa de parte del deudor, de acuerdo con el precepto relativo del Código Civil sobre la condición potestativa, todo ello sin necesidad de investigar si el tipo de interés era determinable por referencia a factores del mercado financiero exteriores a la voluntad del prestamista.

Sin embargo, la Corte de casación, en la citada sentencia de 2 de mayo de 1990, casó la sentencia de la Corte de Nancy considerando que, al pronunciarse del modo que ha quedado esbozado, sin investigar si el tipo de interés era determinable por referencia al mercado financiero exterior sin referencia a la voluntad del prestamista, no había dado base legal alguna a su decisión.

La segunda sentencia es la de 9 de junio de 1992. Se trataba, en este caso de una apertura de cuenta corriente en una entidad financiera, el «Credit du Nord», a una sociedad la «Les Magassins Prism», en la que se había pactado para los descubiertos un incremento del 5,5 puntos sobre el TBB, que en aquel momento, 1977, era del 9,30 por ciento al año. La sentencia recurrida de la Corte de apelación de París había anulado la estipulación y la había sustituido por el interés legal.

La Corte de casación confirmó el criterio de la nulidad de la cláusula, aunque casó la sentencia recurrida en la medida en que sustituía el pacto por el interés legal.

En lo que concierne al problema del pacto, la sentencia dice que la misma sociedad recurrente había reconocido que el TBB de cada establecimiento bancario lo fija unilateralmente cada banco y no había probado que el interés variara en función de elementos precisamente definidos y objetivos que hicieran a esta variación independiente de su sola voluntad. Por esta razón la sentencia de la Corte de apelación se encontraba legalmente justificada al entender que la indeterminación de la cláusula concerniente a la variabilidad del tipo de interés era contraria a la disposición del artículo 1129 del Código Civil y que ello la hacía nula. A ello se debía añadir que el hecho de que fuera nula por indeterminación del objeto, no la hacía susceptible ni de confirmación ni de ratificación.

El precepto del Código Civil francés que en esta sentencia se pone en juego de manera expresa y en la anterior de manera implícita, es el artículo 1129, relativo a la determinación del objeto de la obligación y, por tanto, muy similar a nuestro artículo 1273. Según el artículo 1129, es preciso que la obligación tenga por objeto una cosa por lo menos determinada en cuanto a su especie, aunque la indeterminación en la cantidad no es

obstáculo para la validez del contrato siempre que se pueda proceder a la determinación.

La sentencia de la Corte de casación de 1 de febrero de 1994 reiteró la tesis de que la cláusula de variación del tipo de interés en función de elementos dependientes de la voluntad del prestamista, es nula por ser contraria a las disposiciones del artículo 1129 del Código Civil.

La última de las sentencias que conozco, en la Corte de casación francesa, es de 9 de julio de 1995 y se refiere a una apertura de cuenta corriente en el «Crédit Commercial de France», con un pacto de intereses aplicable a los descubiertos en cuenta, que se estipulaba en función de la TBB de la propia entidad de crédito.

La Corte de apelación había considerado que el artículo 1129 no era aplicable a la determinación del precio, lo que la Corte de casación considera infundado.

Las tesis de la Corte de Casación fueron razonablemente aceptadas por los comentaristas, como se desprende de la reseña de Cristian Gavalda en el *Recueil Dalloz Sirey* de 1992, pp. 531.

Ello, no obstante, el 1 de diciembre de 1955 se dictaron cuatro sentencias votadas en un Pleno de la Corte de Casación, que, en materia de contratos de suministros, admitieron la posibilidad de remisión a los precios fijados unilateralmente por el suministrador e hicieron alusión a la posible aplicación cuando el precio fuera excesivo de la fórmula del abuso del derecho en la fijación del precio, lo que, si bien se mira, es otra forma de llegar a la *reductio ad arbitrium viri* por vía judicial cuando la parte a quien se confirió al facultad, la ejercita de forma inadecuada.

De estas cuatro sentencias, tres se referían a contratos de instalaciones telefónicas y una a un contrato de franquicia. Según se desprende del citado *Recueil Dalloz Sirey*, había intervenido sosteniendo la tesis que luego hace suya el Tribunal, el primer abogado general Michel Jéol. La tesis del abogado general que es luego la tesis del Tribunal es la siguiente:

1.º Cuando una convención prevé la conclusión de contratos ulteriores, la indeterminación del precio de estos contratos en la convención inicial no afecta, salvo disposiciones legales especiales, a la validez de aquellas y el abuso en la fijación de los precios, si hay lugar a aplicarlo, sólo da lugar a rescisión o indemnización.

2.º El artículo 1129 del Código Civil no es aplicable a la determinación del precio. Por ello un tribunal de apelación, ante quien no se ha presentado una demanda de rescisión o de indemnización por abuso en la fijación del precio, justifica legalmente su decisión cuando rechaza la excepción de nulidad de un contrato de una instalación telefónica, si dicha nulidad se fundaba en la indeterminación del precio de una parte de las prestaciones estipuladas.

En la sentencia relativa a contrato de franquicia se dice, además, que «las cláusulas de un contrato de franquicia que hacen referencia a las tarifas en vigor en el momento de los pedidos, no afectan a la validez del

contrato y el abuso en la fijación de los precios sólo da lugar a la rescisión o indemnización».

Las cuatro sentencias han sido objeto de amplios comentarios de Jacques Ghestin y de Laurent Aynès, profesores ambos de la Universidad de París. El último de dichos autores señala que la tesis de estas sentencias —que ambos comentaristas saludan con alborozo, haciéndose eco de las críticas que en materia de contratos de suministro había recibido la anterior jurisprudencia—, tiene que ser aplicable a los préstamos a interés. L. Aynès dice, literalmente, que nada impide convenir libremente la variación de los tipos de interés y que el hecho de que se haya considerado inaplicable a la fijación del precio el artículo 1129, sobre el cual se fundaba la jurisprudencia anterior para prohibir el pacto de interés preferencial, debe entrañar el abandono de la solución antigua y que, a reserva del respeto a las reglas de forma, porque en el Derecho francés se exige que el pacto de intereses figure por escrito, la utilización del interés preferencial se ha convertido en lícita, si bien su aplicación abusiva, podrá producir la responsabilidad contractual del prestamista.

Hasta donde mis informaciones alcanzan en el momento actual, se ha dictado después una sentencia en la Corte de apelación de París que hace aplicación de la antes mencionada doctrina al llamado TBB, diciendo especialmente que el artículo 1129 del Código Civil no es aplicable a la fijación de los precios y, por consiguiente, a la fijación del tipo de interés.

Existe, por último, una sentencia de la Sala de lo comercial de la Corte de Casación, que reitera la tesis de que el artículo 1129 no se aplica a la determinación del precio y que, por consiguiente, el Tribunal de apelación había justificado legalmente su decisión al considerar que el tipo de interés convenido podía variar en función de la evolución del TBB, cuando así se había pactado al abrir la cuenta.

c) En el Derecho belga el problema no parece haberse planteado. Según Alain Sergysels (*Revue de Droit Bancaire & Financier*, 8/1996, pp. 493) el artículo 1129 del Código Civil francés, vigente también en Bélgica, no parece susceptible *a priori* de permitir una censura de las cláusulas de variabilidad de los intereses. El autor citado señala, igualmente, que la Corte de Casación belga, no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre tales cláusulas de variabilidad, aunque la opinión del autor es favorable a ellas. Según el mismo autor, una sentencia de 21 de diciembre de 1989 de la Corte de Apelación de Lieja ha dado implícita validez a este tipo de cláusulas, en un caso en que se aplicaba un tipo que se encontraba expuesto en las agencias de los bancos y había sido publicado por la prensa, aunque en este caso la nulidad absoluta del artículo 1129 del Código Civil no había sido invocada. Otra sentencia del mismo tribunal de 25 de mayo de 1993 ha mantenido una solución análoga. El autor antes citado recuerda que otros autores habían comentado favorablemente en la *Revue de Droit Commercial* dos sentencias del Tribunal de Nivelles, de 18 de febrero de 1993 y de 19 de abril de 1994, que consagraban la teoría llamada en lengua neerlandesa de la «partijbeslissing». Según esta doctrina, un contrato puede

instituir el derecho de una de las partes de fijar o modificar unilateralmente la extensión de la obligación de la otra, de acuerdo con los límites de una ejecución de buena fe y a reserva de una revisión judicial.

d) La situación es mucho más confusa en el Derecho italiano. Para el conocimiento del Derecho italiano en esta materia me he servido del *Digesto delle Discipline Privatistiche* (Sezione Civile, IX, UTET, p. 566 ss.) en la voz «intereses», redactada por Bruno Inzitari, que es uno de los mayores expertos en esta materia. En Italia como en Francia, el Código Civil exige que el pacto de intereses conste por escrito, por lo que la discusión ha girado en torno a la validez de una cláusula que habla de «condiciones usuales en la plaza», para decidir si con ella, y por la vía de la remisión a otras fuentes que en ella se produce, se cumple o no se cumple la exigencia de que el pacto quede fijado por escrito. Por regla general, la Corte de casación italiana había sido favorable a esta solución y en la misma línea se encontraban un buen número de autores, aunque parece observarse alguna línea crítica en algunos tribunales de instancia. Así por ejemplo, Inzitari cita una sentencia del Tribunal de Macerata, de 17 de agosto de 1989 que considera inaceptable la referencia al *prime rate*, aunque Inzitari cita otras sentencias del Tribunal de Milan que habían admitido el tipo bancario llamado *prime rate*.

11. LA FACULTAD DE PAGO O REEMBOLSO ANTICIPADO

Tuve ocasión de poner de manifiesto hace ya tiempo («El pago anticipado», *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XXVIII, núm. 73, 1959, p. 37) que, cuando contractualmente se establece un tiempo determinado para el pago de las obligaciones, el tiempo de cumplimiento funciona ante todo como requisito de la regularidad del pago, pero funciona, además, como límite de las respectivas facultades de las partes, lo que quiere decir que el acreedor, en cuanto titular del derecho subjetivo de crédito no puede ejercitar su derecho antes del tiempo señalado. No puede, por tanto, exigir el cumplimiento ni pretenderlo; y si lo hiciera el deudor puede detener esta pretensión oponiendo la excepción de falta de vencimiento de la deuda, que, según una antigua tradición que procede del Derecho romano, era la *plus petitio tempore*, puesto que se decía «*qui premature petit plus petere videtur*». El tiempo de cumplimiento limita además, la facultad de liberación del deudor. Antes de la llegada del tiempo no puede obligar al acreedor a aceptar el pago y el acreedor puede justamente rechazar el ofrecimiento anticipado de pago sin que exista por ello *mora credendi* y sin que, por tanto, pueda el deudor realizar el pago por consignación. Estas ideas absolutamente claras, se ven oscurecidas, o por lo menos matizadas, cuando el plazo, en lugar de estar fijado contractualmente en beneficio de ambas partes, que es la hipótesis antes descrita, lo está en beneficio de una sola de ellas. En efecto, el plazo puede estar establecido en beneficio

del deudor, por considerar que le proporciona una facilidad o por creer que el único interés del acreedor es recibir la prestación lo antes posible, y el del deudor realizarla lo más tarde posible. Puede, en determinados contratos, estar establecido el plazo exclusivamente en interés del acreedor lo que ocurrirá cuando el derecho de crédito tenga por contenido una determinada conducta del deudor que al acreedor le puede interesar anticipar. El ejemplo clásico y repetido a través de la mayoría de los autores es del contrato típico de depósito en el que, como decía Dernburg, el depositario se obliga contractualmente a custodiar la cosa dada en depósito durante todo el tiempo convenido, pero el depositante está en todo momento facultado para exigir el cumplimiento de la deuda restitutoria.

El problema radica, así contempladas las cosas, en determinar cuál es, en primer lugar, la conclusión legal en nuestro Derecho; y, en segundo lugar, cuál es la solución concretamente dada al problema en el contrato que nos ocupa.

La más antigua concepción fue, sin duda, la del plazo como beneficio del deudor, que, por consiguiente, faculta por regla general a éste para liberarse de manera anticipada sin que el acreedor pueda oponerse.

Fue la regla que predominó en el Derecho romano según ponen de manifiesto los romanistas y se deduce de un párrafo de Ulpiano, en *Digesto*, 45, 1, 41, y en *Digesto*, 50, 17, «*diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore*».

Fue también la solución que dominó en el Código Civil francés cuyo artículo 1.187 preceptúa que «el término se presume siempre estipulado a favor del deudor, a menos que no resulte de la estipulación o de las circunstancias que ha sido convenido también en favor del acreedor». En el Código Civil francés se inspiró el artículo 1047 del Proyecto español de 1851 y el Código Civil italiano, tanto el primero, de 1865, como el nuevo de 1942. Es hoy, además, la regla del Código Civil alemán, que en el párrafo segundo del parágrafo 271 dice: «si se ha determinado un tiempo (para prestación), en la duda se entiende que el acreedor no puede exigir la prestación antes de este tiempo y que el deudor, en cambio, puede realizarla antes». Dernburg, uno de los más acreditados pandectistas, ponía de manifiesto, cómo el Código alemán había seguido en este punto la doctrina romanista.

La solución de que el plazo se encuentra establecido en beneficio de ambas partes, posee también, una importante tradición histórica. El Derecho prusiano fue, según parece, el que alteró la regla romanista del plazo presumido como beneficio del deudor en el artículo 54 (parte I, tít. XVI). En los artículos 55 y 56 preceptuaba, muy claramente, que el acreedor no tiene derecho a exigir el pago antes de que el día prefijado haya transcurrido totalmente, y que el acreedor no está obligado a recibir el pago antes del tiempo prefijado. En el Derecho prusiano se inspiró el Código Civil austriaco de 1811 (art. 1413) y lo que seguramente para nosotros es más importante, el Código Civil argentino de 1869. Vélez Sarsfield, autor de dicho Código, al comentar la solución por él insertada en el artículo 570,

criticaba la idea del Código Civil francés y de sus comentaristas, que establecían la presunción del beneficio del deudor, alegando que el pago puede no ser de dinero y que, además en el Derecho comercial el término se presume establecido en interés común, y no hay razón para que no ocurra lo mismo en el Derecho civil. Razones todas ellas que indujeron a Vélez Sarsfield, según expresamente señaló, a aceptar la solución del Código Civil prusiano y a rechazar la solución francesa. Hay que observar en todo caso que la referencia que Vélez Sarsfield hacía al Derecho comercial, estaba recogida en la doctrina francesa de su tiempo, donde, sin embargo, el tema era especialmente discutido. En el Derecho francés, la idea de que en el Derecho mercantil debe negarse la aplicación de la presunción del plazo como beneficio del deudor, trató de encontrar su fundamento en la necesidad de dotar al crédito, que es el alma del tráfico mercantil, de una protección más fuerte y más seria. La cita al respecto se puede encontrar en Griotlet-Verge, *Nouveau Code civil annoté*, (París, 1903-1905, III, p. 35). Como argumentos de tipo legislativo se alegaban las normas relativas a la letra de cambio y a los pagarés a la orden.

El Código Civil español, en el artículo 1127 dice expresa y lacónicamente: «siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro». No resulta fácil establecer las razones por las que los autores del Código Civil español se apartaron de la tradición del beneficio del plazo en favor del deudor, que era la romana, la romanista y la que había aceptado García Goyena en el Proyecto de 1851. Es seguro que se inspiraron en Vélez Sarsfield. Mucius Scaevola encontraba la razón de la norma en las dificultades prácticas que originaba el sistema del plazo en beneficio del deudor y, al mismo tiempo, encontró un fundamento más consistente y más en conformidad con el principio *pacta sunt servanda*.

Sea de ello lo que fuere, no ofrece ninguna duda la dicción literal del artículo 1127. Aunque el Código literalmente hable de «presunciones», no estamos genuinamente ante una regla presuntiva, si bien es cierto que quien alega que el término es un beneficio común de ambas partes podrá servirse de la regla legal, y quien alegue lo contrario tendrá que demostrar que el contrato o las circunstancias de su obligación en el caso concreto, conducen a esa solución. Como quiera que el precepto permite que el tenor del negocio jurídico constitutivo de la obligación u otras circunstancias concurrentes en el momento de su otorgamiento, permiten obtener otro tipo de conclusiones en relación con la voluntad de las partes, puede decirse rigurosamente que la regla del artículo 1127 es una regla de interpretación legal de los contratos y de los demás negocios jurídicos, que no excluye, ciertamente, la aplicación de otras posibles reglas. Quien sostenga que está puesto en beneficio de una de las partes, oportará, sin embargo, la carga de esta demostración de acuerdo con los criterios interpretativos.

La regla del artículo 1127 del Código Civil coincide con la que establece el artículo 46 de la Ley Cambiaria y del Cheque, según la cual *el*

portador de una letra de cambio no podrá ser obligado a recibir el pago antes de su vencimiento.

Esta regla expresamente prevista para la letra de cambio, está declarada aplicable a los pagarés en el artículo 96.

En el artículo 10 LCC y en el artículo 9.3 LVPBM se establece, con carácter imperativo, la facultad de desestimiento de los efectos derivados del contrato. No obstante, en cualquier momento de vigencia del contrato, el comprador podrá pagar anticipadamente, de forma total o parcial, el precio pendiente de pago o reembolsar anticipadamente el préstamo obtenido. Es una facultad muy amplia: pagar total o parcialmente el importe debido y hacerlo en cualquier momento. De esta suerte, en el Derecho de los consumidores se retorna a la vieja regla de acuerdo con los cuales *dies pro reo est* y se deroga para este sector lo ordenado en el artículo 1127 del Código Civil.

12. LA FACULTAD DE REEMBOLSO ANTICIPADO Y LAS LLAMADAS «COMISIONES DE AMORTIZACIÓN ANTICIPADA»

Como es lógico, no basta al legislador con establecer la facultad del deudor-consumidor de reembolsar anticipadamente el préstamo si se deja a la plena libertad contractual, en la que, obviamente las entidades de crédito llevarán las de ganar, la posibilidad de establecer contraprestaciones por la susodicha amortización anticipada. Como es sabido, el problema se planteó agudamente en los trabajos preparatorios de lo que después fue la Ley 2/1994, de 30 de marzo, que, para favorecer la generalización de los beneficios sobre el marcado descenso de los tipos de interés que por esos días ocurrió, permitió que deudores y constituyentes de hipotecas subrogaran a nuevos acreedores, aún sin el consentimiento de los antiguos, en virtud de una ampliación del criterio que se encontraba desde antiguo recogido en el artículo 1211 CC. Tal norma se podía aplicar sin especiales problemas en aquellos casos en que los créditos siguieran las reglas generales del Código Civil. En aquellos otros, en cambio, en que, de acuerdo con las estipulaciones contractuales, se facultaba al deudor para llevar a cabo una amortización anticipada, pero pagando una «comisión», el problema se planteó agudamente y hubo que resolver la cuestión decidiendo que si el tema se dejaba a la plena libertad contractual, se tasaban las llamadas comisiones de amortización anticipada o se les ponía por lo menos un límite. No es nuestro propósito estudiar aquí la Ley de 1994, que no era especialmente una Ley de protección de los consumidores, pero hay que señalar que a partir de ese momento el problema de las llamadas comisiones por amortización anticipada se ha ido trasladando a las leyes posteriores. En la Ley de 1994, el criterio que se siguió fue aplicar la regla *pacta sunt servanda* cuando se había reconocido la facultad de amortiza-

ción anticipada sin fijar ninguna comisión o cuando se hubiera fijado una comisión igual o inferior al 1 por 100. En los demás casos, la Ley ordenaba imperativamente reducir la mencionada comisión al 1 por 100. En la Ley de 1994 la regla anteriormente recordada se completó con otra donde se aludía al daño económico sufrido por el acreedor como consecuencia de la amortización anticipada. Este daño económico no impedía el pago anticipado, ni permitía tampoco elevar el tipo de comisión (la Ley se limita a decir que el daño podía alegarse y demostrarse y que podía reclamarse una indemnización por el daño producido, pero no llegó a saberse quién debía indemnizar el daño ni por qué causa). Es muy difícil que lo indemnice el deudor que se limita a hacer uso de una facultad que la Ley le confiere y tampoco se ve razón alguna para que lo indemnice el nuevo acreedor que no hace otra cosa que entrar en el juego de la libre concurrencia.

Todas esas consideraciones explican en buena medida las reglas que ahora contiene el artículo 10 LCC. La primera es que el consumidor puede reembolsar anticipadamente, de forma parcial o total y en cualquier momento de vigencia del contrato el préstamo concedido. Lo que significa, como ya se ha dicho, que en los contratos de crédito al consumo se retorna a la vieja regla romana y romanista de que el plazo es beneficio del deudor. Además, la Ley limita las cantidades que, de acuerdo con el contrato, el acreedor puede percibir por la amortización anticipada. El artículo 10 LCC reconoce el derecho del acreedor a percibir una cantidad por el reembolso anticipado que denomina «compensación» siempre que se haya pactado. No se explica muy bien la razón o la causa de este derecho del acreedor que presenta su justificación cuando los capitales estaban colocados a un tipo de interés atractivo, si el reembolso es anticipado y obliga a una colocación menos atractiva o menos rentable o dificulta la operación de refinanciación. La LCC sigue en este punto las huellas del 94 y opta por limitar las comisiones o compensaciones. En ningún caso podrá exceder del 1,5 por 100 del capital reembolsado anticipadamente, cuando se trate de contratos con modificación del coste del crédito o con interés variable por decirlo de forma más vulgar; y un 3 por 100 en el caso en que el contrato no se hubiera contemplado la modificación del coste del crédito.

Además, no podrán exigirse los intereses del préstamo que no estén devengados cuando se produce la amortización anticipada.

Una regla prácticamente idéntica se reitera en el artículo 9.3 LVPBM: «el comprador sólo podrá quedar obligado a abonar, por razón del pago anticipado o reembolso, la compensación que para tal supuesto se hubiera pactado y que no podrá exceder del 1,5 por 100 del precio aplazado o del capital reembolsado anticipadamente en los contratos con tipo de interés variable y del 3 por 100 en los contratos con tipo de interés fijo».

13. LA LIMITACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PENALES SOBRE DEDUCCIONES O RETENCIONES

Un punto que requiere alguna atención es lo que puede denominarse «limitación de las cláusulas penales» previstas como deducciones o retenciones, en los contratos de crédito o de financiación, vinculados a otros en que se estipule la adquisición de bienes o servicios. Este tipo de retención o deducción, calificados adecuadamente como «cláusula penal», presentaba el obstáculo de que no tenía en nuestro ordenamiento otra limitación que la facultad de moderación equitativa que a los jueces y tribunales reconoce el artículo 1154 CC, lo que significa abrir un portillo en el magma de arbitrariedad que puede poner en notorio peligro la protección de los consumidores. El artículo 9 LCC y el artículo 10 LVPBM, con alguna diferencia en cuanto a su ámbito de aplicación y a la forma en que están concebidos, limitan, en beneficio del consumidor, los derechos del empresario de llevar a cabo este tipo de deducciones o retenciones. En el artículo 9 LCC el supuesto de hecho de la norma se articula mediante la yuxtaposición de los siguientes datos:

- a) Existen créditos concedidos para la adquisición de bienes determinados.
- b) El contrato de adquisición de bienes es declarado nulo o queda resuelto por incumplimiento del adquirente; y, de modo paralelo, se produce la nulidad del contrato de financiación.
- c) Y, como consecuencia de la nulidad o de la resolución, el adquirente recupera los bienes que había entregado.

La Ley habla estrictamente de nulidad sin distinguir ningún tipo de ella por lo que debe comprenderse tanto nulidad en sentido estricto como anulabilidad. Sólo alude, de manera especial, a la idea de que la causa de nulidad sea imputable al empresario-prestamista para privarle de todo derecho. No resulta fácil descifrar la idea de causa imputable al empresario, pues las causas de nulidad radical –violación de normas imperativas– en rigor son imputables a ambas partes, aunque cabe que, siendo mayor la información del empresario, a éste sea imputable la causa de nulidad, salvo que hubiera facilitado al consumidor la información que poseía. Puede tratarse también de una causa de anulabilidad por falta de capacidad o por vicio del consentimiento, que resulta muy difícil que sea imputable al empresario y no al consumidor.

Por lo que se refiere a la resolución hay que entender que se trata de la resolución por incumplimiento y que debe ser una resolución por incumplimiento del consumidor, adquirente de los bienes y beneficiario del crédito concedido.

La limitación del derecho de retención del empresario se produce del modo siguiente:

- a) Se limita al 10 por 100 de los plazos pagados o vencidos en concepto de indemnización por la tenencia de las cosas o de los bienes; y,
- b) se reconoce el derecho a la retención de una cantidad igual al desembolso inicial por la depreciación comercial del objeto si ésta existe.

En el artículo 10 LCC se establece que cuando esta última cantidad, es decir, la fundada en la depreciación comercial, sea superior a la quinta parte del precio de venta, la deducción debe limitarse a esa fracción, de manera que sumadas ambas en ningún caso se debe producir una deducción superior al 30 por 100. De forma paralela, en el artículo 10 LVBMP se dice que «si no existe el desembolso inicial o es superior a la quinta parte, la deducción se limitará a este último porcentaje». Con independencia de todo ello, ambas normas prevén un derecho de indemnización si existe un deterioro de la cosa vendida que no haya que considerar como una simple depreciación.

14. CONTRATOS DE CRÉDITO Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

Para concluir esta exposición, parece necesario referirse a las menciones que a lo que en un sentido muy amplio podemos llamar contratos de crédito, se hacen en la Ley sobre las condiciones generales de la contratación, especialmente al regular las cláusulas abusivas. Para ello, hay que arrancar de la Directiva 13/1993. Como es sabido, la Directiva, en su artículo 3, decía que «las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas, si en contra de las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, que se deriven del contrato». El artículo 4 de la Directiva ordenaba que «el carácter abusivo de una cláusula contractual se aprecia teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa». Para cerrar este recordatorio convendrá señalar que el artículo 3.3 de la Directiva dice, expresamente, que en el Anexo «se contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas». Por consiguiente, el abuso exige una contemplación del conjunto contractual sin que sea posible extraerla de una cláusula aislada. Además, en el anexo no se establece una «lista negra» sino lo que se ha denominado una «lista gris». La Directiva no dice que las cláusulas mencionadas en el anexo sean por sí solas abusivas, sino simplemente que pueden serlo, por lo que se ha podido hablar de una presunción de abuso, que puede quedar desvirtuada tras el análisis y la apreciación realizados de acuerdo con los criterios del artículo 4.

Con estas premisas podemos examinar el segundo apartado del Anexo, que lleva por título «Alcance de las letras g), j) y l)».

La letra g) presume el abuso en aquellas cláusulas en las que se faculta o autorice al empresario o profesional para «poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves», según dice literalmente la traducción española, en una frase no muy feliz, que probablemente debe leerse en el sentido de entender que se puede resolver con notificación previa y preaviso salvo que existan motivos graves que justifiquen otra cosa.

Partiendo de este dato, en el apartado 2 a) del Anexo se dice que «la letra g) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho de rescindir unilateralmente, sin previo aviso en caso de razón válida, el contrato de duración indeterminada, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello inmediatamente a las demás partes contratantes». Lo que parece querer decir que una cláusula que otorgue a un prestador de servicios financieros la facultad de poner fin unilateralmente a un contrato de duración indeterminada, sin previo aviso, cuando tenga para ello una razón válida, no cae bajo el ámbito de la letra g) siempre que el profesional cumpla la obligación de informar inmediatamente de ello a los demás contratantes. En la letra j) se consideran presumiblemente abusivas aquellas cláusulas por virtud de las cuales se faculta al empresario o profesional a «modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo».

En el apartado 2 b) del Anexo se dice que la letra j) «se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho de modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, o el importe de cualesquiera otros gastos relacionados con servicios financieros, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello en el más breve plazo a las demás partes contratantes y de que éstas tengan la facultad de rescindir inmediatamente el contrato». A ello se añade inmediatamente otro párrafo, según el cual «la letra j) se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el profesional se reserve el derecho a modificar unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el profesional esté en la obligación de informar al consumidor con una antelación razonable y de que éste tenga la facultad de rescindir el contrato».

En la letra l) del Anexo se presumen abusivas las cláusulas por las que se faculta a los vendedores de mercaderías y a los proveedores de servicios para aumentar los precios sin que en ambos casos se reconozca al consumidor el correspondiente derecho a rescindir el contrato, si el precio final resulta muy superior al convenido al celebrarse el contrato.

En el Anexo 2 c), se dice que la letra l) se entiende sin perjuicio de las cláusulas de adaptación del precio a un índice, siempre que sean legales y en ellas se describa explícitamente el modo de variación del precio. La

comprensión del apartado 2 c) del Anexo de la Directiva no resulta especialmente fácil y ello entre otras razones por las dos siguientes. Ante todo, habla de «contratos de prestación de servicios financieros, que es una categoría no fácil de acuñar, especialmente porque en la letra c) del anexo 2 se excluyen las transacciones relativas a títulos-valores, a instrumentos financieros y otros productos y servicios cuyo precio esté vinculado a las fluctuaciones de una cotización o índice bursátil o financiero que el profesional no controle, así como los contratos de compra o venta de divisas. Fuera de esa excepción hay que entender, probablemente, que el contrato de servicios financieros versa sobre servicios cualesquiera que sean sus características que presten las entidades financieras, de manera que están incluidos en cualquier caso los contratos de crédito al consumo.

Indudablemente constituye una limitación de la lista que, como sabemos, es gris. Aún así, inteligencia de la cláusula «sin perjuicio» admite dos variantes. De acuerdo con la primera, las cláusulas mencionadas, cuando se encuentren incorporadas a contratos de servicios financieros, quedan excluidas de presunción de abusividad, pero ésta puede resultar de la aplicación de los criterios generales de los artículos 3 y 4. Conforme a la segunda variante, el apartado 2c del Anexo estaría excluyendo la nulidad de estas cláusulas cuando estén incorporadas a contratos de servicios financieros admitiendo, por consiguiente, su validez.

15. CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES

La solución de una validez incondicionada exigiría entender que se ha creado una situación de privilegio para los prestadores de servicios financieros, lo que sólo encontraría justificación en la fuerza que este *lobby* haya podido tener en las instituciones europeas. Por eso, nos inclinamos por la primera explicación. En este tipo de cláusulas no hay presunción de abusividad y, por sí solas no son abusivas, lo que significa que sólo podrán llegar a serlo, relacionadas con las singularidades en el caso concreto o con otro tipo de declaraciones que en las estipulaciones se contengan. En todo caso, no son abusivas o no hay presunción de abusividad, en las cláusulas insertas en contratos de servicios financieros en que:

1.º Se permita al financiador poner fin a un contrato de duración indeterminada, haciéndolo sin preaviso, siempre que posea para ello una razón válida y cumpla el deber de informar inmediatamente.

El derecho de poner fin unilateralmente a los contratos de duración indeterminada es algo generalmente admitido siempre que se avise con un preaviso razonable. Por consiguiente, la especialidad de las cláusulas y lo que las aproxima a las coordenadas de abusividad es hacerlo sin preaviso. Para ello, el autor de la denuncia unilateral debe poseer una

razón válida, lo que equivale a un motivo serio y grave, que excluye el preaviso. El deber de información tiene por objeto no sólo la decisión de poner fin a la relación contractual, sino también la razón válida existente para ello.

2.º Se otorgue al prestador de servicios financieros el derecho de modificar sin previo aviso el tipo de interés aplicable –adeudado por el consumidor o adeudado al consumidor– u otros gastos relacionados con los servicios financieros, siempre que se posea para ello una razón válida, que se cumpla el deber de información inmediata y que se reconozca a la otra parte la facultad de rescindir el contrato.

Como en el caso anterior, la razón válida, que es un motivo serio y grave, juega para excluir el preaviso, pero no condiciona el derecho de modificar el tipo de interés que la Directiva parece reconocer.

La misma regla que para los intereses se sigue para los demás gastos relacionados con los servicios financieros.

Habrá que señalar, además, que el reconocimiento de la no-abusividad de las cláusulas de modificación de tipo de interés en la Directiva no se encuentra condicionado directamente a la exigencia de que se utilicen índices. Esta exigencia sólo aparece en la letra *d*) del Anexo 2 como reserva, por lo que se refiere a la letra *l*). Sólo que en esa genérica cláusula, se habla básicamente de precio de mercancías, aunque se alude también a precios de servicios. Por lo demás, la letra *d*) del anexo 2 exige que los índices sean legales y que en las cláusulas se describa explícitamente el modo de variación del precio.

3.º Se permita al prestador de los servicios la modificación unilateral de otras condiciones diferentes de las anteriormente mencionadas, siempre que se trate de contratos de duración indeterminada, con el mismo deber de información inmediata antes aludido y con la misma facultad de la otra parte de rescindir el contrato.

16. LA SITUACIÓN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS EN LA LEY 7/1998

En la Ley española de las Condiciones Generales de la Contratación, que al mismo tiempo, como es sabido, ha modificado el artículo 10 LGCU y ha añadido en la misma Ley el artículo 10 bis, se mantienen definiciones similares a la Directiva europea 13/1993 respecto de las condiciones bajo las cláusulas contenidas en contratos con consumidores pueden considerarse abusivas y los criterios para la presunción de la abusividad. Sin embargo, la Ley española no ha optado por una lista gris sino que ha establecido una lista negra. Resulta difícil saber la razón: si es para colocar a los empresarios españoles en una posición peor que el resto de la Unión europea o si es simplemente porque la idea de protección de consumidores aparece como «progresista». En cualquier caso, esta modificación –el

paso de una lista gris a una lista negra— tiene una repercusión importante en la incorporación de las cláusulas de reserva, porque no es lo mismo excluirlas de una pretensión de abusividad en una lista gris, que sacarlas pura y simplemente de una lista negra, dejándolas en no se sabe qué terreno.

En la disposición adicional primera de la Ley de 1998, que, es donde se contiene la lista negra de las cláusulas abusivas («tendrán de carácter abusivo las cláusulas o estipulaciones siguientes...») y, en relación con otras cláusulas, que se consideran abusivas en las que se reserve al profesional que contrata con el consumidor la facultad de modificar unilateralmente el contrato o resolverlo anticipadamente, se contiene, como reserva el siguiente texto:

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financieros esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

La disposición adicional primera, que es especial para los contratos de prestación de servicios financieros, contempla dos tipos de cláusulas: 1.º Las que facultan para modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado o el importe de otros gastos relacionadas con servicios financieros y, 2.º las que facultan para modificar unilateralmente las demás condiciones del contrato, cuando éste sea de duración indeterminada.

Convendrá por ello hacer un análisis separado de cada tipo de cláusulas.

17. LAS CLÁUSULAS SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE INTERÉS

La disposición adicional primera de la Ley de 1998, para excluirlas de la sanción de abusividad, se refiere a aquellas cláusulas en las que la reserva de modificación del tipo de interés se estipule «sin previo aviso». No

parece que pueda entenderse que las cláusulas con preaviso sean de peor suerte.

La norma analizada exige que la modificación sólo se pueda producir, para salvarse de la abusividad, cuando los intereses se encuentren ajustados a índices legales y en las cláusulas se haya descrito el modo de variación del índice. Como se recordará en la Directiva esta exigencia no estaba prevista para los contratos de prestación de servicios financieros donde las cosas parecían producirse con mayor flexibilidad.

La exigencia de que el índice sea «legal», no debe entenderse en el sentido de que sean índices explícitamente admitidos por las leyes sino índices cuya aplicación no viole ninguna disposición de él. El párrafo estudiado de la disposición adicional segunda es especialmente tortuoso y complicado: tras haber exigido la adaptación a un índice legal para la variación de los tipos de interés, que deja a salvo según parece la hipótesis en que existe para la variación una razón válida («o en otro caso de razón válida»).

Como ocurría en la Directiva, la no abusividad se hace depender del cumplimiento de un deber de información inmediata y de la atribución a la otra parte contratante de una facultad de resolución.

De este modo, la primera parte del párrafo segundo de la disposición adicional primera puede entenderse así: en los contratos de servicios financieros no son *per se* abusivas las cláusulas que reserven al predisponente la facultad de modificar el tipo de interés si la variación se encuentra ajustada a un índice legal el predisponente tiene para ello una razón válida, siempre que se informe a la otra parte contratante y ésta tenga la facultad de rescindir inmediatamente el contrato.

18. LAS CLÁUSULAS SOBRE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO Y LAS DE RESCISIÓN UNILATERAL

El último inciso de la norma analizada excluye también de la abusividad automática en los contratos sobre servicios financieros dos tipos de cláusulas: las primeras son las que en los contratos de duración indeterminada facultan a los predisponentes para modificar las condiciones del contrato unilateralmente, siempre que se informe de manera inmediata y la otra parte tenga la facultad de rescindir el contrato; y las segundas son las cláusulas que atribuyen al predisponente la facultad de rescindir el contrato de duración indeterminada, sin previo aviso, siempre que se tenga una razón válida para ello y se informe de manera inmediata a la otra parte contratante.

19. EL SIGNIFICADO DE LA EXCLUSIÓN DE LA ABUSIVIDAD AUTOMÁTICA

La oscuridad del contenido normativo de la disposición estudiada (lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio) plantea en la Ley española menos problemas que en la Directiva si partimos de la idea de que la Ley española contiene una lista negra. Inicialmente parece que ello significa que no hay abusividad automática, pero que puede haberla por aplicación de las reglas generales. Sin embargo, esta inicial conclusión se enturbia con la lectura del párrafo segundo, que comienza con las siguientes palabras: «Igualmente podrán modificarse unilateralmente...». De seguir el rigor textual que es uno de los criterios fundamentales de interpretación, no se trata de excluir la abusividad automática aún admitiendo una eventual abusividad por aplicación de las reglas generales, sino de reconocer un ámbito de actuación que quede fuera de la abusividad.

Divorcio y reserva de bienes

LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI

Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. *El problema.*—II. *Las opiniones doctrinales.*—III. *Una aproximación al problema.*—IV. *Modos de protección de los intereses de los hijos de anterior matrimonio.*—V. *Una puntual referencia al origen romano de la reserva.*—VI. *La economía matrimonial según el Código Civil.*—VII. *Trascendencia jurídica de la muerte, la declaración de fallecimiento, la declaración de nulidad y el divorcio.*—VIII. *Disolución entre vivos y disolución por muerte del matrimonio.*—IX. *La liquidación de la situación previa a la disolución del matrimonio por divorcio.*—X. *Reserva viudal y autonomía privada.*—XI. *El tránsito a ulteriores nupcias tras la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges.*—XII. *La ambigüedad de la expresión «hijos de anterior matrimonio»:* 1. «Aunque no contraiga nuevo matrimonio». 2. Los hijos de anterior matrimonio como hijos de matrimonio disuelto. 3. Unas segundas nupcias irrelevantes. 4. El hijo no común habido por uno de los cónyuges durante el matrimonio.—XIII. *La concurrencia de nuevos legitimarios como causa de la reserva.*—XIV. *El insustituible protagonismo del cónyuge premuerto:* 1. Si un cónyuge no muere el otro no le hereda. 2. El testamento mancomunado. 3. La institución recíproca en testamentos diversos no revocada por uno o ambos cónyuges. 4. Sin cónyuge premuerto el donante está presente: 4.1. «Sin restitución de los donado»: 4.1.1. Las donaciones matrimoniales. 4.1.2. Las donaciones no matrimoniales. 4.1.3. Las disoluciones del matrimonio por divorcio y el perjuicio de tercero. 4.2. ¿Pueden los hijos del anterior matrimonio recuperar, en vida del donante, los donado por éste al cónyuge donatario bínubo cuando éste premuere al donante? 5. El divorcio implica potencialmente dos reservas. 6. Quiénes son los parientes del difunto.—XV. *Bienes adquiridos de los hijos de su primer matrimonio:* 1. Procedencia de los bienes reservados. 2. Título de adquisición de los bienes de los hijos del primer matrimonio. 3. La atribución voluntaria, a título gratuito, a uno de los padres por un hijo común: 3.1. Preferencia de un padre después de la disolución por divorcio del matrimonio de los padres. 3.2. Preferencia de un padre antes de la disolución por divorcio del matrimonio de los padres. 3.2.1. Lo ya adquirido por el padre por disposición del hijo a título gratuito *inter vivos*: lo donado. 3.2.2. Lo ya adquirido por el padre preferido por disposición a título gratuito del hijo fallecido.—XVI. *La estructura del supuesto de hecho recogido en el artículo 969 del Código Civil:* 1. Aplicación del artículo 811 en beneficio de los hijos comunes de quienes proceden los bienes. 2. Aplicación del artículo 811, en favor de los hijos del primer matrimonio, en el supuesto de adquisición de bienes por el segundo cónyuge, a través de un hijo del segundo matrimonio. 3. Hipotética aplicación al supuesto anterior del régimen de la reserva ordinaria. 4. Interpretación correctora de la expresión «por los títulos en él expresados» del artículo 969 del Código Civil.—XVII. *La reserva de bienes aplica-*

bles, en su caso, al divorciado es la reserva del artículo 811 del Código Civil: 1. No cabe la mejora en los bienes reservables según el artículo 811 del Código Civil. 2. La reserva del artículo 811 puede operar en beneficio de los hijos del matrimonio anterior del cónyuge divorciado bínubo. 3. Se trata de un posible efecto de la reserva del artículo 811 del Código Civil, pero no de su razón de ser.—XVIII. Las segundas o ulteriores nupcias en una cultura divorcista.

I. EL PROBLEMA

El divorciado que vuelve a casarse, teniendo hijos de su anterior matrimonio, ¿queda sometido al régimen que el artículo 968 del Código Civil establece para el viudo que contrae nuevas nupcias?

Al introducir el legislador, en 1981, la disolución del matrimonio por divorcio aportó un posible supuesto de sucesividad matrimonial con el que no contó, en 1889, cuando se promulgó el Código.

Hijos de anterior matrimonio lo son los del supérstite que vuelve a contraer matrimonio, e, igualmente, lo son los del divorciado o divorciada que vuelve a casarse.

Idéntico interés protegible, idéntica sucesividad matrimonial. Todo parece indicar que el divorciado, que contrae ulterior matrimonio, quedará obligado a reservar determinados bienes, según establece el Código Civil en su artículo 968.

II. LAS OPINIONES DOCTRINALES

Para Vallet de Goytisolo la respuesta es obvia. «La *ratio* de la reserva viudal se da plenamente en los casos de nuevas nupcias contraídas después de declarada la nulidad del anterior matrimonio o el divorcio con tanta o más razón que en el de disolución por fallecimiento»¹.

Lacruz Berdejo recuerda que «en la actualidad un evento que no pudo tener en cuenta el legislador de 1889, el divorcio disuelve igualmente el matrimonio, y por cierto sin dar lugar a la restitución de lo donado por un esposo a otro, y con mayor razón se impone en él la reserva si el divorciado vuelve a casarse o tiene otros hijos: el mismo conflicto de intereses debe tener la misma solución, que el legislador de 1889 no pudo formular expresamente. Considero, pues, más defendible la existencia de una reserva «paraviudal» impuesta al divorciado bínubo o con prole ulterior, si bien en la exposición sucesiva me limito al sentido tradicional de los indicados preceptos»².

¹ Comentario al artículo 968 del Código Civil, en *Comentario al Código Civil*, tomo I. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2292.

² LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. de Asís: *Elementos de Derecho Civil V (Derecho de sucesiones)*, Barcelona, 1981, p. 572. Texto mantenido por sus conti-

Refiriéndose en términos generales —no específicamente a la reserva— a las consecuencias de las segundas nupcias, afirma García Granero Fernández que «la circunstancia de que el viudo case por segunda vez, habiendo hijos del enlace anterior, determina una serie de medidas jurídicas cuya finalidad es dar protección a esos mismos hijos, especialmente en relación al nuevo cónyuge y a los hijos que con ésta pueda tener el bínubo. Y ello, con mucha mayor razón, en el supuesto de que el cónyuge que repite matrimonio sea, no viudo, sino divorciado»³.

Según De la Cámara «la identidad de *ratio* postula la aplicación analógica conforme al artículo 4.1 del Código Civil. Procederá la aplicación analógica de las normas —dice el precepto— cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Parece que en los casos examinados concurren los requisitos expuestos»⁴.

Por el contrario, Díez Picazo y Gullón Ballesteros entienden que «aunque la argumentación es persuasiva —en explícita referencia a Lacruz Berdejo—, lo cierto es que el legislador, que introduce aquel cambio fundamental (el divorcio) en el Código, no ha alterado la reserva clásica del cónyuge supérstite que pasa a nuevas nupcias. Que haya sido un desacierto es otro problema que el intérprete no puede corregir. No hay oscuridad o insuficiencia en el texto legal, que claramente se refiere al viudo o viuda»⁵.

En la doctrina francesa se encuentran opiniones favorables a extender, la protección dada a los hijos del anterior matrimonio, prevista para las nuevas nupcias del viudo, al supuesto de nuevo matrimonio del divorciado con hijos del matrimonio disuelto⁶. Del sentido preciso de estas opiniones me ocuparé más adelante.

III. UNA APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

1. LA NULIDAD MATRIMONIAL

La declaración de nulidad del matrimonio permite ulteriores nupcias con tercera persona. Coincide, en ello, con la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio.

nuadores; así 5.ª edic., 1993, p. 446. PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. III, Barcelona, 1983, pp. 211 y 212, no aborda la cuestión.

³ *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Civiles*, tomo XXXVI, vol. 2.º, Leyes 82 a 147 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, 1995, p. 363.

⁴ *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, p. 325.

⁵ *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV (Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones), 6.ª ed., Madrid, 1992, p. 490.

⁶ JOSSEAND, L.: *Derecho Civil*, tomo III, vol. III, Liberalidades, Buenos Aires, 1951, p. 381; RIPERT-BOULANGER: *Traite de Droit Civil*, tomo IV, París, 1959, p. 621, núm. 1923; MAZEAUD, H. L. J., *Lecciones de Derecho Civil*, parte 4.ª, vol. II, Buenos Aires, 1965, p. 274.

La nulidad matrimonial, a diferencia del divorcio, no es una novedad recientemente incorporada. ¿Se conoce algún supuesto de nulidad matrimonial que haya dado lugar, por posterior matrimonio de uno de los ex cónyuges, a la reserva de bienes?

Me parece que apelar a la nulidad matrimonial, como supuesto idóneo para que, en su caso, nazca la obligación de reservar, supone asumir la carga de mostrar algún caso, anterior o posterior al Código Civil, en el que dicha posibilidad se verifique.

En este trabajo no trataremos directamente de la nulidad matrimonial y su posible relación con la reserva de bienes. Pero tratando del divorcio estoy seguro de ocuparme de ella indirectamente.

2. CUBA, PUERTO RICO Y FILIPINAS

Por Real Decreto de 31 de julio de 1889 (*Gaceta de Madrid*, de 6 de agosto) «se hace extensivo a las islas de Cuba, Puerto Rico y Filipinas el Código Civil vigente en la Península».

2.1 Cuba

Artículos 968 a 980 (derogados) del Código Civil.

«Los preceptos contenidos en esta sección obligaban al viudo o viuda que contrajere nupcias a reservar para los descendientes que hubiere tenido con el difunto consorte, todos los bienes que de él hubiese adquirido. Lo anterior redundaba obviamente en perjuicio de los hijos que el viudo o viuda pudiese tener en sus nuevas nupcias. Por su naturaleza así discriminatoria esta institución resulta incompatible con el régimen de igualdad de todos los hijos estatuido en el artículo 65 del Código de Familia (Ley núm. 1289, de 14 de febrero de 1975, *Gazeta Oficial* de 15 de febrero) y en tal virtud están tácitamente derogados los artículos 968 a 980»⁷.

2.2 Puerto Rico

El Código Civil de Puerto Rico en los párrafos 2731 a 2743 recoge los artículos 923 a 935 del Código Civil de 1930, que muestra prácticamente una total coincidencia con nuestros actuales artículos 968 a 980, que en su momento –1889– fueron preceptos vigentes en la Isla.

A pesar de la introducción del divorcio –*vid.* párrafo 301, que reproduce el art. 95 del Código Civil de 1930– el actual párrafo 2731 sigue utilizando los términos viudo o viuda y la expresión «difunto consorte»⁸.

⁷ Código Civil. Concordado y anotado hasta el 8 de marzo de 1975. Publicación oficial del Ministerio de Justicia, 1979.

⁸ Código Civil de Puerto Rico comentado. Edición revisada. Texto basado en el título 31. Leyes de Puerto Rico anotadas. Reimpresión de julio de 1987.

2.3 Filipinas

El Código Civil aprobado el 18 de junio de 1949 que deroga aquellos artículos del Código Civil de 1889, vigentes en el momento de entrar en vigor el de 1949, prescinde de la reserva del cónyuge bínubo.

En su artículo 891 conserva la reserva troncal del artículo 811 de nuestro Código Civil con el ligero retoque que supone sustituir el término hermano por la expresión «or a brother or sister»⁹.

3. LA LEY DE DIVORCIO DE 2 DE MARZO DE 1932

Esta Ley no sólo reguló el mecanismo de disolución del vínculo matrimonial. También se ocupó de los efectos del divorcio sobre los propios cónyuges, sobre los hijos y sobre los bienes del matrimonio.

En el artículo 21 establece que «el hecho de *contraer segundas o ulteriores nupcias el cónyuge divorciado*, en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de *los hijos por él habidos en el anterior matrimonio disuelto*, no será por sí solo causa para modificar la situación establecida al respecto de dicha prole».

El legislador tuvo en cuenta el supuesto de hecho que contempla el artículo 968 del Código Civil.

Además también reguló la trascendencia sucesoria del divorcio. «El cónyuge divorciado no sucede *abintestato* a su ex consorte, ni tiene derecho a la cuota usufructuaria que establece la Sección séptima del capítulo II del título III del libro III del Código Civil ni a las ventajas de los artículos 1374 y 1420 del mismo Código» (art. 29).

Tuvo en cuenta, el legislador, las ulteriores nupcias del cónyuge divorciado. Su incidencia sobre la situación de los hijos. Se ocupó de las consecuencias sucesorias del divorcio. Y no mencionó la posibilidad de que se aplicase al cónyuge divorciado bínubo, con hijos del matrimonio disuelto, la obligación de reservar contemplada en el artículo 968 del Código Civil.

4. LOS DERECHOS PRIVATIVOS DE NAVARRA, CATALUÑA Y PAÍS VASCO

4.1 Derecho civil foral de Navarra

La Ley 274 del Fuero Nuevo en su versión original –redacción de 1 de marzo de 1973– se refería a «el padre o madre que reiterare nupcias está obligado a reservar y dejar a los hijos del matrimonio anterior, o a los descendientes *legítimos* de los mismos, la propiedad de todos los bienes que

⁹ The Civil Code of the Philippines. Rex Editorial Staff. Manila, 1988.

por cualquier título lucrativo, a excepción de las arras, hubiera recibido de su *difunto consorte*, de los hijos que de él hubiera tenido o de los descendientes *legítimos* de éstos».

La Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, matizará la redacción del precepto. En primer lugar, prescindirá del adjetivo «legítimos», empleado dos veces, para calificar a los descendientes. En segundo lugar, sustituye la expresión *difunto consorte* por la expresión *anterior cónyuge*. El legislador de 1987 parece no querer prejuzgar el tema, dejándolo abierto. Así como la redacción de 1973 suponía necesariamente la disolución del matrimonio previo por muerte, la de 1987 no se cierra a la posibilidad de que dicha disolución tenga lugar también por divorcio, introducido en el Código Civil de 1981. Por otro lado, la opinión expuesta de Lacruz también es anterior a la reforma de la Compilación.

4.2 Derecho civil de Cataluña

El artículo 387 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho civil de Cataluña, aprobado por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, describe la reserva del cónyuge bínubo en términos clásicos. El reservista es descrito como el *cónyuge sobreviviente* que hubiere adquirido de su *difunto consorte*¹⁰.

En 1991 al legislador catalán no le parece necesario abandonar un lenguaje tan preciso, excluyente del divorcio como modo de disolución del matrimonio previo a las «nuevas nupcias», ya presente en el artículo 269 de la Compilación de 1960.

4.3 Derecho civil del País Vasco

El artículo 88 del texto aprobado por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento vasco sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco, se refiere a «*el viudo o viuda que pase a ulterior matrimonio, o tenga un hijo que no lo sea de su difunto consorte, estará obligado a reservar a los hijos y descendientes del expresado cónyuge premuerto todos los bienes que haya adquirido de éste por testamento, donación y otro cualquier título lucrativo*».

También esta ley sigue en materia de reserva un patrón clásico. No parece tener en cuenta la realidad del divorcio, aunque en otros artículos, a otros efectos, lo tiene presente.

¹⁰ LÓPEZ TENA, J. A.: «Comentario al artículo 387», en *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, tomo II, Barcelona 1994, p. 1289. Señala «la pervivencia de la muerte como única causa de disolución del matrimonio que da lugar a reserva», y en la página 1290 añade: «El legislador tampoco ha acogido la opinión doctrinal favorable a la extensión de la reserva a todos los casos de disolución del matrimonio, opción que parece acertada».

IV. MODOS DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LOS HIJOS DE ANTERIOR MATRIMONIO

Limitándonos al ámbito patrimonial y sin ánimo de exhaustividad, cabe indicar los siguientes:

1. El retorno a dichos hijos, a la muerte del cónyuge bínubo, de todo lo que éste adquirió, a título gratuito, del cónyuge premuerto. Estos bienes «reservables» constituyen una masa patrimonial diferenciada, dentro del patrimonio del cónyuge bínubo. Tiene su propio régimen y un destino *post mortem* predeterminado legalmente.

2. La limitación de recibir a título gratuito que afecta al esposo o esposa del cónyuge bínubo. Independientemente del origen de los bienes, el cónyuge bínubo, no puede disponer a título gratuito, libremente, a favor de su nuevo cónyuge. En consideración a los hijos del anterior matrimonio, la ley limita la capacidad de recibir del nuevo cónyuge. Por lo tanto, el cónyuge bínubo que quiera disponer a título gratuito en favor de su nuevo cónyuge podrá hacerlo dentro de unos límites.

3. La limitación de disponer, abstracción hecha del origen de los bienes, a título gratuito en favor de los hijos del segundo o ulterior matrimonio concurriendo hijos del primer o anteriores matrimonios.

El Código Civil francés rechazó la reserva de bienes y adoptó únicamente la limitación enumerada en segundo lugar. Esta limitación, como veremos, no presupone la adquisición *mortis causa* del cónyuge premuerto, por parte del cónyuge supérstite bínubo. No extraña, por tanto, que la doctrina francesa postule la aplicación del artículo 1098 en el caso de disolución del primer matrimonio por divorcio, seguido de nuevo matrimonio del divorciado¹¹.

El Código Civil español —a diferencia del francés— recoge la reserva enumerada en primer lugar y prescindirá de los otros dos mecanismos protectores de los intereses de los hijos del primer matrimonio. Probablemente porque el sistema legitimario castellano los hace innecesarios. Cataluña y Baleares recogerán en sus respectivos derechos civiles el mecanismo protector enunciado en segundo lugar. Por su parte, Navarra conserva el tercer modo de protección en la Ley 272 de su Compilación.

V. UNA PUNTUAL REFERENCIA AL ORIGEN ROMANO DE LA RESERVA

«La legislación del Bajo Imperio toma bajo su protección, para los casos de segundas nupcias, los intereses de los hijos del primer matrimonio, salva-

¹¹ *Vid.* nota anterior.

guardándolos mediante una serie de normas jurídicas, que tienden todas a coartar los poderes del *parens binubus*: de ahí su nombre de *poenae secundarum nuptiarum*. La principal es la que dispone que cuanto el casado en segundas nupcias haya adquirido lucrativamente del cónyuge premuerto –los llamados *lucra nuptialia*–, al casarse de nuevo, pase *ipso iure* a propiedad de los hijos del primer matrimonio, reservándose el padre el mero usufructo»¹².

La constitución *Feminae* (Cód. V.IX.III) del año 382 y la constitución *Genera liter* (Cód. V.IX.V) del año 439 –consideradas el origen de la reserva del cónyuge bínubo– contemplan la disolución del primer matrimonio por muerte. En un primer momento del varón, pensando en las segundas nupcias de la viuda; después indistintamente, pensando en las segundas nupcias tanto de la viuda como del viudo.

Parece que el subsiguiente matrimonio del cónyuge divorciado no requieren la adopción de semejantes precauciones. En aquel momento, sin una teoría jurídica elaborada sobre el matrimonio, la muerte convive con el divorcio como modo de disolución del mismo. Con terminología actual, podría decirse, con las oportunas cautelas, que la reserva nace, en un contexto cultural divorcista, y sin tenerlo en cuenta.

VI. LA ECONOMÍA MATRIMONIAL SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL

Conviene tener en cuenta que, desde la promulgación del Código en 1889 hasta nuestros días, el divorcio no ha sido la única novedad matrimonial. El cambio ha sido más profundo. Esquemáticamente considerado, puede describirse de la siguiente manera.

1. REDACCIÓN ORIGINARIA DEL CÓDIGO CIVIL

1.1. Un matrimonio indisoluble, que incluso excluye la separación del mutuo acuerdo.

1.2. Un régimen económico-matrimonial inmutable, al que no afecta una separación de hecho.

1.3. Cierta prohibición de la contratación entre cónyuges que alcanza tanto a la donación como a la compraventa, aunque no a la fianza.

2. REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SEGÚN SU LEY 14/1975, DE 2 DE MAYO

1.1. Un matrimonio indisoluble, que incluso excluye la separación de mutuo acuerdo.

¹² SOHM, R.: *Instituciones de Derecho Privado Romano* (17.^a edic.), Madrid, 1928, p. 485.

1.2. Un régimen económico-matrimonial modificable mediante capitulaciones matrimoniales, otorgables tanto antes como después del matrimonio.

1.3. Cierta prohibición de la contratación entre cónyuges que alcanza tanto a la donación como a la compraventa, aunque no a la fianza.

3. REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SEGÚN LA LEY 11/1981 DE 13 DE MAYO Y LA LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO

1.1. Un matrimonio disoluble, que se apoya en la separación de mutuo acuerdo.

1.2. Un régimen económico-matrimonial modificable mediante capitulaciones matrimoniales, otorgables tanto antes como después del matrimonio.

1.3. Plena admisión de la contratación entre cónyuges.

Actualmente el matrimonio se mueve en un contexto jurídico profundamente diverso del de 1889. La caracterización del mismo no se agota en la novedad del divorcio únicamente. Tanta transcendencia o más que el divorcio es el nuevo *rol* de los esposos en el matrimonio, económicamente independientes. Poder contratar entre sí es equivalente a la posibilidad de ostentar posiciones contractuales enfrentadas que canalizan intereses contrapuestos.

Es forzoso tener en cuenta este cambio cuando se trata de establecer las consecuencias de fenómenos patrimoniales inconcebibles en 1889. Por ejemplo, una donación entre esposos durante el matrimonio.

VII. TRASCENDENCIA JURÍDICA DE LA MUERTE, A DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO, LA DECLARACIÓN DE NULIDAD Y EL DIVORCIO¹³

1. LA MUERTE

1.1. Extingue la personalidad: artículo 32 del Código Civil.

1.2. Causa la apertura de la sucesión del difunto: artículo 661 del Código Civil.

1.3. Disuelve el matrimonio: artículo 85 del Código Civil.

¹³ La declaración de nulidad del matrimonio, coincide con la disolución del matrimonio por divorcio –y ambas se diferencian, desde este punto de vista, de la disolución matrimonial por muerte– en la *ausencia de un cónyuge premuerto*. El matrimonio nulo «finaliza» entre vivos. Por eso, me parece errónea la apreciación de *Puig Brutau* según la cual, cuando la declaración de nulidad da lugar a la sucesividad matrimonial será aplicable reserva viudal. Sin embargo, silencia la cuestión del divorcio. *Vid.* nota 3. En este trabajo, focalizaremos la atención en el supuesto de disolución matrimonial por divorcio.

1.4. Disuelve la sociedad legal de gananciales: artículo 1392. 1. del Código Civil.

1.5. No exige una resolución judicial.

1.6. No impone la liquidación de la situación previa a la muerte.

2. LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO

2.1. No extingue la personalidad: artículo 197 del Código Civil.

2.2. Causa la apertura de la sucesión del declarado fallecido: artículo 196 del Código Civil.

2.3. Disuelve el matrimonio: artículo 85 del Código Civil.

2.4. Disuelve la sociedad legal de gananciales: artículo 1392.1 del Código Civil.

2.5. Exige una resolución judicial: artículo 196 del Código Civil.

2.6. No impone la liquidación de la situación previa a la declaración de fallecimiento.

3. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

3.1. No extingue la personalidad

3.2. No causa la apertura de la sucesión de los que se creían casados.

3.3. El matrimonio celebrado resulta ineficaz.

3.4. Disuelve la sociedad legal de gananciales: artículo 1392.2 del Código Civil.

3.5. Exige resolución judicial: artículo 74 del Código Civil.

3.6. Impone la liquidación de la situación previa a la declaración de nulidad.

4. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO

4.1. No extingue la personalidad.

4.2. No causa la apertura de la sucesión de los divorciados.

4.3. Disuelve el matrimonio: artículo 85 del Código Civil.

4.4. Disuelve la sociedad legal de gananciales: artículo 1392.1 del Código Civil.

4.5. Exige resolución judicial: artículo 89 del Código Civil.

4.6. Impone la liquidación de la situación previa a la disolución del matrimonio:

Como se ve, en su caso, la disolución de la sociedad de gananciales es un efecto común a las cuatro causas. De ahí el carácter pacífico de la expresión —«pero no su mitad de gananciales»— del artículo 968 del Código Civil.

VIII. DISOLUCIÓN ENTRE VIVOS Y DISOLUCIÓN POR MUERTE DEL MATRIMONIO

Toda disolución matrimonial habilita a uno o a ambos ex-cónyuges para un nuevo matrimonio: para unas segundas, terceras o ulteriores nupcias (art. 979 del CC). Pero no toda disolución tiene idénticos antecedentes. Por muy obvio que resulte conviene recordarlo.

La disolución por muerte del matrimonio —es redundante decirlo— implica el fallecimiento de uno de los cónyuges. Por tanto, y en principio, el carácter no voluntario de dicha disolución. Por así decirlo, se trata de una disolución natural, tanto en su causa como en sus efectos. Natural precisamente por impuesta a ambos contrayentes, con los que ni se cuenta, ni ostentan ningún protagonismo.

La disolución entre vivos puede ser entre presentes o ausente uno y presente otro. En el segundo caso se trata de un efecto de la declaración de fallecimiento. En el primero estamos ante una disolución por divorcio. Ordinariamente, porque es causa de divorcio el transcurso de dos años desde la declaración de ausencia legal (art. 86. 3.º a) del CC).

En la declaración de fallecimiento, ninguno de los contrayentes pretende la desvinculación matrimonial. Me explico. El ausente por su propia condición. Puede estar muerto en cuyo caso no pretende nada y su matrimonio ya se disolvió con el mismo. Puede estar vivo y en este caso vive ajeno a la problemática matrimonial. El cónyuge presente que, en su caso insta la declaración, puede pretender un cierto orden mediante el establecimiento como verdad social de la muerte de su cónyuge, si vive. Desde 1981 —no antes— esa muerte probable —no se excluye que el declarado fallecido viva— tiene un efecto añadido: la disolución del matrimonio.

De la declaración de fallecimiento conviene subrayar dos extremos. Como causa de disolución del matrimonio es un efecto de una resolución judicial que se apoya en un hecho probable. Tiene, por tanto, un claro carácter artificial. Por otro lado, aún en el caso de que el ausente viva, su falta de presencia excluye la confrontación entre cónyuges. Si lo primero —su carácter artificial— le aleja de la muerte como causa de disolución matrimonial, lo segundo —la ausencia de confrontación en la disolución matrimonial— le aproxima, en el orden de las consecuencias, por su carácter pacífico, a la disolución por muerte.

La disolución matrimonial entre vivos presentes —tal como ocurre en la disolución por divorcio— es fruto de una sentencia firme y conlleva la confrontación entre cónyuges. Por confrontación se extiende la concurrencia de intereses contrapuestos, con independencia del carácter contencioso o no contencioso del procedimiento seguido por los cónyuges. Si hay hijos, probablemente, hay una pretensión recíproca y esencialmente incompatible: ambos cónyuges querrán los hijos en exclusiva. Pretensión insoluble, con independencia de que logren un acuerdo que hará, en su

caso, parcialmente viable la misma. Quien acuerda cede. Este carácter transaccional o impuesto de la solución de las consecuencias del divorcio, modifica absolutamente el marco en el que se produce la disolución por divorcio respecto del marco en el que tiene lugar la disolución por muerte. Esta última, de modo brutal, disuelve y zanja las consecuencias de dicha disolución.

Por ello, así como tiene sentido la declaración de nulidad de un matrimonio disuelto por muerte, carece de sentido dicha declaración cuando el matrimonio se disuelve por divorcio.

IX. LA LIQUIDACIÓN DE LA SITUACIÓN PREVIA A LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO

Como es lógico la muerte disuelve el matrimonio y cualquier otra relación pensable entre los cónyuges. Por el contrario, el divorcio si bien disuelve el matrimonio *no extingue toda relación entre los divorciados*. Por muy divorciados que estén seguirán teniendo en común el ser padres de unos mismos hijos. La relación paterno-filial es irreversible y, como tal, perpetúa la relación de los padres, aunque hayan dejado de ser cónyuges.

La muerte extingue la personalidad. Por lo tanto elimina un término de la relación y con ello la relación misma. Luego, disuelve el matrimonio y *extingue cualquier otra relación*. Excusa, por tanto, de la reglamentación de la relación entre los antiguos cónyuges.

De ahí que el poder judicial no tenga que intervenir, ni para disolver el matrimonio, ni para ordenar el futuro en otras circunstancias. En la disolución del matrimonio por divorcio, el poder judicial interviene disolviendo el matrimonio y ordenando el futuro común subsistente de los divorciados.

Esta ordenación pueden proporcionarla los propios divorciados siendo, en su caso, homologada por el juez o, en otro caso, la diseñará el propio juez como parte de la sentencia. Esta nueva ordenación *sustituye* la ordenación matrimonial. Puede hablarse, con toda propiedad, de un antes y un después consecuencia de la sentencia de divorcio. La nueva situación, sustituyendo la anterior, adquiere un cierto *carácter novatorio*, independizando ambos períodos.

A diferencia del cónyuge fallecido o del cónyuge ausente, el cónyuge presente, que interviene en la liquidación de la situación previa, puede hacer valer, por sí mismo, sus intereses. En un contexto en el que se admite la contratación entre cónyuges: es decir, una soberanía plena sobre la propia esfera, tanto personal como patrimonial. Es, hasta cierto punto, normal suponer que entre sus intereses tenga en cuenta los de sus hijos. Replantarse, tratando de corregir, lo que pudo hacer y no hizo uno de los cónyuges interviniendo en la liquidación de la situación previa, carece de sentido.

X. RESERVA VIDUAL Y AUTONOMÍA PRIVADA

Dándose las condiciones necesarias para que surja la obligación de reservar, prevista en los artículos 968 y siguientes del Código Civil, no hay acuerdo de los posibles afectados que lo impida.

En el epígrafe anterior hemos señalado la importancia que, a mi juicio, tiene la intervención judicial en los supuestos de declaración de nulidad y de disolución por divorcio.

Ahora bien, esto no supone atribuir a las normas reguladoras de la reserva el carácter de normas dispositivas. Por el contrario, estamos ante normas imperativas.

¿Cómo cabe entonces eludirlas? No se trata de evitarlas. Lo que se quiere mostrar con este trabajo es que la estructura familiar previa al divorcio, que a diferencia de la disolución del matrimonio por muerte, trasciende dicha disolución, no es un supuesto idóneo para aplicar la reserva vidual.

Esa estructura familiar que trasciende el divorcio priva a los artículos 968 y siguientes de su supuesto de hecho específico. Es la norma la que queda en el aire. No se trata, por tanto, de un desplazamiento de la norma, por voluntad privada, de su campo de actuación específico. Sin cónyuge premuerto no hay reserva. Y el divorcio nunca proporcionará esta figura, que es aportación exclusiva de ese hecho jurídico denominado muerte.

Por esta razón, tampoco examinamos el juego que pueda dar la dispensa de reservar o la renuncia de los reservatarios. Ni se dispensa lo que no ocurrirá, ni se renuncia a aquello que no se ha adquirido. Dejando de lado que el Código Civil –a diferencia del Derecho aragonés y catalán– no contempla la posibilidad de dispensar de la reserva al potencial bínubo. Por otro lado, para la renuncia el Código Civil exige mayoría de edad y carácter expreso, lo que dificulta su posible utilización cuando los hijos son menores. En cualquier caso, no se renuncia a una reserva no nacida.

XI. EL TRÁNSITO A ULTERIORES NUPCIAS TRAS LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES

Obviamente tiene lugar, sin que previamente intervenga la autoridad judicial, liquidando lo que fue «el anterior matrimonio». La muerte de uno de los cónyuges, al disolver el matrimonio (art. 85 del CC), disuelve la sociedad legal de gananciales (art. 1392.1 del CC). Se trata de un efecto previsto por la ley, que se produce sin concurso de voluntad humana. Disuelta la sociedad legal procede su liquidación. En este caso, entre el

cónyuge supérstite y los herederos del cónyuge premuerto. Cuándo y cómo se proceda a dicha liquidación es cosa bien distinta.

¿Cabe que el cónyuge supérstite –el viudo– contraiga nuevo matrimonio dando lugar de ese modo a un nuevo régimen económico matrimonial sin haber liquidado el anterior? No solamente cabe, sino que está previsto. Una cosa es que el matrimonio extinga la personalidad y, por tanto, no sólo el matrimonio, sino cualquier otra relación entre cónyuges, haciendo innecesario un régimen futuro por falta de contenido, y otra, bien distinta, es que la muerte al impedir la negociación entre cónyuges deje pendientes, sin solución acordada por ambos, muchas cosas. Sobre todo aquel mundo fáctico ya creado que no se autoliquida: la economía familiar ¹⁴.

«Si antes de celebrar nuevas nupcias, el padre o la madre no hubiere cumplido la obligación que le impone la Ley precedente, los hijos o descendientes de anterior matrimonio podrán exigir la liquidación» y la propia disposición –Ley 106 del Fuero Nuevo– señala que «en tanto no se practique, participarán –los hijos de anterior matrimonio– en un tercio de las conquistas obtenidas durante el nuevo matrimonio, pero no les afectarán las pérdidas si las hubiere» ¹⁵. Vemos, como la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, prevé la falta de liquidación de la sociedad de conquistas del matrimonio anterior, disuelto por muerte de uno de los cónyuges.

El silencio de uno de los cónyuges del primer matrimonio, hace que el tránsito al segundo matrimonio, se efectúe arrastrando aún obligaciones no cumplidas, referentes a la disolución del primero. A su vez, este tránsito justifica que el legislador se subrogue en el lugar del cónyuge premuerto para proteger los intereses de los hijos de anterior matrimonio. Permite que el legislador, presuntivamente, entienda que lo que fueron lucros, procedentes del premuerto, que engrosen el patrimonio del bínubo, deban retornar a los hijos comunes del matrimonio disuelto: conocidos como hijos del primer matrimonio.

Pero dicha presunción resulta problemática, cuando los cónyuges son los que dan lugar a la disolución de su matrimonio y reglamentan el futuro de lo que, entre ellos, queda pendiente.

XII. LA AMBIGÜEDAD DE LA EXPRESIÓN «HIJOS DEL ANTERIOR MATRIMONIO»

Los hijos del anterior matrimonio son los reservatarios. Sin ellos no ha lugar a la reserva, aunque se hayan dado todos los presupuestos para su

¹⁴ Vid. el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1990.

¹⁵ Vid. comentario de García-Granero Fernández a la Ley 106 del Fuero Nuevo en *op. cit.* pp. 408 ss.

nacimiento. «Cesará también la reserva —expresa el art. 971 del CC— si al morir el padre o la madre, que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes del primero».

Implícitamente la expresión —«hijos del anterior matrimonio»— exige la sucesividad matrimonial. Parece que un matrimonio resulta anterior desde la óptica de uno posterior.

Sin embargo, cabe la reserva sin que se dé dicha sucesividad.

1. «AUNQUE NO CONTRAIGA NUEVO MATRIMONIO»

En la primera edición del Código, el artículo 980 decía lo siguiente. «La obligación de reservar impuesta en los antiguos anteriores será aplicable al viudo o viuda que, *aunque no contraiga nuevo matrimonio*, tenga en estado de viudez, un hijo natural reconocido, o declarado judicialmente como tal hijo. Dicha obligación surtirá efecto desde el día del nacimiento de éste».

El artículo 814 del Proyecto de 1851 aún era más expresivo: «el viudo o viuda que, en tal estado, tuviere un hijo natural y le reconociere o se declare judicialmente ser suyo en los casos a que a esto haya lugar, *se tendrá por segunda vez casado para los efectos de la reserva*».

Hijos de anterior matrimonio son los hijos del matrimonio disuelto. Como tales, y sin más, pueden llegar a ser reservatarios. Para que surja la reserva no es preciso el matrimonio del cónyuge supérstite. Aunque éste es el supuesto genuinamente contemplado.

2. LOS HIJOS DE ANTERIOR MATRIMONIO COMO HIJOS DE MATRIMONIO DISUELTO

En principio, dentro de la aludida expresión son acogibles tanto los hijos de matrimonio disuelto por muerte de uno de los cónyuges como los hijos de matrimonio disuelto por divorcio. En ambos casos, la disolución matrimonial facilita el nuevo matrimonio tanto del viudo como del divorciado. Este matrimonio posterior decanta conceptualmente el anterior. Vistas así las cosas —y teniendo en cuenta lo señalado en el apartado anterior— igual acomodo encuentran los hijos, en uno u otro caso, en la previsión del artículo 968 del Código Civil.

Sin embargo, examinados ambos casos desde la *ratio* de la reserva la coincidencia puede no ser tan pacífica. Se trata de proteger los legítimos intereses de los llamados hijos de anterior matrimonio. Protección que supone un cierto desvalimiento o, al menos, desamparo. La protección previene —limitándolo— el comportamiento del cónyuge supérstite. No por el simple hecho de serlo, sino por su carácter de binubo.

Si la disolución del matrimonio —presupuesto inexcusable, frente a la excusabilidad de las segundas nupcias— tiene lugar por muerte, se disuel-

ve toda relación entre cónyuges, por extinción de uno de los términos de la relación. En este caso, los hijos pierden a un progenitor. Pasan a ser huérfanos y, en consecuencia, a tener sólo un padre o una madre, que puede volver a casarse y de este modo insertarse en otro esquema familiar. Respecto del cual –nuevo contexto familiar– los hijos del anterior matrimonio son historia, pasado.

Si el matrimonio se disuelve por divorcio, los hijos del anterior matrimonio lo son por ser hijos de un matrimonio roto que implica la subsistencia de ambos ex cónyuges. Los hijos no pierden ningún progenitor.

Además, como parte de la resolución judicial de disolución nos encontramos con previsiones respecto de los hijos. Las obligaciones de los padres trascienden el matrimonio y subsisten. Como no se ha extinguido ninguno de los antiguos cónyuges, aún disuelto el matrimonio, subsisten las relaciones entre ellos.

Por supuesto, y esto es muy importante, los hijos siguen ostentando derechos en la sucesión de ambos progenitores. Sucesión que no se ha producido. Cuando tenga lugar, los hijos serán legitimarios en ambas sucesiones.

3. UNAS SEGUNDAS NUPCIAS IRRELEVANTES

Si los divorciados vuelven a casarse entre sí, vuelven a celebrar y contraer nuevo matrimonio; que no es mera repetición del anterior, aunque los contrayentes sean los mismos. Hay, por tanto, unas segundas nupcias del divorciado, de la divorciada, que no da lugar a la reserva. Por el contrario borra incluso la mera potencialidad que implica la disolución. Por tanto, no sólo no hay reserva, sino que los hijos son restituidos a una situación previa a la expectante producida por la disolución.

¿Siguen siendo hijos del anterior matrimonio? Por qué no. El hecho de que los contrayentes sean los propios padres nada añade. Nunca dejaron de ser sus progenitores. Son hijos del primer matrimonio de sus padres.

Como se ve, no es lo mismo la disolución por muerte de uno de los cónyuges y la disolución por divorcio. Cabe, por lo tanto, sucesividad matrimonial sin reserva de bienes.

4. EL HIJO NO COMÚN HABIDO POR UNO DE LOS CÓNYUGES DURANTE EL MATRIMONIO

El artículo 4 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, dio una nueva redacción al artículo 980 del Código Civil. Siguiendo una idea de Vallet de Goytisolo incorporó la adopción¹⁶ por el viudo como causa del nacimien-

¹⁶ VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Los derechos dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970*, ADC XXII-XXIII, 1970, p. 602.

to de la obligación de reservar. Además, dada la equiparación de efectos de toda filiación, admite como causa generadora de la reserva el que el viudo «durante el matrimonio haya tenido un hijo no matrimonial».

El hijo no matrimonial, habido durante el matrimonio, también es contemplado –no sin polémica– a efectos de la determinación de la cuantía de la cuota usufructuaria del cónyuge superviviente. Concurriendo hijos comunes con un hijo no común la cuota de un tercio, prevista en el artículo 834 del Código Civil, no sufre modificación. Si el cónyuge superviviente concurre sólo con descendientes no comunes habidos durante el matrimonio la cuota se extiende a la mitad del haber hereditario (art. 837, párrafo segundo del CC).

En el caso de la reserva, la sola concurrencia, en el momento de la disolución del matrimonio, de hijos matrimoniales con un hijo extramatrimonial atribuido al viudo, da lugar al nacimiento de la obligación de reservar.

Si la disolución del matrimonio es por muerte de un cónyuge, sólo el fallecimiento del cónyuge, no progenitor del hijo no matrimonial, da lugar al nacimiento de la reserva. Obviamente si el que muere es el progenitor del hijo no matrimonial, la reserva no surge. El protagonismo es del superviviente que, ya viudo, tiene un hijo –ahora no matrimonial– o si en el momento de quedar viudo ya tiene ese mismo hijo que, según la nueva legislación, tiene los mismos derechos que el hijo no matrimonial habido después del matrimonio.

Hasta la reforma de la filiación, un hijo no común habido durante el matrimonio era un hijo adulterino. Un hijo ilegítimo no natural con unos derechos sucesorios muy limitados. «Los hijos ilegítimos que no tengan la calidad de naturales tendrán derecho a los alimentos». Así se expresaba el derogado artículo 845 del Código Civil, que negaba a estos hijos derecho alguno a legítima. A diferencia de los hijos ilegítimos naturales: «tendrá cada uno de estos derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los hijos legítimos no mejorados». Es decir, a la mitad de la cuota que corresponda a los hijos de anterior matrimonio no mejorados.

No extraña que ya en la primera redacción del Código Civil la reserva naciese no sólo del nuevo matrimonio del cónyuge superviviente, sino también cuando, sin contraer matrimonio, tenía el viudo un hijo con persona con la cual podía casarse.

A partir de 1981 un hijo no matrimonial participa por legítima en igual medida que los hijos de anterior matrimonio. Y poco importa que el no matrimonial pudiese conceptuarse –según el antiguo Derecho– de natural o no. Por lo tanto, da igual que lo tenga en estado de viudez, con persona con la que podía contraer matrimonio, o lo tenga durante el matrimonio, no pudiendo, obviamente, contraer matrimonio con el otro progenitor. Por ello, tan legitimario es el hijo del matrimonio como el adulterino durante ese mismo matrimonio. Pudiendo el testador mejorar al «adulterino», «en perjuicio» de los hijos matrimoniales.

Esto explica que desde 1981 baste que el matrimonio se disuelva, con concurrencia de hijos matrimoniales y no matrimoniales, para que del mero hecho de la disolución nazca la reserva. Si después el viudo contrae matrimonio, por ejemplo, con la madre del hijo no matrimonial, dicho matrimonio –segundas nupcias– nada añaden al nacimiento de la reserva. Con anterioridad al mismo, los hijos de anterior matrimonio estaban en igualdad de condiciones sucesorias con su hermano de vínculo sencillo, nacido durante el matrimonio, de relación extramatrimonial de su padre. Conviene, por tanto, separar de ese hipotético futuro reparto los bienes reservables.

Así se explica que, por equiparación sucesoria progresiva, se sumen al nuevo cónyuge y al hijo natural reconocido, cualquier otro hijo. Así sea por naturaleza y no matrimonial o adoptivo.

En cualquier caso, el hijo –para entendernos– adulterino, no es un hijo posterior al matrimonio. No es hijo del anterior matrimonio, pero tampoco posterior al mismo: *es simultáneo al anterior matrimonio*. Con la simple disolución de este matrimonio nacerá la reserva.

XIII. LA CONCURRENCIA DE NUEVOS LEGITIMARIOS COMO CAUSA DE LA RESERVA

Qué tienen en común el nuevo cónyuge, el adoptado y el hijo no matrimonial, nacido durante el anterior matrimonio, o una vez disuelto el mismo. Tienen en común su condición de legitimarios en la sucesión del cónyuge supérstite. Esto los equipara a los hijos del anterior matrimonio. Esta equiparación aconseja la separación de los bienes reservables de la masa hereditaria del cónyuge supérstite.

Con la promulgación del Código Civil, el cónyuge –también el sucesivo, que es el cónyuge sucesoriamente efectivo– adquiere la condición de legitimario. Puede gravar con su cuota usufructuaria la herencia de los hijos de anterior matrimonio. Limitadamente, pero en propiedad, también concurría el hijo natural. Desde 1970, aunque el artículo 980 del Código Civil no se hiciese eco, parecido peligro entraña el adoptado plenamente. Desde 1981 se equiparan sucesoriamente a los hijos de anterior matrimonio todo tipo de filiaciones.

Para los hijos de anterior matrimonio, tan peligrosa es una posible captación de la voluntad del cónyuge bínubo como la propia ley. Es más, la reserva protege a dichos hijos frente a la ley, no frente a la captación de voluntad.

Supongamos un viudo que todo lo que tiene lo adquirió del cónyuge premuerto. No contrae ulterior matrimonio. No adopta. Durante el matrimonio disuelto, fue fiel a su difunta esposa y tuvo con ella los que ahora son hijos del anterior matrimonio. Actualmente mantiene una relación de hecho con una joven belleza, con la que no tiene descendencia. Fallece

con testamento otorgado en estado de viudez, legando el tercio de libre disposición a su convivente. Obviamente este legado recaerá sobre bienes potencialmente reservables. Si no lo son, es porque la reserva no nació, porque a la situación que siguió a la muerte de su esposa no se sumó un nuevo legitimario: nueva esposa, adoptado, hijo no matrimonial.

¿Pudo haber captación de voluntad? Por supuesto. ¿Quien captó la voluntad era heredero forzoso del viudo testador? No. El origen histórico de la reserva y la razón de la perdurabilidad de la misma, a lo largo del tiempo, puede que sea otra. Sin embargo, la explicación de la reserva hoy, en el Código Civil, se presenta como una sustracción de bienes de la distribución legal –legitimaria o *ab intestato*– de la herencia.

Obviamente esto no es así en Navarra. Por eso la Ley 274 del Fuero Nuevo sólo tiene en cuenta las nuevas nupcias del viudo.

XIV. EL INSUSTITUIBLE PROTAGONISMO DEL CÓNYUGE PREMUERTO

La muerte disuelve el matrimonio porque extingue la personalidad de uno de los cónyuges y, por tanto, también da lugar a la apertura de su sucesión. El divorcio, como disolución del matrimonio entre vivos, no cuestiona la personalidad de los cónyuges y no ha lugar, claro está, a la apertura de su sucesión.

1. SI UN CÓNYUGE NO MUERE EL OTRO NO LE HEREDA

Desaparecida del ordenamiento jurídico la muerte civil y sus consecuencias, la obtención del certificado de defunción se presenta como el primer paso en la tramitación sucesoria.

Cuando el matrimonio se disuelve por divorcio, es probable que los cónyuges se deseen mutuamente la muerte. Pero una cosa es desearla y otra que tenga lugar. De esta forma, no acompaña a la disolución del matrimonio por divorcio, la transmisión *mortis causa* de bienes. El supuesto usual de reserva de bienes, es el caso de segundo matrimonio, previa sucesión *mortis causa* del cónyuge premuerto, por parte del cónyuge supérstite bínubo. Como fácilmente se ve, este supuesto no puede darse en caso de disolución del matrimonio por divorcio, ni de declaración de nulidad del matrimonio. En estos dos últimos casos, los ex cónyuges sobreviven al matrimonio disuelto o declarado nulo.

Precisamente con ocasión de este último –matrimonio nulo– se suele plantear el alcance de la expresión «efectos ya producidos» garantizados por el instituto del matrimonio putativo, en el artículo 79 del Código Civil. Se dice, si la declaración de nulidad es anterior al fallecimiento de uno de los cónyuges, el ex cónyuge nada adquiere en el momento poste-

rior al matrimonio, a causa de la muerte de su antiguo cónyuge. En este caso no puede hablarse de *efecto ya producido*. La sucesión del ex cónyuge es para el otro un hecho ajeno.

Por el contrario, si la declaración de nulidad es posterior al fallecimiento de uno de los cónyuges, los derechos en la sucesión del cónyuge premuerto son «efectos ya producidos», en su caso, sustraídos de la normal ineficacia retroactiva de la declaración de nulidad, en virtud del artículo 79 del Código Civil.

¿Es concebible la declaración de nulidad de un matrimonio ya disuelto por muerte de uno de los cónyuges? Sí, porque la declaración de nulidad tiene un alcance mayor que el meramente desvinculatorio. Muerto uno de los cónyuges, se descubre que el matrimonio contraído fue nulo por estar ya casado uno de los cónyuges. Puede decirse que en ese caso la muerte no disolvió un matrimonio inexistente, pero sí el otro cónyuge actuó de buena fe conviene mantenerlo en su *status* de viudedad con todos los efectos ya producidos: por ejemplo, los sucesorios¹⁷.

¿Puede ocurrir algo parecido con el divorcio? El divorcio, presuponiendo un matrimonio válido lo disuelve, lógicamente en vida de ambos cónyuges. La sucesión de ambos será un hecho posterior al matrimonio y recíprocamente irrelevante. El matrimonio no causa parentesco. Salvo el caso de matrimonio entre parientes, dentro del cuarto grado, cuando con dispensa o sin ella, es posible el matrimonio, nada quedará entre los ex cónyuges que les vincule en un evento sucesorio futuro.

2. EL TESTAMENTO MANCOMUNADO

El Código Civil no lo admite (art. 669). Lo admite el Derecho civil propio del País Vasco, de Aragón y de Navarra. El artículo 98.1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón establece que «las sentencias de nulidad de matrimonio, de divorcio y de separación hacen ineficaces las liberalidades *que los cónyuges* se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspectivas»¹⁸.

Como se ve se trata de una cautela de futuro. Al divorcio no sigue la sucesión. Todo testamento está pendiente del cumplimiento de la *conditio iuris* específica de dicho negocio jurídico: la muerte del otorgante. Por lo tanto, disuelto el matrimonio por divorcio el testamento mancomunado no es por ello eficaz. Sobrevive al divorcio como proyecto de testamento. Ahora bien, disuelto el matrimonio desaparece un presupuesto del negocio que compromete su futuro. Es absurdo que lo que se otorgó como cónyuges, en una forma autorizada a los cónyuges, sobreviva al matrimonio.

¹⁷ Vid. el caso resuelto por la sentencia de 29 de abril de 1993 de la Audiencia Provincial de Tarragona.

¹⁸ Vid. la Ley 201 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra. La Compilación correspondiente al País Vasco, no contiene una norma similar.

3. LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA EN TESTAMENTOS DIVERSOS NO REVOCADA POR UNO O AMBOS CÓNYUGES

Se trata de un recurso utilizado en el área de aplicación del Código Civil. Ante un mismo notario, en números sucesivos de su protocolo, el mismo día, pero en hora diversa, en testamentos distintos cada cónyuge instituye al otro, preveyendo un destino común para sus bienes una vez fallecidos los dos¹⁹.

El divorcio disuelve el matrimonio y, como hemos visto, priva de eficacia al testamento mancomunado otorgado por los cónyuges. Sin embargo, la sentencia de divorcio no puede comprometer la eficacia de un testamento unilateral²⁰.

Si los divorciados, o uno de ellos, no revoca los testamentos, a la muerte de cualquiera de ellos, el testamento podría desplegar toda su eficacia y causar en favor del ex cónyuge, que, de este modo, adquiriría *mortis causa* del otro ex cónyuge. Si a su vez el cónyuge *accipiens*, quedando hijos del matrimonio ya disuelto por divorcio, se hubiese vuelto a casar ¿nacería entonces la obligación de reservar dichos bienes? Si así fuese, la reserva no nace de la disolución del matrimonio y la reiteración de nupcias, sino de la adquisición *mortis causa* por un progenitor de bienes del otro progenitor.

El presupuesto de la reserva es la adquisición a título gratuito, no la reiteración matrimonial. Quien viendo matrimonios sucesivos –abstracción hecha de la razón de ser de la misma– ve reserva de bienes, se precipita.

4. SIN CÓNYUGE PREMUERTO EL DONANTE ESTÁ PRESENTE

Ciertamente, según el artículo 968 del Código Civil, la adquisición de bienes *mortis causa* no es el único cauce negocial de adquisición de bienes reservables. Lo adquirido por donación u otro título lucrativo es igualmente reservable. Son adquisiciones *inter vivos* que no tienen como presupuesto de eficacia la muerte del donante o del disponente. Por ello, no exigen como presupuesto de la efectiva reserva de dichos bienes la disolución del matrimonio por muerte y la reiteración de nupcias. Es suficiente, en principio, la disolución, entre vivos, por divorcio del matrimonio y la reiteración de nupcias. Obviamente si el matrimonio disuelto tuvo hijos.

En principio, este es el supuesto en el que puede apoyarse la opinión según la cual la sucesión de matrimonios, que el divorcio facilita, justifica

¹⁹ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1992.

²⁰ Vid. artículo 132 del Código de Derecho de Sucesiones de Cataluña y la Resolución de la DGR y Notariado de 26 de noviembre de 1998 (BOE de 29 de diciembre) que aborda precisamente este supuesto.

la aplicación del régimen de la reserva cuando el divorciado, teniendo hijos del anterior matrimonio, contrae ulteriores nupcias.

Lacruz advierte que «el divorcio disuelve igualmente el matrimonio, y por cierto sin dar lugar a la restitución de lo donado por un esposo a otro»²¹.

4.1 «Sin restitución de lo donado»

4.1.1 LAS DONACIONES MATRIMONIALES

La frase de Lacruz es un arma de doble filo. Si el ordenamiento no prevé la restitución entre cónyuges por qué vamos a someter lo donado a reserva.

Tampoco la nulidad matrimonial conlleva restitución de lo donado. Es significativo que ésta, la nulidad matrimonial, sea objetivamente tenida en cuenta —«por cualquier causa»— sólo a efectos de una hipotética revocabilidad —exige ejercicio de una acción dentro de un plazo de caducidad— de las donaciones por razón de matrimonio *otorgadas por terceros*. Para éstos, el matrimonio es el presupuesto —ajeno a ellos— que explica el desprendimiento. Faltando el mismo, pueden revocar, siendo asimilado este evento —nulidad matrimonial— al incumplimiento de cargas (art. 1343, párrafo tercero del CC).

Las donaciones matrimoniales *otorgadas por los contrayentes*, únicamente son revocables en los supuestos de nulidad «si el donatario hubiera obrado de mala fe». La nulidad no conlleva, por sí sola, como en los contratos, la restitución de cosas que restablezca la situación anterior al contrato (art. 1343, párrafo tercero del CC).

En caso de divorcio, los terceros donantes podrán revocar las donaciones matrimoniales «si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia, los hechos que la causaron». Revocabilidad viable a través de la acción de revocación por incumplimiento de cargas (art. 1343, párrafo tercero del CC).

Los contrayentes disponen del plazo de un año (art. 652 del CC) —plazo de caducidad— para revocar las donaciones matrimoniales, puesto que «se estimará ingratitud el que al donatario le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o divorcio» (art. 1343, párrafo cuarto del CC).

De donde, si la separación y —por extensión— el divorcio, no fue contencioso los contrayentes no podrán revocar las donaciones matrimoniales.

Luego en caso de nulidad y divorcio caben tres hipótesis:

1. Que los contrayentes no puedan revocar las donaciones matrimoniales.
2. Que pudiendo, venza el plazo, o no quieran revocar.
3. Que pudiendo revocar, revoquen.

²¹ Vid. nota 2.

A mi juicio, las tres hipótesis excluyen una posible reserva con base en la consideración de las donaciones matrimoniales como bienes reservables.

Este es el régimen establecido por el ordenamiento para las donaciones matrimoniales: aquéllas que encuentran una especial razón de ser en el matrimonio. La restitución de lo donado, que echa en falta Lacruz, en realidad está prevista. Cabe que el donante revoque las donaciones matrimoniales por razones patológicas: declaración de nulidad, disolución del matrimonio por divorcio. Cabe en determinados casos, dentro de plazos especificados y a instancia del donante. El hecho de que en los otros posibles supuestos no quepa la revocación, no es olvido, defecto u omisión. Es que, en esos otros supuestos, la donación matrimonial no es revocable. Si, como es frecuente, la separación y el divorcio se tramitan por el procedimiento no contencioso, las donaciones matrimoniales no serán revocables.

4.1.2 LAS DONACIONES NO MATRIMONIALES

Hay negocios que cuentan como presupuesto del mismo el matrimonio. Por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales. El testamento mancomunado o de hermandad entre cónyuges en Aragón y Navarra. Las donaciones matrimoniales.

Junto a ellos, hay otros, también concluidos entre cónyuges, que no se apoyan en el matrimonio: «el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos» (art. 1323 CC).

Así como la ley interviene supeditando la eficacia de los primeros a la celebración y perduración del matrimonio, respecto de los segundos la intervención de la ley es excepcional. Así, el artículo 102 del Código Civil establece que «admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la ley, los efectos siguientes: (...) «quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro».

Esos poderes son unilateralmente revocables. No parece imprescindible que la ley intervenga, como lo hace. Sin embargo, iniciar un procedimiento de esas características, permitiendo a un cónyuge actuar en nombre del otro, carece de sentido. Se trata de un supuesto muy especial. Fuera del mismo, cabe que un cónyuge apodere al otro con consecuencias trágicas para el primero. Y desde un punto de vista jurídico, no hay nada que objetar.

Por otro lado, todo poder guarda relación con un mandato, más o menos presente, que implica una relación de confianza personalísima. Precisamente por eso, es unilateralmente revocable en cualquier momento. El mandante retira la confianza depositada en el mandatario.

Pero si nos alejamos del mandato hacia negocios jurídicos patrimoniales una intervención legal, como la contemplada, resulta inconcebible.

Una compraventa entre cónyuges, es una compraventa: como cualquier otra compraventa, podrá ser considerada simulada y ser tratada como una donación. Pero se trata de algo que puede ocurrir, tanto dentro del matrimonio, como en cualquier otro ámbito.

Y una donación entre cónyuges es una donación. Como la compraventa, hasta 1981 era objeto de recelo: «será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio» (derogado art. 1334 del CC). Por tanto, cuando el artículo 968, en su redacción actual, que es la de 1889, se refiere a la donación, no puede estar pensando en la donación durante el matrimonio.

Esta importante ampliación de la capacidad de la donación para transmitir, *inter vivos*, a título gratuito, puede convertirse en un poderoso argumento para la aplicación de la reserva en los supuestos de nuevas nupcias, tras la disolución del anterior matrimonio por divorcio.

4.1.3 LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO Y EL PERJUICIO DE TERCEROS

El régimen económico matrimonial que se liquida en caso de divorcio, en principio, tiene la misma duración que el matrimonio disuelto. Ahora bien, si la posibilidad, introducida en 1975, de modificar el régimen económico del matrimonio, supuso la aceptación de un tolerable margen inseguridad, este se vio incrementado, en 1981, al poder anticipar, en vida de los contrayentes, el término del matrimonio.

Quiere esto decir que, tras el divorcio, y tras lo que hemos denominado liquidación de la situación previa a la disolución del matrimonio, las cosas deben quedar lo suficientemente estables como para no aumentar una posible e indeseable confusión.

Es decir, tras el visto bueno de las partes afectadas y la autoridad judicial al finiquito matrimonial nada es replanteable. Lo que se dio, sin deber previo de hacerlo, y no se recuperó en el momento oportuno, deja de tener cualquier connotación de gratuidad para pasar a integrar la masa patrimonial de cada ex cónyuge; que entre otras cosas es una garantía frente a terceros (art. 1911 del CC).

4.2 ¿Pueden los hijos del anterior matrimonio recuperar, en vida del donante, lo donado por este al cónyuge donatario bínubo, cuando este premuere al donante?

La frase de Lacruz²² nos lleva a esta posible hipótesis. Cuantiosas donaciones durante el matrimonio. Disolución del mismo, en vida de ambos contrayentes, por divorcio. Imposibilidad de recuperar lo donado. Muere el cónyuge donatario en primer lugar. Los hijos del anterior matrimonio recuperan lo donado por aplicación de la reserva ante el asombro

²² Vid. nota 2.

del donante que contempla cómo se restituye a sus hijos lo que él no pudo recuperar.

¿Tiene sentido tutelar un interés de los hijos que no fue tutelado en su padre? Creo que no. El supuesto es absurdo. Téngase en cuenta que, además, el cónyuge donatario premuerto podría mejorar, en la sucesión de los bienes reservables, al hijo con el que mejor se llevaba, que puede coincidir con el que peor se llevaba con el donante.

5. EL DIVORCIO IMPLICA POTENCIALMENTE DOS RESERVAS

Al ser la disolución del matrimonio por divorcio una disolución entre vivos, ambos quedan capacitados para contraer matrimonio. Por lo tanto, el supuesto de divorciado bñubo con hijos de anterior matrimonio no agota todas los casos posibles. Queda el caso de ambos padres divorciados bñubos. En ese caso, los hijos del matrimonio disuelto –hijos de anterior matrimonio– pasan a ser reservatarios frente a ambos progenitores.

Se trata de otra de las consecuencias de la falta del cónyuge premuerto, propio de la disolución del matrimonio por muerte de un cónyuge. Francamente, no creo que, si el Código Civil hubiese tenido en cuenta el divorcio, en el momento de su redacción, hubiese llevado las cosas hasta este extremo. Extremo, por otro lado, difícil de evitar.

Tomando como ejemplo un matrimonio nulo –desvinculación entre vivos similar al divorcio– nos encontramos con Julio Iglesias e Isabel Preysler. Esta última contrajo segundo e incluso tercer matrimonio. El primero, de nuevo soltero, ha tenido un hijo no matrimonial y parece esperar otro. Teóricamente Chabeli, Julio y Enrique, como hijos del anterior matrimonio, serían reservatarios frente a ambos, que una vez anulado el matrimonio, han dado lugar a alguna de las causas que hacen surgir la reserva.

6. ¿QUIÉNES SON LOS PARIENTES DEL DIFUNTO?

Otra dificultad que presenta la ausencia de cónyuge premuerto es la de localizar a esos parientes del difunto, a los que se refiere el artículo 969 del Código Civil. Este precepto establece que, el artículo 968, es aplicable «a los bienes que, por los títulos en él expresados el viudo o viuda haya habido *de los parientes del difunto por consideración a éste*».

Literalmente esta disposición no es aplicable a los supuestos de disolución matrimonial por divorcio. Sin duda, el difunto del artículo 969 es el «difunto consorte» del artículo 968. El difunto consorte es el cónyuge *tradens*, a cuya transmisión de bienes, se suman las que miembros de la propia parentela hayan realizado en favor del bñubo, por consideración al otro cónyuge.

La transmisión parece haber sido realizada directamente de los parientes al cónyuge reservista. Dicha transmisión, no requiere la muerte de ninguno de los cónyuges. Se podría conjeturar con su aplicación a los supuestos de divorcio.

Disuelto un matrimonio, con hijos, mediante divorcio, el cónyuge divorciado bínubo estaría obligado a reservar, en favor de los hijos de anterior matrimonio, todo lo que recibió *–inter vivos o mortis causa–* a título gratuito de los parientes del otro cónyuge, aunque éste no haya fallecido.

La muerte que en realidad en este caso se exige es la del pariente, cuando dicha muerte sea presupuesto de eficacia, de la disposición a título gratuito, dispuesta por él mismo; por ejemplo un legado. Si el acto de disposición es *inter vivos* no se requiere el fallecimiento del pariente.

En cuanto a la muerte como factor de localización de los parientes, admite su sustitución por los parientes del *otro cónyuge*, en oposición al cónyuge divorciado bínubo. Hasta cierto punto, lo que se presentaba como macabra ingeniosidad termina siendo un supuesto de pacífica aplicación.

Pero esta más o menos ingeniosa sustitución *del difunto* por el *otro cónyuge* –ahora ex cónyuge– del bínubo, presenta el reiterado inconveniente de que el cónyuge de cuya parentela se trata, está presente en el momento de la liquidación de la situación previa a la disolución del matrimonio por divorcio. Y algún valor hay que dar a su aquiescencia al finiquito.

Por otro lado, este otro cónyuge –no difunto– puede perfectamente sobrevivir al bínubo, que recibió de sus parientes. Por eso repetimos la pregunta. ¿Tiene sentido que *el otro cónyuge* –el que juega, sin serlo, el rol de difunto– presencia cómo, a la muerte de su ex cónyuge bínubo, lo que sus parientes transmitieron a título lucrativo, va a parar a los hijos del anterior matrimonio, que son también sus hijos y no a él? En mi opinión si no hay reversión, si no se tiene en cuenta, prioritariamente, a aquel cónyuge que, con su matrimonio, motivó a sus parientes para la transmisión gratuita en favor del otro cónyuge, no tiene sentido reservar los bienes integrantes de dicha transmisión, a sus hijos que, obviamente, son los del anterior matrimonio con el ex cónyuge bínubo.

XV. BIENES ADQUIRIDOS DE LOS HIJOS DE SU PRIMER MATRIMONIO

1. PROCEDENCIA DE LOS BIENES RESERVABLES

«¿Son reservables *cualesquiera* bienes que el cónyuge segunda vez casado adquiere por título lucrativo de sus hijos del primer matrimonio, o *solamente aquellos* que los hijos hubiesen heredado de su padre o madre difuntos?» Este interrogante fue formulada como cuestión práctica, en la *Revista de Derecho Privado*, por Cadabal, en 1923, es decir, ya

promulgada el Código Civil con la redacción actualmente vigente del artículo 969²³.

La necesidad de deslindar el ámbito de la reserva viudal del ámbito de la reserva del artículo 811 del Código, viene dada por la relativa frecuencia del supuesto enunciado por Cadabal en segundo lugar: ascendiente –cónyuge bínubo– que adquiere por ministerio de la Ley, de un descendiente, lo que éste, a su vez, había adquirido, a título gratuito de su madre, es decir, de otro ascendiente. Véase, por ejemplo, el supuesto de hecho abordado por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1922.

Se ha suscitado la cuestión –señala Puig Brutau– de si la reserva ha de limitarse «a los bienes que, a su vez, el hijo hubiese adquirido del padre o madre premuerto. El artículo 969 no distingue y por ello predomina el criterio de que serán reservables todos los bienes adquiridos del hijo»²⁴.

Efectivamente, esta es la opinión mayoritaria²⁵. Sin embargo, si prevalece la contraria o si ésta, en la práctica, es la realmente frecuente²⁶, sólo cabe aplicarla al supuesto de matrimonio disuelto por muerte de un cónyuge. Por la sencilla razón, de que la muerte es necesaria para la primera transmisión *mortis causa* del padre o la madre a un hijo. Esta misma muerte hace viudo a uno de los cónyuges y facilita sus nuevas nupcias. Nacida la reserva, si el viudo hereda, a su vez, a su hijo, antes o después de las nuevas nupcias, lo que adquiere de él será reservable para *los otros hijos* del anterior matrimonio.

Esta hipótesis parcial sobre el artículo 969, circunscribe la reserva al supuesto de matrimonio previo disuelto por muerte. Porque, la disolución por divorcio, no implica la posibilidad de que un cónyuge transmita *mortis causa* –no ha muerto ningún cónyuge– bienes a un hijo común.

2. TÍTULO DE ADQUISICIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS DEL PRIMER MATRIMONIO

El artículo 969 se remite a «los títulos en él (art. 968) expresados». Es decir, «por testamento, sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo». Como se ve, dentro del ámbito de lo lucrativo, la enunciaci3n es abierta.

El Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, de 1991, al describir la reserva viudal en el artículo 386, se refiere a los bienes que el cónyuge sobreviviente adquiera de su difunto

²³ CADABAL: R. D. P. (X), 1923, pp. 360 a 364.

²⁴ *Op. cit.*, p. 213.

²⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIII, vol. 2, Madrid, 1981, pp. 139 y 140.

²⁶ No otro es el origen del conflicto de reservas: *padre* (bínubo) que heredó, por ministerio de la ley (intestada), de un hijo (*descendiente*) lo que éste había adquirido a título gratuito (testamento) *de otro ascendiente* (su madre).

consorte o «por sucesión intestada de un hijo común o de un descendiente de éste».

Este último precepto, entiende que son bienes reservables los adquiridos por el cónyuge sobreviviente de su difunto consorte, por vía de testamento, donación o heredamiento. Pero limita la reserva de los bienes adquiridos del hijo común, a los bienes adquiridos del mismo en caso de sucesión intestada²⁷. Y no hace otra cosa que seguir la pauta marcada, en 1960, por el artículo 269 de la Compilación entonces promulgada²⁸.

En Cataluña los padres son legitimarios: «si no hay descendientes con derecho a legítima, son legitimarios el padre y la madre por mitad» (art. 353 Código de Sucesiones). ¿No hubiese sido más correcto atribuir la calidad de reservables a los bienes adquiridos, de un hijo común o de un descendiente de este, por ministerio de la Ley? La expresión tiene la ventaja comprender tanto la sucesión intestada como la legítima. Este razonamiento, válido para la legítima castellana, tal vez no se avenga con el carácter que la legítima tiene en Cataluña.

En cualquier caso, lo importante es retener lo siguiente. Ni lo adquirido, de un hijo, por sucesión intestada, ni lo adquirido, también de un hijo, como legítima, pueden constituir bienes reservables cuando previamente el matrimonio de los padres se disolvió por divorcio. Los padres divorciados, obviamente ambos vivos, siguen siendo *ambos* ascendientes a los efectos de la sucesión intestada de un hijo, o a los efectos de percibir la legítima en la sucesión voluntaria de dicho hijo común. Por lo tanto, en ambos supuestos, adquieren del hijo común por mitad, sin preferencia de líneas. Y los hipotéticos reservistas, los otros hijos comunes, hermanos de doble vínculo del causante, conservan sus derechos legitimarios en la sucesión de cada uno de los padres.

La muerte es precisa para la *adquisición exclusiva por una línea* de los bienes del hijo común. La muerte de un progenitor causa viudez en el otro. No tiene ese alcance el divorcio: disuelve el matrimonio, como la muerte, pero no causa viudez. Y sin viudez no hay exclusividad lineal.

3. LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA, A TÍTULO GRATUITO, A UNO DE LOS PADRES POR UN HIJO COMÚN

La selección de línea que no puede realizar la ley, en vida de ambos padres, puede lograrla la voluntad del hijo común disponente. Puede por

²⁷ La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1874 –anterior al Código Civil– se refiere a todos los bienes que haya habido de su cónyuge premuerto por cualquier título lucrativo, *igualmente que los que haya adquirido por sucesión intestada de alguno de los indicados hijos de su primer matrimonio*.

²⁸ LÓPEZ TENA, J. A., *op. cit.*, p. 1292 «no son tampoco reservables los bienes adquiridos de los hijos comunes o sus descendientes por título no intestado, ni *ab intestato* si éstos a su vez no los hubiesen recibido mediante donación del causante de la reserva, pues solamente la adquisición indirecta por el superviviente de bienes del premuerto causa reserva (Novela XXII, cap. XLVI 1 y 2)».

la vía de la *porción libre* —en la atribución *mortis causa*— o por el cauce de la *donación* —en la atribución gratuita *inter vivos*— elegir y preferir a uno de los padres. Puede por tanto, preferir a una línea ante la actitud expectante de sus hermanos.

Naturalmente esta elección presupone la vida de ambos padres. Si sólo vive uno, el otro es viudo, bínubo o no, y resultará reservista en su caso por muerte del otro. Hipótesis que no nos es útil.

3.1 Preferencia de un padre después de la disolución por divorcio del matrimonio de sus padres

En este caso, adquiere el progenitor seleccionado por el hijo común. El divorcio supone disolución del matrimonio por voluntad de los cónyuges o imposición de uno a otro. Por muy civilizado que sea supone ruptura, reconocimiento del fracaso. Consumada por los padres la disolución del matrimonio, la selección, por parte del hijo común, de uno de ellos, como beneficiario —por ejemplo heredero, legatario— es una elección resellada por el divorcio previo. La voluntad del hijo de que ese padre adquiera, a pesar de los pesares, da tal fuerza a la atribución gratuita que priva a lo transmitido de cualquier hipotética condición de reservable. Tanto si su padre divorciado ya ha contraído nuevas nupcias, como si lo hace después. La salvedad del artículo 970 —«sabiendo que estaban por segunda vez casados»— creo que, en el caso de la disolución del matrimonio de los padres por divorcio, debe operar tanto en el caso de que el divorciado ya haya reiterado nupcias en el momento de la adquisición, de lo atribuido por su hijo, como en el caso de que se halle simplemente divorciado. Ya sea porque en la raíz del divorcio consumado, haya operado como desencadenante «otro proyecto matrimonial», ya sea porque el divorcio supone la adquisición voluntaria de dicha posibilidad.

3.2 Preferencia de un padre antes de la disolución por divorcio del matrimonio de sus padres

En este supuesto parece que no tiene aplicación el inciso último del artículo 970 del Código Civil: conocimiento, por el hijo común disponente, de las nuevas nupcias de aquel a cuyo favor dispone.

Prefiere a uno de los padres, en un contexto pacífico, incluso armonioso. Luego sus padres se divorcian y, el que resultó beneficiado con la atribución del hijo, contrae nuevo matrimonio. ¿Debería el padre divorciado bínubo reservar, lo que adquirió de su hijo, en favor de sus hermanos de doble vínculo, hijos del anterior matrimonio, disuelto por divorcio?

3.2.1 LO YA ADQUIRIDO POR EL PADRE POR DISPOSICIÓN DEL HIJO A TÍTULO GRATUITO *INTER VIVOS*: LO DONADO

Esta adquisición se consuma sin necesidad de la muerte del disponente. Con las nuevas nupcias nace la obligación de reservar. Pero la efectividad de la misma requiere la muerte del bñubo. Mas la muerte del bñubo no exige la muerte del hijo. Los hijos sobreviven a los padres. ¿Por qué reservar lo donado, en favor de los hermanos del donante, si vive el mismísimo donante?

Cuando el artículo 969 del Código Civil se refiere a «los títulos en él expresados» (art. 968 del CC), olvida que, en 1889, las nuevas nupcias exigen, conceptualmente, la muerte del otro cónyuge, por lo tanto la muerte del cónyuge donante. Pero las nuevas nupcias del padre no requieren la muerte del hijo, *del donante del artículo 969*.

Hay una diferencia entre el donante del artículo 968 y el donante del artículo 969. En ambos casos, el bñubo ya ha adquirido, porque la adquisición no requiere ni la muerte del cónyuge ni la del hijo. Pero el segundo matrimonio requiere, en 1889, la muerte del cónyuge donante. Por eso es pacífica la mención del título lucrativo *inter vivos* en el artículo 968, pero no lo es tanto idéntica mención –por remisión– en el artículo 969²⁹.

3.2.2 LO YA ADQUIRIDO POR EL PADRE PREFERIDO POR DISPOSICIÓN A TÍTULO GRATUITO DEL HIJO FALLECIDO

El hijo premuere al padre. De esa forma adquiere eficacia la disposición a título gratuito *mortis causa*: la disposición testamentaria ya contuviese una institución de heredado, ya contuviese un legado. Y la disposición a título gratuito *inter vivos*, consumada con anterioridad a la muerte del disponente, pierde un espectador cualificado: el mentado disponente.

Se trata de un padre divorciado bñubo. Con sus nuevas nupcias, ¿nace la obligación de reservar en favor de los hermanos del disponente a título gratuito?

Parece que sí encontramos, por fin, un supuesto posible de nuevas nupcias, subsiguientes al divorcio, que pueden conllevar el nacimiento de la obligación de reservar.

²⁹ La muy probable sobrevivencia del hijo donante o disponente por cualquier otro título lucrativo, a su progenitor donatario o beneficiario, obstaculiza la aplicación del artículo 969 del Código Civil en su originario sentido: nuevas nupcias de su progenitor viudo donatario o beneficiario. En este trabajo simplemente lo hacemos extensivo al análisis del supuesto planteado. ¿Debe el divorciado bñubo reservar bienes? La aplicación de la donación del artículo 969 CC es, también aquí, absurda por extensión.

XVI. LA ESTRUCTURA DEL SUPUESTO DE HECHO RECOGIDO EN EL ARTÍCULO 969 DEL CÓDIGO CIVIL

La tesis defendida por Cadabal³⁰, acerca del artículo 969 del Código Civil, tiene cierta lógica. Más que limitar el alcance de este precepto —que es lo que el autor referido pretende— su punto de vista explicita la posible *ratio* de dicho precepto.

Para el Código Civil existen dos trayectos entre los patrimonios del cónyuge premuerto y del cónyuge superviviente. El primero, recto, enlaza ambos patrimonios a través de un acto de disposición del cónyuge premuerto en beneficio del cónyuge superviviente. Este es el trayecto principal que explica y justifica lo dispuesto en el artículo 968 del Código Civil.

Junto a él, en segundo lugar, cabe contemplar otro trayecto no recto sino *oblicuo*. Si es necesario que —en la lógica del Código Civil— un cónyuge premuerto, lo lógico, incluso lo impuesto por las legítimas, es que le hereden sus hijos y descendientes. Ese es el destino natural y legalmente predeterminado de los bienes del cónyuge difunto. El Código debe prever la muerte del hijo adquirente de parte de la herencia del cónyuge premuerto. Hijo que puede premorir intestado al cónyuge superviviente, que contempla cómo le lleguen bienes *desde* su cónyuge premuerto, fuera de lo previsto por el artículo 968 del Código Civil.

Incluir el segundo trayecto *oblicuo* dentro del supuesto de hecho de la reserva, es tanto como tomarse en serio ésta. Su frecuencia es tan alta que ha planteado problemas de interpretación. Al margen de las segundas nupcias del cónyuge superviviente que adquiere, por sucesión intestada, de un hijo.

¿Cómo es posible? Es posible porque el trayecto oblicuo antes descrito puede integrar tanto el supuesto de hecho del artículo 969 del Código Civil, como el supuesto de hecho del artículo 811 del Código Civil. En el primer caso, es indispensable el nuevo matrimonio del cónyuge superviviente adquirente. En el segundo caso, dicho nuevo matrimonio no es necesario.

De tal modo, que el Tribunal Supremo, ha tenido que ocuparse de interpretar el artículo 811 del Código Civil, y determinar si alcanza también a aquellos supuestos, en los que, la similitud con el supuesto del artículo 969 del Código Civil es tal, que no cabe hablar, propiamente, de desviación de líneas.

³⁰ R. D. P. (X), 1923, pp. 360 ss.

1. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 811 EN BENEFICIO DE LOS HIJOS COMUNES, DE QUIENES PROCEDEN LOS BIENES

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1954 contempla el siguiente supuesto. don Eulogio Narbón Alamin fallece, transmitiendo *mortis causa* su patrimonio a sus tres hijas: Margarita, Pilar y Susana. Fallece Margarita intestada y le sucede su madre Susana Savirón Caravantes. Ésta fallece posteriormente bajo testamento en el que favorece ostensiblemente a su hija Susana.

La otra hija, Pilar demanda a su hermana Susana, solicitando del juez que declare lo siguiente:

A) Lo que su madre heredó *ab intestado* de su hija –hermana de doble vínculo de la demandante– que, a su vez, ésta heredó del padre común son bienes reservables según el artículo 811 del Código Civil.

B) El reparto desigual de los mismos –a imitación de la facultad de mejorar, contemplada, para la reserva ordinaria, en el artículo 972 del Código Civil– no es posible en el ámbito de la reserva del artículo 811 de dicho cuerpo legal. Las dos hermanas deben adquirir, a la muerte de su madre, los bienes reservables por mitad.

El Tribunal Supremo –ponencia de Celestino Valledor– acoge favorablemente ambas peticiones. Ha lugar al recurso de casación. Se trata de bienes reservables según el artículo 811 del Código Civil, y en él no se reconoce al reservista la facultad de mejorar, de distribuir desigualmente entre los reservatarios.

La viuda no contrajo segundo matrimonio. La viuda adquirió *ab intestato*, de una de sus hijas, lo que ésta había adquirido de su padre, cónyuge premuerto. El supuesto es perfectamente subsumible en el artículo 969 del Código Civil. Como no hay segundas nupcias se subsume en el supuesto de hecho del artículo 811.

2. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 811, EN FAVOR DE LOS HIJOS DEL PRIMER MATRIMONIO, EN EL SUPUESTO DE ADQUISICIÓN DE BIENES POR EL SEGUNDO CÓNYUGE, A TRAVÉS DE UN HIJO DEL SEGUNDO MATRIMONIO

Celestino Pérez García pierde, por fallecimiento, a su esposa, Teresa Fernández González, con la que tuvo seis hijos, de los cuales viven cuatro, habiendo dejado descendencia –nietos– los dos hijos fallecidos.

Celestino contrae segundas nupcias con Balbina Pérez Alonso con la que tiene tres hijos.

Celestino fallece con testamento en el que lega el tercio libre y el de mejora a Francisco, hijo del segundo matrimonio. Instituye herederos en el tercio de legítima estricta a sus otros seis hijos y sus cinco nietos.

Francisco, el hijo del segundo matrimonio mejorado, fallece soltero y sin hijos, con testamento en el que instituye heredera universal a su madre Balbina Pérez Alonso, segunda mujer de su difunto padre que tanto lo mejoró.

Balbina adquiere el patrimonio de su hijo Francisco, no contrae nuevas nupcias, y muere intestada. Lógicamente sus dos hijas piden la declaración de únicas y universales herederas de su madre.

Los hijos del primer matrimonio, hermanos de vínculo sencillo de dichas dos hermanas, en modo alguno hijos de Balbina, de cuya sucesión se trata, y que fue segunda esposa —para ellos madrastra— de su difunto padre, piden que se declaren bienes reservables, los heredados por Balbina del premuerto Francisco, hermano de vínculo sencillo de los demandantes.

Si Balbina cónyuge sobreviviente, adquirente de su hijo, no volvió a casarse no es cónyuge bínubo. No es subsumible su adquisición, por vía del artículo 969 del Código Civil, en el régimen del artículo 968 del Código Civil. En efecto, por eso piden los demandantes que se aplique el artículo 811.

¿Cómo es eso pensable? Téngase en cuenta que las dos hijas del segundo matrimonio, además de herederas *ab intestato* de su madre, son sus legitimarias. ¿Cómo puede la reserva del artículo 811 del Código Civil —sin desnaturalizarse— mermar la legítima de los potenciales reservistas?

El Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de junio de 1987, declaró aplicable la reserva del artículo 811 del Código Civil. En la adquisición, en virtud de testamento, de los bienes de su hijo distinguió lo siguiente. Lo que Francisco debía a su madre, como legítima, la mitad, adquirido por Balbina por ministerio de la ley, que constituyen bienes reservables, en favor de los hijos del primer matrimonio, y de los restantes del segundo. Frente a ello, la porción libre, también dispuesta por Francisco en favor de su madre, no es reservable. La heredan exclusivamente las hijas de Balbina: hijas del segundo matrimonio.

Según esta sentencia es claro el criterio, que hay que tener en cuenta, para tutelar los intereses de los hijos del primer matrimonio. Lo adquirido por el ascendiente por ministerio de la ley son bienes reservables, el resto forma parte del patrimonio propio del causante.

De este modo, la mitad de lo adquirido por doña Balbina —lo que le correspondía por legítima— tendrá la condición de reservable. El resto, la otra mitad, siguen el trayecto ordinario. Se logra así un equitativo reparto entre los hijos de ambos matrimonios.

3. HIPOTÉTICA APLICACIÓN AL SUPUESTO ANTERIOR DEL RÉGIMEN DE LA RESERVA ORDINARIA

Hubiese bastado con que doña Balbina hubiese contraído nuevas nupcias. Se le hubiese considerado reservista según el régimen de los artículos 968 y siguientes del Código Civil. Este cambio de régimen aplicable tendría como consecuencias prácticas las siguientes.

Sólo tendrían consideración de reservatarios los hijos del segundo matrimonio: primer matrimonio de Balbina. Los hijos de su anterior matrimonio con don Celestino, que para éste fueron segundas nupcias.

Se hubiesen considerado bienes reservables todos los adquiridos por doña Balbina de su hijo Francisco por vía de sucesión testada, sin distinguir legítima –ministerio de la ley– de porción libre.

En resumen, más bienes reservables para menos reservatarios, excluidos los hijos del primer matrimonio de don Celestino. Dando lugar a «un injusto empobrecimiento de los descendientes de un anterior matrimonio». (Sentencia de 3 de septiembre de 1985 de la Audiencia Territorial de Oviedo, confirmada por la del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1987).

4. INTERPRETACIÓN CORRECTORA DE LA EXPRESIÓN «POR LOS TÍTULOS EN ÉL EXPRESADOS» DEL ARTÍCULO 969 DEL CÓDIGO CIVIL

Hemos examinado cómo la remisión, en sí misma considerada, era incorrecta porque podía abocar a resultados absurdos. Por ejemplo, el supuesto del hijo donante, o disponente «por cualquier otro título lucrativo», que puede sobrevivir al donatario cuando éste es uno de sus padres. Qué sentido tiene reservar lo donado, en favor de los hermanos del donante vivo.

Lo importante no es reparar en el absurdo del supuesto concreto enunciado. Lo que interesa es detectar la impropiedad de la traslación de títulos de adquirir por remisión genérica de un precepto a otro.

No es lo mismo precisar el contorno del supuesto de hecho del artículo 968 del Código Civil, que precisar el contorno del supuesto de hecho del artículo 969 del Código Civil. Y eso es precisamente lo que se hace por remisión. Por ello, se incurre en el defecto señalado anteriormente.

Dos ideas pueden presidir una adecuada intelección del contenido del artículo 969 del Código Civil. En primer lugar, evitar que, a través de un hijo, se produzca una transmisión entre cónyuges que no sea reservable. En segundo lugar, incidir sobre aquellos mecanismos de transmisión de bienes que operan al margen de la voluntad humana: la sucesión intestada o la sucesión en virtud del sistema de legítimas. Lo que, tal vez, con expresión feliz, describe el artículo 811, como lo «adquirido por ministerio de la ley».

Como la conjunción de ambos aspectos –procedencia de los bienes y título de adquisición de los mismos– puede complicar excesivamente las cosas, lo correcto, a mi juicio, es circunscribirse al título. Lo adquirido de un hijo o descendiente por el cónyuge bínubo, por ministerio de la ley, es reservable.

La descripción, sin más, abarca a lo recibido, por el hijo transmitente, del otro cónyuge. Y, además, el título –por ministerio de la ley– presupone

el fallecimiento del hijo. Se evita así el absurdo a que puede conducir la consideración como reservable de lo donado por el hijo.

XVII. LA RESERVA DE BIENES APLICABLE, EN SU CASO, AL DIVORCIADO ES LA RESERVA DEL ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL

Las nuevas nupcias del divorciado son compatibles con la pervivencia del anterior cónyuge del divorciado. Esta auténtica obviedad, nos recuerda que la asociación de ideas que liga el divorcio con la reserva del cónyuge bñubó, pasa por encima del detalle –capital– de que el divorcio no conlleva ningún suceso *mortis causa*. El divorcio no da lugar a la apertura de la sucesión de ninguno de los cónyuges. La muerte es el único hecho que produce dicha apertura. Además, por así decirlo, disuelve el matrimonio. La unión de estos dos efectos, en torno a una misma causa, explica la reserva de bienes, cuando el cónyuge, que no sólo es supérstite, sino también adquirente *mortis causa*, contrae nuevas nupcias. Obviamente habiendo hijos del matrimonio anterior.

Cuando la disolución matrimonial tiene lugar por divorcio ambos cónyuges conservan su vida y sus proyectos de futuro. Ninguno de ellos transmite *mortis causa* al otro. Si uno donó al otro, o bien se le reintegra lo donado, o, en otro caso, el donatario no tiene porqué reservarlo para los hijos comunes.

Ahora bien, aunque el matrimonio ya no los une, sí que les une algo que por naturaleza es indisoluble: su posible condición de progenitores de unos hijos comunes.

Se dice, y con razón, que el divorcio elimina, entre los ex cónyuges, toda expectativa sucesoria. Salvo que previamente fuesen parientes y hubiesen contraído matrimonio sin dispensa –4.º grado colateral– o con dispensa –3.º grado colateral–. Pero, además, cada cónyuge sigue siendo, potencialmente, ese «ascendiente», que habiendo adquirido de un descendiente, por ministerio de la ley, bienes que, a su vez, dicho descendiente los hubiese recibido, a título gratuito, del «otro ascendiente» deberá reservarlos en favor de los parientes del descendiente, que estén dentro del 3.º grado; por ejemplo, los hermanos del descendiente. Que son los hijos del anterior matrimonio de los divorciados. Se hubiesen vuelto a casar, o no se hubiesen vuelto a casar. Es lo mismo: no hace al caso.

La estructura familiar, subsistente tras el divorcio, conserva su original idoneidad, subsumible en el supuesto de hecho descrito en el artículo 811 del Código Civil.

«Los *bienes* heredados (*ab intestato*) por don José Sánchez Díaz de sus hijos Ángel y José Francisco Sánchez Bolado, quienes los habían heredado (*ab intestato*) de su madre, *tienen indudablemente el carácter de reservables* a favor del demandante y hermanos, *por hallarse poten-*

cialmente comprendidos en los artículos 811 y 969 del Código Civil; pero como lo que aquí se discute es la obligación que tenga don José Sánchez Díaz de asegurar en forma hipotecaria tal reserva, y el supuesto en que descansa se halla en la zona común a las dos especies admitidas por el citado cuerpo legal, ha de resolverse en primer término cuál de ellas tiene fuero atractivo en el presente caso e impone al juzgador sus especiales características» (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1931).

En este caso, el Tribunal Supremo entiende que es de preferente aplicación la reserva viudal tradicional, recogida en el artículo 968, que la innovación del Código Civil establecida en el artículo 811. Dado que el viudo no ha contraído segundas nupcias no ha nacido la obligación de reservar. Por tanto carece de apoyo la accesoría de asegurar. Sin embargo, pienso que fallecido el viudo y abierta su sucesión habría que distinguir en la misma los bienes reservables de los bienes propios del causante. Y, por tanto, organizar la sucesión en cada masa según sus normas.

1. NO CABE LA MEJORA EN LOS BIENES RESERVABLES SEGÚN EL ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL

El supuesto analizado en el apartado anterior fue de nuevo objeto de análisis por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1954. Un matrimonio con tres hijas. Fallece el padre y transmite su patrimonio *mortis causa* a sus tres hijas. Muere intestada una de ellas y le hereda su madre. Posteriormente muere la madre, con un testamento, en el que no se distingue lo que la testadora tiene como exclusivamente propio y lo que tiene heredado de su hija y, por tanto, reservable en favor de sus dos hijas, hermanas de la transmitente. Además de no distinguir, distribuye entre sus hijas desigualmente.

La hija perjudicada alega que, en aquellos bienes que su madre tenía herederos de su hermana difunta, no cabe trato desigual. Son reservables según el artículo 811 del Código Civil y este no prevé la mejora. Luego, la distribución de dichos bienes se hará dividiéndolos por mitad con su otra hermana. El Tribunal Supremo admite la alegación de la demandante.

Este supuesto puede darse al margen del matrimonio. Se disuelve el matrimonio por divorcio y la vida sigue. Uno de los ex cónyuges divorciados muere con testamento en el que deja todo a sus tres únicas hijas, fruto del matrimonio disuelto. Posteriormente muere intestada una de las tres hijas. Le hereda su único progenitor –ascendiente– vivo: el otro cónyuge divorciado. Lo que este adquiere, deberá reservarlo para las otras dos hijas del anterior matrimonio, disuelto por divorcio.

Vemos como la reserva de artículo 811 del Código Civil gana en actualidad, y cómo, la imposibilidad de mejorar, en su ámbito, es una garantía, frente a posibles arbitrariedades del ascendiente divorciado reservista.

2. LA RESERVA DEL ARTÍCULO 811 PUEDE OPERAR EN BENEFICIO DE LOS HIJOS DEL MATRIMONIO ANTERIOR DEL CÓNYUGE DIVORCIADO BÍNUBO

La reserva del artículo 968 del Código Civil protege a los hijos *respecto de lo* que el cónyuge potencialmente bínubo, *recibe de su cónyuge premuerto*. Pero no protege frente a la *distribución de los bienes propios del cónyuge bínubo*. Los hijos del anterior matrimonio conservan, claro está, sus derechos legitimarios en dicha distribución. Pero, obviamente, estos no les protegen de un trato desigual. Puede el cónyuge divorciado bínubo, otorgar testamento, disponiendo del tercio libre y de mejora en favor de los hijos del segundo matrimonio, e instituir herederos, en el tercio de legítima estricta, tanto a los hijos del primer matrimonio, como a los hijos del segundo matrimonio.

Supongamos que el hijo mejorado sea uno de los hijos del segundo matrimonio. Muere el cónyuge bínubo testador y adquiere algo más de dos tercios de la herencia. A su vez muere dicho hijo, soltero, sin hijos, con testamento en el que instituye única y universal heredera a su madre. Posteriormente muere esta intestada. Los otros hijos del segundo matrimonio son declarados únicos y universales herederos.

Lógicamente, los hijos del primer matrimonio no ostentan derecho alguno *en la sucesión de un extraño*, como es para ellos *el nuevo cónyuge de su progenitor bínubo*.

El supuesto de hecho hasta aquí descrito, coincide con el analizado, por la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de junio de 1987, de la que ya nos ocupamos. Don Celestino Pérez contrajo dos matrimonios. En un contexto no divorcista, primero enviudó y luego celebró segundas nupcias. El primer matrimonio, desde la óptica de la reserva, es irrelevante. No está en juego la sucesión del cónyuge premuerto, probablemente porque sea patrimonialmente intrascendente. El problema se plantea porque el patrimonio de don Celestino, padre común de los hijos de ambos matrimonios, llega correcta y, casi, íntegramente a la esfera jurídica del nuevo cónyuge de don Celestino.

Este supuesto de hecho puede darse, perfectamente, en el caso en el que el primer matrimonio sea disuelto por divorcio. ¿Por qué? Porque no necesitamos que un cónyuge del primer matrimonio premuera y transmita *mortis causa*. *Patrimonialmente*, a don Celestino le es indiferente, que su primer cónyuge le premuera y le deje algo, o se divorcie de él mostrándole, por añadidura, su desprecio.

Cómo operó –y cómo puede operar, en el futuro, en caso de divorcio– la reserva del artículo 811 del Código Civil. El segundo cónyuge de don Celestino –un extraño para los hijos del primer matrimonio– *adquirió, como ascendiente, bienes de un descendiente* –hermano de vínculo sencillo de los hijos del primer matrimonio– que, a su vez, los había adquirido, a título gratuito, *de otro ascendiente* –padre común de los hijos de ambos matrimonios– y, por tanto, *debe reservarlos* «en favor de los parientes,

que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden».

¿De dónde proceden los bienes? De don Celestino, padre común de los hijos de su primer matrimonio y de los hijos de su segundo matrimonio. Por lo tanto, los hijos del matrimonio anterior pertenecen, como parientes, a la línea de donde los bienes proceden. Como también, claro está, los hijos del segundo matrimonio.

¿En qué grado? Si el cómputo hay que hacerlo, a partir del descendiente transmitente, al ser todos los hijos, tanto los del primer matrimonio, como los del segundo, hermanos del descendiente cuya transmisión causó la reserva, todos los hijos son parientes en segundo grado y pertenecientes a la línea de donde los bienes proceden. Como el tronco común, en este cómputo del parentesco colateral, es don Celestino, padre común de los hijos de uno u otro matrimonio, todos los hijos deben arrancando del descendiente transmitente, subir hasta don Celestino y, luego, bajar a su propia posición; siempre dos grados.

Pero, el parentesco de los hijos del segundo matrimonio con el descendiente transmitente –también hijo del segundo matrimonio– es más intenso que el que tienen los hijos del primer matrimonio con dicho descendiente transmitente. En efecto, todos son hermanos, pero los del segundo matrimonio lo son de doble vínculo –respecto del aludido descendiente transmitente– y los del primer matrimonio –respecto de la misma persona– de vínculo sencillo.

Es decir, como reservatarios concurren parientes dentro del segundo grado, pero con intensidad diversa. Unos reservatarios –hijos del segundo matrimonio– son hermanos del descendiente transmitente de doble vínculo, mientras que otros –hijos del primer matrimonio– son hermanos de vínculo sencillo respecto de dicho descendiente. ¿Será preciso aplicar la norma que determina, en la sucesión intestada, cómo se distribuirán los bienes hereditarios? No. Porque no se trata de la sucesión intestada del descendiente transmitente, ni tampoco de la sucesión del ascendiente adquirente. La muerte de este, además de determinar la apertura de su sucesión, determina la efectividad de la reserva. La adquisición por parte de los reservatarios de los bienes reservables como fenómeno independiente de la sucesión en los bienes propios del ascendiente adquirente. En este caso, el nuevo cónyuge del bínubo.

Si esos bienes se reservan es porque proceden de don Celestino, padre común de los hijos de ambos matrimonios. Respecto de él, todos los reservatarios son parientes en línea recta y de primer grado. Luego el reparto será por cabezas, sin tener en cuenta de qué matrimonio son hijos los reservatarios. Da igual que lo sean del primer matrimonio que del segundo. A pesar de que el descendiente transmitente fuese hijo del segundo matrimonio. A pesar de que el ascendiente adquirente fue el cónyuge del bínubo, madre de los hijos del segundo matrimonio, una extraña para los hijos del primer matrimonio.

Vemos cómo la reserva del artículo 811 del Código Civil logra, en este supuesto, ese efecto corrector que dada su naturaleza escapa a la reserva viudal. Esta reserva para los hijos del primer matrimonio, lo que el cónyuge premuerto transmite al viudo bínubo. Aquí la fortuna la ostentaba a título personal el viudo bínubo. Y en principio, respecto de esos bienes, los hijos del primer matrimonio, sólo cuentan con la expectativa que tutela la legítima. Que, según se comprueba, puede resultar ilusoria.

3. SE TRATA DE UN POSIBLE EFECTO DE LA RESERVA DEL ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL, PERO NO DE SU RAZÓN DE SER

Cuando se introdujo en la redacción del Código Civil el artículo 811 se hizo con una finalidad muy concreta. Parece ser que pensando en un supuesto real. Desde luego, no se incluyó la norma como protección para los hijos del primer matrimonio. Posteriormente, en su aplicación se ha comprobado que, en determinados supuestos, puede cumplir esa función que se considera saludable.

No cabe afirmar, por tanto, que se trate de un remedio estable, que atienda el posible desamparo de los hijos del matrimonio anterior de un divorciado bínubo. Pero sí se puede afirmar que, en ciertos casos, es aplicable a esa situación la reserva del artículo 811 del Código Civil. Es más, que el matrimonio, con hijos, disuelto por divorcio, conserva *de modo estable, una estructura familiar* sobre la que puede constituirse el supuesto de hecho de dicha reserva.

XVIII. LAS SEGUNDA O ULTERIORES NUPCIAS EN UNA CULTURA DIVORCISTA

En un mundo donde el matrimonio es indisoluble, las segundas nupcias presuponen siempre un *infortunio previo*. Infortunio previo que puede multiplicarse, precisamente, a través de unas segundas nupcias. Que unos hijos pierdan a su madre es algo malo; que les sobrevenga una madrastra peor. Que esa madrastra capte la voluntad de su padre es algo probablemente inevitable.

En una cultura divorcista las segundas nupcias es algo que está en el programa. No se trata de que el divorcio sea algo agradable. Es una desgracia: pero una desgracia programada. No es un evento sobrevenido por designio de la naturaleza. Es un doloroso remedio a un fracaso: remedio que los contrayentes mismos se autoaplican. Y parte potencial del remedio es la llamada –con mayor o menor acierto– «segunda oportunidad».

Las nuevas nupcias, como segunda oportunidad, es algo ideológicamente muy alejado de la doctrina de los padres de la Iglesia sobre el matri-

monio. Lo que, como segunda oportunidad, forma parte de la esperanza humana no puede ser objeto de recelo, de consideración peyorativa, de prevención.

La suerte de los hijos del matrimonio disuelto por divorcio tampoco queda sometida al más duro azar. Su suerte forma parte de la disciplina del divorcio. Al estar programada –sustraída del azar– no tiene sentido aplicarle mecanismos basados en la desconfianza.

Por otro lado, al no aportar el divorcio un cónyuge difunto priva al supuesto de hecho de la reserva de una pieza esencial. Sin ella, todo el entramado normativo se viene abajo.

El contrato de sociedad civil y las sociedades irregulares en los derechos español, francés e italiano

ISAAC TENA PIAZUELO

Doctor en Derecho. Prof. de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Nociones comunes sobre la personalidad jurídica.*—III. *Las sociedades de hecho.*—IV. *Derecho francés:* A) El concepto de sociedad. B) Caracteres, elementos y requisitos de la sociedad. C) La personalidad jurídica de la sociedad. D) Clases de sociedades. E) *Société de fait, société créé de fait, société en formation, société en participation*, y las sociedades «irregulares».—V. *Derecho italiano:* A) El concepto de sociedad. B) Caracteres, elementos y requisitos de la sociedad. C) La personalidad jurídica de la sociedad. D) Clases de sociedades. E) *La società semplice.* F) *Società occulta e interna, società apparente, società di fatto*, y las sociedades «irregulares».—VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

En el régimen que nuestro Código Civil dedica al contrato de sociedad aparece un precepto singularmente oscuro, el artículo 1669. Aunque la mayoría de la doctrina científica, civil y mercantil, discute incluso la propia designación del fenómeno societario a que se refiere dicho artículo, lo cierto es que una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo español radica en él la denominada *sociedad civil irregular*. Este término, sin juzgar ahora¹ ni su corrección ni las consecuencias de régimen que comporta, creo que puede ser válido en solución de compromiso para designar una *clase de sociedad carente de personalidad jurídica, cuyos pactos se mantienen secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrata en su propio nombre con los terceros, y cuyo régimen se ajusta a las disposiciones relativas a la comunidad de bienes* (cfr. art. 1669 del CC).

¹ Pues a su estudio he dedicado una monografía, *El concepto de sociedad civil irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1997.

Con el presente trabajo, sin perder de vista nuestro Derecho, veremos cómo se ha resuelto el tema de la irregularidad societaria civil en otros países que forman parte de la misma cultura histórico-jurídica. Considero de importancia consignar de antemano que cuando me ocupo (respectivamente en cada Derecho) del concepto, requisitos, clases, etc., de las sociedades, persigo como primera finalidad evaluar en qué medida tiene el contrato de sociedad un sentido parecido; y, a resultados de lo anterior, comprobar —en su caso— la existencia de fenómenos que sean similares.

Junto a la gran virtualidad práctica que adquieren hoy en día los fenómenos asociativos, es igualmente cierto que los viejos cauces normativos se han ido demostrando insuficientes para contener una realidad que discurre al vertiginoso ritmo de las cambiantes necesidades del tráfico: ello ha provocado diferentes medidas legislativas, en los distintos países, diversificadas por el ámbito de lo civil y lo mercantil. Y aunque la utilidad práctica del método comparativo, del que pretendo valerme ahora, no reside en proponer modificaciones *de lege ferenda* de las normas propias, tampoco debe dejarse caer en el vacío la constatación de en qué estadio normativo y de eficacia se encuentra el derecho propio frente al foráneo².

Obviamente los resultados de una comparativa resultan justificables cuando parten de presupuestos similares³. En este argumento —principalmente— debe encontrarse la razón del hecho de que sea oportuno examinar en cada caso el concepto, caracteres y requisitos de la sociedad; entrar a comparar, directamente, cómo se aborda la problemática de la irregularidad societaria podría falsear las conclusiones, es preciso que se relativicen en función de un determinado contexto. Lo que obliga en primer término a seleccionar los Ordenamientos que van a compararse, averiguando cuál es el régimen y características de la sociedad, para ver luego cómo quepa el concepto de sociedad irregular. Me fijaré en los Ordenamientos de España, Francia e Italia. La elección, y consecuente exclusión de otros países, resulta justificada por su pertenencia al grupo latino de las legislaciones codificadas⁴. Y además debido a que, por su coincidencia de fuen-

² V. gr., resulta llamativo que en punto a las sociedades irregulares capitalistas dispongamos hoy de un régimen bastante más clarificado que en otros países.

³ Respecto de la utilidad relativa o el limitado recurso que cabe al Derecho comparado, cfr. LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil*, tomo I, Barcelona, 1950, p. 423. En relación a la irregularidad de las sociedades (en particular las de naturaleza mercantil, y del CdC), «apenas cabe recurrir en España, para suplir las deficiencias de nuestro Derecho [se refiere al *de Comercio*], a las luces del Derecho comparado o a las opiniones de los juristas extraños, porque el planteamiento y las soluciones varían en los distintos países y los escritores concentran su mirada, casi exclusivamente, en sus respectivos ordenamientos legales. Ante un cúmulo de disciplinas heterogéneas, resulta imposible trazar un plan rigurosamente lógico y elaborar una teoría general científica: hay que reducirse al Derecho positivo».

⁴ Por tanto quedan fuera de mi interés inmediato las legislaciones codificadas de los países pertenecientes al grupo germánico, e igualmente la legislación de los países anglosajones como Inglaterra. En este último, sí es característica general el no haber realizado la codificación, sin embargo en materia de «*partnership*» se ha progresado por la vía de codificaciones generales o especiales.

En los países pertenecientes al sistema continental en los que no se ha producido una unificación entre el Derecho civil y el mercantil, todavía puede distinguirse la

tes históricas, pueden encontrarse entre ellos conceptos comparables en su evolución posterior, y en el estudio de la sociedad civil (aunque con matices que la peculiarizan) puede seguirse una misma línea estructural, un esquema idéntico.

El punto más inmediato de coincidencia es el terminológico: los sistemas a estudiar –la coincidencia no es gratuita– emplean para designar una misma realidad la expresión equivalente a la *societas* romana: «sociedad» en España, «*société*» en Francia, «*società*» en Italia. En todos ellos, también, tiene una gran importancia y frecuencia práctica el contrato de sociedad. Sin embargo habría que matizar tal afirmación si se pretende referir en exclusiva a la sociedad civil, pues junto a ella se ha producido un enorme desarrollo (y una correlativa «invasión» en la esfera de los contratos sometidos al Derecho civil) de las sociedades mercantiles y del asociacionismo privado en general, y la propia sociedad civil (al menos según los textos legales) ha perdido ámbito de aplicación en mayor medida que en España. Conviene advertir por otro lado que la comparación en paralelo de las concretas disposiciones que dedican al contrato de sociedad, sólo es practicable con cierta facilidad entre los Códigos de España y Francia pues en Italia el concepto de sociedad civil –«*società semplice*»– se halla difuminado notablemente, ha perdido cierta identidad con respecto a las sociedades mercantiles personalistas y una correlativa importancia práctica.

Sin embargo, pese a la familiaridad que mantiene el concepto de sociedad en los países de tradición romanista, justo es reconocer la considerable dificultad para establecer paralelismos con nuestro artículo 1669 del Código Civil, en que se residencia el concepto de sociedad civil irregular que es lo que realmente estoy indagando. Sucede que no existe un precepto correlativo en los Códigos civiles francés e italiano, lo que sí se dan son situaciones más o menos próximas en que podría intentar reconocerse una doctrina más o menos común con la irregularidad societaria civil (haciendo abstracción de la dificultad concreta para determinar las causas por las que se origina, sin ir más lejos, en nuestro propio Código)⁵.

sociedad civil de la mercantil, mientras que el intento es baldío en los ordenamientos unificados.

Para una perspectiva general –aunque no reciente– de las sociedades civiles y mercantiles en los Derechos francés, alemán, inglés, suizo e italiano, puede consultarse, v. gr., GIRÓN TENA, J., «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Comparado», *RDM*, noviembre-diciembre 1946, vol. II, núm. 6, pp. 345 ss. *cfr.* AZURZA Y OSOZ, P. J. DE, «Problemas de la sociedad civil», *ADC*, 1952, pp. 132 ss., en lo referido específicamente a la distinción entre sociedades civiles y comerciales.

También GARRIGUES ofrece una visión general, examinando el tratamiento de la irregularidad, a resultados de los formalismos y requisitos de publicidad de las sociedades, en países como Francia, Italia, Argentina y Alemania. *Cfr.* «Teoría general de las sociedades mercantiles», *RDM*, 1974, pp. 227-228.

Para un estudio conciso del contrato de sociedad en el Derecho alemán, *vid.*, v. gr., MEDICUS, D., «Tratado de las relaciones obligacionales» (trad. por A. Martínez Sarrión), 1.ª ed., Barcelona, 1995, pp. 594 ss.

⁵ Sería demasiado artificioso y arriesgado dar por supuesto que la opción por la que me inclino, situando la causa de la irregularidad *ex* artículo 1669 del CC en los defectos

Todo ello obliga a considerar de nuevo la necesidad de que se vea primero —con la oportuna brevedad— en qué consiste el contrato de sociedad en Francia e Italia, sin adentrarme más allá de lo que es el mero Derecho civil ya que la irregularidad societaria mercantil sólo me interesa mediata o instrumentalmente. Conviene apuntar además que en cuanto al Derecho mercantil debería ser más factible elaborar un fundamento común de la irregularidad en los diferentes países del marco comunitario europeo, en que ya es apreciable una cierta tendencia uniformizadora, sobre todo en las sociedades mercantiles de base capitalista, aunque la legislación comunitaria no ha conducido todavía a resultados idénticos en todos los Estados⁶.

Cuando se habla de irregularidad sin especificar su ámbito resulta muy difícil encontrar términos homogéneos de comparación. Aun partiendo de una noción amplia de irregularidad basada en el cumplimiento defectuoso de ciertas formalidades previstas por la ley, debe reconocerse desde ahora mismo que no es posible encontrar exactamente en otros Derechos, estableciendo categorías correlativas, los mismos significados que se le dan en el nuestro. La razón, creo que convincente, la da la diversidad de tipos sociales y requisitos constitutivos, que no tienen porqué coincidir (y de hecho son específicos) en todos los Ordenamientos de una misma área de influencia jurídica (en los casos en que me fijo, España, Francia e Italia). Así lo aclara Simonart cuando trata de las «personas jurídicas irregulares», buscando coincidencias entre diversos países (Alemania, Inglaterra, Bélgica, EEUU, Francia, Italia, Países Bajos, y Suiza): «*Ici également, la question a reçu des réponses différentes dans tous les*

publicitarios y formales del contrato de sociedad, tiene correlatos exactos en los Derechos francés e italiano: en ellos también el tema de la irregularidad societaria tiene su propia dificultad. Tampoco se ha prescindido sin embargo, en otros Derechos distintos al nuestro, de la conexión entre forma y personalidad jurídica: *vid.* SIMONART, V., *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, 1995, pp. 325 ss. La forma requerida para las sociedades remite a la sociedad de hecho, cuando aquélla se incumple, que a su vez es seguramente la conexión más inmediata con la fenomenología de la irregularidad examinada a propósito del Derecho español.

⁶ *Vid.* VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.^a, *La sociedad irregular*, Pamplona, 1995, pp. 29 ss., 45 ss. y 57 ss., a propósito de la sociedad irregular mercantil en Derecho comparado. Concluye este autor, *ibidem*, pp. 62-63, que en cuanto a las sociedades mercantiles personalistas e irregulares las soluciones a que llega el Derecho positivo de cada país son bastante diversas; aunque puede generalizarse la idea de que se reconoce la validez de los contratos celebrados por la sociedad no inscrita, y la consiguiente responsabilidad. En concreto, el Derecho francés considera a esas sociedades como nulas, pero la sanción de ineficacia no tiene efectos retroactivos, de modo que responde de los contratos celebrados antes de la anulación, y el Derecho italiano las somete a las prescripciones de la *societas simple*. En cuanto a la irregularidad de las sociedades anónimas, la conclusión más ajustada al conjunto de los países europeos es que su Derecho positivo no contempla en realidad el supuesto de sociedad anónima irregular, sino el de sociedad en formación, lo que hace que la disciplina de irregularidad propiamente dicha tenga que ser objeto de una elaboración doctrinal.

En el Derecho de la Comunidad Europea, en relación a la materia examinada, debe tenerse en cuenta la 1.^a Directiva del Consejo de la CEE, en materia de sociedades, de 9 de marzo de 1968. *Vid.* su contenido y su aplicación en los Estados, en VALPUESTA, *op. cit.*, pp. 51 ss.

pays examinés, en fonction d'une part du type de groupement (société ou autre groupement) et d'autre part du système de reconnaissance (formalisme ou libre constitution)»⁷.

II. NOCIONES COMUNES SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

En el Derecho español la materia de la irregularidad societaria plantea, entre otras muchas dificultades, una preliminar: existe una cierta confusión terminológica que podría resumirse muy en síntesis en la contraposición entre sociedades irregulares, de hecho, en formación, ocultas, aparentes e internas, etc. Este problema no es extraño en otros Ordenamientos que pertenecen a la misma corriente de inspiración, y buena parte de esos términos se repiten⁸. Además sobre las anteriores trabas pesa también la necesidad de separar el régimen de la irregularidad según se produzca en sociedades civiles o mercantiles, y dependiendo en cuanto a las últimas de si afecta a sociedades de base capitalista o a aquellas otras en que prepondera el componente personal. Sólo este conjunto de alternativas variables justificaría por sí solo la dificultad de la materia.

Si en nuestro propio Derecho no puede elaborarse una doctrina incuestionable sobre las sociedades irregulares, no podía esperarse que sucediera otra cosa en los Ordenamientos extranjeros, donde las dificultades comienzan ya por el empleo terminológico de los calificativos. Aún cabría una complejidad adicional cuando se cayese en la cuenta de que, igual que en nuestro país, los conceptos y las soluciones que incorporan deben ser coherentes con cada sistema jurídico (el del Derecho de sociedades, en cada nación) en su conjunto, lo que obligaría –siendo rigurosos– a exponer el régimen de las diferentes clases de sociedades y el alcance que tengan las respectivas modalidades en los países que se toman como modelos, estableciendo una comparación puntual con lo que sucede en el nuestro.

Al propio tiempo, para comprender los resultados de lo anterior, sería preciso explicar principios como el de fuentes y jerarquía normativa, órdenes jurisdiccionales, recursos, y valor de las decisiones judiciales, junto a la reglas –v. gr. de carga probatoria– de cada instancia, evolución y reforma legislativa, corrientes doctrinales, clases de formas y eficacia de las documentales, etc. La extensión necesaria apenas vendría justifica-

⁷ SIMONART, V., *op. cit.*, p. 342.

⁸ Y seguramente lo poco que puede aclararse en medio de tanta variedad terminológica es que se trata de fenómenos que de alguna manera tienen que ver con las sociedades (aún se podría decir que se relacionan con las *deficiencias* de las sociedades: defectos formales, falta de exteriorización del vínculo, formulación no expresa del consentimiento contractual, incumplimiento de los requisitos legales...); más allá, resulta muy costoso distinguirlos entre sí, y determinar cuándo y por qué se origina una situación y no otra.

da por la utilidad del método comparatista. De ahí que tengan que utilizarse criterios delimitadores en la investigación del Derecho extranjero, y entre ellos tal vez sea fundamental el de fijar cómo se obtiene por las sociedades la personalidad jurídica o *personalidad moral* (término que goza de cierto predicamento, más en otros países que en el nuestro)⁹. Puesto que (aunque ni siquiera existe acuerdo en la doctrina española sobre este extremo) no parece desacertado desde una perspectiva muy genérica pensar en la sociedad irregular (al menos en cuanto a la sociedad civil) como sociedad que no alcanza la personificación que en otros casos atribuye el Derecho. Esta podría ser la hipótesis de trabajo (aunque sólo sea provisionalmente en tanto se compruebe en los Derechos francés e italiano), averiguar si de modo parecido al Derecho español caben sociedades civiles que se vean privadas de personalidad jurídica, siendo equivalentes a lo que entre nosotros puede denominarse sociedad civil irregular.

Si efectivamente el dato relevante, para entender cómo se soluciona en el entorno europeo la fenomenología de la irregularidad societaria, es la averiguación de cómo se obtiene en cada caso (sociedades civiles, sociedades mercantiles, otros contratos asociativos...) personalidad jurídica, puede partirse de la existencia de tres sistemas fundamentales (en el Derecho privado, por supuesto, sin comprender lo que suceda con las asociaciones de Derecho público). Respectivamente se trataría del sistema de concesión, del sistema formalista, y del sistema de libre constitución¹⁰. El primero de los sistemas apuntados, el de la concesión, se basa en un acto particular de la *autoridad* competente, y es el propio de algunos casos de sociedades en países como Bélgica, Alemania e Inglaterra. El sistema formalista puede considerarse como intermedio entre el de concesión y el sistema libre, consiste en que se supedita la obtención de personalidad al cumplimiento de ciertas condiciones de fondo y de ciertas formalidades establecidas por la ley (que consisten por lo general en la publicación de su constitución de forma oficial, o en la inmatriculación de la sociedad¹¹); este sistema precisamente es el seguido en Francia para las sociedades civiles (*cf.* art. 1842 del CC), para las asociaciones sin finalidad lucrativa

⁹ Además, resulta correcto pensar que la atribución de personalidad que se hace en nuestro Derecho en favor de todas las sociedades que cumplan ciertos requisitos, es al tiempo un dato diferenciador con otros. *Cfr.* BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1990, p. 162.

¹⁰ *Cfr.* SIMONART, V., *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, 1995, pp. 72 ss., en quien me apoyaré para desarrollar las características generales comparativas en materia de personalidad, de Francia e Italia. Aquella tipología debe tomarse sin perjuicio de que pudiera añadirse una cuarta posibilidad, exclusiva del Derecho francés, con base en lo que podría denominarse «teoría de la espontaneidad de las personas morales», que, con fundamento en autores como MICHOUY y WALINE, exigiría para el reconocimiento de personalidad jurídica en ciertas agrupaciones tres requisitos: la existencia de intereses dignos de protección social, una determinada vinculación entre ellos, y una cierta organización que permita la expresión de dichos intereses. *Cfr.* SIMONART, V., *op. cit.*, pp. 89 ss.

¹¹ Con lo que se persigue la comprobación de que se han respetado los requisitos legales, y la información para los terceros. *Cfr.* SIMONART, V., *op. cit.*, p. 75.

y las agrupaciones de interés económico; y también se aplica, para diversos tipos de sociedades, en otros países como Alemania, Bélgica, y en Italia para sociedades distintas de la *semplice*. El tercer sistema de obtención de personalidad jurídica es el de libre constitución, por el que aquella se adquiere nada más se cumplan una serie de condiciones de fondo establecidas en la ley; es el sistema seguido, por ejemplo, para las sociedades mercantiles y las agrupaciones de interés económico en Bélgica.

III. LAS SOCIEDADES DE HECHO

Como podrá verse, si hay un concepto que esté de algún modo relacionado con la irregularidad y se repita de manera más o menos coincidente, ése es el de sociedad de hecho; aunque no siempre resulte fácil elaborar una especie de tabla de equivalencias entre los diversos países, lo cierto es que en la búsqueda de cómo se caracterizan en cada Ordenamiento las situaciones de irregularidad societaria, aquella expresión siempre acaba por aparecer. Ello, me atrevo a aventurar, no se debe en realidad a una coincidencia de propósito para dar cabida a un fenómeno societario, sino a una coincidencia en los problemas que pueden plantearse en la constitución de los contratos en general, a propósito de las relaciones de hecho ¹².

Aunque pueden ser diversos los conceptos que ha admitido la noción de sociedad de hecho en la legislación de otros países, parece preferible escoger como significado más idóneo en el nuestro el que explica esa situación por los defectos en el consentimiento, *animus contrahendae societatis*, en concreto los que atañen a su explicitación ¹³. No obstante es evidente que no puede darse un concepto de sociedad de hecho que sea válido en todo caso, para cualquier país, entre otras razones porque tal vez son variables las causas que determinan esa calificación; en cambio sí puede afirmarse que, al menos en los países de tradición romano-germánica, aquella noción se relaciona con los defectos formales de las sociedades: alude a las sociedades que tratan de constituirse al margen de los requisitos formales establecidos por el legislador ¹⁴.

¹² Vid. SACCO, R. y NOVA, G. DE, *Il contratto*, tomo primo, Torino, 1993, pp. 125 ss.

¹³ No interesa entender por sociedad de hecho ni la que carece de contrato originador, ni exclusivamente la que padece deficiencias formales. Pues en cuanto a lo primero, sin contrato no hay sociedad (*cfr.* los términos literales del art. 1665 del CC español); y respecto de la envoltura formal de las sociedades, debe pensarse más bien (al menos en vista de la jurisprudencia del TS) que es determinante la mayor parte de las veces de un tratamiento de irregularidad, conforme al artículo 1669 del Código Civil.

¹⁴ *Cfr.* SIMONART, *op. cit.*, p. 327. Dentro del bloque de influencia romano-germánico, el Derecho francés no es el único que conoce con igual designación terminológica la categoría de *société de fait*, al margen de lo procedente en los Derechos español e italiano, también puede encontrarse en el belga (este caso concreto puede verse documentado en VAN OMMESLAGHE, P., «Les sociétés de fait en Droit belge», en *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tomo XI, 1957, Dalloz, 1960, pp. 158 ss.). En cambio, parece que la noción de sociedad de hecho es extraña, no se conoce, en los países anglosajones.

Al margen de lo que cabe en la anterior generalización, debe precisarse que tampoco la expresión «sociedad de hecho» tiene un significado unívoco, o mejor dicho, puede confundirse con otros muy parecidos que designan situaciones próximas. Tal es el caso particular (pues no sucede así en otros países¹⁵) del Derecho francés, donde se emplean de modo distinto los términos «*société de fait*» y «*société créée de fait*». En los demás países que utilizan la referencia a sociedad de hecho, se tiende a contrastarla con la expresión «sociedad irregular» o «sociedad defectuosa» (que alude a aquellas sociedades que tratan ajustarse a los tipos societarios previstos por la ley, pero que adolecen de algún defecto que puede originar su ineficacia). Junto a esos conceptos todavía puede advertirse que se distingue también «la sociedad en formación», es decir aquella que todavía no ha completado las formalidades que la ley precisa para un determinado tipo societario. En este punto, referente a la distinción entre sociedades irregulares y sociedades en formación, el Derecho español parece aventajar al francés y al italiano en grado de desarrollo legislativo, pues la legislación de las sociedades mercantiles capitalistas contempla de manera separada y singular ambos fenómenos¹⁶.

IV. DERECHO FRANCÉS

A) EL CONCEPTO DE SOCIEDAD

El Código francés de 1804 regula la sociedad en el libro III, dedicado a «los diferentes modos por los que se adquiere la propiedad», título IX, artículos 1832 a 1870. Este título ha sufrido diversas reformas con el devenir de los años. Los preceptos del Código Civil francés contienen principios comunes a las sociedades civiles y las comerciales, similarmente al *Codice* italiano y a diferencia del nuestro que contiene las disposiciones aplicables al contrato de sociedad civil¹⁷. Consta el título IX de tres capítulos, el primero dedicado a las disposiciones generales a las sociedades, el segundo —que contiene siete secciones— se dedica especialmente a la sociedad civil, y el tercero a la sociedad en participación. Sistemáticamente el Código francés regula la sociedad después del arrendamiento y antes del contrato de promoción inmobiliaria¹⁸.

¹⁵ Cfr. SIMONART, *op. cit.*, p. 328.

Cfr. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.ª, «Requisitos de forma y publicidad: las sociedades irregulares en derecho español» (STS 8 julio 1993), en *RDS*, núm. 3, 1994, p. 278, en donde aclaran el origen del término «sociedad de hecho», y su vigencia.

¹⁶ Cfr. artículos 15 y 16 LSA.

¹⁷ Con todo, téngase en cuenta el papel que puede jugar la sociedad civil como modelo o tipo general de las sociedades, al menos en cuanto al Derecho español.

¹⁸ Advierte la doctrina francesa que las reglas contenidas en el título IX del libro III fueron tomadas por sus redactores de los antiguos juriconsultos franceses, que las habían

El concepto legal de la sociedad lo contiene el artículo 1832 del Código¹⁹:

«*La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.*

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes».

En definitiva para el Código Civil francés, la sociedad se instituye por dos o más personas que convienen por un contrato afectar a una empresa común unos bienes o su industria para repartir el beneficio o aprovechar el ahorro que de ella puede resultar. Puede instituirse, en los casos previstos por la ley, por la voluntad de una sola persona. Los asociados se obligan a contribuir a las pérdidas.

Abundantes son las diferencias que resultan de la comparación de este concepto legal de sociedad con el contenido en el artículo 1665 de nuestro Código²⁰. Para empezar el Código francés no dice inmediatamente que la sociedad sea un contrato —expresión que literalmente sí contenía la redacción anterior del precepto—, sino más bien parece referirse a la consecuencia o resultado de un acuerdo de voluntades, de un contrato. Con ello se reciben las críticas que a la conceptualización contractual había hecho la doctrina. Así autores como Bonnecase criticaban al texto antiguo que «debería haber calificado a la sociedad como “un organismo derivado de un contrato”»²¹. En cambio nuestro precepto comienza señalando —precisa-

recibido a su vez de los textos romanos. COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción de la 2.ª edición francesa, 3.ª ed. española, tomo IV, Madrid, 1981, pp. 613-614, imputaban a tal régimen un carácter más teórico que práctico que lo hacía inadecuado para el buen funcionamiento de una sociedad.

¹⁹ Redacción dada por la Ley núm. 85-697, de 11 de julio de 1985.

²⁰ Comparando nuestro artículo 1665 del Código Civil, que contiene una definición legal del contrato de sociedad, con la antigua dicción del artículo 1832 del del Código Civil francés, se destaca que sólo hablaba éste de poner en común las cosas, omitiendo la industria o el trabajo de los socios; pero en el artículo siguiente, de una manera terminante y expresa, reconocía las mismas clases de aportaciones que el nuestro, e igualmente estimaba como causa de la sociedad la intención de partir los beneficios que puedan resultar. Cfr. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, tomo XI, 6.ª ed., Madrid, 1972, p. 366.

Cfr. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M.ª «Los criterios del derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y civiles y sus consecuencias prácticas», *RDM*, 1956, núm. 59, p. 54 ss., respecto a la caracterización de la sociedad en Francia, Italia, Alemania, y Suiza.

²¹ BONNECASE, J., *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, traducción mexicana, Puebla (México), 1945, p. 515.

En la crítica de la noción contractualista que contenía antes la definición del artículo 1832, puede verse también, v. gr., GUYON, Y., *Droit des affaires*, París, 1980, p. 85, quien entendía que la sociedad tiene más de institución que de contrato.

Vid. RIPERT, G. y ROBLOT, R. (GERMAIN, M.), *Traité de Droit commercial*, 15.ª ed., París, 1993, pp. 550-553, para comprender los diferentes recursos, y su crítica, que venía empleando la doctrina francesa para construir la naturaleza contractual de la sociedad.

mente— que la sociedad es un contrato. Tal naturaleza contractual resultó reforzada cuando se adicionó a nuestro Código un cuarto libro, respecto a su modelo francés, y se incluyó la sociedad en el libro IV de Obligaciones y Contratos.

Por otra parte la expresión «*affecter*», «afectar», o destinar a un uso, es más omnicompresiva que la española «poner en común» (cfr. art. 1665 del CC), pues como sabemos hay modalidades y objetos de aportación que resisten a la idea de comunidad sobre las cosas en sí mismas, pudiendo tratarse solamente de una participación en el uso. Añade el Código francés que el objeto del acuerdo es afectar unas aportaciones a una empresa común²² (*d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie*); con ello de un lado es más preciso que nuestro Código que sólo concreta por el ánimo o intención de reparto de ganancias el para qué varias personas se obligan a poner en común algo, y por otro resulta significativo que se introduzca el término empresa como concepto y realidad del tráfico jurídico, pues no podemos ignorar que el enlace sociedad-empresa constituye una de las directrices comunitarias, apareciendo abundantemente dicho término en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea²³.

Es igualmente más satisfactorio el Código francés al referirse al fin perseguido por la sociedad: «... *en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter*». En nuestro Código el fin de lucro ha podido adquirir el rango de elemento esencial del contrato de sociedad (sin perjuicio de que se discuta su necesidad en casos concretos) incluso suele ser frecuente precisar que la finalidad societaria tiene que ser una ganancia, un aumento patrimonial²⁴. En cambio el Código francés no se compromete al fijar el fin social, lo mismo puede ser repartir el beneficio como aprovechar el ahorro, la economía que de ella puede resultar. Préstese atención a que expresamente se incluye en el concepto legal, permitiendo en consecuencia aparecer en una sociedad, la posibilidad de que se persiga no un aumento patrimonial (como

Esos autores afirman (cfr. *ibidem*, p. 552) que, como medio para reunir capitales, la sociedad ha sido como una especie de *mecanismo jurídico* que el legislador pone a disposición de los hombres.

²² De lo cual podría deducirse que la finalidad de la sociedad es el participar en una empresa común, a la que quedarían afectados los bienes o la actividad de los asociados. Cfr. GALIMARD, M. y GALIMARD, B., *Les sociétés civiles*, 2.ª ed., París, 1989, p. 5. Estos autores estiman que esa referencia a una empresa común autoriza para hablar de una nueva rama del Derecho: el Derecho de la empresa. Cfr. *ibidem*, p. 8.

²³ Hay que advertir que en las normas comunitarias no se habla de empresa con un mismo significado y extensión, pero a tenor de la jurisprudencia pueden distinguirse algunos elementos que se consideran esenciales (cfr. DORAL, J. A., y MARTÍN, D., «La persona jurídica hoy», *RGLJ*, marzo 1984, núm. 3, p. 281, aunque no se refieren especialmente al Derecho francés): 1. Elemento material: la persecución de una actividad económica. 2. Elemento temporal: esa actividad ha de desplegarse según las notas de permanencia y habitualidad. 3. Elemento formal: una mínima organización.

²⁴ De tal modo que tal concepto excluye materialmente del ámbito del artículo 1665 ciertas agrupaciones, como las mutuas de seguros, figuras de cooperativismo, etc., en las que el fin de lucro no aparece claramente definido.

pretende nuestro Código), sino economizar gastos, permitir un ahorro a los miembros de la sociedad. Y si, al menos en nuestro contrato de sociedad civil, el fin lucrativo ha de ser un índice de la amplitud de supuestos posibles de sociedad, necesariamente el concepto francés de sociedad es mucho más amplio que el español en cuanto abraza entidades que aunque busquen un beneficio éste no tiene porqué consistir en un aumento patrimonial²⁵.

Otra novedad del Código francés y que no tiene siquiera referencia en el nuestro, es la posibilidad admitida *a priori* y a reserva de lo que establezcan otras leyes, de que haya sociedades constituidas por una sola persona. No es que parta de una simple falta de prohibición (como podría haber hecho negando aquella posibilidad en general, para luego establecer como excepción lo contrario), sino que más bien se propone claramente un criterio admisible de la posibilidad de que existan sociedades constituidas por un sola persona. Y con él se zanja lo que en nuestro país y sobre todo en Italia ha dado lugar a una abundante literatura jurídica a propósito de si caben las sociedades de un solo socio, unipersonales. A la vista está que al menos la letra de nuestro Código Civil se sitúa en una posición contraria, en cuanto exige la existencia de «... *dos o más personas...*», sin perjuicio de que se admita en el ámbito de las sociedades capitalistas.

El último inciso del concepto legal francés hace referencia a la obligación de los socios de contribuir a las pérdidas, alusión que el nuestro no contiene explícitamente en el concepto de sociedad pero que cabe suponer en vista del artículo 1691, dentro del capítulo II que se ocupa de las relaciones de los socios entre sí.

B) CARACTERES, ELEMENTOS Y REQUISITOS DE LA SOCIEDAD

Es preciso hacer una advertencia importante, que deberá tenerse en cuenta al estudiar los presupuestos o requisitos que debe reunir la sociedad en Derecho francés. Debido al sistema seguido por éste y a los requisitos precisos para determinar la personificación de la sociedad, ha de distinguirse (además de otros estadios en la vida de la sociedad, de los que luego me iré ocupando) entre el pacto social, acuerdo de voluntad sobre los elementos fundamentales de la sociedad, y los estatutos de la sociedad, conjunto de reglas aplicables a la persona jurídica que tienen por objeto determinar la naturaleza de la personalidad que se quiere conseguir. De ahí que lo que son condiciones de validez del pacto social, y la existencia de los elementos constitutivos del contrato de sociedad, deben

²⁵ Para una visión de conjunto de cómo ha influido la finalidad lucrativa en los Códigos europeos (aun con la lógica reserva de la antigüedad del trabajo), *vid.* ROTONDI, M., «Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil», *RDP*, septiembre de 1958, p. 725.

apreciarse y concurrir en el momento de la firma de los estatutos, y no al tiempo del acuerdo para constituir la sociedad²⁶.

Del concepto legal anteriormente examinado resulta que en la sociedad concurren al menos los siguientes elementos objetivos: la puesta en común de aportaciones, la finalidad de obtener beneficios o economías, y obligación de repartir las pérdidas²⁷.

Las aportaciones constituyen el patrimonio inicial de la sociedad, y es precisamente como contrapartida de las mismas que los socios tienen una participación social. El término aportación es tan ambiguo como en nuestro Derecho, en cuanto designa tanto al acto de aportar como a lo aportado. Los objetos de la aportación son realmente amplios, bienes o industria, es decir que pueden aportarse toda clase de cosas ya sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales, e incluso el esfuerzo personal del asociado, es decir sus aptitudes comerciales o industriales, conocimientos, experiencia, su crédito, su nombre, etc. En definitiva, todo lo que represente una utilidad para los asociados es susceptible de ser aportado a la sociedad, con la sola condición de que esa cosa no tenga un carácter ilícito²⁸. No hay que perder de vista que ciertas aportaciones, como las inmobiliarias, (igualmente a como sucede con la sociedad civil del CC español, *cfr.* arts. 1667 y 1668), deben documentarse especialmente, han de constar en escritura pública²⁹.

En cuanto al segundo elemento característico de la sociedad francesa, la finalidad de obtener beneficios o economías (como corolario de la obligación de contribuir a las pérdidas producidas en caso de que la explotación sea deficitaria), hasta la Ley de 4 de enero de 1978 (que modificó, además de otros, también el art. 1832 del CC francés³⁰) la sociedad se contrataba solamente para obtener beneficios y repartirlos entre los asociados. Sin embargo en la nueva redacción del precepto se asigna a la sociedad una finalidad suplementaria alternativa como es la obtención de

²⁶ *Cfr.* MERCADAL, M. B. y JANIN, M. P., *Mémento pratique Francis Lefevre. Sociétés Commerciales*, 1991, París, 1990, pp. 106-109, núms. 305-306.

²⁷ Por último, al margen de los tres elementos caracterizadores citados (y en contraste con la devaluación que ha sufrido el requisito de la *affectio* en el Derecho español), debe constatar que todavía existe en la doctrina francesa la opinión de que los dos primeros elementos no permiten caracterizar la sociedad distinguiéndola de otros contratos (como el préstamo con participación en beneficios, o el contrato de trabajo con participación por resultados). Por ello se recupera la vieja polémica en torno a la *affectio societatis*, destacando como diferenciador de la sociedad este elemento intencional.

²⁸ *Cfr.*, aún refiriéndose a la anterior dicción del Código francés, COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, traducción de la 2.ª edición francesa, 3.ª ed. española, tomo IV, Madrid, 1981 pp. 614 ss.

²⁹ Por exigencias de la publicidad inmobiliaria o hipotecaria; esa forma especial supone la intervención de un notario para su otorgamiento, el cual se encarga de una serie de formalidades de cara a la inmatriculación. *Cfr.* GALIMARD, M. y GALIMARD, B., *Les sociétés civiles*, 2.ª ed., París, 1989, p. 69.

Cfr. los Decretos de 4 de enero de 1955, y 14 de octubre de 1955.

³⁰ Según parece dicha ley, en general, acusa una marcada influencia mercantil: «... *a été calquée sur celle du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales...*». *Cfr.* GALIMARD-GALIMARD, *op. cit.* p. 17.

una economía, de un ahorro. Estos dos aspectos son aleatorios, pues si la explotación es deficitaria, no habrá beneficio ni ahorro, sino unas pérdidas que los socios tendrán que soportar. La doctrina francesa destaca en este elemento la dificultad de precisar qué se entiende por beneficio. Igualmente imprecisa es la otra finalidad alternativa de búsqueda de una economía. El Código no aclara qué es lo que se puede pretender economizar, lo que dificulta determinar las inclusiones posibles dentro del concepto de sociedad³¹. Este mismo elemento resulta peligroso, pues puede convertir en sociedades a las asociaciones (que llegan a ser una variada mayoría³²) que persigan de alguna manera una economía, desde asociaciones deportivas, turísticas, etc., pues basta que se entienda que pretenden realizar una actividad en condiciones menos onerosas que las ofrecidas por empresas comerciales. Para evitar este resultado excesivo habría que exigir al menos, para que de sociedades propiamente dichas se trate, que las personas jurídicas tengan por *objeto principal* la realización de una economía.

En definitiva, la misma inclusión de esas dos finalidades en un mismo concepto de sociedad no escapa a la crítica, en cuanto según el fin puede darse nacimiento a realidades distintas, siendo siempre asociaciones, que en realidad tienen bien poco en común³³.

De otro lado debe tenerse en cuenta que en el Derecho privado francés se distinguen tres grandes categorías de personas morales: las sociedades, las asociaciones, y los grupos de interés económico³⁴. Tal vez ahora se ha atenuado la diferencia, tan clara en los primeros años del siglo XX, entre sociedad y asociación. En efecto, los tribunales franceses venían reconociendo que la finalidad de obtener beneficios era precisamente el carácter esencial de la sociedad, el que la distingue de la asociación. Y el artículo 1.º de la Ley de 1 de julio de 1901, relativa al contrato de asociación, lo definía así: «Asociación es aquella convención por la cual dos o

³¹ GUYON, Y., *Droit des affaires*, París, 1980, pág. 104, se pregunta: «*Mais des groupements ont aussi pour objet des économies d'énergie, une diminution de la pollution, c'est-à-dire une "économie" des éléments qui composent l'environnement, etc. Faut-il les considérer comme des sociétés, en application de l'art. 1832 nouveau? Une réponse affirmative semble difficile...*».

³² En cuanto a la distinción en Derecho francés entre sociedad y asociación, vid. RIPERT, G. y ROBLOT, R. (GERMAIN, M.), *Traité de Droit commercial*, 15.ª ed., París, 1993, pp. 553 ss.

³³ Así la realización de beneficios tiene un carácter colectivo, que no pasa a nivel individual más que con ocasión de su reparto; mientras que la búsqueda de una economía tiene siempre un carácter individual, la voluntad de cooperar de los asociados está menos afirmada. Igualmente distinto es el funcionamiento financiero. Cfr. GUYON, *ibidem*, p. 105.

³⁴ Denominados «GIE», que tienen por objeto el desarrollo de la actividad económica de sus miembros, cada uno de los cuales conserva su independencia jurídica. No se persigue directamente la obtención de beneficios, ahora bien si los hay se adquieren inmediatamente por los miembros. Sobre las características de estos grupos, vid. v. gr. MERCADAL, M. B. y JANIN, M. P., *Mémento pratique Francis Lefevre. Sociétés Commerciales, 1991*, París, 1990, pp. 1195 ss., núm. 3970 ss.

Tampoco la doctrina francesa parece estar demasiado satisfecha con la forma de solucionar la diversidad de personas jurídicas, pues se echa de menos una clarificación y distinción entre sociedades, asociaciones y GIE.

más personas ponen en común, de una manera permanente, sus conocimientos o su actividad con un fin distinto del de repartirse los beneficios». (No obstante, la claridad del criterio diferenciador fracasaba respecto a las asociaciones con finalidad no desinteresada, que ejerciendo actividades económicas y obteniendo beneficios, sin embargo, eran consideradas como asociaciones en cuanto no distribuían dividendos). Existen asociaciones que no proponiéndose claramente la finalidad de obtener beneficios, sin embargo persiguen un cierto interés pecuniario de sus asociados; así sucede con las sociedades cooperativas de consumo y las sociedades de socorros mutuos. De tal modo que el legislador ha venido asimilando a la sociedad tales agrupaciones³⁵. Ya la ley de 10 de septiembre de 1947 incorporó las cooperativas a la categoría de las sociedades. Lo mismo se ha hecho posteriormente con las sociedades de seguros mutuos, las sociedades para la construcción y las sociedades civiles «profesionales de medios»³⁶.

Junto a la anterior finalidad positiva de la sociedad que impone el Código Civil francés, hay que considerar el último inciso del artículo 1832 que se refiere a la obligación de repartir las pérdidas. La participación en los beneficios y en las pérdidas es esencial en el contrato de sociedad. En realidad esta obligación tiene significado distinto según se trate de una sociedad que persiga netamente la obtención de beneficios o de aquéllas otras que busquen una economía, pues en las primeras la participación en las pérdidas tiene un carácter excepcional, no así en cambio en las otras en que la puesta en común de medios entraña ya de por sí unos gastos, que deben ser cubiertos por las distintas modalidades de cotización de los socios.

El artículo 1844-1 dispone que salvo estipulación contraria en los estatutos, cada socio deberá contribuir a las pérdidas proporcionalmente a la parte del capital que ostente. Se tiene por no escrito el pacto por el que se atribuya a un socio la totalidad del beneficio social o se le exonere en las pérdidas, y aquéllos otros en que se excluya a un socio de la participación en las ganancias o se le haga cargar con la totalidad de las deudas. Se trata de un precepto similar, en sus consecuencias, al que establece nuestro Código en el artículo 1689, y además resulta del mismo una prohibición del pacto leonino tal como hace el Código español en el artículo 1691 (y veremos igualmente con el italiano).

Además de los requisitos que resultan del concepto legal de sociedad, sobre la posibilidad de constituirla pesa un límite impuesto por el artículo 1833, que es concordante con lo dispuesto por nuestro Código en el artículo 1666. Dice el precepto francés que «*Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés*». Lo que dicho precepto no previene (a diferencia del nuestro y en parte del corres-

³⁵ Cfr. COLIN-CAPITANT, *op. cit.*, pp. 615-616. Cfr. GUYON, *op. cit.*, p. 101.

³⁶ *Vid.* pp. 189 ss. de mi trabajo «Las sociedades de profesionales en Derecho comparado», comunicación (al Congreso del mismo título) publicada en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pp. 155 a 208.

pondiente italiano), es la sanción por ilicitud del objeto y el destino, en caso de que sea la disolución, de los bienes de la sociedad.

Por objeto de la sociedad no hay que entender el objeto de la obligación asumida por los asociados, sino la causa de tal obligación, es decir, el fin que los promotores de la sociedad se han propuesto. Los tribunales tienen la posibilidad de investigar si lo enunciado en los estatutos concuerda con el fin real de la sociedad que sólo debe tomarse en consideración desde el punto de vista de la licitud.

El artículo 1835 del Código Civil francés constituye otra disposición imperativa, que necesariamente debe ser observada en la constitución de la sociedad. Se refiere a que los estatutos de la sociedad deben constar por escrito, y deben contener o enunciar las aportaciones de cada asociado, la forma de la sociedad, su objeto, la denominación o razón social, el capital, duración de la sociedad y modalidades de funcionamiento (a diferencia de nuestro contrato de sociedad, que sólo precisa de forma escrita con carácter excepcional, y sin que su omisión afecte a la validez misma del contrato).

Un nuevo límite es el relativo a la duración temporal de las sociedades, ya que todavía el artículo 1838 francés (en el capítulo dedicado a las disposiciones generales) les da una vida máxima de noventa y nueve años: «*La durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans*». Confróntese con nuestro artículo 1680 del Código Civil que establece varios criterios sobre la duración de la sociedad, y como subsidiario se refiere a la vida de los asociados.

Entre las características enunciadas de la sociedad en el Código francés, hay algunas de importancia tan señalada que su incumplimiento es capaz de originar la nulidad de la sociedad. El artículo 1844-10 del Código Civil francés dispone con criterio restrictivo que la nulidad de una sociedad solamente puede resultar ya de las causas que provocan la nulidad de cualquier contrato, ya de la violación de lo dispuesto en los artículos 1832 (que, según hemos visto, recoge el concepto mismo de sociedad), en el primer párrafo del artículo 1832-1 (respecto a las sociedades entre esposos), y en el artículo 1833 (licitud del objeto y comunidad del mismo para todos los socios); de tal modo que las cláusulas estatutarias que sean contrarias a alguna disposición imperativa del título IX (que es precisamente el dedicado a la sociedad) y que no estén sancionadas con la nulidad de la sociedad, simplemente se considerarán como no escritas.

C) LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD

A partir del Código Civil la doctrina y la jurisprudencia francesas (con base en los arts. 529 del Código Civil francés y 69-6.º del Código de procedimiento civil) admitieron que las sociedades mercantiles son personas jurídicas, es decir que constituyen sujetos de derecho distintos de los seres humanos que los componen. Pero por el contrario, tratándose de sociedades de naturaleza civil, se concluía que no habían sido consideradas por el

legislador como tales personas jurídicas, constituyendo, por consiguiente, simples casos de indivisión. Sin embargo, la Sala de revisiones del Tribunal de Casación abandonó esta postura a partir de 1891³⁷.

En la actualidad y a diferencia de lo que sucede con otros países del entorno (como Italia, Alemania o Bélgica, en que puede indentificarse la modalidad societaria), la sociedad civil sí goza en Derecho francés de personalidad jurídica (coincidiendo por tanto con nuestro CC), y así lo reconocieron tanto la doctrina como la jurisprudencia de acuerdo a lo establecido por el Código en los artículos 1832 y siguientes³⁸. De cualquier modo la Ley 78-9, de 4 de enero de 1978 que reformó el Código Civil, puso fin a la controversia durante mucho tiempo mantenida a propósito de la personalidad de la sociedad civil, siguiendo el sistema de la inmatriculación para que puedan gozar de ella las sociedades (y precisamente a partir de ese momento): con lo que aplica a todas las sociedades lo que antes era una previsión para las sociedades mercantiles nada más³⁹. Con la inmatriculación en el registro de comercio, el contrato de sociedad deja de ser un simple acto jurídico y adquiere existencia como persona, individualizada, goza de capacidad jurídica y por lo tanto se distingue de la persona de los asociados⁴⁰.

El actual artículo 1842 del Código Civil francés señala que las sociedades distintas a las sociedades en participación gozan de la personalidad moral a partir de su inmatriculación, y hasta ese momento las relaciones

³⁷ Cfr. COLIN-CAPITANT, *op. cit.*, pp. 630-633. Cfr. RIPERT, G. y ROBLLOT, R. (GERMAIN, M.), *Traité de Droit commercial*, 15.º ed., París, 1993, pp. 560 ss. Cfr. GUYON, Y., «Droit des affaires», París, 1980, pp. 118 ss.

³⁸ Cfr. SIMONART, V., *op. cit.*, pp. 103-104.

No solamente existe en cuanto a la personalidad jurídica una coincidencia de nuestro Código con el francés, sino más aún una marcada influencia de éste en aquel otro. Cfr. CAPILLA RONCERO, F., *La sociedad civil*, Bolonia, 1984, pp. 379-380. En el Derecho francés «... se trasporta al modesto ámbito de la sociedad civil toda la problemática de la personalidad jurídica, intentando explicar toda su normativa desde la óptica de que la sociedad es un ente distinto de los socios, y llegando afirmaciones que están en absoluta contradicción con el espíritu de las normas concretas reguladoras del contrato de sociedad civil». // «Y si en el vecino país la construcción de la personalidad de la sociedad civil es obra de la doctrina y jurisprudencia que abusan de la inversión dogmática, en España, a consecuencia de lo tardío de nuestra definitiva codificación civil, se reciben las consecuencias de la elaboración francesa, dándole acogida, no sólo en las obras de los teóricos, sino en el propio texto normativo del Código. Y así, se proclama en el artículo 1669, la personalidad de la sociedad civil, pero sin que, a la vez y salvo alguna excepción en buena medida inútil —como ocurre con el primer inciso del art. 1669—, se proceda a alterar de manera sustancial el articulado regulador de la sociedad civil, dando legislativamente acogida clara a todas esas pretendidas consecuencias de la personificación. Se mantiene una normativa fundada sobre la tradición romanista heredada a través de, fundamentalmente, de la obra de Pothier, y se le añade la personalidad».

³⁹ Cfr. GALIMARD, M. y GALIMARD, B., *Les sociétés civiles*, 2.º ed., París, 1989, p. 11.

⁴⁰ Cfr. MERCADAL, M. B. JANIN, M. P., *Mémento pratique Francis Lefevre. Sociétés Commerciales*, 1991, París, 1990, p. 103, núm. 300. En cuanto a los aspectos implicados en la adquisición de personalidad, existencia como persona jurídica, individualización de la sociedad y capacidad jurídica, *cfr. ibidem*, núms. 301 a 306, 370 a 404 y 410 a 458, respectivamente.

entre los asociados son regidas por el contrato de sociedad y por los principios generales del derecho aplicable a los contratos y las obligaciones.

En Francia puede establecerse el estatuto de cualquier sociedad mediante escritura auténtica o por escritura privada, siempre que no resulten de aplicación las reglas que hagan exigible lo primero (lo que sucede cuando se trata de aportaciones inmobiliarias). Un extracto del acto constitutivo se publica en un periódico habilitado para recibir anuncios legales, y se insertará un aviso en el *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* anexo al *Journal officiel*. Cuando se han cumplido las demás formalidades, la sociedad solicita su inmatriculación en el Registro de comercio y de sociedades, la que le conferirá personalidad jurídica. El secretario del Tribunal de comercio («*greffier du tribunal de commerce*») correspondiente al domicilio social, tiene la responsabilidad de asegurarse de que se cumplen las condiciones de regularidad en la constitución de la sociedad, lo que supone que se le encomienda el control de legalidad⁴¹.

Puede verse pues que dicho artículo 1842 ofrece diferencias evidentes con nuestro artículo 1669 del Código Civil: para empezar el primero condiciona la aparición de la personalidad a un acto formal, mientras que la sociedad civil del Derecho español no precisa reunir en todo caso exigencias de publicidad legal para quedar personificada; ni tan siquiera es uno de sus requisitos el acceso a Registro alguno, de tal modo que muchas veces basta la simple publicidad de hecho para que una sociedad civil quede investida de personalidad jurídica.

Ahora bien, lo que es claramente distinto en el Derecho francés y el español es el procedimiento para la obtención de la personalidad jurídica, pero tal vez no tanto las consecuencias de no tenerla. Aunque creo que el criterio que puede descubrirse en la jurisprudencia a propósito del ámbito de aplicación del artículo 1669-2 del Código Civil, es que las relaciones internas se rigen por las reglas de la comunidad de bienes, tampoco puedo dejar de advertir que ha sido bastante frecuente que la doctrina española considere que las sociedades irregulares, pese a esta calificación, siguen existiendo como tales sociedades y ello debería propiciar que *ad intra societatis* se les aplicasen las normas previstas por el Código Civil para

⁴¹ Cfr. SIMONART, V., *op. cit.*, p. 79.

Puede verse un práctico esquema de la cronología para la constitución de sociedades, en GALIMARD, M. y GALIMARD, B., *Les sociétés civiles*, 2.ª ed., París, 1989, pp. 123 ss.

Cfr. «*Formation du contrat de sociétés*», para las sociedades personalistas, en RIPERT, G. y ROBLOT, R. (GERMAIN, M.), *Traité de Droit commercial*, 15.ª ed., París, 1993, especialmente pp. 613 ss.

Quando se trate de sociedades civiles debe tenerse en cuenta, respecto las condiciones de forma, que el consentimiento de los asociados se manifiesta por la firma de los estatutos. Los fundadores y los representantes legales deben cumplir las formalidades de publicidad, que se culminan por la inmatriculación en el Registro de comercio (llevado por el *greffier di tribunal de commerce*). La sociedad no goza de personalidad sino a partir de aquélla. Cfr. GUYON, Y., «*Droit des affaires*», París, 1980, p. 207.

Vid. la conexión entre técnica de exigencia de publicidad y el concepto de irregularidad, para el Derecho francés y en general en Derecho comparado, en GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades*, tomo I, Madrid, 1976, pp. 232-237.

las sociedades, además de aquellas por las que los socios hubiesen acordado gobernarse.

D) CLASES DE SOCIEDADES

Tradicionalmente se distinguía en Derecho francés entre sociedades civiles y sociedades mercantiles de un lado, y dentro de las civiles aún podía calificarse (como en el nuestro se hace) entre sociedades universales y particulares (antiguamente denominadas *sociétés taisesibles*, «sociedades silenciosas»). De todos modos, ya la doctrina venía poniendo de manifiesto la inutilidad, o infrecuencia al menos, de las universales, y advertía que «*les sociétés sont presque toujours, en fait, des sociétés particulières*»⁴². La redacción actual del Código ni siquiera recoge esta distinción entre sociedades universales y particulares.

Se consideraban sociedades civiles todas aquéllas cuyo fin no era el comercio, pues el artículo 1 CdC calificaba de mercantil una sociedad «... cuando ha sido creada para llevar a cabo operaciones mercantiles»⁴³. Sin embargo la distinción se atenuaba en la práctica, pues también las sociedades civiles podían acogerse a algunos beneficios previstos para las mercantiles por la Ley de 24 de julio de 1867.

En cuanto a las sociedades civiles con forma mercantil estaban sometidas, como reconocía la jurisprudencia, a la normas del Código Civil. Sin embargo una Ley de 1 de agosto de 1893 dispuso en su artículo 68 que «*sea cual sea su objeto, las sociedades comanditarias o anónimas que se constituyan bajo las formas del Código de Comercio o de la presente ley, serán comerciales y estarán sometidas a las leyes y usos del Comercio*».

Ahora las diferencias entre una y otra clase de sociedades han perdido importancia, pues tras la reforma de 1978 el artículo 1834 declara aplicables a toda clase de sociedades las normas del título IX del Código (que hasta ahora he venido refiriendo), si la ley no dispone otra cosa en razón de su forma o de su objeto. Dicha Ley de 4 de enero de 1978 (incorporada a los artículos 1845 a 1870-1 del Código) produjo una aproximación del estatuto de las sociedades civiles al propio de las sociedades comerciales⁴⁴, y en general una modernización de las sociedades civiles, cuyo estatuto databa de 1804 y permaneció durante mucho tiempo anticuado y regulado por disposiciones fragmentarias. En la actualidad, las diferen-

⁴² Así PLANIOL-RIPERT, *cfr. Traité Pratique de Droit Civil Français*, tome XI, deuxième partie, 2.^e ed., París, 1954, p. 245. En el mismo sentido se pronuncian COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, p. 628. Con arreglo al artículo 1841 del Código de Napoleón, la sociedad particular era aquella que no se aplica más que a cosas determinadas, o su uso, o a los frutos a percibir.

⁴³ *Cfr. COLIN-CAPITANT, op. cit.* pp. 623 ss.

De las sociedades civiles solamente se puede dar una definición negativa: son civiles aquellas sociedades a las que la ley no atribuye otro carácter en virtud de su forma, de su naturaleza o de su objeto. *Cfr. GUYON, op. cit.* p. 205.

⁴⁴ *Cfr. GUYON, op. cit.* pp. 205 ss.

cias entre sociedades civiles y mercantiles pueden cifrarse en que estas últimas son las únicas a las que se aplican ciertas reglas propias de los comerciantes, como las que determinan la competencia de los tribunales de comercio, el régimen de prueba, obligaciones contables, el régimen impositivo, etc., igualmente es diferente la prescripción, y el régimen de responsabilidad de las obligaciones⁴⁵.

En la aproximación experimentada por las sociedades civiles y las mercantiles debe tenerse en cuenta el artículo 1845, contenido en la Sección de disposiciones generales del capítulo segundo (relativo a la sociedad civil), del título IX. Tal precepto dispone que:

«Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toutes les sociétés civiles, à moins qu'il n'y soit dérogé par le statut légal particulier auquel certaines d'entre elles sont assujetties.

Ont le caractère civil toutes les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature, ou de leur objet.»

El último párrafo da una definición negativa de las sociedades civiles, siendo aquellas a las que la ley no atribuya un carácter distinto al civil en razón bien de su forma, o de su naturaleza o de su objeto. Y en cuanto a la primera parte del artículo, hay que considerar que en el Derecho francés puede distinguirse un régimen de derecho común, y junto a él existen numerosos estatutos derogatorios de frecuente aplicación. Como los relativos a ciertas profesiones reglamentadas (las de notarios, funcionarios —«*huissiers*»—, etc.); también tienen un estatuto derogatorio, contenido en leyes especiales, las actividades inmobiliarias de construcción o de inversión inmobiliaria, las actividades agrícolas y el ejercicio en común de profesiones liberales (como médicos, abogados, etc.).

En definitiva las sociedades civiles tienen en el Derecho francés un significado distinto que en el español, donde conservan todavía una cierta independencia formal y autonomía aunque sea mediante su «comercialización» (también se asemejan a lo que sucede en nuestro país, pues igualmente han perdido mucho terreno en beneficio de las sociedades comerciales). Por lo mismo, debería parecer que el fenómeno de las sociedades civiles irregulares está llamado a desempeñar un papel distinto; no es la menor de las causas que lo que condiciona el disfrute de la personalidad es la inmatriculación, y no la simple publicidad de hecho (en los términos del art. 1669 del CC español, cuando no se exijan manifestaciones de publicidad de derecho), lo que a su vez determina que haya en el país vecino menos posibilidades que en el nuestro de que la sociedad civil irregular se emplee —como muchas veces ha sucedido— como cajón de sastre

⁴⁵ Cfr. RIPERT, G. y ROBLOT, R. (GERMAIN, M.), *Traité de Droit commercial*, 15.ª ed., París, 1993, pp. 580-581. En cuanto a las clases de sociedades mercantiles, puede verse un cuadro clasificatorio *ibidem*, pp. 583-585.

de la irregularidad societaria, y en cambio ese papel está llamado a corresponderles a las «*sociétés de fait*».

E) SOCIÉTÉ DE FAIT, SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT, SOCIÉTÉS EN FORMATION, SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION, Y LAS SOCIEDADES «IRREGULARES»

En atención a los conceptos que se vienen examinando, puede plantearse la existencia de sociedades civiles irregulares semejantes a las nuestras respecto de varios tipos de fenómenos: las *sociétés de fait* («*sociétés créées de fait*» y «*sociétés de fait*»), las sociedades no inmatriculadas, o las sociedades en formación, y las sociedades en participación. Y, aún estando pendiente la ultimación de concordancias específicas, debo anticipar que la noción de irregularidad aparece de la misma manera en los Derechos francés y español, al menos en su función de designar las alteraciones experimentadas sobre los modelos típicos de sociedad, caracterizados además en el caso francés porque la necesaria inmatriculación forma parte de los requisitos de regularidad⁴⁶.

La noción de sociedad irregular, en sentido amplio, también se parece bastante a lo que se puede obtener en vista del Derecho y de la jurisprudencia española, por otra razón: que la irregularidad (entendida como equivalente a defectos formales) puede redundar en que la sociedad a que afecte no obtenga su personificación. Más precisamente al ser el sistema francés perteneciente al tipo formalista, las sociedades dependen de la inmatriculación para obtener personalidad jurídica: si no reúnen las circunstancias objetivas exigidas por la ley no se permitirá su inscripción en el Registro correspondiente, y sin ella no se conseguirá la personalidad (a diferencia de lo que sucede con las sociedades en países que siguen el sistema de libre constitución, en que al margen de las sanciones que la irregularidad pueda comportar, esa circunstancia no afecta propiamente a la personalidad jurídica)⁴⁷. Aquel parecido a que me refería, consiste en que también en nuestro país las sociedades irregulares por no cumplir las formalidades prevenidas por la ley para el tipo societario de que se trate (civil o mercantil) se ven privadas de personalidad (pese a las discusión que sobre este extremo se mantiene en la doctrina).

Insisto en los extremos anteriores, utilizando el término «sociedad irregular» en su acepción más amplia posible, en el sentido de sociedad que no se somete exactamente a una regla general, y también con el alcance de designar concretamente a las sociedades que padecen ciertas deficiencias formales, puede concluirse en vista del Derecho francés que efectivamente existe esta modalidad aunque no exactamente de la misma

⁴⁶ Así puede verse cuando doctrina estudia dentro de la irregularidad los supuestos de nulidad de las sociedades. *Cfr. v. gr., RIPERT-ROBLOT, op. cit., pp. 618 ss.*

⁴⁷ *Cfr. SIMONART, op. cit., pp. 342-345.*

manera que en el español. En el extremo contrario cabría decir que la mayor diferencia entre uno y otro derecho (en cuanto a la sociedad civil irregular) radica en que no contiene el francés un precepto que sea *exactamente* equiparable a nuestro artículo 1669 del Código Civil⁴⁸, en cuanto a la causa determinativa de la irregularidad: ya que el sistema de uno y otro es sustancialmente distinto, y el Código francés exige una inmatriculación que no se corresponde con exigencia alguna del Código Civil español de que las sociedades civiles deban inscribirse en un Registro. La diferencia es de enfoque o perspectiva en cuanto a la propia personalidad jurídica de las sociedades civiles, por más que la sociedad civil francesa (distintamente de lo que sucede en Derecho italiano) se asemeje a la nuestra en que ambas pueden gozar de personalidad jurídica. Aquella diferencia limita en mucho la utilidad de los parámetros comparativos que podrían establecerse, pues la igualdad de resultados no se corresponde con una homogeneidad de presupuestos.

Con todo, vamos a detenernos brevemente en ver cómo se articula la personalidad con el contrato de sociedad preexistente antes de esa operación formal que es la inmatriculación de la *société*.

Lo que indica el artículo 1842 del Código Civil francés es que:

«Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur inmatriculation.

Jusqu'à l'inmatriculation les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations».

Si en efecto este fuera el correlato más próximo de lo que dispone nuestro artículo 1669 del Código Civil, pueden obtenerse entre uno y otro, junto a su semejanza, algunas diferencias adicionales sobre lo ya apuntado. La situación a que se refiere el párrafo segundo de dicho artículo 1842 es realmente coincidente con el supuesto de hecho de aquel otro artículo 1669: ambos se refieren a sociedades que carecen de personalidad jurídica, en el caso español por falta de publicidad del pacto y de la relación societaria, en el francés por la falta del requisito previo para obtener personalidad moral, la inmatriculación. Sin esos requisitos de regularidad las sociedades no existen como sujetos de derecho, no gozan de una personalidad que interponer a la de sus miembros. Hasta aquí su temática es la misma, pero aparentemente al menos no hay absoluta coincidencia en el modo de reglamentarla. El legislador español somete la sociedad civil

⁴⁸ Tampoco habría de parecer demasiado riguroso que se exija una acusada similitud entre los correspondientes preceptos de los Códigos Civiles francés y español, si se tiene en cuenta la deuda de influencia que mantiene en general el nuestro sobre aquél. Aunque en realidad nuestro artículo 1669 del Código Civil tuvo un génesis muy particular. Cfr. CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXI, vol. 1, Madrid, 1986, pp. 41 y 42, en donde explica el estado legislativo y de elaboración del nuevo Código que pudieron llevar a GAMAZO, a introducir tanto el artículo 1669 como el 1670.

irregular (aunque –según creo– solamente en las relaciones internas), a las normas de las comunidades de bienes (cfr. párrafo segundo, art. 1669 del CC), aunque la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que ello no convierte en una comunidad de bienes lo que sigue siendo una sociedad aunque irregular; aquello supone a su vez que, como resulta del segundo párrafo del artículo 392 del Código Civil, se dé preferencia al propio pacto entre los socios. En cambio el francés, aunque también remite la regulación de las relaciones entre los *asociados* a lo que hayan pactado por el contrato de sociedad, parece considerar la situación como contractual pues además de lo anterior declara aplicables los principios generales del derecho sobre obligaciones y contratos. Por lo demás la doctrina francesa no parece ser demasiado unánime a la hora de explicar qué suponen esas remisiones en cuanto a las relaciones internas de las sociedades no inmatriculadas, se discute si son sin más situaciones de indivisión o de sociedad de hecho⁴⁹.

El artículo 1843 del Código Civil francés dispone que «*Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation, avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci*».

Se trata de un precepto que, en cuanto establece la responsabilidad de quienes hayan contratado en nombre de una sociedad antes de inmatricularse, de forma solidaria si la sociedad es comercial, recuerda mucho a lo dispuesto en el artículo 120 CdC español en cuanto a la responsabilidad de los gestores de una sociedad mercantil irregular. También puede relacionarse el artículo 1843 del Código Civil francés –en el ámbito de nuestro CC– con lo establecido en los arts. 1697 y 1698 respecto de cuándo resultan obligados la sociedad o los socios por los contratos celebrados con terceros⁵⁰.

Por otra parte, ya queda sugerido que cabe distinguir en la vida inicial de la sociedad varios momentos o estadios (que, curiosamente, todos ellos pueden ser designados con el término *société*): la sociedad como contrato, la sociedad que se está formando, y por fin la sociedad como persona moral (tras la inmatriculación). La «*société en formation*» se corresponde únicamente con la que va a ser sociedad-persona moral: «*Le législateur n'a pris en considération que la création d'une société personifiée: l'article 1843 du Code civil vise, en effet, expressément "la société en formation avant l'immatriculation". De même, la*

⁴⁹ Cfr. GALIMARD-GALIMARD, *op. cit.* pp. 23 ss. En cualquier caso el régimen de la indivisión y el de la sociedad resultan muy parecidos, e incluso cabe preguntarse si no puede resultar aquel más ventajoso que este otro (cfr. *ibidem*, p. 61).

Cfr. BEZARD, M. P., *Les sociétés civiles*, París, 1979, p. 119.

⁵⁰ Sobre las consecuencias y ámbito de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1843 del CCf, vid. RIPERT, G. y ROBLLOT, R. (GERMAIN, M.), *Traité de Droit commercial*, 15.ª ed., París, 1993, pp. 610-613.

*différence de rédaction entre les deux alinéas de l'article 1842 (emploi du terme "société" dans le premier et des termes "contrat de société" dans le second) montre que, par «société» il faut entendre la personne morale, non le contrat»*⁵¹. En la calificación de la sociedad en formación juega por tanto un papel importante la voluntad de los socios, aunque la sociedad sólo se forme definitivamente cuando adquiere personalidad el día de la inmatriculación. Lo que no impide que la sociedad como contrato (en el sentido en que se emplea la expresión *contrat de société*) se constituya desde la firma de sus estatutos⁵². Desde ese momento, estando pendiente la inmatriculación, el contrato tampoco deja de producir efectos de cara a sus otorgantes, y los socios quedan vinculados por su promesa de verificar las aportaciones a que se comprometieron, a cuidarse de la conservación de tales bienes, y a dar cuenta a la sociedad de los frutos que produzcan a partir de la conclusión del contrato. Sin embargo el transferimiento a la sociedad de las aportaciones, así como los riesgos que puedan afectarles, solamente llega a producirse desde la inmatriculación⁵³.

Las «*sociétés en participation*» son fenómenos societarios, cuya distinción con las sociedades de hecho (exactamente con la *société créé de fait*) puede ser muy costosa, no en vano el artículo 1873 del Código Civil francés declara aplicables a estas últimas las disposiciones del capítulo dedicado a aquellas otras⁵⁴. Para entender por qué digo que en Derecho francés puede encontrarse aquí una similitud (entre otras que también estoy tratando) con los fenómenos de irregularidad societaria (en sentido amplio) que aparecen en nuestro país, basta con observar que el artículo 1871 del Código Civil francés (primero de los dedicados a la *société en participation*) define una situación en que se ha acordado la no inmatriculación de una sociedad (es decir, se ha prescindido de la correspondiente personalidad jurídica⁵⁵):

«Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors «société en participation». Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous les moyens.

⁵¹ Cfr. MERCADAL, M. B. y JANIN, M. P., *Mémento pratique Francis Lefevre. Sociétés Commerciales, 1991*, París, 1990, pp. 103-104, núm. 302.

⁵² Cfr. MERCADAL-JANIN, *ibidem*.

⁵³ Cfr. RIPERT-ROBLOT, *op. cit.*, p. 609; y en general sobre la *société en formation*, cfr. *ibidem*, pp. 607 ss.

⁵⁴ Para TEMPLE, *op. cit.*, pp. 159-160, su diferenciación podía establecerse atendiendo al distinto carácter de una y otra: la sociedad de hecho tiene un carácter público u ostensible, mientras la sociedad en participación ha sido considerada tradicionalmente como una sociedad oculta. La conclusión de su diferencia es que «*Il n'y a donc lieu de soutenir que des sociétés en participation peuvent être créées de fait*».

⁵⁵ Y se ha prescindido igualmente del medio de publicidad legal para lograrla, la inmatriculación; lo que aproxima esta sociedad a nuestra sociedad civil que tampoco precisa de inscripción registral.

Les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation, sous réserve de ne pas déroger aux dispositions impératives des articles 1832, 1832-1, 1833, 1836 (2. al. etc.), 1841, 1844 (1. al. etc.) et 1844-1 (2. al. etc.).»

El artículo siguiente, el 1871-1, en cuanto al régimen de la sociedad en participación, remite a las normas de la sociedad civil cuando tenga este carácter, o a las de la sociedad en nombre colectivo cuando tenga naturaleza comercial, y siempre que no se haya previsto una organización diferente para las relaciones entre los socios.

Los artículos 1872 y 1872-1, desarrollando las consecuencias de la sociedad en participación, se ocupan del régimen de titularidad de los bienes y de la responsabilidad contractual frente a terceros. Puntualiza el primero de ellos que en cuanto a terceras personas cada socio sigue siendo propietario de los bienes que haya puesto a disposición de la sociedad (a salvo los supuestos en que se entienda que existe una situación de indivisión entre los asociados). La contratación de los socios con terceros se realiza en su propio nombre, siendo los únicos que quedan vinculados, salvo que los asociados hayan actuado ante los terceros en su calidad de tales, en cuyo caso serán responsables en forma solidaria o bien en forma conjunta (según la naturaleza civil o mercantil de la sociedad en participación)⁵⁶. Estos términos en sus líneas generales no dejan de resultar familiares para la manera en que pueden explicarse las consecuencias fundamentales de la sociedad civil irregular: responsabilidad personal de los socios, y con sus propios bienes, cuando contratan en su propio nombre con los terceros (cfr. arts. 1669-1, y 1697 a 1699); más difícil resultaría, al menos en vista de la jurisprudencia española, explicar cómo en las relaciones externas los terceros pueden entender que ciertos bienes forman parte de una comunidad de bienes a la que pertenecen los socios de una irregular.

Otro intento de emparejar la noción de sociedad civil irregular con la que pueda ser su equivalente en Derecho francés, se refiere a lo que en este último se denominan sociedades de hecho. En realidad a propósito de esta última categoría lo que sucede es que, tal como ya se dijo, el Derecho francés conoce las modalidades (teóricamente distintas entre sí) de

⁵⁶ Dice el artículo 1872-1: «*Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers.*

Toutefois, si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas.

Il en est de même de l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, ou dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit.

Dans tous les cas, en ce qui concerne les biens réputés indivis en application de l'article 1872 (al. 2 et 3), sont applicables dans les rapports avec les tiers, soit les dispositions du chapitre VI du titre I du livre III du présent code, soit, si les formalités prévues à l'article 1873-2 ont été accomplies, celles du titre IX bis du présent livre, tous les associés étant alors, sauf convention contraire, réputés gérants de l'indivision.»

«*société créé de fait*» y «*société de fait*»⁵⁷. Chocan esas expresiones con el término equivalente en Derecho español, en primer lugar, por tratarse de una dualidad para la que no se ve correspondencia inmediata y exacta con lo que entendemos por «sociedad de hecho»; ya que la jurisprudencia ha adoptado la referencia única a sociedad de hecho para designar un amplio conjunto de situaciones societarias caracterizadas por una deficiente explicitación del vínculo contractual.

Y tal vez la principal novedad, con lo que entre nosotros se ha entendido por sociedad de hecho, es que en Francia puede constituir una forma específica de sociedad; aunque no sea demasiado exacto, podría decirse que lo que el Tribunal Supremo español entiende por sociedad de hecho es desde luego una manifestación societaria, pero que se produce al margen de la previsión del legislador en materia de sociedades; en cambio la *société de fait* está expresamente prevista en el Código francés como una posibilidad más a que pueden acogerse quienes deseen constituir un vínculo societario. Puede hablarse así, en la medida en que el artículo 1873 del Código Civil francés dispone que son aplicables a la *société créé de fait* las normas que el Código dedica a la *société en participation*⁵⁸.

Por otra parte, y pese a lo anterior, lo cierto es que el *Code* no da una definición de *société créé de fait*. «*La société crée de fait résulte du com-*

⁵⁷ No son demasiado abundantes las obras monográficas dedicadas a las sociedades de hecho en Derecho francés. Lo cual tampoco plantea en la tarea que ahora abordo una excesiva dificultad, habida cuenta de que se trata de buscar posibles correlaciones, algo parecido a lo que representa el artículo 1669 del Código Civil, en otros derechos, sin que pueda decirse –al menos por lo visto hasta ahora del Derecho francés– que el paralelismo en cuestión exista de forma particularmente acusada. De ahí que me preocupe mejor el exponer la gama de los fenómenos societarios más o menos irregulares, sin proponerme desarrollar en profundidad ninguno de ellos, ya que como digo, no responden simétricamente a la noción de irregularidad civil existente en Derecho español.

Entre los trabajos que se irán citando, merece destacarse por su extensión el de TEMPLE, H., *Les sociétés de fait*, París, 1975. Precisamente este mismo autor pone de manifiesto un detalle que permite valorar la precisión del significado del término *société de fait*. Parte de la premisa de que toda sociedad de hecho, aunque parezca una tautología, presupone la existencia de un hecho material sin el cual aquella noción carecería de sentido; al mismo tiempo este dato permite distinguir las sociedades de hecho de ciertas situaciones patológicas que no pueden recibir su mismo tratamiento y que son meramente ficticias. Una observación atenta de las sociedades de hecho permite constatar su gran diversidad, de tal manera que la doctrina ha planteado si existe una sola noción de *société de fait*. Cfr. *op. cit.* p. 69.

⁵⁸ Cfr. SIMONART, V., *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, 1995, pp. 337-338. Señala igualmente la dificultad que puede plantearse para distinguir una de otra modalidad societaria. Pues ninguna de las dos requiere forma escrita en su constitución, ni está sujeta a inscripción en el Registro del comercio y de sociedades, aunque sin embargo ambas tengan que ajustarse a los requisitos que para las sociedades previene el artículo 1832 del Código Civil francés. La «*société en participation*» es una forma de sociedad voluntaria, carente de denominación, sede y patrimonio sociales, a la que los partícipes prefieren no dotar de personalidad jurídica. La otra, se caracteriza por no tener los socios la intención de ejercer su actividad, de ajustarse, dentro del marco de una sociedad.

Sobre las relaciones y diferencias entre sociedades en participación y sociedades de hecho, vid. GUYENOT, J., *Les nouveaux rapports résultant de l'article 1873 du Code civil entre les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les sociétés de fait*, Dalloz, 1979. chron. 155.

*portement de personnes qui, sans avoir pleinement conscience, se traitent entre elles et agissent à l'égard des tiers comme de véritables associés»*⁵⁹. O también puede decirse que aquella expresión designa la situación en que «...*deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, sans avoir exprimé la volonté de former une société»*⁶⁰. Son sociedades tácitas, creadas de hecho, y pueden entenderse como sociedades irregulares, ya que ni precisan de forma escrita ni se publican⁶¹. De la admisibilidad de esta figura resulta en definitiva que, a pesar de lo que dispone el artículo 1835 del Código Civil francés, la forma escrita no es absolutamente necesaria para la existencia de una sociedad⁶².

Cuando se habla de *sociétés de hecho* ha de reconocerse que el propio término puede inducir a la consideración engañosa de que son sociedades que no se ajustan a ninguna regla. Y no es así en Derecho francés, pues no se olvide que son una categoría positivada de sociedad, donde también deben reunir como cualquiera otra lo que son características definitorias de las sociedades en general, y en particular tres de ellas⁶³: *affectio societatis*⁶⁴, aportaciones⁶⁵, reparto de resultados⁶⁶ (tanto de beneficios o economías, como también de las pérdidas). Especialmente debe tenerse presente que, por la remisión que hace el artículo 1873 del Código Civil francés, resulta aplicable a las *sociétés créées de fait* lo que dispone el artículo 1871, segundo párrafo, por el cual se indica que deben respetarse una serie de disposiciones imperativas entre las que se encuentra el propio concepto de sociedad que da el artículo 1832 del Código Civil francés⁶⁷.

⁵⁹ Cfr. MERCADAL, M. B. y JANIN, M. P., *Mémento pratique Francis Lefevre. Sociétés Commerciales, 1991*, París, 1990, p. 1191, núm. 3963.

Otros parecen abrir la posibilidad de que de alguna manera tengan las sociedades de hecho origen más consensuado, cuando se dice que pueden originarse estas sociedades ya a partir de un acuerdo verbal, ya por una forma de colaboración. cfr. GALIMARD, M. y GALIMARD, B., *Les sociétés civiles*, 2.ª ed., París, 1989, p. 13, nt. 8, y la doctrina allí citada.

⁶⁰ Cfr. RIPERT, G. y ROBLOT, R. (GERMAIN, M.), *Traité de Droit commercial*, 15.ª ed., París, 1993, p. 593.

⁶¹ Cfr. GALIMARD-GALIMARD, *ibidem*.

⁶² Cfr. GUYON, Y., *Droit des affaires*, París, 1980, pp. 131-133. «*Il arrive que des personnes ne se préoccupent pas de définir leurs relations, mais se comportent en fait comme des associés*». Los tribunales —añade— admiten entonces que hay una sociedad creada de hecho, a pesar de la ausencia de pacto social escrito o incluso verbal. Una de sus aplicaciones se ha producido a propósito de los convivientes de hecho (*concubins*), cuando además de la comunidad de lecho existe la explotación de un fondo común.

⁶³ Cfr. TEMPLE, H., *Les sociétés de fait*, París, 1975, p. 104. Respecto a las circunstancias referentes a la prueba de que efectivamente concurren esos tres elementos, *vid. ibidem*, pp. 143 ss.

Cfr. DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Illusions et dangers du statut des sociétés créés de fait*, Dalloz, 1982, chron. 83.

⁶⁴ Cfr. TEMPLE, H., *op. cit.* pp. 123 ss.

⁶⁵ Cfr. *idem*, *op. cit.* pp. 104 ss.

⁶⁶ Cfr. *idem*, *op. cit.* pp. 114 ss.

⁶⁷ Lo que tampoco supone que los terceros, que de buena fe hayan creído en la existencia de una relación societaria, tengan que demostrar la concurrencia de los referidos tres elementos; pues los tribunales franceses han establecido que *la apariencia de una sociedad de hecho se aprecia globalmente, independientemente de la existencia aparente de cada uno de esos elementos*. cfr. MERCADAL-JANIN, *loc. cit.*, pp. 1191-1192, núm. 3964.

También interesa apuntar (pues considero que en Derecho español las sociedades de hecho deben incluirse dentro de la irregularidad societaria civil) que cuando se trata de *sociétés de fait* no se las circunscribe al ámbito de las relaciones comerciales: «*Un erreur assez répandue –indica Temple– consiste à cantonner les sociétés de fait au seul domaine commercial. Or, cela accroît encore la diversité du fait matériel, on rencontre assez souvent dans les décisions judiciaires des sociétés de fait dont l'objet est civil*»⁶⁸.

La otra noción, la de *société de fait*, cuando se emplea en sentido estricto por contraposición a la de *société crée de fait* designa la situación en que una sociedad, querida por quienes en ella participan, aunque nula según el Derecho, ha entrado en funcionamiento (pudiendo incluso haber adquirido personalidad jurídica) antes de que sea anulada⁶⁹. Aunque se ha discutido si toda sociedad irregular permite la subsistencia de una sociedad de hecho, debe tenerse presente el actual régimen de inmatriculación de las sociedades por el cual una sociedad que haya entrado en funcionamiento sin estar inmatriculada en el registro correspondiente, jamás ha podido gozar de personalidad jurídica⁷⁰.

Merece aclararse una afirmación anterior, sobre que *société crée de fait* y *société de fait* son nociones distintas. Lo que sucede es que antes de la reforma de 1978 los tribunales empleaban la expresión *société de fait*, mientras que la de *société crée de fait* era infrecuente. Y aunque es esta última la que ha pasado a tener consideración legal (cfr. art. 1873 del CCf), lo cierto es que los tribunales no han alterado la terminología utilizada, y siguen refiriéndose a la *société de fait*. De todas maneras tampoco parece significar esa opción que se atribuya un significado distinto a las expresiones, más bien no tiene consecuencias prácticas, pues las dos comprenden actualmente la misma realidad, con lo que en consecuencia la distancia que separa esos conceptos de nuestra sociedad de hecho no sería tanta⁷¹.

⁶⁸ Cfr. TEMPLE, H., *Les sociétés de fait*, París, 1975, p. 97.

⁶⁹ Cfr. RIPERT-ROBLOT, *op. cit.*, p. 592. Es decir que el término específico de *société de fait* resulta equivalente de nulidad, o si se quiere de irregularidad societaria, y precisamente en este sentido *vid. ibidem*, pp. 618 ss.

GUYON, *cfr. Droit des affaires*, París, 1980, p. 132, designa a la *société de fait* también como *sociedad putativa*. La define como una sociedad querida como tal, que dio lugar a una escritura de sociedad, pero que fue anulada por *irregularidad* en su constitución.

⁷⁰ Cfr. RIPERT-ROBLOT, *op. cit.*, pp. 592-593.

⁷¹ Cfr. MERCADAL, M. B. y JANIN, M. P., *Mémento pratique Francis Lefevre. Sociétés Commerciales*, 1991, París, 1990, p. 1191, núm. 3963.

Cfr. VIDAL, D., *Droit des sociétés*, París, 1993, p. 302: La *société de fait* es la técnica que permite tomar en cuenta la existencia o la actividad de una sociedad dotada de personalidad jurídica, disuelta o anulada; sin embargo es ya un tanto inútil, teniendo en cuenta el sistema legal de nulidad-disolución y la continuación de la personalidad jurídica a efectos de la liquidación de la sociedad. «*La jurisprudence utilise parfois la dénomination "société de fait" pour une situation qui représente une société crée de fait*».

En parecido sentido, de atenuar la importancia de distinguir entre *société crée de fait* y *société de fait*, se manifestaba GUYON, *cfr. Droit des affaires*, París, 1980, pp. 132-133.

Es importante distinguir las sociedades de hecho de las sociedades en formación: basta comprobar que —de acuerdo al artículo 1843 del CCf— quienes han actuado en nombre de una sociedad en formación antes de ser inmatriculada, son personalmente responsables de las obligaciones originadas (sin perjuicio de la posibilidad, contemplada en el mismo artículo, de que una vez inmatriculada la sociedad asuma aquellas obligaciones); los socios no actuantes tampoco resultan vinculados. En cambio, cuando se trata de una *société de fait* (siempre que su existencia como tal pueda determinarse), según se vio anteriormente a propósito del artículo 1872-1, los compromisos asumidos por ciertos asociados y por cuenta de la sociedad obligan a los demás (en forma solidaria, o conjunta, según la naturaleza mercantil o civil de la sociedad) ⁷².

En los términos en que antes he tratado de las *sociétés en formation*, su diferencia característica consiste en que son fenómenos que sólo adquieren relevancia en vista de la adquisición de personalidad mediante la inmatriculación. Mientras que la sociedad de hecho se justifica en sí misma, ya que no pretenden sus componentes ni la inmatriculación, ni consecuentemente la personificación social, existe sin más desde el otorgamiento del contrato correspondiente ⁷³.

Otra categoría societaria, ciertamente irregular, que resulta deudora de los conceptos anteriores es la de las sociedades que no se han inscrito y no van a hacerlo: «*las sociedades no inmatriculadas*». No se trata por tanto de supuestos de sociedad en formación, sino de sociedades que entran en funcionamiento sin proceder a su inmatriculación. Planteando esta hipótesis afirmaba Temple que estas situaciones (que el autor prefiere calificar como de «*sociétés simples*», término aplicable tanto a las sociedades civiles como mercantiles) no pueden ser catalogadas entre los supuestos de *sociétés de fait stricto sensu*, con lo que se preguntaba si debía erigirse una categoría nueva y distinta entre las *sociétés de fait* y las *sociétés créées de fait* ⁷⁴, lo que desde luego no consideraba conveniente. Siendo preferible advertir en primer lugar que aquella nueva especie, contrariamente a lo que el legislador ha querido, debería ser considerada

⁷² Cfr. MERCADAL, M. B. y JANIN, M. P., *Mémento pratique Francis Lefevre. Sociétés Commerciales*, 1991, París, 1990, p. 104, núm. 303.

⁷³ Cfr. MERCADAL-JANIN, *ibidem*. La diferencia entre la *société de fait* y la *société en formation* no es en realidad fácil, a veces solamente se puede establecer en vista de las circunstancias. Para lograrla se suele recurrir a un elemento característico de la existencia de una sociedad de hecho: el comienzo de la actividad social. Pues, por el contrario, los actos realizados por cuenta de una sociedad en formación deben ser simplemente ocasionales, con la única finalidad de preparar el comienzo de la explotación, o conservar las aportaciones hechas a la sociedad. Resulta además curioso, no el que las situaciones *en formation* y *de fait* puedan sucederse, sino el que ocurra que en un mismo colectivo es posible considerar (aunque ha de determinarse caso a caso) que alguno de sus miembros han actuado en nombre de una sociedad en formación, y otros en cambio sean considerados por su conducta como asociados de hecho. No obstante una sociedad no puede ser al mismo tiempo *de fait* y *en formation*.

⁷⁴ No se deje de tener en cuenta además que las causas de nulidad de las sociedades son taxativas, y el defecto de inmatriculación no es una de ellas.

como una sociedad de derecho (por contraposición a las sociedades meramente de hecho). En segundo lugar si efectivamente tales sociedades fueran distintas de las *sociétés de fait stricto sensu*, estarían más próximas a las *sociétés créées fait* cuyo régimen —y es importante resaltarlo— opina que deberían seguir⁷⁵.

Un último apunte. De igual manera que en los otros Derechos a comparar, en el francés también se ha planteado la irregularidad de una manera propia en el dominio de las sociedades de capitales. Aunque ese ámbito y su régimen escapa a mi interés (ya que parto del estudio de cómo se plantea la irregularidad societaria civil, y a lo sumo de las sociedades de base personal), no está de más señalar con algún autor que, en general, la irregularidad societaria mercantil no deja de tener cierta complicación. Si la irregularidad se refiere a sociedades de corte personalista, se les aplica el régimen de la *société de fait*. En cambio las sociedades capitalistas, que por carecer de inscripción no gocen de personalidad jurídica, habrá de distinguirse lo que es la sociedad en formación, de lo que son propiamente dichas sociedades irregulares a las que se les aplicará el régimen de las *sociétés créées de fait*⁷⁶.

V. DERECHO ITALIANO

El Código Civil italiano de 16 de marzo de 1942, reunió en un mismo texto el Derecho civil y el mercantil, derogando el Código de comercio;

⁷⁵ Cfr. TEMPLE, *op. cit.* pp. 188-190, y nt. 535. Resulta particularmente interesante cuando expone la solución que en otros Derechos se ha dado a las sociedades constituidas sin ser inscritas. En particular, en el Derecho alemán pueden apreciarse al respecto tres corrientes distintas: la de quienes creen que la sociedad en vías de constitución es una sociedad civil, los que recurren a la idea de la asociación de derecho civil sin personalidad, y los que opinan que la sociedad será precisamente del tipo elegido por quienes la constituyen.

Cuando se justifica la elección del término de «sociedad simple», explica que tal sociedad será en efecto *simple* por varias razones. En primer lugar por la carencia de personalidad jurídica, y, consecuentemente, por la responsabilidad personal de sus miembros. En segundo lugar también se puede hablar de sociedad simple porque puede permitir la reunificación de las sociedades civiles y de las mercantiles personalistas que han permanecido largo tiempo (y añade aquel autor que de modo artificial) separadas. En este punto me permito llamar la atención sobre que el Tribunal Supremo español con mucha frecuencia ha empleado la noción de sociedad civil irregular en un sentido tan amplio que permitiera dar acogida a fenómenos diversos de alteraciones de la regularidad societaria, independientemente de su naturaleza específicamente civil o mercantil, que se han sometido a una misma solución por el cauce del artículo 1669 del Código Civil. De ahí que, aunque el concepto de «sociedad simple» no tenga mayor relevancia positiva (y sería escasamente peculiar, si fuera cierto que su régimen debe ser el mismo que el de la *sociétés créées fait*), también puede buscarse su equiparación con la noción de sociedad irregular para las sociedades personalistas: responden a la misma idea de ser contratos perfeccionados pero que por circunstancias externas y sobrevenidas (la inscripción registral en algunos casos —sociedades mercantiles en Derecho español, y todas ellas en el francés—, y en cualquier caso por la falta de publicidad), no se han personificado.

⁷⁶ Cfr. VALPUESTA GASTAMINZA, *La sociedad irregular*, Pamplona, 1995, pp. 39-40.

regula (con algunas modificaciones desde aquel momento) la sociedad en el libro V, «*Del lavoro*» de los seis de que consta. Dentro del libro V, se dedica el título quinto a la «*società*», artículos 2247 a 2510, estando precedido por las disposiciones dedicadas al «*Lavoro subordinato in particolari rapporti*» (tít. cuarto) y seguido «*Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*» (tít. sexto).

El nuevo Código, que sustituyó al de 1865, al unificar las obligaciones civiles y comerciales, ha reemplazado a la sociedad civil romanista por un nuevo concepto que denomina «*società semplice*» que, además de sustituir a la antigua sociedad civil, se aproxima mucho a las sociedades comerciales de personas⁷⁷. La distinción entre sociedad civil y mercantil sólo puede plantearse en relación con la actividad que constituye el objeto de la sociedad⁷⁸. Lo que de suyo ya constituye una peculiaridad a tener en cuenta frente a nuestro Derecho, donde todavía existen reguladas autónomamente las sociedades civiles de las mercantiles (arts. 1665 ss. del CC *versus* arts. 116 ss. del CdC).

Efectivamente es una característica propia del Derecho italiano, que la clásica distinción entre sociedades civiles y mercantiles ha sido superada. El *Codice Civile* de 1942, aparentemente, unifica la materia de sociedades, aunque en realidad la vieja dicotomía no ha desaparecido del todo, pues aún pueden separarse con base en la distinción entre sociedades que tienen por objeto el ejercicio de una actividad comercial y las que tienen por objeto alguna actividad diversa; estas últimas se rigen por las normas de la *società semplice*, que sustituye a la antigua sociedad civil⁷⁹. Se prevén varios tipos de sociedades, pero la *società semplice* se reserva para las que tienen por objeto una actividad no comercial. No obstante también las actividades extracomerciales pueden cumplirse a través de otras formas sociales, aunque no puede constituirse una sociedad simple cuyo objeto consista en actividades mercantiles (*cf.* art. 2249).

Por último si el concepto de sociedad característico (el general del artículo 2247 del CCi) recoge los elementos que deben concurrir en cada uno de los tipos de sociedad, otro precepto, el artículo 2249, opera el «cierre del sistema»⁸⁰. Dicho artículo remite a los tipos mercantiles las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de una actividad comercial. Se plantea así en el Derecho italiano la cuestión de si existe

⁷⁷ Respecto al sentido que, hasta el nuevo Código de 1942, había tenido la tradicional distinción entre sociedades civiles y mercantiles, *cf.* FERRARA, F., jr., y CORSI, F., *Gli imprenditori e le società*, 9.ª ed., Milano, 1994, pp. 191-203.

⁷⁸ *Cfr.* ROTONDI, M., «Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil», *RDP*, septiembre de 1958, pp. 723 ss «En el sistema actual italiano, que ha abolido un ordenamiento legislativo especial del comercio, el CC regula unos tipos de sociedad (simple, colectiva, en comandita, por acciones, de responsabilidad limitada) que pueden tener cualquier objeto».

⁷⁹ *Cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo IV, 15.ª ed., Madrid, 1993, p. 595. *Cfr.* CÁMARA ÁLVAREZ, M. DE LA, *Estudios de Derecho Mercantil*, tomo I, 2.ª ed., Madrid, 1977, p. 229.

⁸⁰ *Cfr.* GALGANO, F., *Diritto Privato*, 6.ª ed., Padova, 1990, p. 645.

en materia de sociedades una tipología cogente, si son únicos los tipos de sociedad admitidos o por el contrario si la autonomía privada permite concluir válidamente contratos de sociedad distintos a los que aparecen en el elenco del artículo 2249 del Código Civil italiano. Una parte de la doctrina ha mantenido esto último (ya en relación a las sociedades ocasionales, ya respecto a las ocultas) pero parece mayoritaria, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la opinión contraria⁸¹. En esta línea se sitúa Galgano, cuando afirma que la sociedad se presenta como un sistema cerrado en cuanto los particulares pueden elegir entre los diversos tipos de sociedad previstos en el *Codice*, pero en cambio no pueden alterar la tipicidad creando tipos distintos; ello supone desde luego una importante limitación al principio de autonomía de la voluntad⁸². Bien se deja ver que tal limitación no es desorbitada, al menos porque nos resulta familiar en nuestro propio Derecho y en el francés. Una cosa es deformar de diversas maneras los tipos societarios previstos por la ley, irregularizándolos, y otra bien distinta crear nuevos tipos; si bien es justo reconocer que no resulta fácil establecer la frontera entre lo uno y lo otro.

A) EL CONCEPTO DE SOCIEDAD

Se contiene el concepto legal de la sociedad en el artículo 2247, insertado en el capítulo I que se dedica a las disposiciones generales:

«Contratto di società.— Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili».

Es decir que mediante el contrato de sociedad, dos o más personas aportan bienes o servicios para ejercer en común una actividad económica con el fin de repartirse los beneficios.

El referido artículo enuncia un concepto general de sociedad, de manera un tanto distinta a como lo hace nuestro artículo 1665 del Código

⁸¹ Cfr. COSTI, R. y CHIO, G. DI, «Società in generale – Società di persone. Associazione in partecipazione», 3.ª ed., *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1991, pp. 20-22. La opinión de que juega en cuanto al número de sociedades el principio de tipicidad, se justifica «... sulla base della considerazione che l'autonomia privata può esplicarsi liberamente solo per quanto concerne i rapporti che riguardano le sfere giuriche dei soggetti contraenti, non quando si tratti di negozi che possano incidere nelle sfere giuridiche di soggetti diversi dalle parti contraenti, come avviene per il contratto di società, cui si ricollega la nascita di un organismo destinato ad operare nei rapporti con i terzi. La lettera dell'art. 2249, che elenca i tipi di società, offirebbe la riprova della correttezza di questo principio». Los autores citados añaden que esta solución se corresponde con las exigencias de orden público, en relación a la protección de la fe pública y de los acreedores sociales, y por razones de interés público en la notoriedad y fácil identificabilidad de los tipos sociales con que se quiere intervenir en el tráfico. Puede verse en el lugar indicado una amplia relación de doctrina y de jurisprudencia.

⁸² Cfr. GALGANO, *Diritto Privato*, 6.ª ed., Padova, 1990, p. 645.

Civil⁸³, recogiendo los elementos que deben concurrir en cualquiera de los tipos de sociedad. Es apreciable entre otras cosas que el legislador italiano califica expresamente a la sociedad como contrato (coincidiendo con nuestro Código, y separándose de este modo de lo que literalmente dice el francés). Así lo habían propuesto buena parte de la doctrina y la jurisprudencia italianas, sin perjuicio de que en el Derecho italiano se crea y regula la categoría de los contratos plurilaterales, caracterizados por la existencia de más de dos partes y en los que las prestaciones de cada una se dirigen a un fin común. Si la sociedad debe ser un contrato, se podrá caracterizar como bilateral cuando los socios sean dos, o plurilateral cuando son más de dos. No obstante ha habido autores que consideran la sociedad, más que como contrato, como un acto colectivo. De estos dos distintos planteamientos resultan consecuencias prácticas diferentes. Pues si efectivamente la sociedad es un contrato serán aplicables al negocio jurídico de sociedad, además de las normas específicas de las sociedades, las normas generales de los contratos del libro IV (las contenidas en los arts. 1321 ss.), mientras que entendiéndola que es un acto colectivo no sería posible tal aplicación⁸⁴.

En cuanto a la nota del ejercicio en común de la actividad económica, ya que el artículo 2247 se refiere a todas las sociedades en general, de su concreción dependerá cuál será la participación de los socios. Además, como advierten Zatti y Colusi, podría verse una correlación entre el poder de gestión de los socios y la responsabilidad por las obligaciones sociales: «...*nella società semplice rispondono salvo patto contrario tutti i soci, nella s.a.s. (sociedad comanditaria simple) i soli accomanditari, nella*

⁸³ Las diferencias principales se refieren a que el italiano prescinde de aludir a la obligación de aportar, en cambio da por hecho que las aportaciones tienen que producirse, es más exacto al enunciar el objeto de dichas aportaciones, y añade una referencia a la actividad a desarrollar en sociedad que el nuestro no tiene (*vid. lo dicho en el epígrafe IV, A) y B)* a propósito de la presencia en la definición legal de sociedad que da el Código francés del concepto de empresa, y la mayor amplitud que en este tiene el fin de la sociedad); hay por lo demás una identidad en destacar el elemento lucrativo como fin de la sociedad, sin hacer referencia a otras posibilidades, y en la postulación de una naturaleza contractual (sin perjuicio, en ambos países, del rechazo que haya podido encontrar en la doctrina científica). También para la sociedad italiana, en lo que es conforme con nuestro artículo 1665 del Código Civil y diverso del artículo 1832 del Código francés, se exige expresamente la concurrencia de dos o más personas para constituir sociedad.

Cfr. GIRÓN TENA, J., «Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho», en *RDP*, 1954, pp. 371 ss., donde se daba una visión amplia del concepto de sociedad en diversos Ordenamientos.

⁸⁴ Entre esos autores destaca MESSINEO, F., *cfr.* «La struttura delle società e il c.d. contratto plurilaterale», *Rivista di Diritto civile*, 1942, pp. 65 ss.; *cfr. idem*, «Il contratto in genere», I (*Trattato di Diritto civile e commerciale*, Cicu-Messineo, vol. XXI, t. I), Milano, 1968, pp. 589 ss.; *cfr. idem*, voz «Contratto plurilaterale e contratto associativo», en *Enciclopedia del Diritto*, X, Varese, 1962, pp. 139 ss. Y, por supuesto, ASCARELLI, T., «Il contratto plurilaterale», en *Saggi giuridici*, Milano, 1949, pp. 259 ss.; *idem*, «Noterelle critiche in tema di contratto plurilaterale», en *Riv. dir. comm.*, 1950, I, pp. 265 ss.

En opinión de BRUNETTI, A., precisamente la sociedad es un contrato plurilateral. *cfr. Tratado del Derecho de las sociedades*, tomo I (trad. por F. de Solá Cañizares), Buenos Aires, 1960, p. 11, así como la bibliografía allí citada.

*società di capitali la responsabilità individuale del socio è esclusa...»*⁸⁵. Dicha actividad económica puede ser de cualquier género, siempre que no sea una actividad profesional, ni organizada que persiga directamente la producción de bienes o servicios (pues debe tenerse en cuenta que el artículo 2082 califica de empresario *–imprenditore–* a quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada para la producción o intercambio de bienes o servicios).

Por otra parte el artículo 2247 destaca como objeto de la sociedad el ejercicio en común de una actividad económica, lo que debe ponerse en relación con el artículo 2248 que excluye del régimen de la sociedad las formas de disfrute colectivo de los bienes, fenómenos que remite a los preceptos que el *Codice* dedica a la comunidad⁸⁶. Con lo que resulta de nuevo que el fin lucrativo, no solamente establece una diferencia entre la sociedad y las asociaciones, permite separarla de las formas de comunidad.

Del concepto genérico de sociedad resulta que cualquiera que sea la clase de esta debe perseguirse una actividad económica, lo que conlleva que se excluyan del concepto de sociedad otras agrupaciones que (pudiendo tener una finalidad económica) no persigan el reparto de beneficios que resulten de su actividad. Igual a como parece que sucede en el Derecho español (y frente a la diferencia que, para el Derecho francés, marca la posible finalidad de buscar ahorros o economías), los colectivos que pudieran tener fines distintos a los de obtener una ganancia, como los de evitar gastos, o exclusivamente culturales, benéficos, científicos, etc., quedarían configurados como asociaciones y no como realidades nacidas de un contrato de sociedad. La sociedad del Derecho italiano requiere un fin lucrativo, de tal modo que no hay sociedad cuando el fin perseguido no sea el reparto de un beneficio sino producir un ahorro⁸⁷. Distingue precisamente el Código italiano la sociedad de aquellas asociaciones de personas que no se proponen fin lucrativo y no han sido reconocidas (*«associazioni non riconosciute»*), respecto de las que señala el artículo 36 que se regirán en su régimen interno y administración por los acuerdos de los asociados⁸⁸.

⁸⁵ Cfr. ZATTI, P. y COLUSSI, V., *Lineamenti di Diritto Privato*, 5.ª ed., Padova, 1995, pp. 716 ss.

⁸⁶ COSTI, R. y CHIO, G. di, «Società in generale – Società di persone. Associazione in partecipazione», 3.ª ed., *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1991, p. 14. En las hipótesis en que no existe ejercicio en común de una actividad económica, «... saremo in presenza, non di una società, bensì di una comunione...».

Incluso puede caracterizarse la sociedad (tal como se define legalmente) respecto de la noción de empresa, atendiendo a la necesidad de que se persiga con aquélla una ganancia en todo caso. Cfr. GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo I, 2.ª ed., Padova, 1994, p. 260.

Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, p. 53, en cuanto a tal distinción de sociedad y comunidad atendiendo el criterio del fin respectivo.

⁸⁷ Cfr. BRUNETTI, A., *Tratado del Derecho de las sociedades*, tomo I (trad. por F. de Solá Cañizares), Buenos Aires 1960, pp. 12-14.

⁸⁸ En cuanto a las personas jurídicas privadas, como las asociaciones y fundaciones, dispone el artículo 12 del Código Civil italiano que adquieren la personalidad jurídica mediante su reconocimiento concedido por decreto.

Tan esencial es la finalidad de obtener y repartir una ganancia, común a los socios, que el Código italiano –al igual que hacen los correlativos de mi comparación– prohíbe en el artículo 2265 (con una sanción de nulidad) el pacto leonino, por el que se excluya a algún socio de toda participación en las pérdidas o en las ganancias.

B) CARACTERES, ELEMENTOS Y REQUISITOS DE LA SOCIEDAD

Ya resultan aquéllos de la propia conceptualización legal de la sociedad, pero pueden explicitarse más claramente⁸⁹, observándose la acusada coincidencia que al respecto existe con los Derechos francés, y español. La sociedad definida en el artículo 2247 del Código Civil italiano es un contrato cuyo concepto se fija a través de la expresión «actividad económica». Con ello se consigue difuminar la separación entre las sociedades civiles y mercantiles: lo que interesa para determinar una u otra naturaleza es el tipo de sociedad adoptado. Este criterio comporta el riesgo de identificar sociedad con empresa colectiva, lo que no es cierto ya que puede haber un contrato de sociedad no dirigido al ejercicio de una empresa, pues la actividad económica no siempre constituye empresa y del mismo modo puede haber empresa colectiva sin sociedad⁹⁰.

Como contrato tiene los caracteres de ser al menos bilateral, pues se exige expresamente la concurrencia de un mínimo de dos personas. Es consensual, y este carácter no se impide aunque el concepto legal exija la aportación de bienes o servicios, puesto que al no ser esencial la entrega de tales bienes no puede hablarse de contrato real; además las aportaciones, pese a la literalidad del *Codice civile*, deben entenderse extensivamente como comprensivas de cualquier utilidad económica, incluso el trabajo de los socios puede constituir aportación⁹¹.

Es la sociedad un contrato duradero, de ejecución continuada produce siempre un efecto obligacional (aunque puede tener incluso eficacia real, cuando los bienes se aportan en propiedad o se aporta la titularidad de un derecho).

Advertía CRISAFULLI, V., voz «Associazioni» (diritto civile) en *Nuovo Digesto Italiano*, I, Torino, 1937, p. 1038, núm. 3, que era más seguro el criterio tradicional y mantenido por la jurisprudencia que «teniendo en cuenta el fin social, distingue las asociaciones de las sociedades (civiles o comerciales) según que tengan un fin de lucro o, al menos, una ventaja económica (sociedad), o bien un fin ideal o altruista o más generalmente, no de lucro (asociaciones)».

⁸⁹ Cfr. ZATTI-COLUSSI, *Lineamenti di Diritto Privato*, 5.ª ed., Padova, 1995, pp. 712 ss.

⁹⁰ Así sucede en la actividad de fundaciones y asociaciones.

⁹¹ En la literatura reciente sobre el Derecho italiano puede consultarse la distinción en él de las diferentes especies de contratos, v. gr., en GIACOMO, E. DI, *Il negozio giuridico ed il contratto*, sl, 1995, pp. 694-719.

Elementos de la sociedad, como puede deducirse de lo ya expuesto para su concepción, son los tres siguientes⁹²: el conferimiento o aportación, consistente en un dar o hacer algo; el ejercicio en común de una actividad económica; y la finalidad de dividir las ganancias.

Con respecto a las formas del contrato de sociedad el Derecho italiano exige como forma especial la que tenga la consideración de acto público, para aquellas sociedades –las de capital– que hayan de gozar de personalidad jurídica. Pues faltando esa forma el artículo 2332-2 las aboca a la nulidad. He aquí pues varias diferencias con nuestro Derecho en que, por la importancia de algunas de ellas en particular para el tema que trato, habré de insistir después. De un lado solamente las sociedades mercantiles están dotadas de personalidad jurídica, no la *società semplice*. De otro, se exige para las sociedades personificadas documento público e inscripción (cfr. art. 2331 del CCi⁹³) (igual que para nuestras sociedades mercantiles). Finalmente, al margen del planteamiento que conforme a nuestro Derecho puede hacerse de la irregularidad societaria, como forma de alteración de las características típicas de las sociedades pero distinta de la ineficacia, en el italiano la consecuencia de la falta de formalidades es la sanción de nulidad. Por otra parte, coincide el italiano con nuestro ordenamiento societario en cuanto a la inexistencia de una forma específica para las sociedades de personas –entre las que se incluye la *semplice*–, salvo los requisitos formales que vengan precisados por la naturaleza de las aportaciones. De tal modo que para estas sociedades, que carecen de personalidad jurídica, es válida la forma verbal, y lo mismo el consentimiento contractual puede resultar de un comportamiento inequívoco (*rebus ipsis et factis*)⁹⁴.

C) LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD

El Código Civil italiano distingue entre «*società aventi personalità giuridica*» y «*società non aventi personalità giuridica*»⁹⁵. Tal como se verá con más detalle en el subepígrafe siguiente, una vez exponga las diferentes clases de sociedades, en el Derecho italiano sólo gozan de personalidad jurídica las sociedades de capital. Es decir que comparando el mismo apartado de los otros países, resulta un trato menos favorecido para la *società semplice*, como correlato de la sociedad civil de España y Francia, pues al ser aquella una sociedad de personas no llega a alcanzar

⁹² Cfr. GALGANO, F., «Le società di persone», en *Trattato di Diritto civile e commerciale* de Cicu-Messineo, vol. XXVIII, Milano, 1982, pp. 13 ss.

⁹³ Artículo 2331. «*Effetti dell'iscrizione. – Con l'iscrizione nel registro la società acquista la personalità giuridica...*».

⁹⁴ Cfr. BRUNETTI, A., *Tratado del Derecho de las sociedades*, tomo I (trad. por F. de Solá Cañizares), Buenos Aires, 1960, p. 409.

⁹⁵ La distinción aparece no solamente en el *Codice civile* (cfr. art. 2498), sino también en el *Codice di procedura civile* (cfr. arts. 19.2, 145.2). Cfr. GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo I, 2.ª ed., Padova, 1994, pp. 279-280.

su propia personalidad y autonomía patrimonial respecto de los socios. Aunque ello no impide que se la reconozca en cierto modo como sujeto de derecho, solamente se le priva de las consecuencias generales de la personificación⁹⁶.

Con lo anterior ya debe quedar establecida una importante diferencia del Derecho italiano respecto del español y del francés, en cuanto en aquel carece de virtualidad lo discutido en los otros a propósito de la influencia del incumplimiento de ciertos formalismos en la pérdida (entendida como sanción) de personalidad jurídica⁹⁷. Ello no obstante los defectos publicitarios y formales sí que influyen en la consideración de las sociedades como irregulares⁹⁸.

Las diferencias entre las sociedades, de capitales, que pueden gozar de personalidad jurídica, y aquellas otras personalistas que no está previsto que la obtengan, pueden resumirse con Brunetti en cinco aspectos más llamativos. Las sociedades personificadas adquieren autonomía patrimonial respecto del propio patrimonio de los socios; en cambio en las otras sociedades se cuenta con la responsabilidad personal de los socios. Solamente en las primeras la publicidad derivada del registro es condición de eficacia del contrato social (en las sociedades de personas el vínculo nace con el contrato, la inscripción sólo se precisa para adquirir la condición de empresa⁹⁹). La constitución de las sociedades de capitales debe hacerse necesariamente por acto público. Estas sociedades no dependen de la condición personal de sus miembros componentes, que pueden ser sustituidos por otros sin que ello comporte una modificación del acto constitutivo. Las sociedades de personas carecen de los órganos de administración y control específicos de las de capitales¹⁰⁰.

D) CLASES DE SOCIEDADES

Las modalidades societarias se establecen en el Derecho italiano a semejanza de los otros sistemas que se vienen comparando, lo que no impide que haya en ocasiones una mayor proximidad a uno o a otro. Así

⁹⁶ Cfr. BRUNETTI, *op. cit.*, p. 201. Advierte aquel autor que la diferencia entre sociedades que gozan de personalidad y las que carecen de ella, no solamente afecta a la estructura, sino igualmente al momento en que se entiende nacida la empresa. «En las sociedades de personas, aun cuando el vínculo nace con el contrato, la empresa sólo surge con la inscripción en el registro. En las sociedades de capitales la inscripción señala el momento inicial lo mismo de la empresa que de la personalidad jurídica (artículo 2331)». Aunque no tengan atribuida personalidad jurídica las sociedades personalistas, ello «no impide que asumen en lo externo la apariencia del sujeto, gozando en lo interno de autarquía administrativa», lo que se puede justificar con lo dispuesto en artículos como el 2254, 2258, 2266, 2267, 2269, 2270, 2272 y 2280; cfr. *ibidem*, p. 202.

⁹⁷ Cfr. VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.^a, *La sociedad irregular*, Pamplona, 1995, pp. 40-41.

⁹⁸ Cfr. MESSINEO, F., voz «Contratto irregolare (di fatto) e ad effetto irregolare», en *Enciclopedia del Diritto*, X, Varese, 1962, pp. 111 ss.

⁹⁹ Cfr. *op. cit.* p. 201.

¹⁰⁰ Cfr. BRUNETTI, *op. cit.* p. 215.

sucede, para empezar, en cuanto a la categoría de la sociedad universal pues al prescindirse de ella por el *Codice* está más cerca del *Code*, ya que todavía nuestro Código todavía sigue tratándola y distinguiéndola de la sociedad civil particular¹⁰¹.

La principal distinción atiende a las actividades realizadas en sociedad, debería permitir (para buscar correlaciones con lo que sucede en el Derecho francés y español) caracterizar a las sociedades como civiles o mercantiles. Pero lo cierto es que el concepto de sociedad civil, todavía subsistente con más o menos autonomía en aquellos otros, se ha sustituido en el Derecho italiano por el de *società semplice*. Haciendo abstracción de esta realidad positiva, la calificación de una sociedad como *società civile* o como *società non commerciale*, dependerá de la naturaleza de la actividad que constituya el objeto de la sociedad; teniendo en cuenta por otro lado que cuando las partes contratantes, los socios, no hayan optado implícita o explícitamente por un tipo específico de sociedad, el contrato será regulado por las normas de la *società semplice*¹⁰².

Además existiría otra limitación para que pudieran constituirse sociedades a calificar como civiles, dado que ha de tenerse en cuenta que —tal como ya se dejó dicho anteriormente— la posibilidad de que los particulares se aparten por su autonomía contractual de la tipificación legal está excluida cuando se trate de sociedades, puesto que la ley predispone una serie de modelos —a los que denomina «tipos» (*tipi di società*)— entre los cuales puede elegirse (*cfr.* 2249 del CCi). No obstante cuando se persigue el ejercicio de una actividad comercial habrá de adoptarse alguno de los tipos previstos para las sociedades mercantiles en los capítulos III y siguientes del título V, es decir, deberá utilizarse la forma de una sociedad por acciones, o de responsabilidad limitada, o comanditaria por acciones. Cuando la actividad sea en cambio ajena a una empresa mercantil, podrá constituirse la sociedad como *società semplice*, aunque cabe igualmente la posibilidad de acudir también a los otros tipos societarios. En este sentido,

¹⁰¹ Además de las que van a exponerse caben otras clasificaciones de las sociedades en el Derecho italiano, que ahora mismo no interesan en tanta medida. Advuértase, sin ir más lejos, que del propio concepto de sociedad que sustenta el *Codice* se desprende la existencia de diversas categorías societarias. En este sentido, una clasificación que podría hacerse, establecida por el criterio de la finalidad económica, es la que distingue entre sociedades propiamente dichas y sociedades mutualistas. Éstas, al no tener un objeto lucrativo, no podrían quedar integradas en el concepto de sociedad en sentido estricto; aunque tampoco es fácil —en vista del concepto italiano de sociedad— precisar qué se entiende por sociedades mutualistas; pueden definirse, por exclusión, como todas aquellas formas de asociación en que falta el fin de lucro, se persigue la obtención para un grupo de personas de bienes o servicios en condiciones más ventajosas que las normales del mercado. La separación de lo que son propiamente sociedades de aquellos otros fenómenos asociativos en que está ausente el ánimo de lucro, es coincidente con la que por la misma razón puede hacerse en el Derecho español, no así en el francés en que la finalidad social no exige en todo caso la persecución de un incremento patrimonial por los socios.

Cfr., en cuanto a las diversas categorías societarias, GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo I, 2.ª ed., Padova, 1994, pp. 273 ss.

¹⁰² *Cfr.* GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo I, 2.ª ed., Padova, 1994, pp. 293.

Zatti y Colussi llaman la atención sobre que no debe confundirse el plano de la empresa con el de la sociedad: mientras el legislador italiano vincula el ejercicio de la empresa comercial al empleo de determinados tipos de organización, por el contrario no impone que estos tipos de sociedad sólo puedan emplearse para una empresa comercial, lo que es decir que una sociedad comercial puede existir para una actividad distinta a la empresa comercial ¹⁰³. Ciertamente es ésta una nueva ocasión de coincidencia con el derecho español y el francés, pues en ambos cabe la posibilidad de que una sociedad con objeto civil, atendiendo al criterio distintivo del objeto, se conforme a los tipos mercantiles. Según la preponderancia de uno u otro componente (de igual manera a los otros Derechos en comparación), se diferencian las sociedades de personas de las sociedades de capital. Dentro de las primeras se incluyen la *sociedad simple*, la sociedad en nombre colectivo (*società in nome collettivo*), y la sociedad en comandita simple (*società in accomandita semplice*). Y son sociedades de capital la sociedad por acciones (*società per azioni*), la comanditaria por acciones (*società in accomandita per azioni*), y la de responsabilidad limitada (*società a responsabilità limitata*) ¹⁰⁴.

La anterior distinción teórica entre sociedades de personas y de capitales, determina a su vez la clasificación de las sociedades según tengan o no personalidad jurídica. En Derecho italiano carecen de ella las sociedades personalistas, mientras que sí tienen personalidad jurídica las sociedades de capital. Desde luego es este un punto crucial para establecer paralelismos con la sociedad civil irregular; resulta difícil equiparar ese fenómeno (que, no se olvide, se sustancia en una excepcional privación para sociedades que regularmente gozan de personalidad) cuando la *società semplice*, como sociedad de personas, carece por principio de personalidad.

Según la responsabilidad que tienen los socios, pueden caracterizarse las sociedades en que aquellos están sujetos de manera ilimitada y solidaria, como sucede con las sociedades de personas (además, en la comanditaria por acciones). Frente a aquella forma de responsabilidad se sitúan las demás sociedades en que, dejando a salvo excepciones muy concretas, la responsabilidad de los socios está limitada a las aportaciones.

Relacionadamente con las clases de sociedades, es necesario establecer algunas nociones sobre su publicidad, tema este que tiene en algunos casos una honda trascendencia respecto de la regularidad. Mientras la *società semplice* (salvo aportaciones cualificadas, como las inmobiliarias ¹⁰⁵) no se establece forma especial, en cambio la *società per azioni*, *società in accomandita per azioni*, la *società a responsabilità limitata*, la

¹⁰³ Cfr. op. cit. p. 709.

¹⁰⁴ En Derecho italiano las sociedades cooperativas reciben un tratamiento peculiar, puesto que son regidas por las normas de la sociedad por acciones pese a que en aquéllas el elemento personal tiene particular importancia. Las cooperativas, al igual que las sociedades de capital, gozan de personalidad jurídica.

¹⁰⁵ Cfr., en cuanto a las formas de los contratos en general, el artículo 1350-1 y 9 del Código Civil italiano.

società cooperative, y las *mutue assicuratrici*, deben ser constituidas por escritura pública, y han cumplirse una serie de formalidades adicionales. Además la *società semplice*, a diferencia de los otros tipos sociales para los que sí es obligatoria, ni tan siquiera tiene que inscribirse en el *registro delle imprese*. La inscripción produce en general consecuencias importantes de cara a terceros, también respecto de la responsabilidad de los administradores, y singularmente cuando tiene eficacia constitutiva y determina la atribución de personalidad jurídica, es decir, en los casos de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, comanditarias por acciones, cooperativas y mutuas de seguros. En cambio, para las sociedades en nombre colectivo y comanditarias simples, la falta de inscripción produce consecuencias menos rigurosas referentes a la publicidad negativa del registro; en ese caso la sociedad no inscrita gozará de existencia, pero será irregular (*società irregolare*), y se aplicarán en sus relaciones con terceros las normas de la *società semplice*, y no las propias del tipo societario correspondiente ¹⁰⁶.

E) LA SOCIETÀ SEMPLICE

Concretándose mejor a la figura más o menos equivalente a la sociedad civil del Derecho francés y español, ha de contrastarse qué características tiene la *società semplice* italiana. En el Derecho italiano vigente se ha suprimido incluso el término de sociedad civil, que se sustituye por el de «*società semplice*» de los artículos 2251 siguientes del Código Civil italiano ¹⁰⁷.

(*Sezione I. Disposizioni generali.*) Art. 2251. «*Contratto sociale.— Nella società semplice il contratto non è soggetto a forme speciali, salvo quelle richieste dalla natura dei beni conferiti.*»

«En la sociedad simple el contrato no estará sujeto a formas especiales, salvo las requeridas por el objeto de las aportaciones» ¹⁰⁸.

El concepto de sociedad simple, a que se refieren los artículos 2251 a 2290, es una novedad introducida en el Derecho italiano por el Código de 1942 ¹⁰⁹. No corresponde exactamente a lo que en el derecho anterior

¹⁰⁶ Cfr. TRABUCHI, A., *Istituzioni di Diritto civile*, 31.ª ed., Padova, 1990, pp. 334-335.

¹⁰⁷ La cual, según parece, es de origen suizo. Cfr. GIRÓN TENA, J., «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Comparado», *RDM*, noviembre-diciembre 1946, vol. II, núm. 6, p. 399. Cfr. BOLAFFI, R., *La società semplice*, Milano, 1947, pp. 60 ss.

¹⁰⁸ Incluso parece que el propio término calificativo de *semplice* (simple), tiene que ver con el carácter general aformalista de la sociedad. Cfr. TRABUCHI, A., *Istituzioni di Diritto civile*, 31.ª ed., Padova, 1990, p. 334.

Cfr. el principio general de libertad de forma del artículo 1325-4; y en cuanto a la excepción, para cuando se hagan aportaciones inmobiliarias, cfr. arts. 1350-1 y -9 del Código Civil italiano.

¹⁰⁹ Tan novedosa fue para el Derecho italiano la *società semplice*, que se la califica como una «*invenzione*» del Código Civil italiano de 1942. Cfr. GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 304.

era la sociedad civil; y se acusa en ella una fuerte influencia de las normas de la sociedad en nombre colectivo, de tal modo que la sociedad simple por su estructura está más próxima a las sociedades comerciales de personas que de aquella vieja sociedad civil. Pero, sin embargo, no puede llegarse a pensar que la sociedad simple sea una empresa comercial, ya que su fin consiste en una actividad que no está destinada a la *producción o intercambio de bienes o servicios*, considerando tal criterio que permite al legislador italiano calificar al «*imprenditore*» (cfr. art. 2082, dentro de las disposiciones dedicadas a la empresa en general) ¹¹⁰.

Con ello resulta que la sociedad simple escapa a la previsión del artículo 2249 (relativo a la tipicidad de las sociedades comerciales), por el que las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de una actividad de comercio deben constituirse adoptando alguno de los tipos previstos para las sociedades comerciales. Otra diferencia entre las sociedades mercantiles con la simple, es que las primeras deben inscribirse en el registro. Con todo hay que insistir en la atenuación que ha operado el *Codice* de las diferencias entre ambas (sobre todo si se toma como referencia la antigua sociedad civil de tipo romanista), más aún si se toma nota de que el artículo 2293 remite para la regulación de la sociedad en nombre colectivo a las disposiciones del capítulo III, que se dedica especialmente a ellas, y en lo no previsto habrá que acudir a las normas de la sociedad simple ¹¹¹.

A resultas de la extensión de la mercantilidad, el ámbito de la *società simple* no es demasiado amplio, puede abarcar el ejercicio de cualquier actividad económica siempre que no pueda calificarse de empresa comercial ¹¹², normalmente debe reducirse a las actividades de tipo agrícola y pecuario (cfr. arts. 2135, 2136, 2200 y 2249 del CCi). En definitiva este nuevo tipo societario tiene como particularidad respecto del concepto de sociedad en general, a que se refiere el artículo 2247, un contenido negativo: la sociedad se ajustará a las disposiciones previstas por el *Codice* para la *società semplice*, cuando no tenga por objeto el ejercicio de una actividad comercial y no tenga por ello que constituirse según los tipos específicos de las sociedades comerciales, o cuando las partes (pudiendo hacerlo al amparo del art. 2249.2) no hayan adoptado voluntariamente la forma de una sociedad mercantil ¹¹³.

¹¹⁰ Así el ámbito de la sociedad simple viene a resultar relativamente reducido en cuanto a las comerciales, pudiendo comprender las actividades agrarias, y de ejercicio o profesión liberal. En realidad las posibilidades de que una sociedad sea considerada del tipo *semplice* dependen de la interpretación que se haga de noción de «*attività economica*» (cfr. arts. 2247 y 2249 del CCi): si se llega a considerar que no existen en el sistema del *Codice* italiano otras empresas que no sean las agrícolas y las comerciales, habría de concluirse que la sociedad simple queda limitada a las sociedades agrícolas. Cfr. GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 304.

¹¹¹ A la sociedad en comandita simple, por disposición del artículo 2315, se aplican las mismas normas que para la sociedad en nombre colectivo en cuanto sean compatibles.

¹¹² Pues para las sociedades que la ejerzan, así como para aquellas otras que adopten los tipos de las sociedades comerciales, será obligatoria la inscripción en el registro de empresas.

¹¹³ Cfr. GALGANO, F., *Diritto Privato*, 6.ª ed., Padova, 1990, p. 656.

Entre las características de la organización de la *societas simple* pueden señalarse las siguientes: no existe razón social, aún en el caso de que lleve un nombre no puede utilizarlo para personarse en juicio o hacer inscribir los inmuebles que posee en los registros inmobiliarios; para la formación de la voluntad social se exige unanimidad salvo disposición contraria escrita en el contrato; el patrimonio social pertenece a todos los socios, considerados como colectividad unitaria; todos ellos son solidariamente responsables por las obligaciones de la sociedad; la posición de socio no es transferible ni heredable ¹¹⁴.

Como resulta del artículo 2251 del CCi la sociedad simple es poco formalista, en cuanto no exige escritura constitutiva ni publicidad, a salvo las formalidades que pudieran derivar de la naturaleza de los bienes aportados en cada caso, ni se exige su inscripción en el *registro delle imprese*. La publicidad en la sociedad simple se manifiesta por los hechos, por su actuación, mientras que para las demás tipos de sociedades se sigue un sistema de publicidad legal ¹¹⁵. De aquel sistema de publicidad de hecho resulta que la exigencia común de que toda sociedad tenga un patrimonio, es particularmente relevante en la sociedad simple, puesto que si no requiere propiamente un acto constitutivo sí será esencial sin embargo la existencia de aportaciones de los socios; ya que la sociedad simple entraña el vínculo sobre los bienes solamente cuando resulte externamente la formación de un patrimonio colectivo, la *semplique* entrará en el tipo legal en el momento en que sea titular de un patrimonio propio ¹¹⁶.

Al margen de lo anterior debe advertirse una consecuencia del criterio poco formalista del *Codice*, y es que resulta implícito un amplio margen de libertad de los socios para regular sus relaciones internas (*cf.* arts. 2252, 2257, 2258, 2262, 2263, 2266, 2275, 2276...), o lo que es lo mismo, los componentes de la sociedad disfrutan de libertad para flexibilizar el concepto de *società semplice* (con algunos límites como el relativo a la responsabilidad, relaciones externas, del art. 2267).

De lo dicho a propósito de la forma de la sociedad simple cabe suponer cierta semejanza con nuestra sociedad civil, porque tampoco nuestro legislador sometió la sociedad como contrato a formalismos constitutivos (*cf.* arts. 1667 y 1679 del CC); y al mismo tiempo se marca una aparente diferencia con el artículo 1669 del Código Civil, en cuanto la falta de publicidad permitiría calificar entre nosotros a una sociedad como irregular. Sobre todo la nota diferente más significativa, a los efectos del tema de la irregularidad, es que la sociedad civil regular goza en Derecho español de una personalidad jurídica que el italiano reserva a las sociedades

¹¹⁴ *Cfr.* BRUNETTI, *op. cit.*, p. 409.

¹¹⁵ El contrato de *societas simple* puede formarse oralmente o tácitamente, puede resultar del comportamiento concluyente de las partes. Lo que debe ponerse en relación con la admisibilidad de las sociedades de hecho, que se basan precisamente en la falta de una explícita voluntad contractual. *Cfr.* GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, *cit.*, p. 307.

¹¹⁶ *Cfr.* BRUNETTI, *op. cit.*, p. 408.

capitalistas¹¹⁷. En cuanto a la comparación con el Código francés, recuérdese cómo el artículo 1842 del Código Civil francés exige la inmatriculación para que la sociedad civil goce de personalidad jurídica.

F) SOCIETÀ OCCULTA, INTERNA, SOCIETÀ APPARENTE, SOCIETÀ DI FATTO, Y LAS SOCIEDADES «IRREGULARES»

De manera parecida a como hice al examinar el Derecho francés, también aquí he de comenzar diciendo que en el Derecho italiano aparecen diversos términos que relativamente tienen que ver con la irregularidad: tanto los de sociedad oculta, sociedad aparente, de hecho, sociedad interna, como el propio de sociedad irregular. Aunque no cabe esperar una identidad de significados con términos correlativos del Derecho español (o del francés), pues en medio de todo está la propia clasificación de la sociedades y la noción que de estas se sostenga en cada caso: los sistemas de los tres países indicados son lo suficientemente diversos, aun partiendo de una influencia común, para que resulte justificada la anterior reserva.

La discusión en torno las sociedades aparentes y las ocultas recae, también en Derecho italiano, sobre dos cuestiones distintas. La primera, en lo que se refiere propiamente a la *società apparente*, supone preguntar si toda relación societaria precisa de la existencia de un contrato en tal sentido. La respuesta es mayoritariamente afirmativa, al menos en la doctrina científica italiana, aunque la jurisprudencia se haya ocupado de la existencia de las sociedades aparentes y de la responsabilidad de los socios, cuando no existe propiamente un contrato social. La otra cuestión que apuntaba inicialmente, referida ahora a la *società occulta*, es la del mayor o menor grado de exteriorización del vínculo social que se precisa para que la relación societaria tenga relevancia frente a terceros; en otros términos la cuestión se puede plantear discutiendo si de cara a terceros, para que tenga relevancia la relación societaria, es o no suficiente por sí solo el contrato social o si por el contrario se precisa además una cierta publicidad¹¹⁸. Como puede verse, en realidad son dos problemas diferentes, planteados conceptualmente (aunque no tanto terminológicamente) de manera paralela a lo que sucede en España y Francia, en distintas aplicaciones¹¹⁹.

¹¹⁷ Ya que solamente se reconoce personalidad jurídica a las sociedades de capitales por acciones, y carecen de ella las sociedades simple, la colectiva y la comanditaria.

¹¹⁸ Cfr. COSTI, R. y CHIO, G. di, «Società in generale – Società di persone. Associazione in partecipazione», 3.ª ed., *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1991, p. 118.

¹¹⁹ Es decir que la síntesis de estos fenómenos societarios puede encontrarse, tanto en Francia como en España e Italia, de un lado en la contraposición en la eficacia interna-externa del contrato de sociedad; de otro en la dependencia de la sociedad, que de hecho ha entrado en funcionamiento, respecto de un contrato válidamente formado que le haya dado nacimiento. Aunque, efectivamente, la temática es la misma en aquellos países, lo que

En lo que respecta a la *società apparente*, la doctrina y la jurisprudencia italianas suelen considerar que son sociedades que propiamente no existen (en las *relaciones internas* ¹²⁰) para los socios; pero que sí tienen de alguna manera existencia en las *relaciones externas* cuando dos o más personas (supuestos *socios*) han producido con su comportamiento la convicción en terceras personas de que estaban unidos por un vínculo societario ¹²¹. Cómo se concreta esa existencia de cara a terceros de la sociedad aparente, tampoco ha sido resuelto satisfactoriamente en Derecho italiano, pues puede contraponerse la postura de los autores (que, en el plano de la responsabilidad de los socios actuantes, entienden aplicables únicamente los artículos 2043, *risarcimento per fatto illecito*, y 1398 del CCI, *rappresentaza senza potere*), a la de la jurisprudencia (que niega que el *socio aparente* pueda oponer a los terceros la inexistencia de la sociedad, sujetándolo por el contrario al mismo régimen de responsabilidad que se aplicaría de *existir realmente* la sociedad aun en la relación interna de los socios) ¹²². Es necesario reiterar que la posición que adopta la jurisprudencia italiana ante la sociedad aparente supone, en cuanto a su régimen o disciplina jurídica, que cuando concurren los elementos necesarios para entender producida una apariencia de sociedad esta deberá considerarse como existente en el ámbito externo, con todas las consecuencias de responsabilidad en cuanto al *patrimonio social* o al individual de los socios, e igualmente en el ámbito de la legitimación procesal. He aquí el punto

puede ser distinto según los casos son sus aplicaciones concretas, que pueden recibir los nombres de sociedades de hecho, internas, sociedades en participación, ocultas, etc. *Vid.* el epígrafe III de este trabajo, en cuanto a la consideración general que merece el fenómeno de las sociedades de hecho.

En Italia, también la jurisprudencia relaciona específicamente *società di fatto* y *società apparente*. *Vid.* ANGELICI, C., voz «*Società apparente*» (en particular p. 1, ap. 1.2), en *Enciclopedia Giuridica*, Roma.

¹²⁰ Aunque resulte impropio hablar de estos ámbitos, o de la condición de «socios», si en realidad no existe una relación societaria.

¹²¹ *Cfr.* COTTINO, G. *Diritto commerciale*, vol. I, tomo 2, Padova, 1987, p. 210. En cuanto a la exposición de la jurisprudencia aclaratoria del concepto de *società apparente*, *vid.* COSTI-CHIO, *op. cit.*, pp. 118-121 y 124-136. *Cfr.* ANGELICI, *loc. cit.*, p. 4.

¹²² *Cfr.* COSTI-CHIO, *op. cit.*, pp. 121-123 y 136. Tal postura de la jurisprudencia italiana se basaría en la teoría de la protección de confianza depositada de buena fe en la apariencia jurídica, que aunque sólo ha sido codificada en relación a determinadas figuras, sin embargo puede ser invocada con carácter general cuando concurren sus requisitos. Estos serían fundamentalmente dos: discordancia del derecho con una situación de hecho; y actuación de los terceros, de buena fe y sin culpa, confiando en la apariencia. En particular en cuanto a esto último, el principio de protección de la apariencia no puede ser invocado en aquellos casos en que los terceros se hallan en una situación de culpa, por no haberse cerciorado de la realidad de cosas que sean fácilmente controlables, de manera particular en los supuestos en que la ley haya prescrito especiales medios de publicidad. *Cfr.* SPATAZZA, G., *La società di fatto*, Milano, 1980, pp. 86 ss. *Cfr.* GALGANO, F., «*Società occultata, società apparente: gli argomenti di prova del contratto sociale*», en *Contratto e impresa*, 1987, pp. 703 ss. En la jurisprudencia italiana un segundo límite (además de aquel otro de la falta de diligencia de los terceros) a la aplicación de la doctrina de la apariencia hace referencia al comportamiento del propio socio actuante, respecto del cual se exige que haya actuado dolosa o culposamente (*cfr.* FALZEA, A., voz «*Apparenza*», en *Enciclopedia del Diritto*, II, Milano, 1958, p. 700).

más llamativo de esta doctrina, pues supone ni más ni menos que dar relevancia frente a terceros a un contrato que en realidad no existe más que en su apariencia.

Tampoco cabe encontrar una aplicación similar en el Derecho español, donde a lo sumo el principio de protección de la apariencia existe solamente como construcción teórica de la que alguna vez se ha hecho eco la jurisprudencia¹²³, y normalmente a través de la construcción más general de las sociedades irregulares¹²⁴; en cualquier caso, no ha tenido demasiado éxito en la jurisprudencia española el término «sociedad aparente». En cuanto al Derecho francés, la comparación con el italiano de cómo se trata la sociedad aparente, debe hacerse con las *societades de hecho*; si bien aquí la propia diversidad del término plantea dificultades de concreción, ya que hay coincidencia de rasgos (sin que en ningún caso sea absoluta) tanto con la *société de fait* como con la *société créée de fait*.

La *società occulta*, puede describirse en el Derecho italiano como aquel supuesto en que los socios acuerdan que las relaciones con terceros se harán por cuenta de la sociedad, pero no en nombre de la sociedad, sino en el de uno de los socios o de otra persona (aunque la sociedad oculta es sociedad, y no *associazione in partecipazione*), se trata pues de una *società interna*¹²⁵. Con ello lo que se busca es dejar al margen el patrimonio social propiamente dicho, haciendo recaer la responsabilidad frente a terceros sobre el patrimonio del gestor¹²⁶. De esta breve noción varios extremos merecen destacarse. El primero es que, a lo que parece, esta forma societaria debe ser la coincidencia más precisa con el supuesto de sociedad al que se refiere el artículo 1669 del Código Civil español, para concluirlo así basta con repasar su párrafo primero: «... cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de estos contrate en su propio nombre con los terceros». Lo segundo, una constatación de importancia, el propósito perseguido con el pacto de ocultación de la *società* es hacer recaer la responsabilidad por deudas sobre un patrimonio distinto al social; este mismo criterio, que hemos de ver si es en último término el que aplica la jurisprudencia italiana, creo que es el que debe

¹²³ No de una manera generalizable, sino para salvar por vía de equidad supuestos concretos.

¹²⁴ Con mucha frecuencia además habría de precisarse que a través de la técnica que caracteriza la sociedad civil irregular, por recoger ésta —como demuestra el modo de proceder del TS— la mayoría de supuestos de defectuosa formalización o insuficiente explicitación del contrato en sociedades de corte personalista.

¹²⁵ Es generalizada la sinonimia entre *società occulta* y *società interna* aunque a veces también se habla de *società non manifesta*, v. gr., por FERRI, G., «Le società» (*Trattato di Diritto civile italiano*, dir. Vasalli, F., vol. decimo, tomo terzo), Torino, 1987, cfr. p. 35 en donde al tiempo que la define hace referencia a cómo se distinguen en el Derecho alemán las nociones de sociedad interna y sociedad oculta o no manifiesta (cfr. nt. 1).

Para un estudio más reciente de la sociedad oculta, o correlativamente del papel del *imprenditore occulto*, pueden verse las pp. 101 ss. de GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo I, 2.ª ed., Padova, 1994.

¹²⁶ Cfr. COSTI-CHIO, *op. cit.*, pp. 145-146 ss.

ZATTI y COLUSSI, cfr. *Lineamenti di Diritto Privato*, 5.ª ed., Padova, 1995, pp. 737-738, califican la sociedad oculta como *società nascosta*.

defenderse para nuestra sociedad civil irregular. La similitud vendría favorecida cuando —como parece lógico— solamente se pueda hablar de *società occulta* a propósito de sociedades no registradas, teniendo en cuenta que es característico de la sociedad civil española el que precisamente no tiene que ser inscrita ¹²⁷.

Los problemas que comporta la *società occulta*, son de dos tipos: relativos a la propia licitud de un pacto que afecte de aquella manera a las relaciones con terceras personas, y a la cuestión de si podrá conseguirse efectivamente la finalidad perseguida. En cuanto a lo primero pueden hallarse, enfrentadas, dos posturas en la doctrina italiana: la de quienes no ven inconveniente al pacto de ocultación, que cabría al amparo del principio de autonomía negocial, cuando no hay norma imperativa en materia de sociedades que lo prohíba; de otro lado, se puede oponer a su admisibilidad que los tipos societarios regulados por el *Codice* prevén la existencia, como elemento estructural esencial, de órganos de representación destinados a actuar en nombre de la sociedad ¹²⁸. De todas maneras, en diversas ocasiones, la *Suprema Corte* ha admitido la existencia de una sociedad interna u *occulta* distinguiendo en ella dos ámbitos distintos: el interno entre las partes, que se rige preferentemente por lo pactado, y el externo que tiene como presupuesto que la sociedad se manifieste. Sin embargo no parece que haya una doctrina uniforme en el tema de la responsabilidad frente a terceros, y aún puede pensarse que no siempre los pronunciamientos jurisprudenciales independizan absolutamente la sociedad *occulta* del fenómeno de la sociedad aparente ¹²⁹.

En cuanto a la otra dificultad que plantea la admisibilidad de la *società occulta*, puede concretarse en el tema de su responsabilidad en las relaciones con terceros. La doctrina contrapone dos opiniones, aunque ninguna puede ofrecer soluciones basadas en argumentos decisivos, por lo que el tema sigue estando abierto ¹³⁰. La primera (de la que resulto particularmente afecto, para explicar algunas consecuencias de la irregularidad societaria civil en Derecho español) sostiene que la sociedad *occulta* (y su patrimonio) no puede ser considerada directamente responsable frente a terceros, como postula el principio de que solamente debe responderse de las obligaciones contraídas en nombre propio, recayendo así la sujeción sobre el propio socio actuante y su patrimonio. Por el contrario, se ha sos-

¹²⁷ Cfr. COTTINO, G., *Diritto commerciale*, vol. I, tomo 2, Padova, 1987, pp. 109 ss.

¹²⁸ Nótese cómo, de ser correcta la relación entre *società occulta* y sociedad civil irregular, nuestro Código no permite plantear tales problemas, habida cuenta de la admisión expresa del fenómeno en el artículo 1669 del Código Civil.

¹²⁹ Como puede verse de los fallos transcritos por COSTI-CHIO, *op. cit.*, pp. 152 ss. Aunque estos autores deducen de su examen que «*Pare pertanto possibile concludere che la Suprema Corte, dopo notevoli, perplessità, ha finito per accogliere la tesi che ritiene la società occulta responsabili nei confronti dei terzi*». Puede verse la misma opinión en trabajos más recientes, como el de ROPPO, V., *Istituzioni di Diritto privato*, Bologna, 1994, *cf.* p. 871.

¹³⁰ *Vid.* el preciso y abundante apunte bibliográfico que hacen, en el lugar antes indicado, COSTI y DI CHIO.

tenido que el carácter interno de la sociedad no impide que deba responder ante terceros, pues ese sería el resultado al que permitirían llegar por vía analógica algunos preceptos del Derecho concursal, y aun del propio *Codice*¹³¹.

En lo que respecta a la sociedad irregular propiamente dicha, que frecuentemente aparece designada como *società di fatto irregolare*, resulta fácil la correlación con el Derecho español, en varios sentidos¹³². Primero, la *irregularidad* es un fenómeno general del negocio jurídico o del contrato (así igualmente por mi parte pretendo que puede verse en nuestro país); no es extraño que la doctrina italiana trate de la irregularidad, en aquel sentido amplio, a propósito de la eficacia o ineficacia contractual o negocial¹³³. Dentro del plano específico de la irregularidad societaria, cuando se relacionan los términos de *società irregolare* y *società di fatto*, no ha de hacerse con criterio excluyente, sino tal vez en relación de género (irregularidad) a especie (de hecho)¹³⁴. La idea de irregularidad societaria ha venido determinada, en general, por los defectos formales o por la

¹³¹ Entre estos últimos, se ha destacado la utilidad de la aplicación del artículo 1762 del CCI, referente a la «*mediazione*»: «*Contraente non nominato. Il mediatore che non manifesta a un contraente il nome dell'altro risponde dell'esecuzione del contratto e, quando lo ha eseguito, subentra nei diritti verso il contraente non nominato. // Se dopo la conclusione del contratto il contraente non nominato si manifesta all'altra parte o è nominato dal mediatore, ciascuno dei contraenti può agire direttamente contro l'altro, ferma restando la responsabilità del mediatore.*»

Y el artículo 147.2.ª de la *Legge fallimentare*: «*Se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il Tribunale, su domanda del curatore d'ufficio, dichiara il fallimento dei medesimi, dopo averli sentiti in camera di consiglio.*»

En cuanto a lo que puede resultar de la anterior analogía, no debe olvidarse sin embargo que el *fallimento* o quiebra es institución típicamente comercial, de tal manera que no se aplica a la *società semplice*. Cfr. GALGANO, F., «Le società di persone», en *Trattato di Diritto civile e commercial*, de CICU-MESSINEO, vol. XXVIII, Milano, 1982, pp. 123-124.

¹³² Cfr. ZATTI, P. y COLUSSI, V., *op. cit.*, p. 737, quienes afirman que la expresión *società di fatto* es ampliamente utilizada en el lenguaje común, y en algunas leyes especiales, para hacer referencia a la *società irregolare*. Cfr. ANGELICI, C., voz «Società di fatto. I) Società di fatto e irregolare», en *Enciclopedia Giuridica*, Roma; al estudiar la relación entre sociedad irregular, de hecho y sociedad aparente, señala que se discute la posibilidad de reconocer a la sociedad de hecho una autonomía conceptual respecto de la sociedad irregular; la jurisprudencia suele atribuir a la expresión «*società di fatto*» un valor omnicompreensivo, utilizándola con clara preferencia a la de «*società irregolare*», siendo la primera –según la doctrina– una especie respecto del género representado por la sociedad irregular.

Cuestión distinta es que no solamente la noción de sociedad irregular o de hecho se emplea en el Derecho italiano con mucha extensión, sino que además también existe en él la expresión «*contratto irregolare*», como puede verse, v. gr., en MESSINEO, F., voz «*Contratto irregolare (di fatto) e ad effetto irregolare*», en *Enciclopedia del Diritto*, X, Varese, 1962, pp. 111 ss.

¹³³ En tal sentido puede verse, v. gr., TRABUCHI, A., *Instituzioni di Diritto civile*, 31 ed., Padova, 1990, pp. 172-173, a propósito de la «Patología del negozio», se ocupa de las diversas formas de impedimento de la eficacia del negocio y entre ellas de la *irregolarità* con un referencia específica (aunque muy puntual) a la *società irregolare*.

¹³⁴ En nuestro Derecho me pronuncio en el sentido de entender que la noción de sociedad de hecho es una subespecie de la de sociedad irregular. Esto es lo mismo que puede opinarse sobre la correlación entre *società irregolari* y *società di fatto*, según creen COSTI-CHIO, *cf. op. cit.* p. 536. Pese a exponer otras opiniones contrarias a la suya, acaban

inobservancia de las exigencias publicitarias de la sociedad, lo que ha llevado a que la jurisprudencia y la doctrina italianas elaboren la figura de la *società di fatto* o *irregolare*¹³⁵. Por último es apreciable una particular proximidad con el concepto de irregularidad que suele mantenerse en nuestro Derecho (y doctrina) mercantil, pues también en el italiano se relaciona aquel fenómeno con la falta de inscripción de ciertas sociedades mercantiles. «*L'espressione "società irregolari" sta ad indicare, nella dottrina e nella giurisprudenza, quelle società che pur dovendo, per espresso disposto del artículo 2200 cod. civ., essere iscritte nel registro delle imprese non hanno provveduto (od ottenuto) la relativa registrazione. Il fenomeno, sul piano logico riferibile a tutte le società soggette a registrazione, in realtà si può positivamente riscontrare solo per la società in nome collettivo e per la società in accomandita semplici escludendosi, al meno da parte della dottrina di gran lunga prevalente... la possibilità, de jure condito, di riconoscere autonoma esistenza a società di capitali irregolari*»¹³⁶.

Tal como he dicho, con frecuencia los autores italianos equiparan las expresiones sociedad de hecho y sociedad irregular, aunque ello no deja de estar sometido a discusión, en cuanto a si son o no una misma realidad; sobre todo la equiparación se demuestra inoportuna si se considera que el término *di fatto* podría acoger supuestos en que no queda clara su sustancia contractual. Parece mejor limitar la aplicación o restringir el significado del término *società di fatto*, tal como señalan Zatti y Colussi, reservándolo para hacer referencia a una sociedad que no se ha constituido mediante una declaración expresa de voluntad contractual, pero cuya existencia resulta del comportamiento concluyente de las partes que actúan, entre sí y ante terceros, como socios¹³⁷.

concluyendo que aunque las diferencias existen en el plano conceptual, sin embargo no las hay en el orden normativo.

Igualmente coincido, aplicando la idea al Derecho español, con ZATTI y COLUSSI cuando afirman que «... tutte le società di fatto... sono società irregolari, ma non tutte le società irregolari sono società di fatto in senso stretto». *cfr. op. cit.*, p. 737.

Por otra parte —como luego se concretará— si se admitiera la sinonimia entre sociedad de hecho y sociedad irregular, habría de resultar que la *società di fatto* no cabría respecto a las sociedades de capitales, y sí en cambio en las de base personalista por ser característica de estas últimas que el contrato que las origina no es un contrato formal; así lo estima, entre otros, ROPPO, V., *cfr. Istituzioni di Diritto privato*, Bologna, 1994, p. 870.

¹³⁵ *Cfr. MESSINEO, F.*, voz «Contratto irregolare (di fatto) e ad effetto irregolare», en *Enciclopedia del Diritto*, X, Varese, 1962, pp. 111 ss.

¹³⁶ *Cfr. COSTI-CHIO, op. cit.*, p. 534. De nuevo la relación jurisprudencial y bibliográfica que se ofrece, en la página indicada y sus sucesivas, resulta sumamente interesante.

En cuanto al estudio de la irregularidad de las sociedades comerciales, téngase en cuenta a VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.^a *La sociedad irregular*, Pamplona, 1995, pp. 40 ss., que dedica una especial atención a la influencia en este apartado del Derecho comunitario sobre el italiano.

Tampoco es mi intención extenderme más en la explicación de esta forma de irregularidad del Derecho italiano, cuando persigo el equivalente más próximo de la irregularidad societaria civil.

¹³⁷ *Cfr. ZATTI-COLUSSI, op. cit.*, p. 737.

Debe recordarse lo expuesto en epígrafes anteriores a propósito de las clases de sociedades, sus formalidades publicitarias, y la adquisición de personalidad jurídica por algunas de aquellas. Pues en los términos en que acaba de plantearse, la *società irregolari* sólo puede admitirse sin vacilaciones respecto de la sociedad colectiva y comanditaria simple (las cuales no tienen atribuida personalidad jurídica¹³⁸). Dicha situación de irregularidad vendrá provocada por la falta de inscripción en el *Registro de empresas*, lo que a su vez determinará (de acuerdo a los arts. 2297 –sociedad en nombre colectivo– y 2317 –sociedad comanditaria simple– del CCi) que se apliquen de cara a terceros las reglas de la *società semplice*¹³⁹. En general, para esos supuestos concluyen Costi y Di Chio, «... con la dottrina unanime, che tale omissione non incide sulla validità del contratto né sulla struttura interna della società, bensì e soltanto sul regime della responsabilità per le obbligazioni sociali (sull'autonomia patrimoniale della società), sottraendo i rapporti coi terzi alla disciplina dettata per la società in nome collettivo e per la società semplice, ossia per quel tipo di società che, per definizione, è non registrata»¹⁴⁰.

Las sociedades de capitales tienen un ámbito propio de dificultades cuando se plantea si pueden subsistir en situación de irregularidad, es decir, sin la correspondiente inscripción en el *registro delle imprese*, teniendo en cuenta que realmente esa clase de sociedades adquieren su personalidad mediante la inscripción (*cf.* art. 2331 del CCi). A partir de aquí la doctrina italiana se diversifica mucho a propósito de las sociedades anónimas irregulares, partiendo de la premisa constatable de que no existe en el *Codice* un régimen legalmente previsto, de ahí que se debata –como entre nosotros se mantuvo– acerca de si cabe distinguir la sociedad irregular propiamente dicha de la sociedad en formación, el régimen o el tipo societario supletorio a aplicar en cada uno de los casos, etc.¹⁴¹.

¹³⁸ De tal modo que, pese a que la sociedad adquiriría existencia sin necesidad de inscripción, esta omisión sin embargo afectará decisivamente a la posición jurídica de la sociedad en sus relaciones con terceros.

Sobre la relación entre irregularidad y personalidad, *cf.* DOMINÉDÓ, *Il problema delle società irregolari*, Roma, 1929, p. 7; SALANDRA, *Le società irregolari nel Diritto vigente*, Roma, 1935, p. 130; GALGANO, F., *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, I, 2.ª ed. (*Commentario del CC, SICALOJA-BRANCA*), Bologna-Roma, 1976, pp. 104 ss.

¹³⁹ *Vid.* las características concretas de la irregularidad de las sociedades colectivas y comanditarias, respectivamente, en pp. 541 ss. y 567 ss. de COSTI-CHIO, *op. cit.*

¹⁴⁰ *Cfr.* COSTI-CHIO, *op. cit.* p. 535. Coinciden en esta opinión, entre otros, con FERRARA, F., jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1975, p. 186. Sobre la base expuesta, la doctrina italiana ha elaborado el concepto de «*irregolarità modificativa*», que tiene lugar cuando el defecto de un requisito extrínseco (como la inscripción) exigido por la ley para cierto tipo negocial, impide que se produzcan algunos de los efectos propios de ese tipo, y además puede determinar la sustitución e integración de los efectos que no van a producirse con otros pertenecientes a un tipo distinto, dando lugar a otro tipo que puede considerarse intermedio y que tendrá como tal plena eficacia. *Cfr.* GRECO, P., «Le società nel sistema legislativo italiano», Torino, 1959, p. 97.

¹⁴¹ *Cfr.* FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M., «Requisitos de forma y publicidad: las sociedades irregulares en derecho español» (STS 8 julio 1993), en *RDS*, núm. 3, 1994, p. 275: En Italia, en cuanto a la figura de la SA irregular, aunque «no han faltado voces autorizadas favorables a la admisión de esta categoría jurídica –como es

Particularmente provechosa es la constatación, que puede encontrarse en la doctrina italiana, de que no existe en realidad un concepto o un tipo general de sociedad irregular, y que incluso este depende en cada caso de los requisitos que sean propios de la sociedad regular de que se trate ¹⁴².

VI. CONCLUSIONES

Lo que se pueda concluir de la comparación del régimen societario de los países examinados, aunque trate de referirse al aspecto concreto de la irregularidad, tiene que pasar previamente por el contraste de las nociones de sociedad regular (ya que una cosa, que constituye *regla*, acaba por determinar a la otra, que es *apartamiento de la regla*).

Una primera constatación por hacer es de índole más bien formal, referida al origen común que mantiene el concepto de sociedad en los Derechos español, francés e italiano (pues conceptualmente se respeta la influencia como modelo de la *societas* romana ¹⁴³). Pero a partir de este rasgo de coincidencia, como digo formal, lo cierto es que ha de reconocerse que la *societas*, la *société* y la *società* se han ido alejando paulatinamente. Hasta una actualidad en la que no debe olvidarse el dato de que el Código Civil español no haya sido reformado en materia de sociedades (a diferencia de lo que sucede con el Código francés; y en cuanto al italiano, su promulgación más reciente (1942) le permite superar tal vez los inconvenientes creados por la rápida expansión de la sociedad, sobre todo mercantil, más airoosamente que el nuestro).

Las diferencias son más acusadas si se comparan los otros dos ordenamientos societarios con el español, puesto que entre nosotros no se ha producido la unificación normativa de las clases de sociedades en un solo cuerpo legal ¹⁴⁴. Así es, pues como se recordará Francia e Italia han reco-

el caso de OPPO en «Forma e pubblicità nelle Società di capitali», *Rivista di Diritto civile*, 1966, I, pp. 139 y ss. y «Diritto della Società e attuazione della 2.^a Direttiva CEE. Il Decreto di attuazione in Italia. Rilievi sistematici», asimismo en *Rivista di Diritto civile*, 1986, I, pp. 568 ss. La opinión dominante sigue siendo contraria al reconocimiento de esta figura. Así, expresamente, ANGELICI, C., «La costituzione della Società per azioni», en *Trattato di diritto privato* 16, 2, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1991, pp. 265 ss.

¹⁴² Cfr. COSTI-CHIO, *op. cit.*, p. 537.

¹⁴³ Por lo demás, el resultado de la evolución de las sociedades es, comparativamente, más diferente de lo que cabría esperar. Aunque se respeta el concepto básico y los caracteres de la sociedad, se ha producido una alteración en los elementos y en la concreción de la finalidad primordial societaria.

¹⁴⁴ En el sistema continental los países que como Italia han uniformizado el derecho de sociedades, o los que como Francia han aproximado tanto el estatuto de las sociedades civiles a las mercantiles, han permitido una cierta confusión conceptual o al menos una gran semejanza entre ellas. Pero en esos países como en España, no obstante la diferente trascendencia de tal separación, puede generalizarse como criterio distintivo el que atiende a la naturaleza del objeto de la sociedad y que permite calificarla como civil o mercantil: la sociedad civil se define negativamente como aquella que no persigue realizar una actividad de comercio. También puede caracterizarse la sociedad civil por no sujetarse a las formali-

gido un concepto y unas categorías generales de sociedad en sus propios Códigos, mientras en Derecho español existe una doble disciplina normativa (aun de términos tan similares como resulta de los respectivos conceptos legales de los arts. 1665 del CC y del 116 CdC) contenida en el Código Civil y en el de Comercio, regulando el primero exclusivamente las sociedades civiles (sin perjuicio de que dicho concepto de sociedad tenga un carácter generalizable). Mientras los Códigos Civiles de Francia e Italia unificaron la aplicación de sus normas a todas las sociedades, por el contrario en España tal fenómeno sólo se produce indirectamente, ya que sigue habiendo una doble reglamentación, que sólo permite distinguir las sociedades civiles y mercantiles a través de criterios ambiguos como el de acto de comercio¹⁴⁵.

También hay identidad básica de criterios en cuanto a las clases de sociedades, salvo en lo que respecta a la distinción entre universales y particulares de la que se ha prescindido por los otros Códigos a excepción del español¹⁴⁶.

En cuanto a la personalidad jurídica de las sociedades civiles, en nuestro Código aparece sin lugar a dudas pero en Francia su reconocimiento ha sido obra de una jurisprudencia no muy antigua, y en Italia el *Codice* reconoce la personalidad jurídica de las sociedades de capitales (por acciones), pero la niega para la *società simple* (que vendría a ser equivalente más aproximado de la sociedad civil) y demás sociedades de personas (colectivas o en comandita simple)¹⁴⁷.

Tras la común base en las fuentes romanas, en los países latinos ejerció una gran influencia la definición que del contrato de sociedad hizo el *Code* francés, de tal modo que ha sido general la exigencia, como elementos esenciales, de la concurrencia de varias personas que realizan aportaciones y que deben perseguir una finalidad común que ha de ser económica, por lo que con mayor o menor rigor se excluyen las aportaciones con finalidad desinteresada¹⁴⁸.

dades que en cuanto a la constitución y publicidad se exigen para las mercantiles (salvo en el caso de Francia, en que también se hace necesaria para la sociedad civil la inmatriculación en un registro).

¹⁴⁵ Es característica común de los regímenes societarios estudiados una cierta hipertrofia o expansión del acto mercantil. Aún podríamos decir que este fenómeno es si cabe más intenso en otros países, pues nuestro Código (*cf.* art. 1670 del CC) no supone necesariamente que las sociedades con objeto mercantil sean mercantiles.

¹⁴⁶ Las sociedades civiles universales son una categoría extinguida de hecho, y de derecho el español es el único que todavía las regula en su Código. El contrato de sociedad que perdura y se desarrolla es el de sociedad particular.

¹⁴⁷ En general los códigos latinos se contraponen, en la medida que reconocen personalidad jurídica a la sociedad civil, a los germánicos que les privan de ella. En el Derecho comunitario, la Convención de Bruselas de 29-2-1968 previó el reconocimiento de pleno derecho de la personalidad moral de las sociedades en todos los Estados miembros de la CEE, sin embargo no ha sido ratificada por todos ellos.

¹⁴⁸ La finalidad económica del contrato de sociedad no aparece, tan claramente como en los países latinos, en códigos germánicos como el alemán y el suizo (*cf.* art. 705 BGB y art. 530 del Código Suizo de las Obligaciones; por el contrario el art. 1175 del CC austríaco sí parece considerar la realización de un común beneficio como elemento de la sociedad

Algunas legislaciones (como en Italia sucede con la regulación de la *società semplice*) han propugnado un concepto amplio de sociedad, apto para abrazar las sociedades civiles y algunas de las mercantiles, y otros supuestos de uniones o grupos de personas con finalidad patrimonial que no sean asociaciones. Sin embargo, no resulta claramente así en el Derecho español, donde ni siquiera parece un procedimiento adecuado el de alargar la noción de sociedad para resolver las carencias de nuestro Ordenamiento. La sociedad española y la francesa se particularizan especialmente por la distinta noción de los fines propios del concepto de sociedad, lo que a su vez determina la mayor o menor extensión de la sociedad a otras formas asociativas.

De otro lado las diferencias de los otros Ordenamientos con el francés aparecen más acusadas, pues en este último es el mismo concepto de sociedad, su naturaleza, lo que cambia, pues se suprimió en él la calificación de la sociedad como contrato (que todavía conservan los Códigos español e italiano). Además coinciden los Códigos francés e italiano en que han dado un gran desarrollo al concepto de empresa, que no aparece en el Código español.

Siendo así las cosas, en una perspectiva muy general y en lo referente a las sociedades que se presentan de modo regular (sociedades regulares), no podía esperarse una similitud de soluciones en el terreno de la irregularidad societaria civil, pues no existe condición de igualdad en los presupuestos a tener en cuenta. Singularmente es acusada la diferencia de planteamiento que comportan los Ordenamientos en que no se ha dotado a la sociedad de personalidad jurídica (la *società semplice*, del Derecho italiano). Por tanto creo no equivocarme si afirmo que ni en el Derecho francés ni en el italiano existe institución que sea exactamente asimilable a nuestra sociedad civil irregular. Pues si la irregularidad societaria (al menos como puede suceder en el Derecho español) fundamentalmente hace frente a las situaciones en que una sociedad carece de personalidad jurídica, el planteamiento en sí fracasa cuando trata de aplicarse a sociedades cuya personificación no se halla prevista (como sucede, *v. gr.*, con la *società semplice*), pues debería concluirse que no pueden ser irregulares¹⁴⁹.

Por otra parte, también existen diferencias aún entre Ordenamientos que sí conceden personalidad jurídica a las sociedades civiles: en lo que al Derecho francés se refiere, la sociedad regular para gozar de personalidad debe sujetarse a unos trámites formales que resultan completamente extra-

civil). Estos países tienen un concepto más amplio del contrato de sociedad que el recogido en los códigos latinos, pues aquellos no exigen que la sociedad haya de tener precisamente finalidad lucrativa. Sin embargo, en igual sentido tanto en nuestro país como en el extranjero, la doctrina tiende a censurar la concepción latina del contrato de sociedad y se aboga por la supresión de la exigencia del fin de lucro, y se incluyen en aquel contrato todas las agrupaciones que persigan un fin cualquiera, o cuando menos las que aspiren a realizar un fin económico (pese a los inconvenientes que todavía representa el Derecho positivo).

¹⁴⁹ Quedan al margen, por supuesto, las manifestaciones de la irregularidad en las sociedades mercantiles capitalistas, pues se intenta dar cierta uniformidad de ese temario de Derecho europeo.

ños a la sociedad civil personificada del Derecho español. Y la exigencia en aquella de una publicidad de derecho, choca con lo que se desprende de nuestro artículo 1669 del Código Civil al precisar las sociedades civiles una publicidad especial (documentaria, cuando se aporten derechos reales inmobiliarios, *cfr.* art. 1667 del CC) solamente en ciertos casos, bastando en los demás la simple publicidad de hecho. De todo ello resulta que en el Derecho francés (por ser más claros los requisitos establecidos para la obtención por las sociedades civiles de personalidad jurídica), son más fácilmente detectables los episodios de irregularidad societaria que en el Derecho español, en que la regularidad de la sociedad civil depende de una calificación que ha desprenderse, de manera poco segura, del cumplimiento de las exigencias de publicidad de hecho y de derecho.

Conviene sin embargo que tratemos de señalar elementos de coincidencia entre los Derechos expuestos, lo que puede hacerse en varios ámbitos diferentes: el primero sería el de mayor generalidad, pues hace referencia a la búsqueda de un fenómeno general más que de concretas aplicaciones coincidentes; después vendrá el concretar estas últimas en cada Derecho, localizando las manifestaciones societarias que puedan acercarse más a la sociedad civil irregular española.

La consecuencia general más sintética que puede ofrecerse es que solamente pueden encontrarse *aproximaciones* en los Derechos francés e italiano, de lo que para nosotros es la sociedad civil irregular, en los términos en que el Tribunal Supremo español interpreta lo que dispone el artículo 1669 del Código Civil. Entre las situaciones más próximas, el denominador más común apunta al fenómeno de las sociedades de hecho: sociedades *di fatto*, *de fait*, *créées de fait*, de Italia y Francia respectivamente. Puede predicarse extensivamente la noción *de hecho* a todos los casos en que existe una deficiente explicitación de la voluntad contractual, ya por las circunstancias relativas al propio consentimiento, ya por lo referente a las formalidades societarias. Ello no obstante parece que la coincidencia al prever las sociedades de hecho, por encima de la identidad nominal, no deja ser simplemente parcial pues tiene rasgos característicos en cada país. Si intentamos precisar más la conclusión de coincidencias (con nuestra sociedad civil irregular) en el ámbito de las sociedades de hecho, habrían de buscarse en la *società di fatto* italiana; puesto que esta se relaciona expresamente por la doctrina y la jurisprudencia de ese país con el fenómeno de la irregularidad societaria, del que constituye una de sus especies.

En un plano más especial de comparación, las sociedades de hecho en Francia muestran como concepto genérico una gran similitud con la irregularidad de la sociedad civil española, comenzando por la común carencia de personalidad jurídica¹⁵⁰. Ahora bien, la mayor diferencia que plantea esa relación es que la irregularidad debe originarse por causas

¹⁵⁰ No en vano yo mismo soy partidario de interpretar así la jurisprudencia española, en el sentido de considerar que las sociedades de hecho son una especie de la irregularidad societaria.

conectadas con los defectos de forma y de publicidad. Sin embargo en Francia las sociedades de hecho, pese a la amplitud del fenómeno, tienen que ver con la deficiente explicitación de la voluntad societaria, y (en la modalidad de *sociétés créées de fait*) se les aplica el mismo régimen de las *sociétés en participation*; por esto mismo, junto a las diferencias de régimen¹⁵¹, tampoco puede olvidarse que en el Derecho francés las sociedades de hecho están caracterizadas, respecto a lo que sucede en nuestro país, porque gozan de un grado de tipicidad que tiende a especificar mejor sus supuestos (perdiendo, correlativamente parte de la amplitud que la noción de sociedad de hecho ofrece a la jurisprudencia española).

En el apartado de las sociedades de hecho, también las italianas tienen ciertas peculiaridades, derivadas de un sistema que restringe la atribución de personalidad jurídica¹⁵². En él es factible sentar diferencias con lo que sucede en España y Francia. Si en estos países las formas o la publicidad (mediante la inmatriculación en el caso francés) son determinantes de la personalidad jurídica¹⁵³, no se dirá lo mismo cuando de entrada no haya tal personalidad: no se podrá concluir la influencia del cumplimiento de formalidades en su obtención. Y aún el argumento de la personalidad jurídica puede permitir obtener en el Derecho italiano una conclusión que igualmente aparece sobre todo en la doctrina mercantilista española (aunque esta no concuerde exactamente con la jurisprudencia del TS): ya que sólo algunas sociedades (las mercantiles capitalistas, no así la *società semplice*) tienen reconocida una personalidad propia, solamente algunas de las comerciales podrían denominarse con propiedad «sociedades irregulares», más cuando tampoco todas las sociedades deben inscribirse en el *registro delle imprese*. Esto último a su vez justificaría que solamente las sociedades inscribibles y no inscritas fuesen llamadas irregulares. Aunque en cualquier caso esa consideración no sería del todo exacta, debido en primer lugar a la sinonimia que se establece en Italia entre *società irregolare* y *società di fatto*, puesto que una *società semplice* podría quedarse simplemente como sociedad de hecho y, por tanto, irregular. En segundo lugar, tampoco sería exacto el recurso comparativo al Derecho italiano (para explicar por qué el calificativo de irre-

¹⁵¹ Efectivamente vendría a resultar que para nuestro Tribunal Supremo la noción de sociedad de hecho quedaría normalmente integrada entre los supuestos que caben en lo previsto por el artículo 1669 del CC (sociedad civil irregular); pero además la noción de sociedad de hecho ni siguiera se refiere exclusivamente al ámbito de las sociedades civiles, puede aludir por ejemplo a las relaciones de convivencia *more uxorio*, lo que hace difícil la generalización de que toda sociedad de hecho haya de someterse de manera automática al modelo de régimen que resulta del artículo 1669 del CC, ya que a veces las situaciones de hecho podrían propiciar que se aplicasen, *v. gr.*, las normas de cierto régimen matrimonial.

¹⁵² Lo que determina, entre otras consecuencias, que no sea demasiado relevante (para establecer equiparaciones con lo que en otros países son las sociedades de hecho) el dato de que en Italia carecen de personalidad jurídica; lo cual más debiera de calificarse de una *necesidad*, habida cuenta de que no a todas las modalidades societarias les está permitida su personificación.

¹⁵³ Lo que incluso puede formularse en términos de *sanción*, consistente en la privación la personalidad cuando las formalidades se omitan.

gular debe reservarse también en Derecho español para las sociedades comerciales) debido a que la solución a que se llega en aquel país a propósito de las sociedades irregulares de capitales dista mucho de ser pacífica; y porque cuando la irregularidad se refiere en cambio a sociedades en nombre colectivo o a las comanditarias simples, lo que se hace es someterlas al régimen de la *semplice* y no al del tipo correspondiente que se irregulariza¹⁵⁴.

En el terreno de las concretas equiparaciones posibles entre los Derechos francés y español, también debe llamarnos la atención lo que se conoce como *société non inmatriculée* (cfr. art. 1842 del CCf). Esta noción coincide solamente de modo parcial con la que es supuesto de hecho del artículo 1669 del Código Civil, pues aunque ambas se refieren a sociedades que carecen de personalidad jurídica sin embargo en el primer caso ello es debido a la omisión del trámite formal (o de publicidad legal) que es la inmatriculación; en cambio en la sociedad civil española, existen supuestos en que es suficiente la simple publicidad de hecho para gozar de personalidad. Igualmente son distintas las consecuencias que originan la *sociedad no inmatriculada* y la sociedad civil irregular. En el Derecho francés las relaciones internas se rigen por el propio contrato y por los principios generales del derecho de las obligaciones y contratos (cfr. art. 1842 del CCf); en cambio el artículo 1669.2 del Código Civil remite directamente a las normas de la comunidad de bienes, sin perjuicio de que —por la vía de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 392 del CC— también quepa la aplicabilidad de lo pactado.

Tampoco la *société en participation* francesa es equiparable o identificable sin más con el artículo 1669 del Código Civil español, aunque no dejen de apreciarse aspectos comunes entre un fenómeno y otro, sobremanera los referentes a la explicitación de la voluntad contractual ausente de formalismos. Nuestro contrato de cuentas en participación tiene una naturaleza comercial¹⁵⁵, en cambio la *société en participation* puede tener naturaleza civil, como también mercantil.

La mayor coincidencia de lo que representa el artículo 1669 del Código Civil puede encontrarse, de modo particular en el Derecho italiano, con la noción de la *società occulta*. Siendo esta una sociedad en que los socios mantienen reservada la existencia de una relación societaria (una *società interna*), estos por tanto actúan frente a terceros en nombre propio

¹⁵⁴ Esto último es lo que con frecuencia se propone entre nosotros, que el régimen de la sociedad colectiva se aplique a las sociedades mercantiles personalistas irregulares, en sustitución del criterio de la jurisprudencia de remitir la irregularidad (salvo las sociedades de capitales) al artículo 1669 del Código Civil. Si se retiene que el Tribunal Supremo español ha procedido frecuentemente sometiendo las sociedades personalistas mercantiles irregulares (colectivas y comanditarias simples) al régimen de la sociedad civil irregular, no deja de resultar llamativo el que parecida solución sea la acogida por el Derecho italiano en circunstancias similares (en cuanto a la *società in nome collettivo* y la *società in accomandita semplice irregolari*) respecto de la *società semplice*.

¹⁵⁵ Sin perjuicio de que sea para la doctrina el prototipo de la sociedad mercantil interna (como lo mismo puede pensarse, en otro ámbito, de la sociedad civil irregular).

y asumiendo exclusivamente la responsabilidad de los contratos con ellos celebrados. Habría además otra razón de relativo parecido con nuestro Derecho, por la falta de criterios definitivamente fijados de manera concordante por la doctrina y la jurisprudencia italianas sobre cómo se desenvuelven las relaciones externas de las sociedades ocultas, y sus consecuencias; pues, de parecida manera, la doctrina española (pese a las mayorías que pueden encontrarse) no ha obtenido una solución pacífica sobre qué es en sí misma la irregularidad societaria civil (lo que no debe extrañar, cuando es igualmente controvertido el fenómeno general de la irregularidad de las sociedades), qué son las sociedades internas, cuál el supuesto de hecho del párrafo primero del artículo 1669 del Código Civil, a qué ámbito debe referirse el segundo, y qué consecuencias comportan las sociedades irregulares en orden a la responsabilidad y el crédito contractual en las relaciones con terceras personas¹⁵⁶.

Si las anteriores eran consideraciones más precisas en relación al concepto de sociedad irregular, tampoco puede pasarse por alto otra cosa que se concluye del examen del régimen societario español, francés e italiano: la irregularidad no solamente es un calificativo específico de cierto tipo de sociedades, sino que se aplica igualmente en su significado de fenómeno general de alteración de la regularidad. Es decir alude al efecto, un tanto impreciso, de que la eficacia de un negocio societario resulte afectada por causas rara vez tasadas, pero que tienen en común el redundar en una deficiente publicación del vínculo social. Este significado de la irregularidad, es una aplicación más de la ineficacia negocial en general, y constituye como digo una nota común a los Derechos examinados. También lo es que en todos ellos el fenómeno de la irregularidad de las sociedades mercantiles de capitales, constituya un apartado específico sobre la irregularidad societaria en general, que se tiende a positivar bajo la influencia uniformizadora del Derecho comunitario europeo.

Igualmente puede generalizarse la coincidencia, en los tres países que se comparan, al utilizar precisamente la expresión «irregular». Aunque esta coincidencia de tenor literal no se corresponda con el significado específico que se le atribuye, pues depende del conjunto de reglas societarias de cada sistema. También es distinta (aunque haya, de nuevo, una coincidencia terminológica) la importancia que se concede en cada país a términos distintos al de irregularidad: en otros Derechos, diferentes al nuestro, se da una mayor relevancia a ciertos fenómenos específicos (como las sociedades de hecho en Francia, las sociedades ocultas y aparentes en Italia) que a la irregularidad misma. No sucede así en España, pese a las críticas de la doctrina, teniendo en cuenta la preferencia que el término «irregular» disfruta en la jurisprudencia.

¹⁵⁶ Aunque, en mi opinión, el Tribunal Supremo español sí ha insistido en un tratamiento básico de la irregularidad, que constituye jurisprudencia aplicable (por más que sus soluciones no sean únicas a lo largo de los años, sino que han experimentado diversas oscilaciones). A este respecto me remito a la monografía indicada en nota 1.

Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña)*

ANTONI VAQUER ALOY
Profesor titular de Derecho civil
Universitat de Lleida

SUMARIO: I. *La protección de los acreedores en la tradición jurídica catalana:* 1. El proceso de objetivización de la protección de los acreedores en el Derecho histórico: la constitución *Per tolre fraus*. 2. La protección de los acreedores del donante en la constitución *Per tolre fraus*: presupuestos y eficacia jurídica: 2.1. El presupuesto de la eficacia definitiva de la donación: la insinuación. 2.2. La donación no insinuada. 2.3. La problemática delimitación de los respectivos efectos del defecto de insinuación: el proceso codificador y la Memoria de Durán y Bas. 3. El proyecto de apéndice de 1930 y el proceso compilador. El artículo 340.3 de la Compilación.—II. *La protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña:* 1. La pretendida naturaleza revocatoria del artículo 340.3 de la Compilación: 1.1. Los contradictorios argumentos a favor de la naturaleza revocatoria. 1.2. La delimitación entre la acción pauliana y el mecanismo protector de los acreedores del artículo 340.3 de la Compilación. 2. La inoponibilidad a los acreedores del donante de la enajenación a título gratuito.—III. *Presupuestos de la aplicación del artículo 340.3 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña:* 1. La existencia de un crédito contra el donante. 2. El acto de enajenación a título gratuito. 3. El perjuicio del acreedor. 4. La subsidiariedad del remedio protector del artículo 340.3 de la Compilación.—IV. *La inoponibilidad:* 1. Eficacia jurídica, ineficacia e inoponibilidad: 1.1. La ineficacia relativa. 1.2. Inoponibilidad e ineficacia. 1.3. Inoponibilidad y ficción. 2. Los efectos de los actos jurídicos y los terceros. 3. La inoponibilidad registral y la no registral. 4. El fundamento de la inoponibilidad. 5. El ejercicio de la inoponibilidad. 6. Régimen jurídico de la inoponibilidad.—V. *El plazo de ejercicio del mecanismo protector ex artículo 340.3 de la Compilación:* 1. La determinación del plazo. 2. El *dies a quo*.

* La realización de este trabajo ha merecido una ayuda a la investigación del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalidad de Cataluña. Además, el autor quiere agradecer la inestimable colaboración bibliográfica que le han prestado los

I. LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN LA TRADICIÓN JURÍDICA CATALANA

1. EL PROCESO DE OBJETIVIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN EL DERECHO HISTÓRICO: LA CONSTITUCIÓN *PER TOLRE FRAUS*

A lo largo de la Edad Media, con el desarrollo de la actividad comercial, surge la necesidad de arbitrar mecanismos de protección de los acreedores más flexibles y ágiles que la acción pauliana, la acción típica del derecho romano para tal finalidad, acción que permitía a los acreedores impugnar los actos con que el deudor perjudicaba sus derechos de crédito mediante la disminución o la ocultación de su patrimonio. El triunfo de esta acción exigía probar en el deudor enajenante el *animus o consilium fraudandi*, y en el adquirente el conocimiento del fraude o *scientia fraudis*¹. Por ello, en toda Europa, y empezando en los derechos locales, se inicia una clara tendencia a la objetivización de la protección de los acreedores, abandonando paulatinamente la noción de fraude como elemento decisivo de la protección para centrarse en la idea del perjuicio patrimonial que se deriva de los actos de enajenación realizados por los deudores².

profesores Anna Casanovas, Juan Marsal, Elena Lauroba y Esther Arroyo (U. de Barcelona); Albert Lamarca (U. Pompeu Fabra); Reinhard Zimmermann (U. de Regensburg); la entonces estudiante Erasmus de la U. de Lleida Núria Torres; y el Servei d'Obtenció de Documents de la U. de Lleida. Y las valiosísimas observaciones y sugerencias que le han formulado los profesores Ferran Badosa (U. de Barcelona) y Santiago Espiau (U. de Lleida). Este trabajo se incluye en el proyecto de investigación DGES PB97-1459-C02-01.

¹ Entre la romanística moderna, IMPALLOMENI, Giovanbattista, voz «Azione revocatoria (diritto romano)», *Novissimo Digesto Italiano*, t. II, Torino, 1958; BONFANTE, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, Madrid, 1965, pp. 536 ss.; BIONDI, Biondo, *Istituzione di diritto romano*, Milano, 1972^a (ristampa), p. 354; D'ORS, Xavier, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*, Roma-Madrid, 1974, pp. 129 ss. Es el planteamiento del tema en relación al derecho romano que se halla en el fundamental estudio de ROCA SASTRE, Ramón María, «L'acció pauliana i la Constitució *Per tolre fraus*», *RJC*, 1935, pp. 124-125.

² Así, en Alemania, diversos derechos locales (Magdeburgo, Bamberg, Lübeck), en atención a la huida del deudor, declaraban en interés de los acreedores nulas las enajenaciones de fincas, de modo que dichos acreedores podían agredir directamente aquellos bienes aunque hubieran pasado a manos de terceros [SCHULTZE, Alfred, «Über Gläubigeranfechtung und Verfügungsbeschränkung des Schuldners nach deutschem Stadtrecht des Mittelalters», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (germanistische Abteilung)*, Band 41, 1920, pp. 210 ss.]. En Italia, las medidas que se prevén son diversas: desde la aplicación de la máxima *nemo liberalis nisi liberatus* hasta la obligación de insinuar o registrar las donaciones entre vivos que se aplica en Milán desde el año 1209, ordenación que aún fue confirmada en el siglo XVI (SALVIOLI, Giuseppe, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1921, p. 601; BUTERA, Antonio, *Dell'azione pauliana o revocatoria*, Torino, 1934, pp. 27-28). Más datos en KIPP, Theodor, «Impugnación de los actos *in fraudem creditorum*, en Derecho romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al derecho español», *RDP*, 1924, pp. 10-11; CASTRO, Federico de, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil», *RDP*, 1932, p. 203; PUGLIATTI, Salvatore, *La trascrizione*, vol. I, t. I, Milano, 1957, pp. 154-157; BIONDI, Biondo, *Le donazioni*, Torino, 1961, pp. 433-434; ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pp. 128-130; ROJO,

Es, sin duda, en Francia donde se aprecia una evolución legislativa más interesante y, a la vez, más próxima a Cataluña. Fue primero en el Delfinado que, el año 1456, Luis XI ordenó que se publicaran las donaciones, con la finalidad de prevenir fraudes, en presencia «bailluii iudiciis aut castellani loci sive parrochie domicillis donatoris»; de otro modo, eran «nullas atque irritas». Posteriormente, en el año 1539, Francisco I, por medio de la Ordenanza de Villers-Cotterets (art. 132³), sancionó la obligación de insinuar en todo el reino, con el fin de facilitar su conocimiento a los acreedores⁴, de cualquier donación entre vivos, precepto que fue completado con la declaración de febrero de 1549 y la Ordenanza de Moulins de 1566. La insinuación acabó siendo obligatoria en todo acto de enajenación inmobiliaria, onerosa o gratuita, con el Edicto de Luis XIV del año 1703, pero con una finalidad ya eminentemente fiscal. La insinuación diseñada en esta variada legislación ha sido conceptualizada como un registro de actos traslativos, y, por constituir «une condition intrinsèque de la validité du contrat lui-même, la donation non-insinuée, était juridiquement inexistante et ne pouvait, dès lors, nuire aux tiers»⁵. No obstante, parece más preciso Regnault, quien, tras analizar abundante jurisprudencia de la época, afirma: «[I]’ordonnance de 1539, les textes législatifs royaux qui l’ont suivie, les arrêts, la doctrine déclarent que la donation est nulle et de nulle effet faute d’avoir été régulièrement insinuée. Juridiquement, cette conception est inexacte. Car, elle tendrait à faire croire qu’une donation non insinuée ne peut produire aucune conséquence dans l’ordre du droit, alors qu’au contraire, elle est parfaitement valable dans les rap-

Ángel, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *RDM*, 1979, pp. 40-44; MÖHLENBROCK, Rolf, *Die Gläubigeranfechtung im deutschen und spanischen Recht*, Frankfurt am Main, 1996, pp. 18-22.

³ «Nous voulons que toutes donations qui resont faites cy-après par & entre nos sujets, soient insinuées & enregistrées en nos Cours, & Jurisdictions ordinaires des parties, & de choses données: autrement seront réputées nulles, & ne commenceront à avoir leur effet que du jour de ladite insinuation. Et ce quant aux donations faites en la presence des donataires & par eux acceptées» (transcripción de MOLINÆUS, Carolus, *Commentaires et annotations sur l’ordonnance du roy François I du mois d’Aoust mil cinq cent trente-neuf, vérifiée en Parlement le 6 setembre ensuivant*, en *Omnia quæ extant opera*, t. II, Parisiis, 1681, p. 787).

⁴ MARTIN, Olivier, *Histoire de la coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, París, reimp. 1972, p. 486, que también señala motivaciones fiscales y la defensa de los intereses de los herederos; OURLIAC, Paul y MALAFOSSE, J. de, *Histoire du droit privé*, t. III, París, 1968, p. 465; LAGARDE, Xavier, «Reflexions sur le fondement de l’article 931 du code civil», *RTDC*, 1997, p. 26 y nota 6, citando a Ricard, *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, París, 1685, t. I, núm. 1084. Aunque DAWSON, John P., *Gifts and promises. Continental and american law compared*, New Haven-London, 1980, p. 44, considera que los motivos principales eran la protección de los herederos y evitar la disipación de los patrimonios familiares.

⁵ BESSON, Emmanuel, *Les livres fonciers et la reforme hypothécaire*, París, 1891, pp. 68 a 71, que gráficamente rubrica «Renaissance de l’insinuation». Para la evolución tardía de la insinuación en el siglo XVIII, véanse POTHIER, Robert Joseph, «Costums des Duché, bailliages et prévôté d’Orléans, et ressort d’iceux», *Oeuvres de Pothier*, t. 7, Bruxelles, 1833, pp. 282 ss.; y MERLIN, *Dizionario universale, ossia repertorio ragionato di giurisprudenza e questioni di diritto*, voz «Insinuazione», t. VI, Venezia, 1837, pp. 1245 ss.

ports du donateur et du donataire, mais que, du défaut d'insinuation, il résulte qu'un certain nombre de tiers ne peuvent se voir opposer la donation. D'où il faut dire que *la donation non insinuée est valable, mais qu'elle demeure inopposable à un certain nombre de personnes* qui n'y ont point été parties et qu'elle *ne peut préjudicier à leurs droits*»⁶.

Cataluña no permaneció al margen de esta corriente. Es, en efecto, en este contexto que debe situarse, como primer peldaño, la pragmática de Juan I de 1384⁷, en que se contiene una presunción del carácter defraudatorio de aquellos actos o negocios transmisivos⁸ en los cuales el enajenante retiene de algún modo la posesión del objeto transmitido. Sin

⁶ REGNAULT, Henri, *Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau. Les donations et l'ordonnance de 1731*, París, 1929, p. 330 (la cursiva es mía). Es, en particular, significativo el artículo 58 de la ordenanza de Moulins, cuando establece que «à faute de ladite insinuation, seront et demeurent lesdites donations nulles et de nul valeur, tant en faveur du créancier que de l'héritier du donnant» (reproducido por REGNAULT, *id.*, p. 270, nota 4; véase también p. 281). Por esto considera que la insinuación presenta un doble carácter: «conformément à ses origines romaines et au but qui l'a fait établir, produit ses effets dans l'ordre du droit privé: elle permet à certains tiers de prétendre ignorer la donation, de ne pas se la voir opposer, lorsque la formalité n'a pas été remplie. Mais elle se présente aussi avec un caractère nettement fiscal» (p. 271). Una muestra de la jurisprudencia que, más allá de la literalidad de sus afirmaciones, responde a estas ideas, pp. 294 ss. En el mismo sentido, MARTIN, *ob. cit.*, pp. 486-487: «la donation non insinuée en leur était pas opposable [a los acreedores] mais n'en liait moins le donateur.»

⁷ Joan Princep y Loctinent General de Pere Terç en la Pragmática dada a Gerona a 18. de octubre de 1384 [*Constitutions y Altres Drets de Catalunya (CYADC)*, 2, 7, 4 (de alienations fetas en frau de creadors)]: «[c]ogit nos justitiæ debitum, ut nedum subditorum damna, fraudes, & pericula auferamus, verum etiam materijs unde prevenire possunt, toto studio, & viribus obviemus. Considerantes igitur in Civitate, & Vicaria Gerundæ ab aliquo citra tempore quendam usum, immo potius abusum reprobatum, hactenus per non nullos debitores fuisse introductum, videlicet, quod pro auferendo eorum creditoribus debita, aut pro impediendo ne contra ipsos debitores executio prompta fieri possit, Donationes, Venditiones, & alias alienationes de eorum bonis, atque rebus mobilibus, vel semoventibus, aut fructibus, seu expletis possessionum eorundem sæpe faciunt, possessionem corporalem, usum, & ademprivium illorum bonorum sic alienatorum pœnes se retinendo, & cum instrumentis publicis se præcario, aut in comanda illorum in quos ipsæ sunt alienationes tenere, pro colore eorum confitendo, unde cum informatione habita tam a jurisperitis, Notarijs, & alijs personis expertis, reperimus tales donationes in damnum, atque fraudem dictorum eorum creditorum, & ad auferendum eorum jus fieri potius, quam alia de causa, & a jure fictæ tales alienationes, quorum possessio pœnes alienantes remanet, reputentur, nostraque intersit talibus exquisitis, & excogitatis coloribus, maquinationibus, atque fraudibus salubriter providere. Tenore præsentis, maturo, & digesto Consilio habito super his, provideamus, & etiam ordinamus, quod si forte quicumque, & per quancunque personas tales donationes, venditiones, & alienationes in judicio, vel extra jam factæ, vel in posterum fiendæ exhibitæ fuerint, seu ostensæ, & pro impediendo aliquam executionem, quæ ex debito justitiæ ad instantiam alicuius creditoris, seu alias fieri habeat contra illum, vel illos qui dictas tales donationes, venditiones, & alienationes facerent cuicumque, eidem minime obsistentibus executio fieri valeat contra eos, & bona eorundem, prout fieret, & prout fieri posset, antequam dicta ficta donatio, seu venditio, vel alienatio præmissorum omnium facta esset. Nos enim tales donationes tanquam fictas, & simulatas, ac in fraudem creditorum factas declaramus irritas, atque nullas.»

⁸ Merece destacarse la amplitud del concepto «enajenación» en el derecho histórico catalán, que engloba la donación, la venta, la permuta, la dación en pago, la pignoración o el establecimiento, entre otras figuras (*cf.* CYADC 1, 4, 19, 2 –*usatge statuímus quod aliquis*–; 1, 4, 31, 2; 2, 1, 21, 1; 2, 1, 22, 1; 2, 4, 12, 2; y BROCA Y MONTAGUT, Guillermo María de; AMELL Y LLOPIS, José, *Instituciones del derecho civil catalán vigente*, t. 2.º, Barcelona, 1886², pp. 139-140).

embargo, no deja de ser un fraude derivado de una presunción de simulación de dicha enajenación con un alcance limitado a los supuestos que enumera⁹, presunción que comporta aparejada la sanción de nulidad de la enajenación, si bien, como resulta evidente, supone un avance respecto de la acción pauliana, en la que el acreedor debe probar el fraude, mientras que la pragmática obliga al enajenante a acreditar la ausencia de fraude en tales enajenaciones, de modo que invierte la carga probatoria –o introduce una norma de asignación del *onus probandi*– en favor de los acreedores.

El primer peldaño en este proceso de reforzamiento de la protección de los acreedores lo constituye, pues, la presunción del fraude. Por ello, el paso siguiente no podía ser sino prescindir de cualquier idea de fraude. La constitución *Per tolre fraus*, de Fernando II en la Corte de Barcelona de 1503¹⁰, es la que lo da. Su tenor es el siguiente:

«Per tolre fraus que sovint se cometen en las donacions que fan, ab consentiment, e approbatio de la present Cort statum, e ordenam, que qualsevol donacions universals, o de la major part del patrimoni, o que excedissen sinc cents florins, que faran, hajan esser scrites en las Corts dels Ordinaris, en lo cap de la Vegueria hon ditas donacions se faran, scrivint lo die que ditas donacions se continuaran en dit Libre, qui sie intitulat *de donacions, e heretaments*, ab una Rubrica continent los noms, e cognoms dels donadors, e donataris, e del Notari qui haura testificada la donatio: e sino seran continuades tals donacions deu dies ans del prestic, o contracte, no perjudiquen, ne puga perjudicar a creadors censalistas, ne altres que tingan lurs credits ab cartas, o albarans, encara que sien posteriors. Empero no sien entesas en la present, donacions que fan per contemplatio de Matrimoni, continuadas en los Capítols Matrimonials, si aquell sortira son effecte. E si las ditas donacions se faran entre Vassalls de alguns Barons, o de Ecclesiastics, o de altres havents jurisdicció, e dins los termens de la jurisdicció de aquells, que aquellas hajan esser registradas, e continuadas en las Scrivancias de las Vilas, e Locs de hon era Domiciliat lo donador: e si tals donacions seran fetas per los dits Barons, o altres havents jurisdicció, aquellas hajan de ser registradas, e continuadas en lo cap de la Vegueria de la Ciutat, Vila o Loc ahont tendra lo donador lo principal Domicili. E las ditas donacions no hajan força, ni valor en perjudici dels dits creadors censalistas, ni altres qui tingan lurs credits ab carta, o ab albara, sino del die de las

⁹ CANCERUS, Jacobus, *Variae resolutiones iuris cæsaris, pontificii et municipalis Principatus Cataloniae*, Turnoni, 1635, I, 13, 84: «talis contractus præsumitur simulatus, & in fraudem factus. Et sic per dicta Prag. in Catalonia, qui talem contractum verum, & non simulatum dicere velit debet id probare, cum per d. iuris municipalis præsumptionem in ipsum sit onus probandis». En el mismo sentido –esto es, que la Pragmática contiene una presunción de simulación en fraude de acreedores– se manifestaron primero VIVES Y CEBRIÁ, Pedro Nolasco, *Traducción al castellano de los usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles*, Barcelona, 1989 (reimp.), pp. 1257-1258 y, ya en la primera mitad del siglo XX, BORRELL Y SOLER, Antonio María, *Derecho civil vigente en Cataluña*, t. I, Barcelona, 1944, p. 232 y nota 18, y ROCA SASTRE, ob. cit., p. 127.

continuacions de aquelles en avant, e que lo Notari per continuar la donatio no haja, ne puga haver, ne exigir sino tres sous per son salari, e en los Locs dels Ecclesiastics, e Barons sia pagat dit salari, a arbitre dels Senyors.»

2. LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES DEL DONANTE EN LA CONSTITUCIÓN *PER TOLRE FRAUS*: PRESUPUESTOS Y EFICACIA JURÍDICA

La constitución *Per tolre fraus* construye los cimientos sobre los que se edificará el sistema de protección de los acreedores del donante que todavía perdura en el derecho actualmente vigente en Cataluña. Como su antecesora, la pragmática de Juan I [«*eidem* (las ventas y enajenaciones) *minime obsistentibus executio fieri valeat contra eos*»], la constitución permite que los acreedores ejecuten los bienes a pesar de que salieron del patrimonio del deudor. Por contra, si bien se reduce su alcance, por cuanto mientras la constitución sólo contemplaba las donaciones, la pragmática afectaba «donaciones, vendiciones, & alienaciones», su eficacia va mucho más allá: si la pragmática, ya que presumía la existencia de simulación («*tanquam fictas, & simulatas, ac infraudem creditorum factas*»), declaraba las enajenaciones «*irritas atque nullas*», por su parte la constitución se limita a establecer la idea esencial del «no perjuicio de los acreedores», prescindiendo, además, de la limitación a las cosas «*mobiliibus, vel semoventibus, aut fructibus*»¹¹.

En efecto, la clave de bóveda sobre la que se articula la protección de los acreedores del donante es su indemnidad: «no perjudiquen, ne puga perjudicar». Y debe remarcar que en ningún momento la constitución sanciona de otro modo los actos de empobrecimiento del deudor: no se estatuye que sean nulos, como en la anterior pragmática, sino que simplemente se dice que «no hajan força, ni valor en perjudici dels dits creadors»; es decir, mientras en la pragmática la enajenación es nula, incluso entre las partes, en la constitución es válida entre las partes, aunque inoponible a terceros. La única exigencia para que los acreedores resulten protegidos es que sus créditos sean escriturarios («*creadors censalistas, [o] altres qui tingan lurs credits ab carta, o ab albara*»).

La aplicación de la consecuencia jurídica prevista en la constitución *Per tolre fraus*, el «no perjuicio», tiene lugar cuando el acreedor omite un requisito de publicidad: la insinuación de la donación.

¹⁰ CYADC, 1, 8, 9, 4.

¹¹ Vid. BADOSA COLL, Ferran, comentario al artículo 58 de la Compilación, en CASANOVAS MUSSONS, Anna; EGEA FERNÁNDEZ, Joan; GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen; MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni (coordinadores), *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, Barcelona, 1995, p. 356.

2.1 El presupuesto de la eficacia definitiva de la donación: la insinuación

La protección de los acreedores ante las donaciones de su deudor se fundamenta en la publicidad que se exige, a fin de que ganen eficacia definitiva, a dichas donaciones: «hagen de ser scritas en las Corts dels Ordinaris, en lo Cap de Vegueria hon ditas donacions se faran». A tales efectos, la constitución *Per tolre fraud* prevé la existencia de un Libro de insinuaciones y donaciones –un registro– cuya misión es la de dar forma a la publicidad, y en el cual debe hacerse constar, además del objeto de la donación, la identidad de donante y donatario, el notario ante el cual se había realizado la donación y «lo die en que ditas donacions se continuaran». En definitiva, el instrumento de publicidad que se acoge es la insinuación¹². Ello significa que no se crea un instrumento de publicidad *ex novo*, sino que se acude a una figura, la insinuación, ya conocida en el Derecho romano, Derecho supletorio en Cataluña.

Mas la insinuación, tal como se configura en la constitución *Per tolre fraud*, no es sino un registro¹³ de las donaciones que efectúan los deudores,

¹² «Quid sit insinuatio?», se pregunta GALÍ ET RAMON, Hyeronimus, *Opera Artis Notariae, theorica simul, et practicam eruditionem complectentia*, Barcinone, 1682, p. 417. «Et respondetur, quod insinuatio est actus quidam declaratorius, & denuntiatorius, in quo iudicis ordinarii assensus petitur, & requiritur». Un ejemplo de asentamiento de insinuación puede verse en LALINDE ABADÍA, Jesús, *La jurisdicción real inferior en Cataluña («Corts, veguers, batlles»)*, Barcelona, 1966, pp. 288-289 (apéndice documental XXXI). El veguer (juez) se limitaba a autorizar la donación; aunque advertía VIVES Y CEBRIÁ, *ob. cit.*, p. 816, nota 6, que «muchas veces y casi siempre la insinuación se hace sin conocimiento del juez y sólo se toma razón por el escribano encargado del registro de donaciones».

¹³ Así se desprende, en la tradición jurídica catalana, de FERRER, Franciscus, *Commentarius analiticus ad Constitutionem ex insignioribus Principatus Cataloniae primam, sub titulo soluto matrimonio, incipientem Hac nostra, Ilerdae, 1629, temp. 1, decl. 3, n. 8*, quien afirma que «omnes donaciones (...) insinuandas fore, vel describendas in libro inscripto de donationibus, & hereditamentis».

En esta línea, ROCA SASTRE, Ramón María, «La acción revocatoria de donaciones en la Compilación», *ADC*, 1962, p. 8, considera, a pesar de la unanimidad en la tradición jurídica catalana, que la constitución *per tolre fraud* no establece una verdadera insinuación de donaciones sino una registración, como se desprende del hecho de que en la constitución no aparece tal denominación y de la distinta finalidad que se persigue con ella en el derecho romano. Insiste tanto en la idea de que la constitución establece un sistema de registración de donaciones que en «L'acció pauliana...», *ob. cit.*, p. 137, llega a indicar que constituye un precedente del Registro de la propiedad (también en «La acción revocatoria...», *ob. cit.*, p. 8, y ahora en ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho hipotecario*, t. I, Barcelona, 1995⁸, pp. 147-150). Destaca asimismo el carácter de instrumento de publicidad registral de esta insinuación LINARES GIL, Maximino I., «Inoponibilidad de las donaciones en el Derecho civil catalán (Una propuesta de interpretación del artículo 340.3 de la Compilación de Cataluña)», *RJC*, 1998, pp. 45-46. Otra muestra, ciertamente posterior, de la incipiente organización registral en Cataluña la constituye la Instrucción de la Real Audiencia de 11 de julio de 1774, dictada para aplicar la pragmática de Carlos III de 31 de enero de 1768 (Nov. R., lib. X, tit. XVI, ley 3.^a), sobre la cual (con transcripción los dos últimos) DOU Y DE BASSOLS, Ramón Lázaro de, *Instituciones del Derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas del gobierno de cualquier estado*, t. V, Madrid, 1802 (reimp. Barcelona, 1975), pp. 139 ss.; VIVES Y CEBRIÁ, *ob. cit.*, pp. 923 ss.; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, t. sexto, Madrid, 1874, p. 581 ss.

con la finalidad ya indicada de protección de sus acreedores. Esto comporta que si bien se adopta un instrumento ya conocido en el Derecho romano, su finalidad sufre una transformación decisiva¹⁴. En el Derecho romano, la insinuación se configuraba como un instrumento de protección del propio donante, aunque por razón de la publicidad pudiera alcanzar otras finalidades, entre las cuales incluso, indirectamente, la defensa de los intereses de terceros¹⁵. En cambio, en el Derecho catalán, como en el Derecho europeo coetáneo, el objetivo que se pretende es la protección de los acreedores del donante. Fontanella lo manifiesta claramente: «[n]ostra iura municipalia aliud proculdubio in his insinuationibus respererunt, quam ius commune: non enim curant de interesse donantis, ad quod ius commune attendisse visum est, sed imo ad interesse creditorum eorum, qui donationes fecissent»¹⁶. Por ello, Oliba calificará esta insinuación de «especial», porque se introduce «ad effectum ut creditores donatoris notitiam habere possint huiusmodi donationum»¹⁷.

¹⁴ ROCA SASTRE, «L'acció pauliana...», *ob. cit.*, pp. 137-138; PINTÓ RUIZ, José J., voz «Insinuación», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XII, Barcelona, 1977, p. 859; PUIG FERRIOL, Luis y ROCA TRÍAS, Encarna, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, t. 4, vol. II, Barcelona, 1982, pp. 74-77; EGEA FERNÁNDEZ, Joan, comentario al artículo 340 CDCC, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo), t. XXX, Barcelona, 1985, pp. 802-804.

¹⁵ Además de proteger al propio donante evitando el carácter irreflexivo de la donación, ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations (roman foundations of the civilian tradition)*, Cape Town-Deventer-Boston, 1992, pp. 492-493 y 495, hace referencia a la facilidad de la prueba y a la prevención de la disposición liberal de bienes ajenos por parte de personas sin legitimación para ello, rechazando que tuviera un propósito fiscal, como así afirman KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, zweiter Abschnitt, München, 1975², p. 395, y DAWSON, *ob. cit.*, pp. 23-24 (autor, este, que añade como motivo la provisión de autenticidad a la donación). Por lo que se refiere a Suráfrica, donde la insinuación proveniente del Derecho romano, como ha sucedido en Cataluña, ha permanecido en vigor hasta tiempos bastante recientes (se ha suprimido mediante la General Law Amendment Act 70/1968, según informa ZIMMERMANN, *ob. cit.*, p. 500, nota 144), la jurisprudencia había considerado que la protección a los acreedores constituía la única razón para el mantenimiento de la institución (MCKERRON, R. G., «Registration of gifts», *South African Law Journal*, vol. 52, 1935, p. 30 y nota 55, y pp. 17 a 23 para una serie de decisiones judiciales).

¹⁶ FONTANELLA, Joannes Petrus, *Tractatus de pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus*, Genevæ, 1684, claus. IV, gl. XXIX, núm. 12. La misma idea se puede entrever de la argumentación de PEGUERA, Ludovicus a, *Decisiones aureæ*, Barcinone, 1605, t. I, Dec. 150, núm. 4, en relación a si el juramento suple el defecto de insinuación, aspecto al que me referiré *infra*, notas 22 y 23 y texto correlativo.

¹⁷ OLIBANUS, Antonius, *Commentarii de actionibus*, Barcinone, 1606, pars I, lib. III, ad § rei quaedam action., núm. 6. FONTANELLA, *ob. cit.*, claus. IV, gl. XXIX, núm. 13, insiste en la misma idea [haciendo remisión al francés MAYNARD, Gérard de, *Notables et singulieres questions du droit écrit, decises ou preiugees par arrests memorables de la Cour Souveraine du Parlement de Tholose par...*, París, 1604, liv. second, chap. 53. núm. 2, quien, comentando las Ordenanzas francesas que establecen la obligación de insinuar (y que FONTANELLA califica de «propijissime nostræ constitutioni»), señala que «l'insinuation fuit introduite pour obvier au dol fraude, & circonventions clandestines (...) pour n'ignorer la qualité du donateur, avec lequel ils viendroient apres à contracter, & pour y adviser sans danger», e indica que la insinuación representa un beneficio para los acreedores, «scientes enim nullam valituram donationem in excessu, quæ non sit insinuata, facile locum adibunt, ubi it faciendum esset, ut videat num adsit aliqua donatio eius, cum quo volunt contrahere, per hoc sibi optime providebunt ut secure contrahant».

En cualquier caso, a pesar de la distinta función que venían a cumplir una y otra modalidad de insinuación, la confusión entre ambas y los intentos de delimitarlas, en especial por lo que se refiere a sus respectivas consecuencias jurídicas, constituirán una constante hasta la promulgación de la Compilación en 1960, como se podrá comprobar en seguida.

2.2 La donación no insinuada

En el Derecho romano, el defecto de insinuación de la donación acarrea su nulidad. La reforma justiniana de las donaciones mantuvo como requisito la donación, pero sólo para aquellas que excedieran los quinientos *solidi*: en la cantidad que superaban este límite, la donación devenía nula¹⁸.

La constitución *Per tolre fraus* no sanciona de nulidad las donaciones no insinuadas. En realidad, no estatuye de manera directa sanción alguna al defecto de cumplimiento del requisito de la insinuación. Simplemente se limita a establecer que las donaciones universales, de la mayor parte del patrimonio o que excedan de los quinientos florines, si no son registradas, «no perjudiquen ne puga[n] prejudicar», y que «no hajan força, ni valor en perjudici dels dits creditors»¹⁹.

La doctrina catalana de los siglos XVI y XVII distingue, en este sentido, los efectos de la insinuación romana y de la registración catalana con claridad. Así, Cáncer, que como se ha visto antes, reconoce que la ausencia de insinuación provoca en Derecho romano la nulidad de la donación, tiene mucho cuidado en señalar el distinto efecto que provoca en Cataluña: «non praefigit tempus ad insinuandum (la exigencia de registrar la donación con diez días de antelación que se establece en la constitución *Per tolre fraus*) respectu donatoris, quoad donationis validitatem», y si en

¹⁸ Que la sanción por ausencia de insinuación en el Derecho romano era la nulidad es una conclusión en la que coinciden tanto los romanistas actuales [HONSELL, Heinrich; MAYER-MALY, Theo, y SELB, Walter, *Römisches Recht* (JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang, y WENGER, Leopold, *Römisches Recht*, 4.^a ed.), Berlín, 1987, pp. 110-111; ZIMMERMANN, *ob. cit.*, pp. 492 y 499; IGLESIAS, Juan, *Derecho romano (Instituciones de derecho privado)*, Barcelona, 1994¹¹, p. 616; MIQUEL, Joan, *Dret privat romà*, Madrid, 1995, p. 451] como los propios autores de la tradición jurídica catalana (CANCERUS, *ob. cit.*, p. I, cap. 8, núm. 1: «[d]onatio excedens quingentos aureos de iure communi indiget insinuatione, alias est nulla, quatenus excedit»; PEGUERA, *ob. cit.*, *Dec.* 150, núm. 1; COMES, Josephus, *Viridarium artis notariatus*, Gerundæ, 1704, cap. XX, § V, núm. 46). Es sintomático a este respecto un autor muy cercano en el tiempo a la promulgación de la constitución *per tolre fraus* como MARQUILLES, Jacobus a, *Commentaria super usaticis barchinon.*, Barcinone, 1505, comentario al *usatge Auctoritate et rogatu*, vers. Et sic nota, quien, puesto que conoce una única insinuación, señala que sin ella la donación «non valeret».

¹⁹ La idea de «no perjuicio» también aparece, en el Derecho histórico catalán, en el capítulo XXVIII de las *Commemoracions de Pere Albert* (CYADC, 1, 4, 30). Se prevé en él el heredamiento realizado por el vasallo en favor de su hijo con reserva de usufructo y la cuestión de quién debe de prestar el homenaje, y se permite que rinda el homenaje el usufructuario en lugar del heredado para evitar la pérdida de dicho usufructo, pero rehuendo, a la vez, el doble vasallaje de padre e hijo, y establece que «daço faça lo Senyor carta, que no puxa a altre perjudicar».

algún momento manifiesta que la donación no insinuada es nula, inmediatamente añade que lo es respecto de los acreedores: «(...) donationem non insinuatam nullam, in præiudicium creditorum»²⁰. En la misma línea, Fontanella, tras destacar el interés distinto que persigue la insinuación en el Derecho romano y en el Derecho catalán, indica que las donaciones a los acreedores «non præiudicent, nec quoad ipsos robur, & firmitatem aliquam habeant nisi a die insinuationis», o que «si insinuatæ nostræ donationes non fuerint, in nihilo prorsus creditoribus præiudicent»²¹.

En fin, el diferente alcance de una y otra insinuación se manifiesta en los diversos argumentos sostenidos por Cáncer y Peguera cuando se trata de concluir que la insinuación en el Derecho catalán no podía sustituirse por un juramento, a diferencia de cuanto acontecía en el Derecho romano. Ambos coinciden en la idea de que el interés protegido en el Derecho catalán es el de los acreedores no intervinientes en la donación²², y que, por consiguiente, el juramento no puede suplir el defecto de insinuación²³. Siendo esta, pues, la finalidad de la insinuación, la de evitar el perjuicio del acreedor que ignora la donación efectuada por su deudor, si a pesar de

²⁰ CÁNCER, *ob. cit.*, p. I, cap. 8, núms. 19 y 24. Este autor indica otras diferencias: en el Derecho común, si la donación se insinuaba en un lugar determinado, expandía sus efectos también a los bienes situados en otro territorio distinto, cosa que no sucede en el derecho catalán, porque «id procedit respectu validitatis donationis, secus in præiudicium creditorum» (núm. 8); que si la donación solamente se insinúa con dos días de antelación, «in contrahentium cum donatoribus præiudicium, non nocet insinuatio», (...) «talís insinuatio non habeat effectum in eorum præiudicium» (núm. 20); o que «talís donatio iure Cathalonix simpliciter prohibeatur in præiudicium creditorum» (núm. 24).

²¹ FONTANELLA, *ob. cit.*, claus. IV, gl. XXIX, núms. 12 y 14. Además, la idea del no perjuicio de los acreedores aparece explicitada en el núm. 10, donde, en la línea de lo dicho en el texto, afirma que las expresiones de la constitución *per tolre fraus* «solum disponunt non valere adversus creditores donationes quæ non appareant insinuatæ decem dies ante contracto creditum»; es decir, igual que Cáncer, cuando introduce la idea de «validez», esta se predica en relación a los acreedores. Por su parte, también OLIBA, *ob. cit.*, p. I, lib. III, ad § rei quaedam action., núm. 7, se limita a afirmar que la donación «non noceret creditoribus donatoris, nisi continuata in libro donationum in capite vicariae».

²² Así lo denota igualmente la cláusula de insinuación inserta en el repertorio de notaría de GALÍ, *ob. cit.*, p. 468 (cláusula, cuando donator voluerit donationem obesse creditoribus posterioribus): «[e]t volo, & consentio præsentem donationem in Curia Magnifici Vicarii Barcinone insinuari, seu verius, describi, & continuari in libros seu registros Curix ipsius Vicarii Barcinone, iuxta formam Constitutionis Cathalonix disponentis, quod ad hoc ut donationes creditoribus obsint continuari habeant modo & forma in Constitutionem eadem contentis. Supplicans humiliter cum præsentí dicto Vicario, seu regenti Vicariam Barcinone, quatenus presentem donationem continet, seu continuari & scribi faciat, atque mandet, in dictis suis registris modo necessario, solito, & assueto, adeo ut creditores aliqui obligationes aliquas a me non acquirant, & si acquisierint ipsæ obligationes inanes sint, atque nullæ, ut vos dictos donatarius & vestri frustrati non sitis. Constituens propterea quatenus opus sit, & ad maiorem cautelam, procuratores meos, omnes Notarios & scribas dictæ Curix iuratos, & quemlibet, &c, ad præmissa omnia faciendum, exequendum, & procurandum iuxta prædictæ Constitutionis seriem, tenorem, atque formam».

²³ CÁNCER, *ob. cit.*, p. I, cap. 8, núms. 5 y 41; PEGUERA, *ob. cit.*, Dec. 150, núm. 4; FONTANELLA, *ob. cit.*, claus. IV, gl. XXIX, núms. 5 a 9; XAMMAR, Joannes Paulus, *Rerum iudicatarum in Sacro Regio Senato Cathalonix*, pars prima, Barcinone, 1657, Def. 133, núms. 3 ss.; COMES, *ob. cit.*, cap. XX, § 5, núm. 50. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el juramento como mecanismo de protección contra fraudes fue introducido en CYADC, 1, 4, 31, 6 [el llamado juramento de Monzón, localidad donde se celebró Corte

la ausencia de insinuación, el acreedor tenía conocimiento de la existencia de la donación efectuada por su deudor, sí que va a resultar perjudicado por ella²⁴.

El efecto del incumplimiento de la formalidad de la insinuación es, pues, el «no perjuicio» de los acreedores, su inmunidad ante la donación. Pero, ¿en qué se traduce este efecto? Fontanella²⁵ lo explica con suma claridad: los acreedores «salva semper, & illesa eorum iura servabuntur, quod contractaverint ante insinuationem». O sea, para los acreedores es como si el bien donado no hubiera salido del patrimonio del deudor, puesto que pueden agredirlo con el fin de cobrar sus créditos, de igual modo que ya acontecía con la pragmática de Juan I²⁶.

Por consiguiente, si la donación no resulta afectada por ningún motivo de invalidez, si no se establece sanción alguna de manera expresa —a diferencia, en este caso, de la citada pragmática, que calificaba las donaciones que contemplaba de «irritas, atque nullas»—, si no se hace mención de una hipotética legitimación de los acreedores para impugnarlas, sino que simplemente se estatuye que tales donaciones no perjudican y que no tienen fuerza, no podemos afirmar que nos hallemos en el terreno de la validez, por lo que hay que rechazar que la consecuencia del defecto de insinuación sea la nulidad²⁷ o la anulabilidad. Por cuanto que se prescinde

en 1537 por Carlos I (V) en que se aprobó esta constitución], aunque ya no es tema de «perjuicio», sino de «fraude».

Sin embargo, en su formulario, GALÍ, *ob. cit.*, p. 468, incluye una cláusula «ut non opponatur insinuatio, et valebit donatio», consistente no en otra cosa que en la aposición de juramento: «[e]t ut prædicta omnia & singula gaudeant firmitate, & ut ipsa donatio excedens summam 500 aureorum, & proinde iuxta legitimas sanctiones insinuanda, absque eadem insinuatione plenissimum sortiatur effectum, non vi, nec dolo, sed sponte, iuro &c. Cuius iuramenti virtute volo, & expresse declaro, prædictam donationem licet summam prædictam excedentem tantum valere, tantumque roboris firmitatem obtinere, qualem & quantam obtineret donatio facta coram præside, vel alio Magistratu. Renunt. de certa scientia, eodem iuramento interveniente, dictæ insinuatione faciendæ, & omni legi, &c.». Mas el autor no debía de confiar demasiado en la virtualidad de la cláusula, porque a continuación, «ad abundantem cauthelam», añade: «ipsam insinuo, &c. *Fiat clausula insinuationis*». Que el juramento suplía la falta de insinuación lo decía también GIBERT, aunque FALGUERA en nota lo enmienda (*ob. cit.*, p. 101, nota hh).

²⁴ XAMMAR, *ob. cit.*, prefacio a la *Def.* 133, donde resume de la siguiente manera la doctrina de la Real Audiencia plasmada en la sentencia de 26 de junio de 1603, relator Jeroni Astor: «is qui scivit donationem factam, non potest illam impugnare propter insinuationis defectum, etiam si hoc scivisset ut tertis in donatione vocatus, cum insinuatio in donatione ex præfata constitutione requiratur ad occurrendum fraudibus, quæ committuntur contra ignorantes donationes.»

²⁵ FONTANELLA, *ob. cit.*, claus. IV, gl. XXIX, núm. 20.

²⁶ Debe recordarse, también, la anteriormente transcrita (*supra*, nota 23) cláusula de insinuación de GALÍ, en la cual manifiesta expresamente que la insinuación tiene como objetivo que los bienes donados, ante los acreedores, «ipsæ obligationes inanes sint, atque nullæ, ut vos dictos donatarius & vestri frustrati non sitis».

²⁷ Así se manifestó, además, el Consejo Superior del Rosellón (incorporado ya años atrás este territorio a la corona francesa) en la respuesta al cuestionario previo a la ordenanza de Luis XV de 1731 (cuestión sexta), en la que, cuando se hace referencia a la introducción de la formalidad de la insinuación en la constitución *per tolre frauds*, acaba por afirmar: «mais les commissaires ont observé que la constitution qui a prescrit la formalité ne prononce point la peine de la nullité» (REGNAULT, *ob. cit.*, p. 442).

de toda idea de fraude para centrarse en la noción de perjuicio, no parece sencillo apreciar un efecto rescisorio o revocatorio. Más bien el término *fuera* evoca el concepto de *eficacia*, y que esa falta de *fuera* o *valor* se predique de los *acreedores* –y deben de retenerse las afirmaciones de Cáncher y Fontanella antes transcritas–, permite pensar, como en el caso de las ordenanzas francesas, en la *inoponibilidad*²⁸.

2.3 La problemática delimitación de los respectivos efectos del defecto de insinuación: el proceso codificador y la Memoria de Durán y Bas

Durante el siglo XIX se aprecia con frecuencia una cierta confusión entre los efectos derivados del incumplimiento de la formalidad de la insinuación en el Derecho catalán a consecuencia de la supletoriedad del derecho romano. En particular, la confusión afecta al Tribunal Supremo, con una jurisprudencia cambiante en relación a las demandas de nulidad de donaciones por defecto de insinuación, confusión que acaba por extenderse a la doctrina.

El tema objeto de discusión es si ambas modalidades de insinuación son vigentes o si, por contra, la que convencionalmente se llama insinuación catalana habría derogado la romana. Con todo, por lo que interesa para este trabajo, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de este período pone de manifiesto que cuando las sentencias distinguen los respectivos ámbitos y efectos de cada insinuación es para considerar vigente sólo la registración de la constitución *Per tolre fraus*, que habría derogado la insinuación romana²⁹, mientras que si las sentencias consideran que ambas son vigentes, entonces la delimitación es, si cabe, aún más confusa, por cuanto se considera que prácticamente una es especificación de la otra³⁰.

²⁸ Que ya ha resultado aplicado al caso por PINTÓ RUIZ, voz «Insinuación», *ob. cit.*, p. 856 (y también pp. 859, 860 y 861): «[I]a constitución *Per tolre fraus* (...) establece con claridad que aquellas donaciones que no se insinuaron *no producen efecto, no existen* con respecto a terceros *que sean acreedores*. La donación no insinuada no es *oponible a un acreedor*; éste tiene acción para perseguir los bienes así donados; *ignorando la transmisión*; para el acreedor no existe tal transmisión» (véase, también, del mismo autor «Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho civil de Cataluña», CÁTEDRA «DURÁN Y BAS», *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, 1971, pp. 92, nota 21, 108, nota 73 110 o 111, nota 82; las cursivas en el original); y por LINARES GIL, *ob. cit.*, pp. 47-49: «la Constitución catalana limitaría la oponibilidad de ciertas donaciones de modo que nunca podrán perjudicar a los acreedores», «simplemente se declara su inoponibilidad».

²⁹ Así, la STS de 31 de enero de 1861 (CÁTEDRA «DURÁN Y BAS», *El derecho civil catalán en la jurisprudencia*, t. I, vol. 1.º, a cargo de Pedro del Pozo Carrascosa y Josep Ferrer i Riba, Barcelona, 1990, pp. 679 ss.): «[c]onsiderando que la constitución [*Per tolre fraus*] solo anula las donaciones que carecen de los requisitos en ella expresados cuando se hacen ó resultan en perjuicio de los acreedores, circunstancia que no ha tenido lugar en el caso de este pleito»; en idéntico sentido, las SsTS de 29 de septiembre de 1865 (*id.*, pp. 683 ss.) y de 29 de diciembre de 1870 (*ibid.*, p. 696).

³⁰ Interpretación que inicia la STS de 13 de marzo de 1869 (*ob. cit.* nota anterior, pp. 686 ss.) y que se refleja claramente en la posterior de 11 de marzo de 1876 (CÁTEDRA

En cualquier caso, con independencia de la interpretación en cuanto al pretendido efecto derogatorio del derecho romano por parte de la constitución *Per tolre fraud*, que conforma el tema principal de debate, se va a considerar de forma prácticamente unánime la insinuación como requisito de validez de la donación: «la constitucion (...) solo *anula*» (STS de 31 de enero de 1861); «solamente declara *nulas*» (STS de 13 de marzo de 1869); «declara *nulas*» (STS de 29 de diciembre de 1870); «*nula por falta de insinuacion, conforme á lo dispuesto en la constitucion*» (STS de 11 de marzo de 1876). Sólo la STS de 11 de junio de 1862 es precisa, cuando afirma que «la donación, objeto de este litigio, como universal y no insinuada (...), *no tiene eficacia contra el acreedor (...)*, porque según lo establecido en la constitucion [*Per tolre fraud*], las donaciones universales que no sean insinuadas 10 dias antes de contraida la deuda *no tienen valor en perjuicio de los acreedores*»³¹, mientras que la STS de 29 de septiembre de 1865 repite la expresión de aquella constitución, al señalar que «*solo determina* que las donaciones que no hayan sido insinuadas oportunamente *no puedan perjudicar á los acreedores*».

Por lo que se refiere a la doctrina, no se aparta de la línea jurisprudencial mayoritaria, y coincidirá en considerar a la insinuación como requisito de validez y su defecto como causa de nulidad de la donación. Así, Vives y Cebriá³², o Brocá y Amell³³, representantes de la corriente mayoritaria que reputa vigentes ambas insinuaciones al considerar que la constitución *Per tolre fraud* no derogó el derecho romano supletorio³⁴, o, aun-

«DURÁN I BAS», *El dret civil català en la jurisprudència.*, t. I, vol. 2, a cargo de Esther Arroyo i Amayuelas, Barcelona, 1995, pp. 121 ss.) que, teniendo en cuenta la oposición de juramento a la donación, considera —en contra del parecer de la doctrina catalana recogido en la nota 23— que el recurrente «no tenia derecho ni lo tienen sus herederos á impugnar la donacion de que se trata, aun cuando debiera declararse *nula en el exceso de 500 florines por falta de insinuacion, conforme á lo dispuesto en la constitucion [Per tolre fraud]*». En esta posición, y considerando la donación nula por defecto de insinuación, puede citarse la más antigua y poco definida STS de 21 de mayo de 1845, transcrita por VIVES Y CEBRIÁ, *ob. cit.*, pp. 816 y 817.

³¹ CÁTEDRA «DURÁN I BAS», *El derecho civil catalán, ob. cit.*, t. I, vol. 1 pp. 681 ss.

³² VIVES Y CEBRIÁ, *ob. cit.*, p. 820: «es lo cierto que en Cataluña se han reputado siempre *nulas* las donaciones que esceden de 500 florines, ora haya ó no acreedores á quienes pueda perjudicar la donacion; porque esta constitucion no sólo no deroga el § 2, de las Instituciones de Justiniano y la ley 36, § 2, Cod., ambas del tít. de Donaciones, sino que al contrario añade algo á dichas leyes. (...) De todo esto, empero, puede deducirse que si uno hace donacion de sus bienes ó de su mayor parte será *válida* la donacion, si no hay perjuicio de acreedores y no escede de 500 florines». Le sigue GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, t. VII, pp. 669-670.

³³ BROCÁ-AMELL, *ob. cit.*, t. 1.º, p. 246: «[L]os tratadistas catalanes aplican tambien la disposicion romana que declara la eficacia de la donacion no insinuada en la parte que no exceda de 500 florines; mas, conceptuamos que si envuelve fraude á los acreedores, éstos podran reputarla *nula* en su totalidad», aunque la referencia a «éstos» (los acreedores) permite pensar que, como antes Cáncer y Fontanella (*supra*, notas 20 y 21), la nulidad sólo les beneficia a ellos.

³⁴ Esta es la opinión defendida con ahínco por FALGUERA, Félix María, en las notas a GIBERT, Vicente, *Teórica del arte de notaría*, Barcelona, 1875³, p. 101, nota ii: «una donación que escede de 500 florines y no fuese insinuada *no valdrá* sino hasta la cantidad de 500 florines. Aunque esta ha sido la jurisprudencia de Cataluña fundada en las leyes

que con una terminología más vacilante, Elías³⁵, que parece inclinarse por la derogación de la insinuación romana.

El marco doctrinal y jurisprudencial que se acaba de esbozar no va a sufrir ninguna modificación significativa hasta el Proyecto de Apéndice al Código civil para Cataluña de 1930. Durán y Bas, por ejemplo, parte de la vigencia de las dos insinuaciones, y parece que tímidamente distingue sus respectivos efectos, en la medida que aunque en la exposición habla de nulidad, en el artículo CCXXXVIII prevé que, «[a]demás de los efectos que por derecho común produce la falta de insinuación, no perjudicarán a los acreedores del donador las donaciones no insinuadas diez días antes de la fecha del contrato de que nazca el crédito de aquellos». La nulidad, pues, permanecería reservada al defecto de insinuación según el derecho romano —«derecho común»—, sin que, sin embargo, en cuanto a los efec-

romanas que así lo disponen, y lo espone perfectamente Cancr, hace algunos años se había tratado de poner en duda la justicia de esta doctrina suponiendo algunos que la constitución [*Per tolre fraus*] había derogado el derecho romano en esta parte, declarando que una donación no insinuada no era nula en Cataluña, si tan solo que no perjudicaba á los acreedores. Esta opinion dimanaba de una mala inteligencia de la Const. unica lib. 8, tit. 9, la cual no es derogatoria de las leyes romanas que tratan la insinuacion, sino que se reduce á declarar los efectos de la falta de insinuacion ó del retardo de ella respecto á los acreedores, dejando subsistentes los efectos de la falta de insinuacion prescritos por las leyes romanas entre el donador y el donatario». No explicita más los efectos de la insinuación catalana, que circunscribe a los acreedores, y también en los *Apuntes de Notaría*, Barcelona, 1871, p. 186, se refiere simplemente al no perjuicio. Cabe destacar que FALGUERA, en sus *Conferencias de derecho catalán*, Barcelona, 1890, p. 30, relata que él fue el abogado que defendió la nulidad de una donación de más de quinientos florines no insinuada y que no perjudicaba acreedor alguno, con fundamento en la tradición jurídica, demanda que originó la antes citada STS de 13 de marzo de 1869 (*supra*, nota 30), remarcando que el abogado contrario fue Estanislao Figueras, que al poco accediera a la presidencia de la primera república.

³⁵ ELÍAS, José Antonio, *Derecho civil general y foral de España*, t. III, Madrid-Barcelona, 1877, señala en el artículo 4706 que «[l]as donaciones que carecen de estos requisitos [Cataluña. Art. 4704: «[l]as donaciones cuyo valor pasa de 500 florines deben ser insinuadas (*Const. de Cataluña, Cons. 1, tit. 8, lib. 8, vol. 1*)] son nulos (*sic*) cuando se hacen ó resultan en perjuicio de los acreedores», mientras que en el artículo 4731 establece: «[l]as donaciones universales que no sean insinuadas diez días antes de contraída la deuda por el donante, *no tienen valor en perjuicio de los acreedores*, cuyos créditos consten en escrituras ó vales, y con igual ó mayor razon si proceden de cosa juzgada» (*Const. de Cataluña, Cons. 1, tit. 8, lib. 8, vol. 1*)». Además, en las pp. XV y XVI del *Apéndice*, intenta rebatir la crítica de Falguera por no haber transcrito en su integridad la STS de 13 de marzo de 1869, alegando que tal decisión es contraria a la mantenida en la STS de 11 de enero de 1861. En cambio, en ELÍAS, José Antonio, y FERRATER, Estban de, *Manual del Derecho civil vigente en Cataluña. Segunda edición por D. Alejandro de Bacardí*, Barcelona, 1864, confirma el defecto de insinuación como causa de nulidad de les donaciones sólo cuando se han efectuado en fraude de acreedores (art. 1504: «[l]as donaciones que carecen de este requisito son nulas cuando se hacen ó resultan en perjuicio de los acreedores», citando la constitución *Per tolre fraus*; también en el artículo 1505 afirma expresamente que la insinuación constituye un requisito de validez), mientras que en el artículo 1511 establece que las donaciones no insinuadas que superen los 500 florines son nulas en el exceso (o sea, la insinuación romana) [en la 3.ª edición en vista de la segunda publicada por D. Alejandro de Bacardí, Madrid-Barcelona, 1885, el transcrito artículo 1504 se convierte en párrafo segundo del artículo 3952, a pesar de que el primer párrafo indica que «las donaciones cuyo valor esceda de 500 florines deben ser insinuadas» y de que en la nota 1 afirma que «el derecho romano como supletorio del catalán debe aplicarse en defecto de este y por lo tanto son nulas las donaciones no insinuadas en cuanto escedan de 500 marcos ó florines»].

tos de la insinuación que el artículo contempla de modo específico vaya más allá del consabido «no perjuicio». En cualquier caso, debe observarse que conceptúa de forma expresa esta insinuación como un verdadero registro de donaciones³⁶.

En los Proyectos privados de Apéndice no aparece norma alguna emparentada con la constitución *Per tolre fraus*³⁷. Por lo que se refiere al resto de la doctrina, se mantiene la imprecisión terminológica³⁸, y tan sólo algunos autores intentarán perfilar un poco más la institución. Así, Pella y Forgas reabrirá el debate en torno a la subsistencia

³⁶ DURÁN Y BAS, Manuel, *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo á lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Barcelona, 1883, p. 161, de la exposición, donde, por lo que hace al registro de donaciones, indica que «[n]o se ha llevado semejante libro [se refiere al libro de donaciones y heredamientos previsto en la constitución *per tolre fraus*], á lo menos de muchos años a esta parte, a pesar de su notoria utilidad, puesto que estaba destinado á ser como un registro que pudiese advertir de las disminuciones que por actos de liberalidad haya tenido el patrimonio de una persona», razón por la que sanciona el artículo CCXXXVI que «[l]as donaciones universales o de la mayor parte de los bienes que excedan la cantidad de (...) se deberán registrar en el libro llamado de donaciones y heredamientos por mandato del juez de Primera instancia del domicilio del donador. Este libro deberá llevarse en todos los juzgados por el secretario del mismo». Hay que dejar constancia de que la jurisprudencia había negado que la inscripción en el Registro de la Propiedad supliera la insinuación (STS de 11 de julio de 1862, ya citada, y en este sentido VIVES Y CEBRIÁ, *ob. cit.*, p. [816], nota 6, y BROCA-AMELL, *ob. cit.*, t. II, p. 245); por más que, como se verá después, el Proyecto de Apéndice de 1930 substituyó la insinuación por la inscripción de la donación en el Registro de la Propiedad. En todo caso, ya antes de DURÁN Y BAS, se habían referido a la insinuación como un puro registro judicial de donaciones ELÍAS-FERRATER, *ob. cit.*, pp. 212-213, artículo 1504: «[l]as donaciones cuyo valor esceda de 500 florines (425 libras) deben registrarse en la curia de la cabeza del partido del lugar en que se hizo la donación. Este registro se conoce con el nombre de *insinuacion*». BROCA-AMELL, *ob. cit.*, p. 245, y CORBELLA, *infra*, nota 38, señalarán también que la insinuación tenía que practicarse en los juzgados de Primera Instancia.

³⁷ Solamente el proyecto de ROMANÍ Y PUIGDENGOLAS, Francisco, y TRÍAS Y GIRÓ, Juan de Dios, *Ante-Proyecto de Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña*, Barcelona, 1903, contiene una presunción de fraude en el artículo 916, construida a partir de la remisión al Código Civil: «[l]a declaración de fraudulencia de los contratos lesivos a los acreedores la harán los tribunales según las circunstancias concurrentes en cada caso. Se presumen no obstante fraudulentos, salvo prueba en contrario, los contratos expresados en el artículo 1297 del Código Civil, y se presumirán siempre fraudulentas las donaciones en el caso del artículo 643 del mismo Código». La diferencia respecto del régimen jurídico tradicional no requiere más comentario.

³⁸ Por ejemplo, en su comentario a la *Memoria* de Durán y Bas (que se prolonga a lo largo de cuatro tomos de la revista, en concreto de 1898 a 1901), MEIX, Juan, «La codificación del derecho de Cataluña», *Revista de los tribunales y de legislación universal*, t. XXXIV, 1900, pp. 308 y 309, además de considerar innecesario el artículo CCXXXVI que regulaba la insinuación en los términos de la constitución *Per tolre fraus* («no vemos la necesidad ni siquiera la conveniencia de que se restablezca de nuevo dicho precepto, que ha estado en desuso desde la publicación de la vigente Ley hipotecaria»), tanto se refiere a la insinuación en cuanto requisito de validez (en el comentario al art. 237 –MEIX utiliza guarismos arábigos–) como de «rescisión en aquella parte que perjudiquen á acreedores anteriores» (comentario al art. 238). Por su parte, CORBELLA, Arturo, *Manual de Derecho catalán*, Reus, 1906, se limita a extraer la constitución *per tolre fraus*, indicando que la «anotación» de las donaciones debe de practicarse en el Juzgado de Primera Instancia.

En cuanto a la jurisprudencia, se impone la línea que considera vigentes ambas insinuaciones, y su omisión, existan o no acreedores perjudicados, comporta la nulidad de la donación [SsTS de 9 de diciembre de 1891, de 24 de abril de 1894, de 19 de mayo de 1903

de la insinuación romana, que él rechaza, a causa de la distinta finalidad que perseguía³⁹, aunque en cuanto a la eficacia jurídica de la insinuación –*rectius*, de su omisión– tanto habla de «no perjuicio» como de nulidad⁴⁰. Trías de Bes se referirá también a la nulidad, pero exclusivamente en relación a los acreedores, que serían los únicos legitimados para instarla, con lo que ciertamente se aproxima a la idea de inoponibilidad, en la medida que si el negocio es nulo lo es para todos y no sólo para determinadas personas⁴¹. Finalmente, es Borrell y Soler quien más se aproxima a la línea que se defiende en este trabajo. Es del parecer que la omisión de la insinuación en el derecho catalán «no invalida la donación ni en todo ni en parte», porque «el fin de la insinuación catalana sólo tiene por objeto proteger los derechos de los acreedores del donante», razón por la que tales donaciones «no pueden perjudicar a los acreedores», si bien cuando intenta traducir en un concepto técnico-jurídico el «no perjuicio» acude a la figura de la rescisión⁴².

(CÁTEDRA «DURÁN I BAS», *El derecho civil catalán en la jurisprudencia*, t. II, vol. 1.º, a cargo de Luis Puig Ferriol con la colaboración de María Encarna Roca de Laqué, Barcelona, 1974, pp. 671 ss., 62 ss. y 676 ss.) y de 19 de diciembre de 1927 (CÁTEDRA «DURÁN I BAS», *El derecho civil catalán en la jurisprudencia*, t. III, a cargo de Luis Puig Ferriol y María Encarnación Roca de Laqué, Barcelona, 1971, pp. 426 ss.). Por contra, la STS de 7 de abril de 1916 (*Jurisprudencia civil*, 1916, t. 136, núm. 19) sostiene que la constitución *Per tolre fraus* «establece terminantemente que aunque no sean insinuadas las donaciones, sólo cabe reputarlas nulas cuando resultan hechas en perjuicio de los acreedores del donante».

³⁹ En contra, es decir, considerando que «[n]o puede (...) suponerse que la referida Constitución [*per tolre fraus*] sea derogatoria de los preceptos romanos relativos a este punto», por lo que en Cataluña son «nulas las donaciones no insinuadas en cuanto excedan de 500 áureos o florines», GÓMEZ GONZÁLEZ, Bartolomé, *Materias de Derecho civil en sus relaciones con el Registro de la Propiedad con especial referencia del Derecho Catalán*, Barcelona, 1927, pp. 111-112.

⁴⁰ PELLA Y FORGAS, José, *Código civil de Cataluña*, t. III, Barcelona, 1918, pp. 19 a 23: «el fin de la Constitución, no puede ser ni es otro que garantizar la publicidad a los acreedores que de buena fe traten con el donador después de la donación» (p. 20); «las donaciones *no perjudican* a los acreedores si no fueron insinuadas» (p. 21); «desde el momento que la Constitución catalana reduce las consecuencias de la falta de insinuación al perjuicio de los acreedores, es evidente que en esta forma limita la disposición romana, y todas las donaciones que no perjudiquen a acreedores no necesitan del requisito de la insinuación para su *validez*» (p. 22). También considera que la insinuación debe de practicarse ante el juez competente.

⁴¹ SERAFINI, Felipe, *Instituciones de Derecho romano*, versión española con arreglo a la traducción y comparación con el derecho civil español general y especial de Cataluña de D. Juan de Dios Trías por D. José María Trías de Bes, t. II, Barcelona, s. f., p. 195, nota 2: «la c. [*Per tolre fraus*] exigió también la insinuación de las donaciones, declarando que no valdrían en perjuicio de los acreedores (...) El alcance de esta nulidad afecta sólo a los acreedores», y busca apoyos en las SsTS de 31 de enero de 1861, 11 de junio de 1862, 29 de septiembre de 1865 y 29 de diciembre de 1870 ya citadas.

⁴² BORRELL Y SOLER, *ob. cit.*, t. III, pp. 320-321.

3. EL PROYECTO DE APÉNDICE DE 1930 Y EL PROCESO COMPILADOR. EL ARTÍCULO 340.3 DE LA COMPILACIÓN

La línea doctrinal y jurisprudencial que se había mantenido incólume durante prácticamente un siglo quiebra con el Proyecto de Apéndice de 1930 que, de modo excepcional, se distancia de la *Memoria* de Durán y Bas para iniciar una nueva visión del tema que, sin romper para nada con la constitución *Per tolre fraus*, se incorporará en sus aspectos esenciales al vigente artículo 340.3 de la Compilación.

El Proyecto de Apéndice de 1930, sin efectuar ninguna referencia a ello, continuará partiendo de la distinción, en relación a sus respectivos efectos, de las dos insinuaciones que se habían venido considerando vigentes, la romana y la catalana. De la primera se ocupa el artículo 237, y lo hace para suprimirla, en los siguientes términos:

«Las donaciones, cualquiera que sea su cuantía, serán válidas aunque no hayan sido insinuadas; debiendo considerarse para todos los efectos legales substituido el antiguo trámite de la insinuación por la inscripción en el Registro de la Propiedad en cuanto a la donación de inmuebles⁴³, la cual, para ser válida, deberá siempre otorgarse en escritura pública. En cuanto a la donación que comprenda exclusivamente bienes de otra clase, deberá constar en forma auténtica para su eficacia contra tercero.»

Que este artículo se refiere a la insinuación que vengo llamando romana se deriva de la referencia al concepto de «validez» y de la finalidad que se le presupone, por cuanto se exige la forma pública para su validez. En cualquier caso, permite abrir un interrogante sobre cuáles son «*todos los efectos legales*» que substituyen la inscripción registral, puesto que el principal que provocaba la insinuación –su defecto– era, precisamente, la sanción de nulidad. Además, la insinuación catalana y, en concreto, sus efectos, es el tema del artículo 238:

«No perjudicarán a los acreedores del donador las donaciones otorgadas a partir de los diez días anteriores a la fecha del contrato de que nazca el crédito de aquéllos.»

Este artículo 238 es extremadamente fiel a la constitución *Per tolre fraus*. No solamente se conserva la expresión tan conocida del «no perjuicio», sino que se mantiene incluso el plazo de diez días de antelación al nacimiento del derecho de los acreedores. Situado tras el artículo 237, que se preocupa de la validez de la donación, hay que concluir que el efecto jurídico del «no perjuicio» no puede ser la nulidad de la donación. Y, sin embargo, contiene una novedad que altera profundamente el sistema: se prescinde, también, de la insinuación, como en el artículo 237, pero de la

⁴³ Recuérdese que la jurisprudencia y la doctrina (*supra*, nota 36, y BORRELL Y SOLER, *ob. cit.*, t. III, p. 323, nota 48), se habían manifestado en contra de que la inscripción registral substituyera a la insinuación.

insinuación considerada como registro para dar publicidad a las donaciones. La protección de los acreedores, pues, deja de articularse sobre la base de un registro, para pasar a fundamentarse exclusivamente en el propio perjuicio derivado de la donación, en tanto que empobrecimiento patrimonial. En otras palabras, en el Proyecto de 1930 la inoponibilidad de la donación a los acreedores deja de apoyarse en la publicidad resultado de su constancia en un instrumento destinado a tal finalidad, y pasa a hacerlo sólo en la idea de perjuicio. Con toda probabilidad, esta solución viene motivada por la existencia del Registro de la Propiedad y por el desuso –al que ya se refería Durán y Bas– del libro de heredamientos y donaciones en los juzgados de Primera Instancia, pero su trascendencia resulta ciertamente notable⁴⁴.

En la jurisprudencia, merece ser citada la Sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña de 11 de diciembre de 1936, cuyo ponente fue Borrell y Soler, que niega la aplicabilidad de la sanción contenida en la constitución *Per tolre frauds* a una donación no insinuada porque tal donación no representó perjuicio alguno al demandante, en atención al hecho que no se probó que la donante hubiera devenido insolvente⁴⁵, doctrina que después sostiene la STS de 13 de mayo de 1952⁴⁶.

Finalmente, dentro de este período hay que reseñar brevemente la importante aportación de Roca Sastre⁴⁷. Destaca este autor las diferencias entre la acción pauliana y la protección derivada de la constitución *Per tolre frauds*, todavía vigente, en particular la supresión del requisito de la prueba del fraude, enmarcando la norma catalana en el contexto europeo al que he hecho referencia al inicio del presente trabajo. En su opinión, la constitución establece «el principi que la donació no publicada en el llibre especial és *inexistent* davant del creditor perjudicat per ella», de tal manera que «no precisa, per ella, revocar la donació perjudicial, sinó tan sols

⁴⁴ La revisión de 1931 deja sin modificar este artículo, que deviene el 190, mientras que el artículo 189 suprime del artículo 237 del Proyecto de 1930 la sustitución de la insinuación por la inscripción en el Registro de la propiedad (con lo que se elimina completamente esta formalidad), convirtiendo por otra parte en un párrafo separado su último inciso («Las donaciones universales y las promesas de donación de cualquier clase hechas fuera de capitulaciones matrimoniales no son válidas»). Se ha utilizado la versión de ambos textos contenida en *Projectes d'Apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*. Estudi introductorio a cura d'Antoni Mirambell i Abancó i de Pau Salvador Coderch, Barcelona, 1995 (los arts. citados en las pp. 625 y 626 –Proyecto de Apéndice de 1930– y 725 –Anteproyecto de Apéndice. Instituciones de Derecho civil catalán. Comisión Jurídica Asesora, 23 de julio de 1931–). El Anteproyecto de Compilación de 1952 reitera el mismo contenido en una ubicación distinta: los artículos 441 y 442 (*Anteproyecto de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1952).

⁴⁵ CÁTEDRA DURÁN I BAS, *El dret civil català en la jurisprudència*, t. IV, a cargo de María-Encarna Roca i Trias, Barcelona, 1974, p. 366.

⁴⁶ RAJ 1501, ponente: Sr. Miguel y Rodríguez. La sentencia es, sin embargo, poco precisa, por cuanto considera que el defecto de insinuación determina la invalidez de la donación, invalidez que, además, «se supedita a la realidad demostrada de un fraude o perjuicio posible», cuando ya se ha destacado como, precisamente, la constitución *per tolre frauds* rehuye toda idea de fraude. A raíz de esta sentencia, DOMÍNGUEZ DE MOLINA, Joaquín, «Sobre la subsistencia de la insinuación romana en Cataluña», *RJC*, 1954, pp. 503 ss., defiende la inaplicabilidad en Cataluña de la insinuación romana.

negar-li eficàcia per manca de registració». Comparte el criterio reflejado en el Proyecto de 1930, aunque considera que «debilita la protecció dels creditors, comparada amb el règim vigent. Els creditors posteriors als deu dies d'atorgada la donació, els quals la poden desconèixer i segurament la desconexeran, no queden protegits. En el sistema de la constitució *Per tolre frauds*, això no pot succeir, perquè una donació no inscrita no perjudica a cap creditor ni anterior ni posterior a la donació». La virtualidad de esta crítica será objeto de posterior análisis.

El Proyecto de Compilación de 1955 mantuvo en lo esencial la estructura del Proyecto de Apéndice de 1930. Su artículo 551⁴⁸ suprimía la insinuación en tanto que requisito de validez de la donación, «cualquiera que sea su cuantía», mientras que el artículo 552 simplemente añadía que no perjudicaban «las donaciones otorgadas *por éste*», en referencia, claro está, al donante.

El *Proyecto de Ley de Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*⁴⁹ reunía en un solo artículo, el 366, los artículos 551 y 552 del Proyecto de 1955, convertidos en párrafos primero y tercero. Sin embargo, el definitivo artículo 340 de la Ley 40/1960, de 21 de julio, se apartó tanto de la redacción de la versión oficial del Proyecto de Compilación cuanto del Proyecto de Ley, en tres aspectos⁵⁰: se prescindió del

⁴⁷ Se trata del artículo ya citado publicado en la *RJC* el año 1935.

⁴⁸ Los artículos del Proyecto de Compilación de 1955 se citan a partir de la versión oficial tomada de la edición de MIRABELL ABANCÓ y SALVADOR CODERCH (*Projecte d'Apèndix i materials precompilatoris, ob. cit.*, pp. 759 ss.). Respecto de la edición publicada en la *RJC* de 1956 se aprecia una diferente numeración (son los arts. 548 y 549) y una importante modificación en su contenido, ya que mientras en la versión oficial se sigue el Proyecto de 1930 y se mantiene la fórmula de los diez días de antelación a la fecha del contrato, la versión de la *RJC* obvia esta referencia, de tal manera que «no perjudicarán (...) las donaciones otorgadas con posterioridad a la fecha del contrato».

⁴⁹ *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, núm. 633, de 30 de junio de 1959, pp. 13051 ss.

⁵⁰ El origen de estos cambios se halla parcialmente en la enmienda 81 al Proyecto de Ley de Compilación. Esta enmienda (presentada con fecha de 20 de julio de 1959, y que puede encontrarse en el *Archivo del Congreso de los Diputados*, serie general, leg.º 1117, núm. único) proponía una redacción coincidente casi en su literalidad con el artículo 549 del Proyecto de Compilación de 1955 versión *RJC*: «No perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que éste otorgue con posterioridad a la fecha del contrato del que nazca el crédito de aquellos». Las razones que se exponían de dicha enmienda eran las siguientes:

«Este precepto constituye la actualización de la constitución *Per tolre frauds* (para evitar fraudes), del Rey Fernando el Católico en las Cortes de Barcelona del año 1503, dirigida a reformar la acción pauliana en las enajenaciones a título gratuito, por cuanto los estamentos mercantiles consideraban insuficiente en este punto la regulación romana.

Esta constitución vino a substituir el sistema romano subjetivo del fraude «*ex consilio*», por el sistema objetivo del fraude *ex re* o sea por su resultado, valorando solamente el perjuicio causado a los acreedores del donante por el simple hecho de la donación, independientemente de la intención, propósito, conciencia o *consilio*, ya que en el conflicto entre los acreedores (*damno vitando*) y el donatario (*lucro captando*) el legislador en dicha constitución hacía prevalecer el interés de aquellos. Pero la misma adoptaba esta preferencia en base a hacer jugar un plazo combinado con la publicidad de las donaciones en unos registros especiales de carácter judicial, y, en consecuencia, disponía: «e sino seran continuades (...)».

plazo de los diez días de antelación originarios de la constitución *per tolre fraus*⁵¹; en lugar de «fecha del contrato», se prefirió hablar de «fecha del hecho o acto»; y, sobre todo, se incorporó una inciso final huérfano de cualquier precedente, quedando redactado del siguiente modo:

«No perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que éste otorgue con posterioridad a la fecha del hecho o acto del que nazca el crédito de aquéllos, siempre que carezcan de otros recursos legales para su cobro.»

II. LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES DEL DONANTE EN EL ARTÍCULO 340.3 DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

El artículo 340.3 construye un sistema de protección de los acreedores del donante, mas en ningún momento describe o califica en términos técnico-jurídicos el mecanismo de protección que pone a su servicio. Como ya sabemos, se limita a enunciar la idea tradicional del «no perjuicio», pero sin desvelar cómo se articula legalmente la evitación de ese perjuicio. Por ello, no debe de extrañar que se hayan mantenido opiniones contrapuestas, cuando se ha intentado traducir en remedios jurídicos concretos, cuando se ha intentado determinar, en definitiva, ante

Este plazo de “diez días antes” es el recogido en el dictamen de la Comisión de Códigos respecto del artículo 362, el cual es arrastre del artículo 238 del Proyecto de Apéndice de 1930. Pero como dicha publicidad específica cayó en desuso, huelga actualmente hablar del expresado plazo de “diez días anteriores” y procede disponer en su lugar que no perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que haya otorgado, con posterioridad a la fecha del contrato que dio lugar al crédito de aquellos.»

En el trámite, «se acepta con ciertas modificaciones la enmienda 81» (Informe de la Ponencia encargada de estudiar el Proyecto de Ley sobre Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, *Archivo del Congreso de los Diputados*, Serie general, leg.º 1118/u, carpeta I, p. 18), convirtiéndose en el artículo 343 del *Proyecto de Ley* de la Ponencia (2 de mayo de 1960), con una redacción idéntica a la vigente. Hay que hacer notar que la enmienda 81 sólo postulaba la supresión del plazo de diez días, pero la Ponencia aprovechó para introducir una adición harto importante: el inciso final del artículo relativo al carácter subsidiario del remedio protector.

⁵¹ Según CONDOMINES VALLS, Francisco de A., y FAUS ESTEVE, Ramón, *Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1960, p. 364, la supresión del plazo tradicional de diez días se debe a que se prescindía de la idea de fraude para centrarse en la noción de perjuicio (véase *infra*, nota 109 y texto concordante). Este argumento es poco convincente, puesto que el sistema de protección de la constitución *Per tolre fraus* ya prescindía del fraude: precisamente aquí radicaba su originalidad. La supresión del plazo de diez días se debe a la eliminación del requisito de la insinuación de donaciones, por cuanto en el sistema de la constitución el plazo cumplía la misión de permitir a los acreedores tener conocimiento de la donación una vez esta había sido registrada, lo que por otra parte se desprende de la enmienda 81 transcrita en la nota anterior.

qué tipo de acción –o de excepción– nos hallamos. Dos han sido, probablemente, las posiciones que se han defendido con mayor énfasis, convicción y argumentos: la opinión que cree que en el artículo 340.3 se esconde una acción revocatoria, y la tesis que descubre una forma de inoponibilidad. Sin embargo, debe destacarse de entrada que, en cuanto a los autores que sostienen que se trata de una acción revocatoria, no siempre las conclusiones que extraen del análisis de este artículo 340.3 son completamente coherentes con tal configuración, y si se analiza atentamente los argumentos de que se valen puede llegarse a desvelar unos resultados bastante alejados de los que cabía esperar de aquel *nomen iuris*. Y, por lo que concierne a la inoponibilidad, este es un término que, a pesar de que va ganando uso entre la doctrina, aún no ha merecido todos los esfuerzos necesarios a fin de constituir una categoría de líneas bien definidas.

1. LA PRETENDIDA NATURALEZA REVOCATORIA DEL ARTÍCULO 340.3 DE LA COMPILACIÓN

1.1 Los contradictorios argumentos a favor de la naturaleza revocatoria

Egea Fernández es quizá el defensor más ortodoxo del carácter revocatorio del mecanismo de protección de los acreedores del donante del artículo 340.3. Califica de modo expreso de acción revocatoria este remedio, cuyo objetivo sería «dejar ineficaz *ex tunc* la enajenación a título gratuito» con el fin de impedir el perjuicio, lo que le permite «calificar esta acción como de rescisión». La supresión de la idea de fraude, que no tiene que probarse, «consigue reforzar la eficacia de la acción revocatoria». Sin embargo, debe de introducir alguna matización en lo que constituiría el funcionamiento típico de una acción revocatoria, puesto que a pesar de haber afirmado que provoca la ineficacia *ex tunc* de la enajenación, esto no implicaría que tuviesen que restituirse los bienes para que los acreedores actuaran sobre ellos para cobrarse, sino que los bienes sobrantes seguirían perteneciendo al donatario. «Así, pues –concluye–, la acción revocatoria de las donaciones en Cataluña tiene un carácter muy específico en tanto que se aparta del efecto de la reincorporación del bien donado al patrimonio del deudor/donante, restaurándose, simplemente, la responsabilidad sobre dichos bienes *como* si hubiesen retornado al patrimonio del deudor»⁵².

También han defendido el carácter rescisorio-revocatorio Navas Navarro, que llama de modo expreso al mecanismo protector del artículo 340.3 «acción revocatoria o pauliana», describiéndolo como una

⁵² EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 815 y 821 (la cursiva en el original).

«acción impugnatoria del negocio»⁵³, Albaladejo⁵⁴ y Jordano Fraga⁵⁵. En la jurisprudencia, la SAP Lleida de 22 de febrero de 1995 tanto la tilda de acción rescisoria cuanto de acción revocatoria⁵⁶.

La realidad, sin embargo, es que en ningún momento el artículo 340.3 suministra argumento directo alguno que permita sustentar que bajo su redacción se cobija una acción revocatoria, exceptuando el carácter subsidiario del remedio que se deriva del último inciso del párrafo si se pone en relación con los artículos 1111, 1291.3 y 1294 del Código Civil. Es decir, de alguna manera se incurre en un cierto apriorismo, como es considerar que el artículo 340.3 no es más que una acción pauliana cuyo triunfo no necesita tener que acreditar el requisito del fraude y sí, sólo, el *eventus damni* o perjuicio de los acreedores⁵⁷. No obstante, los antecedentes históricos han permitido constatar cómo la protección de los acreedores del donante en la tradición jurídica catalana se aleja de modo decisivo de la configuración clásica de la acción pauliana, a través de la búsqueda de fórmulas más ágiles que faciliten la defensa del derecho de crédito y, en concreto, su cobrabilidad. Además, y ello será objeto de análisis con posterioridad, el funcionamiento de la acción pauliana no acaba de encajar con el artículo 340.3: ya se ha visto como Egea Fernández tiene que

⁵³ NAVAS NAVARRO, Susana, *El régimen de separación de bienes y la protección de terceros*, Valencia, 1996, pp. 97 («acción revocatoria o pauliana») y 96 («acción impugnatoria del negocio»), retomando la idea apuntada en la p. 61 relativa a la impugnación de la disposición a título gratuito que perjudica a los acreedores». Sin embargo, ello no se compadece con la afirmación de que esta acción «prescribe», que efectúa en la misma p. 96, porque si se trata de una acción revocatoria tendría que caducar. De la misma autora, «Contratación entre cónyuges. La presunción de donación del artículo 21.1 i) y f) (sic) de la Ley 8/1993 de 30 de septiembre, CA Cataluña (Comentario a la sentencia del TSJC de 10 de mayo de 1993)», *La Llei de Catalunya i Balears*, núm. 93, noviembre 1994, p. 5 (y nota 28), donde califica de «rescisión por fraude» la «acción revocatoria ex artículo 340.3 CDCC»; y «Un supuesto específico de protección de los terceros en el Derecho catalán (Análisis crítico del artículo 18.1 II CDCC 1993)», *La Notaria*, 1996-5, p. 97, donde también la llama «acción revocatoria o pauliana».

⁵⁴ ALBALADEJO, Manuel, comentario al artículo 1111, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, p. 977: «[a]bona la tesis que definiendo el hecho de que, según la Compilación catalana, que en el extremo encierra igual espíritu que el Código, (...) proceda la acción pauliana, ya que el artículo 340, 3.º (...)».

⁵⁵ JORDANO FRAGA, Francisco, *Los acreedores del llamado a una sucesión «mortis causa», ante el ejercicio por este del «ius delationis»*, Madrid, 1996, p. 285: «[p]ara el derecho civil catalán la no exigencia legal del fraude —la sola exigencia legal del perjuicio para los acreedores accionantes—, tratándose de acción revocatoria dirigida contra actos del deudor de naturaleza gratuita, resulta claramente establecida en el artículo 340-III Comp. cat.».

⁵⁶ *La Llei de Catalunya i Balears*, 1995-I, pp. 628 ss., ponente: Sr. Gil Martín.

⁵⁷ Así, por ejemplo, y a pesar de que la afirmación debe contextualizarse en el proceso de elaboración de la Compilación de 1960 (vid. *supra* apartado I.3 e *infra*, nota 63), señalaron CONDOMINES VALLS y FAUS ESTEVE, *ob. cit.*, p. 363, que «como se argumenta en enmienda aceptada por la Comisión de Justicia (la enmienda 81 transcrita *supra*, nota 50), de lo que se trata es de reforzar la acción pauliana romana, considerada insuficiente en estos casos para garantizar los derechos de los acreedores». Es claro que este argumento podía servir para justificar el actual artículo 340.3, pero en la tradición jurídica desde casi cinco siglos antes se había optado por buscar otras vías de protección que superasen en eficacia protectora la pauliana.

afirmar que, a modo de peculiaridad del ordenamiento jurídico catalán, a pesar de lo dispuesto por el artículo 1295.1 Código Civil (así como el art. 1298), el ejercicio del remedio protector no conlleva la restitución del bien donado a su patrimonio originario –el del donante-deudor–, sino que continúa en poder del donatario por más que al alcance de la agresión de los acreedores.

En efecto, los artículos 1295.1 y 1298 del Código Civil constituyen un obstáculo infranqueable. Si se configura la acción pauliana como una acción de naturaleza rescisoria, comporta un ataque a la eficacia del acto perjudicial para los acreedores –su «impugnación», en expresión del artículo 1111 y que es frecuente hallar en la doctrina– y, tal como dispone el artículo en cuestión, obliga a «la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato», lo que significa que el bien debe reingresar en el patrimonio del deudor, donde permanece al alcance de la agresión de aquellos con el fin de satisfacer sus créditos⁵⁸.

Por este motivo, la mayor parte de la doctrina que defiende el carácter revocatorio del artículo 340.3 tiene que introducir importantes matices en su régimen jurídico. El primero, Roca Sastre, que si ya había marcado la pauta a seguir antes de la Compilación en su artículo repetidamente citado aparecido en la *RJC* en 1935, dibujará luego las líneas maestras de la interpretación del artículo 340.3 en otro artículo, que igualmente ha sido ya objeto de cita, publicado al poco de su entrada en vigor con el significativo título «La acción revocatoria de donaciones en la Compilación». Apenas al inicio de este trabajo suyo, indica que dicho artículo 340.3 «es el resultado de un interesante proceso evolutivo de la regulación de la acción revocatoria o pauliana a partir del Derecho romano». En la línea de lo apuntado anteriormente, debe rechazar la aplicabilidad del artículo 1295.1 del Código Civil en Cataluña, y finalmente ha de acabar concediendo que «sólo en sentido *relativo* y *parcial* es una acción de rescisión. Es *relativa* porque no se rescinde o declara ineficaz la donación, reingresando el bien donado en el patrimonio del donante, dejando a aquella revocada por completo, sino que los bienes subsisten como propios del

⁵⁸ La mayoría de la doctrina coincide en estas apreciaciones, aunque con frecuencia el resultado no se considera satisfactorio. Pueden citarse aquí BADOSA COLL, Ferran, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, pp. 213-222, especialmente p. 221; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, t. 3 (Derecho de obligaciones), 16.ª edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Madrid, 1992, p. 329; Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, Madrid, 1994⁴, p. 482, y t. II, Madrid, 1993⁴, pp. 740-741; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil*, Madrid, 1994, pp. 274-175; SANCHO REBULLIDA, Francisco de A., en LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones. Volumen 1.º Parte general. Teoría general del contrato*, Barcelona, 1994³, p. 255 (a pesar de la afirmación de la p. 248, donde se lee que la acción pauliana «no supone el retorno ficticio de los bienes al patrimonio del deudor»); o, incluso, MARTÍN PÉREZ, José Antonio, *La rescisión del contrato*, Barcelona, 1995, p. 369, por lo que se refiere al Derecho español. Con todo, no obstante el artículo 1295, alguno de estos autores –y otros que veremos luego– construyen la eficacia de la acción pauliana a la manera de una inoponibilidad especial o híbrida, y por ello insistiré en este tema cuando intente delimitar la protección *ex* artículo 340.3 de la Compilación y la acción pauliana (*infra*, subapartado siguiente).

donatario, con la salvedad de que a ellos se extiende la responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 1911 del Código Civil; y es *parcial* porque dicha ineficacia sólo opera en la medida necesaria para que el acreedor que ejercita la acción quede satisfecho de su crédito. (...) Por consiguiente, *por obra de la acción revocatoria no queda propiamente revocada la donación* otorgada por el deudor, pues el bien donado no se reincorpora al patrimonio del donante»⁵⁹. O sea, todo el esfuerzo se consume en una acción revocatoria que no revoca, puesto que de revocatoria sólo tiene el nombre.

De modo similar, Casals Colldecarrera afirmará que en virtud del artículo 340.3 –que considera una mera transposición de la constitución *per tolre fraus*– se concede al acreedor una acción revocatoria, pero que, «[e]n realitat, el mecanisme revocatori de la *constitució per toldre* (sic) *fraus*, no actua per la via de la nul·litat del contracte simulat, ni result (sic) la donació, sinó que fa extensiva la responsabilitat del deute als béns donats en poder del donatari»⁶⁰.

En cuanto a Puig Ferriol y Roca Trías⁶¹, a partir de la consideración, igualmente, que se trata de una acción revocatoria, concluyen que puesto que el juez tiene que declarar el «no perjuicio» de los acreedores anteriores a la donación, «[e]n definitiva, se trata de que el donatario no puede oponer su título frente a una reclamación del acreedor anterior», y, en el momento de concretar los efectos del ejercicio de esta acción revocatoria, señalan que «se concede al acreedor afectado un poder que le permite ignorar el acto perjudicial y dirigirse contra los bienes que han salido indebidamente del patrimonio de su deudor, como si aún estuviesen en él», siguiendo en el resto la opinión antes transcrita de Roca Sastre.

1.2 La delimitación entre la acción pauliana y el mecanismo protector de los acreedores del artículo 340.3 de la Compilación

A tenor de cuanto se acaba de exponer, parece oportuno proceder a delimitar, en primer lugar, la acción pauliana y el mecanismo protector de los acreedores del artículo 340.3, puesto que si este mecanismo no representa sino un supuesto –aunque sea con alguna modificación o matiz– de acción pauliana, entonces deviene inútil proseguir la investigación y bas-

⁵⁹ ROCA SASTRE, «La acción revocatoria...», *ob. cit.*, pp. 3, 11 y 16 y 17, respectivamente (la última cursiva es mía).

⁶⁰ CASALS COLLDECARRERA, Miquel, «La protecció dels creditors i els béns a nom de la dona», *Temes de Dret civil català. Quaderns de ciències socials*, núm. 6, 1984, pp. 113-114.

⁶¹ PUIG FERRIOL, Luis, y ROCA TRÍAS, Encarna, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, IV-2, Barcelona, 1982, pp. 79 (la llaman expresamente pauliana), 84 y 86 ss. Lo mismo ROCA TRÍAS en PUIG FERRIOL, Lluís, y ROCA TRÍAS, Encarna, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. I, Valencia, 1995⁴, pp. 176 ss. Finalmente, PUIG FERRIOL, Lluís, «La protecció del dret de crèdit en el dret familiar català», *Materials de les vuitenes Jornades de dret català a Tossa 1994*, Valencia, 1996, p. 323, califica la acción del artículo 340.3 de rescisoria, y en la p. 310 indica que se trata de una acción de impugnación de los actos fraudulentos realizados por el deudor.

tará con una remisión a la doctrina que ha estudiado con detenimiento dicha acción.

Un primer criterio de delimitación puede hallarse en los respectivos presupuestos. El elemento que da pie al ejercicio de la acción pauliana es el perjuicio del acreedor, perjuicio del acreedor que viene determinado por la insolvencia del deudor, ya sea porque el acto en cuestión la origina, ya sea porque la agrava, consistiendo esta insolvencia en la insuficiencia patrimonial del deudor para satisfacer sus deudas. El perjuicio de los acreedores constituye el único elemento imprescindible para el ejercicio de la acción pauliana. No así la noción de fraude, desde el momento que, tratándose de actos a título gratuito, el fraude es objeto de una presunción *iuris et de iure* (arts. 643.2 y 1297.1 del CC), de modo que el legislador, en definitiva, acaba por prescindir del dato del fraude⁶². Por su parte, ya se ha explicitado que el artículo 340.3, igual que sus antecedentes históricos, arrincona la idea de fraude para centrarse, exclusivamente, en el concepto fundamental del perjuicio, de manera que desde este prisma no es posible distinguir la acción pauliana del remedio de la Compilación catalana. En efecto, sólo hace falta comparar el artículo 340.3 de la Compilación con, por ejemplo, los artículos 81 y 383 del Código de Sucesiones; el primero, en sede de heredamiento simple, tras hacer referencia a la facultad del heredante de dotar y acomodar a sus hijos, en lo que ahora interesa, mediante actos *inter vivos*, establece (párrafo segundo) que «[l]’hereu i els seus podran *impugnar* els dits actes, si els consideren atorgats amb *frau* o en dany de l’heretament»; el segundo, dentro de la regulación de la cuarta viudal, señala que (párrafo segundo) «[e]l consort sobrevivent pot demanar *la reducció o la supressió* de les donacions entre vius atorgades pel premort amb el *designi de defraudar* la quarta viudal». La diferencia es meridiana: en estos dos casos, el éxito de la acción (que es bien de impugnación, bien de reducción o supresión *expressis verbis*) requiere probar necesariamente el «fraude» y el «designio de defraudar», lo que no se exige en aquel artículo de la Compilación que, insisto en ello, toma como base el perjuicio y no el fraude.

Un segundo criterio se encontraría en el coincidente carácter subsidiario de ambos remedios protectores. La subsidiariedad de la acción pauliana (art. 1294 del CC) es, probablemente⁶³, el origen de la subsidiariedad que explicita el artículo 340.3 en su inciso final, factor que contribuye de modo decisivo a su identificación.

⁶² BADOSA COLL, *Dret d’obligacions, ob. cit.*, pp. 216-217. También MARTÍN PÉREZ, José Antonio, comentario a la STS de 3 de octubre de 1995, *CCJC*, núm. 40, enero-marzo 1996, pp. 176-177.

⁶³ A causa de las peculiaridades del proceso compilador de los diversos Derechos civiles territoriales españoles y, en particular, en Cataluña. El artículo 3 del Decreto de 23 de mayo de 1947 establecía que las Compilaciones debían de acoger instituciones diferenciadas de las del Código Civil (recordemos, en este sentido, la anterior afirmación de Condomines y Faus en la nota 57), pero siempre teniendo que adaptarse a la sistemática de éste (extensamente, SALVADOR CODERCH, Pablo, *La Compilación y su historia*, Barcelona, 1985, pp. 210 ss.).

Un tercer criterio podría buscarse en los respectivos efectos. La doctrina mayoritaria considera que la acción pauliana supone una forma de ineficacia relativa o de inoponibilidad del acto perjudicial. Se argumenta que con la acción pauliana el acreedor pretende que el acto atacado devenga ineficaz para él, de modo que pueda agredir los bienes que mediante aquel acto salieron del patrimonio del deudor como si aún se encontraran en él, con lo que no habría propiamente efecto revocatorio, puesto que los bienes no reingresarían de forma efectiva en el patrimonio del deudor, sino que, por cuanto el acto en cuestión no está afectado por motivo alguno de invalidez, los bienes sobrantes una vez el deudor ha hecho efectivo su crédito siguen perteneciendo al adquirente, de manera que los efectos del acto atacado que no perjudican al acreedor se mantienen incólumes y, por consiguiente, subsisten. El retorno al patrimonio del deudor es ficticio, lo que conlleva que sólo resulta beneficiado aquel acreedor que ejercita la acción pauliana, de modo que el resto de acreedores tendrán que impugnar de nuevo el acto perjudicial para cobrar sus respectivos créditos. Opinión que, además, cuenta con el respaldo de la jurisprudencia que alegan los autores que la sustentan⁶⁴.

Esta es una interpretación teleológica de la regulación que se contiene en los artículos 1291 y siguientes del Código Civil, en particular del artículo 1295. Una interpretación que encuentra un sólido fundamento en el recurso a las doctrinas italiana y francesa⁶⁵, que no dudan en calificar

⁶⁴ DE CASTRO, *ob. cit.*, pp. 222 ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto, *La confirmación del negocio anulable*, Bolonia, 1977, p. 24; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, «Apuntes para una distinta aproximación a la acción pauliana», *RGLJ*, 1984, p. 469 ss., especialmente pp. 477-480 y 481-484; ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, «Introducción al estudio de la inoponibilidad», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolet*, vol. I, Madrid, 1988, p. 98; PASQUAU LIAÑO, Miguel, comentario a la STS 24 de noviembre de 1988, *CCJC*, 1988, núm. 18, p. 1031; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, comentario a l'art. 1257, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dirs. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), t. XVII. Vol. 1.º-A, Madrid, 1993, p. 365; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, Barcelona, 1994⁹, pp. 214 y 228-229, y comentario al artículo 1111 Código Civil, *ob. cit.*, pp. 966, 980-981 y 984-985; MONTÉS PENADÉS, Vicente L., en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (coord.), *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1994, pp. 218-219 y 222-223; O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de derecho civil, II-1.º*, Madrid, 1994², p. 198; SANCHO REBULLIDA, Francisco de A., en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et al.*, *Elementos de Derecho civil, II, derecho de obligaciones*, vol. 1.º, Barcelona, 1994³, pp. 254-256; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, en PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *Manual de Derecho civil II*, Madrid, 1996, p. 341; FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Subsidiariedad de la acción pauliana en las obligaciones solidarias. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995», *La Ley*, 1996-3, p. 1450 ss.; CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La vía pauliana*, Madrid, 1997, especialmente pp. 183 ss.

⁶⁵ Ciertamente, la doctrina italiana juega con ventaja, ya que el artículo 2901 del vigente *Codice*, cuando enuncia la *azione revocatoria*, establece que «[i]l creditore, anche se il credito è soggetto a condizione o a termine, può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni», aunque ya algún autor anterior se decantaba por esta solución (FERRARA SANTAMARIA, Massimo, *Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, 1939, pp. 121 ss.); pueden citarse, a título de ejemplo, MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, t. II, Buenos Aires, 1952, p. 312; BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, t. II, Madrid, 1970, especialmente pp. 407-408; TRABUCCHI, Alberto, *Istituzione di diritto civile*,

la acción pauliana de supuesto de inoponibilidad, y que implica interpretar la «devolución de las cosas» de este artículo 1295, así como la del artículo 1298 que se refiere no a cualquier acción rescisoria sino a la fundamentada en el fraude de acreedores, en el sentido antes expuesto, esto es, que no hay verdadero retorno de los bienes al patrimonio del deudor, sino que estos siguen perteneciendo al adquirente, aunque sometidos al poder de agresión del acreedor con el fin de cobrar su crédito, lo que permite que dicho adquirente conserve el remanente una vez satisfecho el acreedor.

Tal como se ha formulado, y desde este punto de vista teleológico, la interpretación es difícilmente objetable. Sin embargo, parece posible descubrir en ella alguna pequeña grieta, sobre todo si se atiende a la legislación vigente. Voy a prescindir, ahora, de argumentos aparentemente menores, como que si la acción pauliana es subsidiaria (arts. 1111, 1291.3, 1294), y el carácter subsidiario de la acción se fundamenta en el principio de conservación de los negocios, la inoponibilidad ya presupone de por sí tal conservación, por cuanto no significa más que evitar los efectos del negocio frente a determinadas personas que pueden resultar perjudicadas por ellos; o que el artículo 1111 se refiere a la pauliana en tanto que acción de «impugnación», y no queda claro qué es lo que se impugna cuando se pretende hacer valer la inoponibilidad. Son, en este momento de la exposición, argumentos fácilmente rebatibles desde la misma concepción de los autores que la defienden, puesto que dependerá del significado o de la interpretación que se dé a los vocablos subsidiariedad-conservación e impugnación. Por el mismo motivo, es inútil volver a insistir en que los artículos 1291 y siguientes contemplan una «rescisión» o en el efecto «devolución de las cosas» de los artículos 1295 y 1298: no supondría más que un círculo vicioso de interpretaciones y contrainterpretaciones⁶⁶.

Padova, 1985²⁷, pp. 597-598; RESCIGNO, Pietro, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1996¹¹. Entre la doctrina francesa más reciente, LARROUMET, *Droit civil. Les obligations*, t. III, París, 1990², p. 818; GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil. Les obligations. Les effets du contrat* (avec le concours de Marc Billiau), París, 1992, pp. 700-702; BÉNABENT, Alain, *Droit civil. Les obligations*, París, 1995⁵, p. 440; MALAURIE, Philippe, y AYNÈS, Laurent, *Cours de droit civil. T. VI. Les obligations*, París, 1996⁷, pp. 607-608; CABRILLAC, Rémy, *Droit des obligations*, París, 1996², p. 300.

No obstante, si se observa cómo se traduce esta inoponibilidad entre los autores franceses, se comprueba que, en realidad, los efectos del triunfo de la acción pauliana son algo más. Así, para GESTHIN, *ob. cit.*, p. 701, «l'acte ne sera *revoqué* que jusqu'à concurrence de la somme nécessaire au paiement»; BÉNABENT, *ob. cit.*, p. 440, contempla el tercero afectado por la pauliana «qui doit restituer le bien», al igual que MALAURIE y AYNÈS, *ob. cit.*, p. 608: «[s]i le tiers a été obligé de restituer au créancier l'objet frauduleusement acquis».

⁶⁶ Puede acudir al ejemplo de ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992². Dejando a un lado el título de su monografía, utiliza abundantemente el término «impugnación» (pp. 128, 133, 141, 142, 143 o 144, entre otras), que permite a los acreedores «atacar la eficacia de los actos fraudulentos» (p. 142) por medio de una «rescisión parcial», que provoca una «ineficacia relativa», es decir, solamente «respecto del acreedor o acreedores impugnantes» (p. 129, nota 111 y p. 141). Las mismas ideas y expresiones en *La insolvencia*, Valencia, 1994, pp. 212 ss., especialmente p. 224 y nota 240. Estas afirma-

Una posible vía para descubrir algún punto débil a la teoría de la pauliana-inoponibilidad es acudir a un supuesto indiscutido de inoponibilidad para intentar hallar las posibles disimilitudes. Este supuesto es el del artículo 1317 del Código Civil. El artículo 1317 establece que «[l]a modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros», y la doctrina ha coincidido en calificarlo de caso paradigmático de inoponibilidad⁶⁷. La inoponibilidad será objeto de estudio en páginas venideras; bastará por el momento, pues, con señalar que con este mecanismo se evita el perjuicio del acreedor respetando al mismo tiempo la eficacia del negocio, que en ningún momento se ve alterada, puesto que los efectos del negocio no podrán ser opuestos al acreedor protegido, quien podrá actuar tal como si dicho negocio no hubiera tenido lugar y, por lo que ahora interesa, agredir los bienes enajenados que siguen sujetos a la garantía patrimonial universal del deudor, sin que ni tan sólo tenga que alegar –y mucho menos que probar– la existencia del fraude y sí, únicamente, la anterioridad de su derecho de crédito a la modificación practicada en la titularidad de los bienes. En este sentido, ha podido afirmar Ragel Sánchez⁶⁸, principal estudioso de la inoponibilidad en España, que aunque se afirmara el carácter subsidiario de la inoponibilidad del artículo 1317 del Código Civil, sería todavía posible diferenciarlo de la pauliana, por cuanto que «no coincid[e]n exactamente», a pesar de que no se

ciones por sí solas pueden ser argumento de cualquiera de las dos concepciones. O al de ÁLVAREZ VIGARAY, *ob. cit.*, p. 98: «[t]ambién en nuestro derecho, la protección a los acreedores contra el fraude realizado en perjuicio por el deudor justifica la *inoponibilidad* a aquellos de las enajenaciones fraudulentas, *revocables* mediante la acción pauliana» (las cursivas son mías).

⁶⁷ MAGARINOS BLANCO, Victorio, «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores», *RCDI*, 1982, pp. 53 y 58; ROJAS MONTES, Luis, «Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones», *AAMN*, t. XXVI, pp. 323 y 325-326; Díez-PICAZO, Luis, comentario al artículo 1317, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1985, pp. 1498-1499; CUTILLAS FORNS, José María, «Inoponibilidad a terceros de la escritura de capitulaciones matrimoniales que afecten a bienes inmuebles», *La Ley*, 1985-4, pp. 1063 ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, comentario a las SsTS de 30 de enero de 1986, *CCJC*, núm. 10, 1986, pp. 3995 ss., 13 de junio de 1986, *CCJC*, núm. 11, 1986, pp. 3759 ss., 17 de noviembre de 1987, *CCJC*, núm. 15, 1987, pp. 5161 ss., de 25 de enero de 1989, *CCJC*, núm. 19, pp. 124 ss., y «La mutabilidad del régimen económico matrimonial», *ADC*, 1994, pp. 168-186; RAGEL SÁNCHEZ, Luis-Felipe, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, pp. 150-152, comentario a la RDGRN de 16 de febrero de 1987, *CCJC*, núm. 14, 1987, pp. 4535 ss., y «El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales», en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil*, Madrid, 1990, pp. 1674 ss.; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil IV. Derecho de familia*, vol. 1.º, Madrid, 1990³, pp. 322 ss.; HERRERO GARCÍA, María José, comentario al artículo 1317, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1991, pp. 576-577; BLASCO GASCÓ, Francisco de P., «Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1317 CC», *ADC*, 1993, pp. 599 ss.; BELLO JANEIRO, Domingo, *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona, 1993, pp. 610 ss.

⁶⁸ RAGEL SÁNCHEZ, «El acreedor...», *ob. cit.*, p. 1675 y nota 53, y *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994, p. 213.

detiene en justificar por qué, al negar la premisa mayor, esto es, la subsidiariedad.

Si aparcamos la cuestión de la subsidiariedad, porque aunque éste es un criterio que permite la distinción entre la acción pauliana y la protección *ex* artículo 1317 del Código Civil –que no tiene tal carácter⁶⁹– no sirve para el caso del artículo 340.3 de la Compilación que sí lo tiene, al menos en principio, el primer argumento que sirve para distinguir ambas figuras en la naturaleza impugnatoria: la inoponibilidad es todo lo contrario de una impugnación del negocio. La inoponibilidad, precisamente, lo que persigue es dejar incólume el negocio jurídico, sin atacar en ningún momento su eficacia⁷⁰: es por esto que los efectos del negocio devienen *inoponibles*, porque sólo puede ser inoponible aquello que existe, aquello que es válido y eficaz. Por contra, la acción pauliana es una acción de impugnación (art. 1111.fin, *expressis verbis*) destinada a atacar la eficacia del negocio fraudulento, aspecto en que coinciden incluso los autores que la configuran como un supuesto de inoponibilidad⁷¹. Y esta es una cues-

⁶⁹ Este es el argumento decisivo que utiliza el Tribunal Supremo para justificar la incompatibilidad entre ambos remedios, de tal manera que si queda expedita la vía del artículo 1317 Código Civil no se puede pretender la rescisión por fraude de acreedores: «siendo requisito esencial para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude, la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe y dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, que sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, dicho requisito no concurre en los supuestos de disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio, que no perjudican los derechos adquiridos por terceros» (cfr. SSTS 15 de febrero de 1986, *RAJ* 681, ponente: Sr. Pérez Gimeno; 17 de febrero de 1986, *RAJ* 684, ponente: Sr. de Castro García; 14 de octubre de 1987, *RAJ* 7099, ponente: Sr. Barcala y Trillo-Figueroa; 24 de noviembre de 1988, *RAJ* 8705, ponente: Sr. Barcala Trillo-Figueroa; 25 de enero de 1989, *RAJ* 124, ponente: Sr. Albácar López; 20 de marzo de 1989, *RAJ* 2186, ponente: Sr. Morales Morales; 27 de octubre de 1989, *RAJ* 6965, ponente: Sr. Fernández Cid de Temes; 5 de junio de 1990, *RAJ* 4733, ponente: Sr. Santos Briz; 9 de julio de 1990, *RAJ* 5788, ponente: Sr. Morales Morales; 7 de noviembre de 1992, *RAJ* 9098, ponente: Sr. González Poveda).

⁷⁰ Como dice RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero...*, *ob. cit.*, p. 209, «[e]l ejercicio de la facultad de inoponibilidad no requiere la impugnación de la validez y de la eficacia de un acto jurídico, a diferencia de lo que sucede con las acciones de nulidad, de anulación, de resolución y de rescisión, en las que se persigue declarar la ineficacia de una determinada actuación jurídica»; o, en p. 245: «la inoponibilidad sería entonces la *facultad* específica *concedida por la ley* a una persona, por el hecho de ser *ajena* a una actuación perfectamente válida, para que, *sin necesidad de impugnarla*, puedan actuar en defensa de sus intereses *como si* tales actos no se hubieran producido». De manera similar, LINARES GIL, *ob. cit.*, pp. 66-67: «la inoponibilidad no es sino un paso más dado por el derecho en aras de la protección de los acreedores. Mediante ella estos pueden actuar como si no existiera la donación, sin verse obligados al gravoso y costoso procedimiento de impugnar judicialmente el negocio jurídico lucrativo solicitando su rescisión», y p. 69: «[l]a inoponibilidad es una garantía de los acreedores que no necesita, para su subsistencia y efectividad, que el negocio jurídico inoponible se rescinda o anule». En Italia, BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, traducción y concordancias con el derecho español por A. Martín Pérez, Madrid, 1959, p. 351: «una impugnación (...) no es precisa cuando los efectos del negocio no puedan oponerse al tercero».

⁷¹ LASARTE ÁLVAREZ, *ob. cit.*, p. 274: «[l]a acción revocatoria tiene por finalidad el privar de eficacia a los actos de enajenación fraudulentos realizados por el deudor»; ALBALADEJO, *ob. cit.*, II-1, p. 214: «acción de impugnación» (...) «que va contra el acto», o p. 228: «[p]rosperrando la acción pauliana, el acto atacado deviene ineficaz frente al acree-

tión que supera el simple juego terminológico: si la acción pauliana constituye una acción de impugnación, porque la ley lo dice y la doctrina no puede obviarlo, ¿qué es lo que se impugna? O el mismo negocio o, por lo menos, su eficacia. No vale, entonces, maquillar el conflicto indicando que el nombre no importa y sí sólo el resultado que se pretende alcanzar: en todo caso, habría que ser plenamente consecuente y afirmar que la acción pauliana y la inoponibilidad *ex* artículo 1317 del Código Civil, como mínimo en cuanto a los actos a título gratuito, representan las dos caras de una misma moneda y conforman una misma institución⁷².

Un segundo argumento lo ofrece el distinto plazo de ejercicio de la acción. La acción pauliana tiene señalado un plazo de cuatro años (art. 1299 del CC), que la doctrina coincide en calificar de caducidad⁷³.

dor que la interpuso»; SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, p. 255: «[e]l efecto general de la rescisión consiste en deshacer lo hecho: conforme el artículo 1295.1, CC, obliga aquélla a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato (...) Mas la especial teleología de la acción pauliana pone a este resultado un importante límite: el *acto impugnado* es, cuanto tal, válido y eficaz; únicamente se revoca en la medida del fraude (...) La *anulación* del acto y consiguiente reintegración de su objeto en el patrimonio del deudor, como si de él no hubiese salido, es sólo «para» el acreedor y en la medida del crédito defraudado» (las cursivas son mías); GIL RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 335: «[l]a acción *revocatoria o pauliana* es principalmente *el poder o facultad que el artículo 1111 CC reconoce a los acreedores para que (...) impugnen los actos que su deudor haya realizado en fraude de su derecho*», y p. 341: «[c]uando la impugnación triunfa (...) *el acto atacado deviene ineficaz sólo relativamente*».

⁷² Puede tomarse como ejemplo a FERNÁNDEZ CAMPOS, *ob. cit.*, p. 1451 y nota 12. Afirma que «lo que la pauliana comporta es la *eliminación de la propia fuente del daño, impugnando el acto jurídico*», insiendiendo a continuación en la «eliminación del daño mediante la *impugnación y consiguiente privación parcial de efectos del acto impugnado*», y, «por eso, la consecuencia principal de la acción pauliana es la *ineficacia parcial y relativa del acto impugnado*», aunque entonces esta ineficacia «se concreta no tanto en la restitución de los bienes enajenados al patrimonio del deudor (...) cuanto en la posibilidad del acreedor de volver a poder ejecutar esos bienes del *acto impugnado*» (las cursivas son mías). ¿Dónde está, pues, la repetida *impugnación*? O también a CRISTÓBAL MONTES, *ob. cit.*, p. 185: «[e]l acto dispositivo fraudulento del deudor es un acto válido y eficaz que sólo sufrirá *revocación* en la medida que resulte imprescindible para satisfacer el interés del acreedor defraudado (...) Como dice Messineo, se trata de hacer declarar una *ineficacia relativa*, por efecto de la cual el acto dispositivo se hace *inoponible* (...) Además, si el acto fuese nulo o anulable, resultaría superfluo *impugnarlo* (...) Triunfante la acción revocatoria, la sentencia que pronuncie la *ineficacia relativa* del acto dispositivo no hace entrar el bien en el patrimonio del deudor (...) sino que tiene lugar una especie de recomposición ficticia»; p. 186: «[a]l no tratarse de una acción de nulidad, sino de *ineficacia relativa o parcial*». La pregunta es: ¿deviene o no el acto ineficaz, ni que sea de manera relativa o parcial? Porque, como intentaré demostrar más adelante, la inoponibilidad no constituye ningún supuesto de ineficacia. En definitiva, no puedo estar de acuerdo con la afirmación de PASQUAU LIAÑO, *ob. cit.*, p. 1031, en el sentido que «revocación y no oponibilidad vienen a ser términos que en ocasiones coincidirán», puesto que la revocación ataca —«impugna»— la eficacia del acto de enajenación, mientras que la inoponibilidad la deja incólume; y, así, hay que tener presente que BETTI, *ob. cit.*, p. 408, cuyas afirmaciones son plenamente coincidentes con las de estos autores, afirma de manera expresa que el triunfo de la pauliana significa un «pronunciamiento constitutivo de ineficacia».

⁷³ Con cita de jurisprudencia, SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, p. 258; ALBALADEJO, *ob. cit.*, II-1, p. 231; MONTÉS PENADÉS, *ob. cit.*, p. 223; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, «La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RGD*, 1993, p. 1278; GIL RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 340; MORENO QUESADA, Bernardo, comentario al artículo 1299, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo y Silvia

En cambio, el artículo 1317 no tiene asignado un plazo de ejercicio específico y, ello no obstante, el Tribunal Supremo, en la ya citada Sentencia de 27 de octubre de 1989⁷⁴, no ha acudido analógicamente al plazo de cuatro años del artículo 1299, sino que ha entendido que debe aplicarse el plazo general de prescripción de las acciones personales de quince años *ex* artículo 1964 del Código Civil. Si aceptamos que la caducidad «se aplica generalmente» a «una facultad o un llamado derecho potestativo, tendentes a modificar una situación jurídica», como por ejemplo la facultad de impugnar un negocio o de rescindirlo, la caducidad no se corresponde con la inoponibilidad ni, por consiguiente, con el pretendido efecto de inoponibilidad de la acción pauliana⁷⁵. La previsión de un plazo precisamente de caducidad para la acción pauliana y la falta de un plazo específico para la protección *ex* artículo 1317 del Código Civil denota la no coincidencia entre las respectivas finalidades y efectos de ambos mecanismos.

En consecuencia, no tiene que producir extrañeza que el Tribunal Supremo haya afirmado, en un afán delimitador de la acción pauliana y del remedio *ex* artículo 1317 del Código Civil, que éste último «no (...) requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna»⁷⁶. Ni tampoco debe producirla, sin embargo, vistos los antecedentes doctrinales, que ocasionalmente el mismo Tribunal Supremo haya acabado por identificar ambos remedios, unificándolos. Se trata de

Díaz Alabart), t. XVIII, vol. 2.º, Madrid, 1995², pp. 258-259; JORDANO FRAGA, Francisco, «El *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente)», *RCDI*, 1995, p. 91.

⁷⁴ Precisamente este es el argumento que permite deducir a RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, *ob. cit.*, p. 244, que la acción *ex* artículo 1317 no es una acción de rescisión.

⁷⁵ Las expresiones entrecomilladas son de ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, I-2, Barcelona, 1996¹⁴, pp. 506 y 507, precisamente el principal defensor de la pauliana-inoponibilidad. En el mismo sentido, CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pp. 174 y 178; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, I-3.º. *El derecho subjetivo*, Barcelona, 1990, p. 380; DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1995, pp. 313-314; y, con análisis jurisprudencial, RUBIO TORRANO, Enrique, «La caducidad en el derecho civil español», *Ar. C.*, 1995-III, especialmente pp. 98-99, en las que concluye: «la mayoría de casos indubitados de caducidad afectan a aquellas facultades que posibilitan a su titular la creación, modificación o extinción de una relación o situación jurídica». Asimismo, la reciente STS de 1 de diciembre de 1997 (*La Ley*, núm. 4466, de 27 de enero de 1998, ponente: Sr. Sierra Gil de la Cuesta), considera que la acción pauliana está sometida a un plazo de caducidad, por cuanto la acción de rescisión que puede ejercitarse durante dicho término trata de modificar la situación creada por un contrato torticero que puede producir efectos lesivos a terceros.

⁷⁶ SSTs de 10 de septiembre de 1987, *RAJ* 6046, Ponente: Sr. Sánchez Jáuregui; 15 de marzo de 1994, *RAJ* 1787, Ponente: Sr. Almagro Nosete; 17 de julio de 1997, *RAJ* 6018, ponente: Sr. Sierra Gil de la Cuesta; 7 de noviembre de 1997, *RAJ* 7937, ponente: Sr. Fernández-Cid de Temes. Un análisis detallado de la jurisprudencia relativa al artículo 1317 del Código Civil, señalando las dos líneas jurisprudenciales a que me refiero en el texto, en BELLO JANEIRO, Domingo, «Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial», *RJN*, 1993, núm. 7, especialmente pp. 41 ss., y en SANCIÑENA ASURMENDI, Camino, *Régimen económico matrimonial del comerciante*, Madrid, 1996, pp. 162 ss.

la Sentencia de 19 de febrero de 1992, que, tras referirse al «juego de la inoponibilidad del cambio capitular frente a los acreedores de la sociedad de gananciales y del principio de conservación de los negocios», manifiesta seguir «una doctrina especializada que afirma: “frente al fraude de acreedores la acción rescisoria debe tener efecto ‘en la parte necesaria’ para satisfacer los derechos de un tercero”, y cabe negar la nulidad absoluta de las capitulaciones suscritas en fraude de acreedores, pues, parece que ha de buscarse la subsistencia del acto en virtud del principio del «favor negotii» a salvo de declarar la *ineficacia* del acto en cuanto perjudique al acreedor, pues, parece que con la declaración de nulidad, y amortización de efectos que conllevaría, se iría más lejos de lo que ante el *fraude de acreedores* se pretende evitar y que es efecto típico incluso de la *acción pauliana*: que el acto resulte ineficaz frente al acreedor que la interpuso, y, por tanto, los bienes sobre los que aquel recayó queden sometidos a la acción del acreedor como si estuviesen en el patrimonio del deudor; en definitiva, la vulneración del artículo 1317 no origina la nulidad radical del *acto impugnado*, sino que, de conformidad con el espíritu que informa el artículo 6.4 del Código Civil, hay que pensar que los efectos de tal vulneración son distintos a la propia nulidad: la falta de perjuicio a los derechos ya adquiridos por terceros»⁷⁷ (las cursivas son mías). Es evidente que no se puede compartir el razonamiento de la sentencia: el artículo 1317 del Código Civil no exige en ningún momento para otorgar su protección el fraude de los cónyuges que modifican su régimen económico ni que deban impugnarse las capitulaciones, ni tampoco cabe convenir, como desmiente la consolidada jurisprudencia antes aportada, que la acción pauliana y el artículo 1317 sean lo mismo⁷⁸.

⁷⁷ RAJ 1320, ponente: Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez. La posterior STS de 15 de junio de 1992, RAJ 5137, con idéntico Ponente, repitiendo el párrafo transcrito en el texto, remacha esta confusa identificación, puesto que frente a la alegación de que no se puede acudir directamente a la vía rescisoria de las capitulaciones porque existe el artículo 1317, responde: «[n]o se acierta a comprender al significado de la denuncia, por cuanto que, pese a la referencia de este artículo 1335 en cuanto que remite la invalidez de las capitulaciones a la normativa sobre reglas generales de los contratos, ello no obsta para que tenga que rechazarse la vía específica impugnatoria ejercitada por los actores, en base del ejercicio de la acción rescisoria del artículo 1111 del Código Civil, pues, como es sabido, este puede ser uno de los cauces a través de los cuales se verifique la adecuada tutela de los terceros acreedores cuando, a resultas de un cambio capitular, y sobre todo, por el uso en general, de esta forma, se altere la solvencia de uno o de ambos cuando se transite del régimen ganancial preexistente a un régimen de separación de bienes y, en especial, cuando se adjudica al cónyuge deudor los bienes que perfectamente podían ser objeto de la garantía que cubre las relaciones con estos terceros acreedores, al amparo de la universal sanción prevista en el artículo 1317 del Código Civil: «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros»; y es que dentro de la práctica forense cabe adoptar varios caminos para esa tutela, bien directamente impugnando dichas capitulaciones matrimoniales o bien ejercitando cualquier otra acción específica tendente a preservar la garantía de los créditos perjudicados por ese cambio capitular; de cualquier forma lo que verdaderamente destaca es que aquella tutela habrá siempre de proclamar la inoponibilidad del cambio, en lo atinente, con respecto a la garantía de los terceros perjudicados».

⁷⁸ Otras SSTS han superpuesto también la acción pauliana con la protección ex artículo 1317, tendiendo a esta identificación. Sólo así es posible entender afirmaciones

Una parte importante de la doctrina coincide con estas apreciaciones, y manifiesta que el artículo 1317 hace innecesario el recurso a la acción pauliana, por cuanto los acreedores aseguran la protección de sus créditos mediante la inoponibilidad de las modificaciones en la titularidad de los bienes que constituyen la garantía patrimonial de aquellos bienes; y, configurada legalmente la acción pauliana como subsidiaria, la existencia del artículo 1317 del Código Civil impide que pueda prosperar puesto que existe un mecanismo preferente para lograr el cobro⁷⁹.

La conclusión final no es otra que la protección *ex* artículo 1317 del Código Civil y la acción pauliana constituyen mecanismos protectores de distinta naturaleza⁸⁰. Y la distinción entre ambos no puede fundamentarse,

como la contenida en la Sentencia de 30 de abril de 1990 (RAJ 2813, ponente: Sr. Martínez-Calcerrada y Gómez), puesto que, después de referirse a cuando tiene que producirse rescisión por fraude de acreedores de las capitulaciones modificativas del régimen económico matrimonial, se dice que «la sentencia recurrida ha infringido por igual vía jurídica del artículo 1316 (*sic*); hay que suponer que se trata del art. 1317) propugnando así una nulidad parcial en cuanto que dichas capitulaciones de *anularse* sólo las adjudicaciones de los bienes inmuebles a favor de las esposas demandadas pudiendo quedar como *válida* todo lo demás en favor del principio de conservación del negocio, debe compartirse la referida denuncia al *impugnar* el contenido de esas capitulaciones matrimoniales que ocasionan el perjuicio o damnifican los derechos de la actora como legítimo acreedor de los codemandados si bien ampliable a todos los actos de carácter económico-patrimonial (...) ya que, se insiste, la desigual adjudicación de bienes a unos y otras fue la causa determinante del *fraude* apreciado». O que la STS de 18 de julio de 1991 (RAJ 5399, ponente: Sr. Fernández Rodríguez) considere que «el artículo 1317 del Código Civil, al disponer que «la modificación del régimen matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos por terceros», trata precisamente de evitar el posible fraude a los terceros, derivado de la modificación de las capitulaciones matrimoniales, de tal manera que estas *pierden eficacia* cuando, como en el presente caso ocurre, se evidencia que fueron destinadas a *defraudar* a un acreedor, y sin que sea preciso para ello obtener declaración de insolvencia en un juicio previo»; cabe destacar que esta sentencia cuenta con un voto particular de los magistrados Gullón Ballesteros y Fernández-Cid de Temes en la línea más correcta antes referenciada. En la jurisprudencia menor, se sitúan en la tendencia de estas SSTS la SAP Teruel de 23 de noviembre de 1994, ponente: Sr. Hernández Alegre (Ar. Civ., 1994, marg. 1979) y la SAP Baleares de 20 de marzo de 1997, ponente: Sr. Rosselló Llaneras (Ar. Civ., 1997, marg. 612).

⁷⁹ DE LOS MOZOS, José Luis, comentario al artículo 1317, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo, Madrid, 1982², pp. 91-93; LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia*, ob. cit., p. 324, en la medida en que afirma que el artículo 1317 se aplica «sin que haya cuestión de fraude»; PASQUAU LIAÑO, ob. cit., p. 1025; HERRERO GARCÍA, ob. cit., p. 577; BELLO JANEIRO, ob. cit., pp. 620 ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, CCJC núm. 10, cit., *passim*, CCJC núm. 18, cit., pp. 5167-5170, CCJC, núm. 19, cit., *passim*, y «La mutabilidad», ob. cit., pp. 181-182; RAGEL SÁNCHEZ, «El acreedor», ob. cit., pp. 1674 ss., y *Protección del tercero*, ob. cit., pp. 211 ss.; BLASCO GASCÓ, ob. cit., pp. 616-618, aunque considera que en la mayoría de casos la inoponibilidad *ex* artículo 1317 del Código Civil «sólo podrá materializarse mediante un mecanismo que no podemos dejar de llamar, bien sea en un sentido amplísimo, resolutorio», lo que no parece que sea necesario cuando de lo único que se trata es de mantener la base patrimonial afecta a la responsabilidad y al poder de agresión de los acreedores a pesar del cambio de titularidad. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, pp. 179-180 y nota 51, si bien no dice que se excluyan, sí que considera que pueden utilizarse ambas si concurren los requisitos, además, de la pauliana, de modo que hay que deducir que los reputa medios de protección distintos.

⁸⁰ Juega en favor de esta interpretación el recurso al antecedente del Proyecto de Código Civil de 1851. Su artículo 1360 disponía lo siguiente: «[1]a separacion de bienes no

exclusivamente, en el carácter subsidiario de la pauliana. Por consiguiente, parece más coherente afirmar que la acción pauliana, tal como manifiestan los artículos 1295 y 1298 del Código Civil, tiene un auténtico carácter revocatorio y, por tanto, restitutorio, como todavía defienden algunos destacados autores⁸¹ Y la consecuencia que se deriva de ello no

perjudica los derechos adquiridos con anterioridad por los acreedores». Se observa, en primer lugar, que se prescinde de la noción de fraude, como explicita el propio García Goyena en sus comentarios. Y, ¿cuál es la consecuencia jurídica? «*La separación no perjudica*: se tendrá, pues, como no acaecida respecto de los acreedores, y estos podrán ejercitar sus derechos y acciones con toda seguridad. Pero su acción ha de limitarse á su derecho é interés: en todo lo demás surtirá sus efectos la sentencia de separación». Parece claro que el autor presenta con precisión lo que hoy llamamos inoponibilidad (GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, reimp. anastática, Barcelona, 1972, t. III, p. 353; en la edición al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código Civil vigente, Zaragoza, 1974, se ha omitido el trascendental «no» del inicio de la cita).

Otra muestra de la diferencia entre la acción pauliana y la inoponibilidad la constituye el artículo 1937 del Código Civil. Según este artículo, «[l]os acreedores, y cualquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario». La mayor parte de la doctrina ha convenido en que la previsión legal que contiene no conlleva un supuesto de acción pauliana y, en particular, RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., comentario al artículo 1937, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), t. XXV, vol. 1.º, Madrid, 1992, pp. 202-204, quien cree que se trata de un caso de ineficacia relativa (inoponibilidad, por lo que ahora interesa), señala precisamente como criterios diferenciadores los siguientes: la innecesidad de fraude (lo mismo Díez-Picazo, Luis, *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964, p. 75; y Puig Brutau, José, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, Barcelona, 1988, p. 101, que afirma en concreto: «el perjuicio [de los acreedores] es necesario; pero no lo es el fraude. Precisamente el valor del art. 1937 consiste en ser una derogación expresa del principio establecido en el art. 1111 del CC, al regular la acción pauliana»), la inexistencia de impugnación (también p. 210) porque la renuncia a la prescripción ganada es «válida» y, en consecuencia, que el ejercicio por parte de los acreedores de la prescripción ganada no se encuentra sometida a ningún plazo de caducidad (igualmente, Díez-Picazo, *ob. últ. cit.*, p. 76: «no está sometida a ningún plazo de caducidad, como en cambio lo estaría una impugnación por fraude de la renuncia»). Lo consideran de modo expreso inoponibilidad Álvarez Vigaray, *ob. cit.*, pp. 83 y 101, y Gullón Ballesteros, Antonio, comentario al artículo 6, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código civil, ob. cit.*, t. I, p. 35; por contra, Ragel Sánchez, *Protección del tercero, ob. cit.*, pp. 120-121, no cree que el artículo 1937 contenga un supuesto de inoponibilidad sino uno de acción revocatoria.

⁸¹ Díez-Picazo, *ob. cit.*, II, p. 740: «[l]a acción pauliana es en primera línea una acción rescisoria de los actos y negocios fraudulentos y, por consiguiente, determina una ineficacia del negocio impugnado. La ineficacia favorece al acreedor o acreedores impugnantes, si bien, una vez reintegrados los bienes en el patrimonio del deudor por virtud de la rescisión, los restantes acreedores no impugnantes podrán hacerlos objeto de agresión o embargo»; Badosa Coll, *Dret d'obligacions, ob. cit.*, p. 221; Castán-García Cantero, *ob. cit.*, pp. 336-337. Otros autores matizan que el reintegro en el patrimonio del deudor es a efectos ejecutivos, con el fin de que los acreedores puedan proceder contra los bienes (Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. I, Barcelona, 1988³, p. 339; Roca Sastre, Ramón María, y Roca-Sastre Muncunill, Luis, *Derecho hipotecario*, t. II, Barcelona, 1995⁸, p. 659); en definitiva, consideran que se trata de una ineficacia relativa, aunque hablen de reintegro, igual que Díez-Picazo, Sancho Rebullida o Lasarte Álvarez citados *supra*, nota 71. Mas, o estamos ante una auténtica ineficacia y se priva de efectos, ni que sea parcialmente al negocio, con lo que sí que hay reintegro, o se refieren a una forma de inoponibilidad, que no supone privación de efectos al negocio, y entonces tendría que remitirse a la crítica a este posicionamiento que he efectuado en el texto.

es meramente dogmática: la acción revocatoria comporta, además, la devolución de los frutos de la cosa objeto del negocio (art. 1295 del CC), lo que es improcedente cuando se trata de una simple inoponibilidad, por cuanto el adquirente es efectivamente propietario y no está sujeto a deber alguno de restitución, sino que simplemente debe soportar que dicha cosa permanezca al alcance del poder de agresión de los acreedores.

2. LA INOPONIBILIDAD A LOS ACREEDORES DEL DONANTE DE LA ENAJENACIÓN A TÍTULO GRATUITO

Si la acción pauliana conlleva la sanción de ineficacia del acto defraudatorio de los derechos de los acreedores y la restitución, ni que sea en la medida del perjuicio ocasionado, de los bienes enajenados al patrimonio del deudor transmitente, no se puede equiparar ni confundir con la inoponibilidad como mecanismo de protección de los acreedores frente a los actos de empobrecimiento patrimonial efectuados por sus deudores. Ya he indicado que el artículo 340.3 de la Compilación en ningún momento cuestiona ni la validez ni la eficacia de la donación, sino que se limita a constatar que tal donación no perjudicará a los acreedores, sin preocuparse o referirse a la noción de fraude ya sea para exigir su presencia o para presumirlo. La conclusión debe ser, por tanto, que la protección de los acreedores ante los actos a título gratuito de su deudor con la pretensión de disminuir su garantía patrimonial no tendrán que ser rescindidos por fraude aplicando el artículo 1291.3 del Código Civil⁸², sino que bastará con que sean declarados inoponibles. Así se han manifestado, igualmente, destacados autores⁸³. Debe de recordarse la comparación antes apuntada

Si acudimos al antecedente inmediato, el Proyecto de Código Civil de 1851, la solución a la que se llega es la misma, como se desprende de su artículo 1181: «[d]eclarada la rescisión debe el adquirente de las cosas enajenadas devolverlas con todos sus frutos y utilidades». En el comentario, GARCÍA GOYENA se remite al artículo 1172, que asienta idéntico principio para la «restitución de las personas sujetas á tutela ó curatela» (GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, t. III, pp. 192 y 186, respectivamente).

⁸² Sí, en cambio, que resultará aplicable el artículo 1291.3 y la normativa del Código Civil cuando se ejerza la acción pauliana frente a actos fraudulentos a título oneroso; lo manifestaba, antes de la promulgación de la Compilación, ROCA SASTRE, «L'acció pauliana», *ob. cit.*, p. 130, y ahora afirma lo mismo indica ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL, y ROCA TRÍAS, *Institucions, ob. cit.*, p. 175.

⁸³ PINTÓ RUIZ, «Los bienes», pp. 76, nota 6 [«el citado precepto 340 no establece que podrán revocarse, sino que simplemente dice “no perjudicarán (...)”, y por tanto, (...) el efecto de inoponibilidad ha de producirse automáticamente], 92, 94, 97, 108, 110-1, 131, 135, 141-2, y voz «Insinuación», p. 865; CASANOVAS MUSSONS, Anna, comentario al artículo 19 de la Compilación, en CASANOVAS MUSSONS; EGEA FERNÁNDEZ; GETE-ALONSO CALERA, y MIRABELL ABANCO (coordinadores), *Comentari a la modificació de la Compilació, ob. cit.*, p. 165: «la inoposabilitat de la “donació” en perjudici dels creditors del “donant” que resulta de l’art. 340.3 CDCC permetrà a aquests creditors dirigir-se contra els béns adquirits pel “donatari”»; BADOSA COLL, comentario al artículo 58 de la Compilación, *ob. cit.*, p. 356: «la inoposabilitat de l’acte que roman intacte és la regulació de l’art. 340.3 CDCC». Sin utilizar la denominación inoponibilidad, MAGARIÑOS BLANCO, *ob. cit.*, p. 110: «[e]n Cataluña, los acreedores, frente a los trasvases patrimoniales entre los cónyuges, ya sean reales o simulados, cuentan, además de los recursos generales de

entre el artículo 340.3 de la Compilación y los artículos 81 y 383 del Código de Sucesiones⁸⁴, que sí responden a la protección pauliana: en estos no sólo se exige para que prospere la acción el fraude, sino que se presentan legalmente como expedientes de impugnación y de reducción o supresión, respectivamente, esto es, como mecanismos destinados a destruir, ni que sea parcialmente, la eficacia del acto defraudatorio. Con esto no quiero decir que no sea posible el ejercicio de la acción pauliana frente a un acto a título gratuito; el artículo 340.3 no cierra esta posibilidad, pero sí que la hace inútil, por cuanto la protección que ofrece es más sencilla en cuanto a sus presupuestos, en la medida en que prescinde de toda idea de fraude; y es, por lo menos, igual de vigorosa, puesto que el acreedor, al no resultar afectado por un acto de enajenación cuyos efectos le resultan inoponibles, mantiene la misma garantía patrimonial *ex* artículo 1911 del Código Civil que antes de la realización de dicho acto⁸⁵.

las acciones Pauliana, subrogatoria y de simulación, con los siguientes específicos: El del artículo 340.3 de la Compilación, que les permite dirigirse directamente contra el bien donado, sin que pueda oponerse el donatario, para el cobro de créditos anteriores». Con todas las reservas, puede incluirse aquí a HERRERO GARCÍA, María José, «Los contratos onerosos entre cónyuges en la historia del Derecho catalán y en su vigente Compilación», *RDN*, abril-junio 1975, p. 338, cuando afirma: «los acreedores podrán tratar de defender sus créditos en base al artículo 340.3 de la Compilación. Esto no supone, en nuestra opinión, que el contrato (...) deje de producir sus efectos entre los cónyuges contratantes». Por su parte, PUIG SALELLAS, Josep Maria, comentario al artículo 11 de la Compilación, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo), t. XXVII-1, Madrid, 1981, p. 309, parece distinguir de manera implícita la acción pauliana y el remedio del artículo 340.3 del CDCC. En la jurisprudencia, la SAP Barcelona (Sección Decimoquinta) de 6 de abril de 1990 (*RJC, Jurisprudència*, 1990, pp. 658 ss.), ponente: Sr. Gimeno: «la Compilación no impone la nulidad de la donación incurrida en la previsión contenida en el artículo 340, sino que se limita a sancionar su ineficacia frente a los acreedores del donante [que] podrán excepcionar frente a la misma la concurrencia de los requisitos que les permiten permanecer inmunes a ella».

⁸⁴ Como ha convenido en reconocer la doctrina al calificar las acciones que se derivan de estos dos artículos de rescisorias: PUIG FERRIOL, Luis, comentario a los artículos 75 y 77 de la Compilación, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, (Dir. Manuel Albaladejo), t. XVII-2, Madrid, 1990², p. 264, donde se remite a las pp. 243-244 («debe seguirse el régimen de la rescisión de conformidad con lo establecido en los artículos 1111 y 1291, núm. 3, del Código Civil»); LÓPEZ BURNIOL, Juan José, comentario al artículo 81, en JOU MIRABENT, Lluís (coord.), *Comentarios al Código de sucesiones de Cataluña*, t. I, Barcelona, 1994, p. 371 («[s]e trata, a mi juicio, de una acción rescisoria que caduca a los cuatro años»); MARÍN SÁNCHEZ, José Alberto, comentario al artículo 383, *Comentarios al Código de sucesiones, ob. cit.*, t. II, pp. 1284-1285 («es preciso un *ánimus fraudandi* por parte del difunto-donante en el momento de otorgar la donación; (...) no basta con que objetivamente pueda acreditarse el perjuicio (obvio en toda donación), sino que es necesario probar ese elemento intencional. Se trata por tanto de una acción de carácter rescisorio basada en el fraude del derecho a la cuarta viudal»); BADOSA COLL, comentario al artículo 59 de la Compilación, *ob. cit.*, p. 356.

⁸⁵ Así se manifestaba, antes de la Compilación, ROCA SASTRE, «L'acció pauliana», *ob. cit.*, p. 140: «[n]o és que la constitució *per tolre fraudus* derogui el dret romà en aquest aspecte, perquè tot creditor pot utilitzar igualment l'acció Pauliana, però com que el Dret català proporciona un recurs més eficaç, breu i econòmic, per això en la pràctica pot considerar-se com a completament inútil l'acció Pauliana per a revocar donacions perjudicials». En el mismo sentido, PINTÓ RUIZ, «Los bienes puestos a nombre», *ob. cit.*, pp. 97-98, 108 (nota 73) y 141-142, y voz «Insinuación», *ob. cit.*, p. 861 y nota 24. Por contra, vigente la Compilación, el propio ROCA SASTRE, «La acción revocatoria», *ob. cit.*, identifica, como ya

Por este motivo, no es posible compartir ni el razonamiento ni el fallo de la SAP Barcelona (Sección Primera) de 3 de octubre de 1996⁸⁶, en la que, quizá a causa de un defectuoso planteamiento de la demanda, se concluye lo siguiente: «[e]ste conjunto de circunstancias permite concluir con visos de certidumbre (art. 1253 del CC) un ánimo defraudatorio en la donación, a lo que debe añadirse que los demandados tienen en su contra los artículos 643 y 1297 del Código Civil y 340.3 de la Compilación Catalana. En definitiva el recurso debe progresar en cuanto al ejercicio de la acción pauliana». Si se entiende literalmente, incluso puede parecer que el artículo 340.3 no sea sino un elemento que coadyuva al triunfo de la acción pauliana, puesto que se cita junto al artículo 643 del Código Civil que establece una presunción *-iuris et de iure-* de fraude. Por el contrario, el artículo 340.3 prescinde del fraude completamente, por lo que deviene innecesaria cualquier disquisición sobre su concurrencia. Además, como ya he repetido, no cabe ejercitar de forma conjunta la protección *ex* artículo 340.3 y la vía pauliana, porque los respectivos efectos no sólo son distintos, sino que son incompatibles: el artículo 340.3 deja incólume la eficacia del acto perjudicial, mientras que la acción pauliana lleva aparejada la sanción de ineficacia. Y es evidente que si no triunfa una demanda con fundamento en el artículo 340.3, tampoco lo hará una basada en la acción pauliana, puesto que no se habrá acreditado el perjuicio, presupuesto de ambos remedios. Por consiguiente, no es de recibo ni la alegación conjunta ni la aplicación simultánea: el artículo 340.3 de la Compilación, cuando se trata de actos a título gratuito, convierte en inviable el ejercicio simultáneo de la acción pauliana.

III. PRESUPUESTOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 340.3 DE LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

La protección que el artículo 340.3 de la Compilación ofrece a los acreedores no es genérica, sino que su actuación requiere la presencia de tres presupuestos, que simplifícadamente se acostumbra a agrupar de la siguiente manera:

- La existencia de un crédito contra el donante.
- La enajenación a título gratuito que efectúa el donante.
- El perjuicio que ocasiona a los acreedores.

sabemos, los dos remedios; en la misma línea, PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 72 ss., analizaban la «acción revocatoria por fraude de acreedores», cuando, insisto en ello, en ningún momento el fraude es elemento del artículo 340.3 de la Compilación. No obstante, en la práctica se observa una escasa predisposición a acudir al artículo 340.3, aunque los acreedores se ahorrarían la difícil prueba del fraude, como ocurre en la SAP Barcelona (Sección Primera) de 7 de enero de 1997, ponente: Sr. Bachs (*RJC, Jurisprudència*, 1997, pp. 383-385).

⁸⁶ *RJC, Jurisprudència*, 1997-I, pp. 96-98 (ponente Sr. Pereda).

A estos presupuestos, suele añadirse un requisito: la falta de otros medios con que hacer efectivo el cobro del crédito.

Sólo la presencia de estos presupuestos abre la vía del artículo 340.3; por lo tanto, los eventos que permiten obtener esta protección no son todos aquellos que pueden necesitar los acreedores y, obviamente, este artículo no puede aspirar a constituir un mecanismo eficiente frente a las modernas técnicas de ingeniería defraudatoria. En otras palabras: el Derecho catalán sólo regula un medio de protección frente a los actos perjudiciales para los acreedores de un carácter más rudimentario. Y como estos actos no son los más frecuentes o, al menos, los más importantes social y económicamente, los acreedores tendrán que buscar otras fórmulas fuera del ordenamiento jurídico-civil catalán.

1. LA EXISTENCIA DE UN CRÉDITO CONTRA EL DONANTE

Si el remedio del artículo 340.3 de la Compilación sirve para la protección de los acreedores, su puesta en funcionamiento requiere, como primer elemento, la existencia de un derecho de crédito contra el donante⁸⁷, que resultará perjudicado a consecuencia del acto de disposición a título gratuito que efectúa. No se puede considerar crédito existente aquel que está pendiente de declaración judicial en un procedimiento distinto⁸⁸. Tiene que tratarse, como resulta obvio y reconoce la doctrina⁸⁹, de un crédito válido y subsistente, porque de otro modo no se produciría perjuicio. Habría que matizar, sin embargo, que si el derecho de crédito tiene su fuente en un contrato anulable (por ejemplo, afectado por algún vicio de la voluntad), no debería haber inconveniente alguno para recurrir a la protección del artículo 340.3 de la Compilación, en tanto que es posible su convalidación, mientras, claro está, no se haga valer la anulabilidad.

En cuanto a la fuente del crédito, el artículo 340.3 intenta expresarse con la máxima generalidad: «hecho o acto del que nazca el crédito», en contraposición al Proyecto de Apéndice de 1930 (art. 238) o al Proyecto de Compilación de 1955 (art. 552) que sólo contemplaban el «contrato». Por consiguiente, no importa cuál haya sido la fuente del derecho de crédito: una obligación impuesta por la ley (por ejemplo, las obligaciones tributarias), una obligación nacida de un contrato o incluso de responsabilidad extracontractual⁹⁰.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña de 11 de diciembre de 1936, *Atès* segundo: «no és aplicable la dita llei [la constitució *Per tolre frauds*], sinó quan existeix un crèdit»; ROCA SASTRE, «La acció revocatoria», *ob. cit.*, p. 12; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 83; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 815; ROCA TRÍAS en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Institucions*, *ob. cit.*, p. 175.

⁸⁸ Así lo ha señalado la STS de 15 de noviembre de 1995 (RAJ 9203, ponente: Sr. Fernández-Cid de Temes) con carácter general en relación al ejercicio de la acción pauliana, solución que puede ser aceptada para el artículo 340.3 de la Compilación.

⁸⁹ ROCA SASTRE, «La acción revocatoria», *ob. cit.*, p. 12; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 815.

⁹⁰ EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 816.

Una cuestión debatida es la aplicabilidad del artículo 340.3 al caso de créditos sometidos a condición y plazo. Roca Sastre⁹¹ defendía una respuesta afirmativa, tanto si se trataba de condiciones o de términos suspensivos o resolutorios; Puig Ferriol y Roca Trías⁹² sólo se manifiestan expresamente por su admisión en caso de ser resolutorios. Hay que coincidir con la opinión de estos dos autores porque, en efecto, tratándose de término o condición resolutorios, el crédito es perfectamente existente y exigible mientras no llegue el plazo o no se cumpla la condición, por lo que deviene susceptible de un posible perjuicio, por cuanto el acreedor puede demandar el pago del crédito y, si tiene lugar, tal pago es eficaz y extintivo. En relación al término suspensivo, habría que distinguir, siguiendo a Badosa Coll⁹³, según se trate de un término inicial de ejercicio o de eficacia. Si el término es de ejercicio, el tema que se plantea es simplemente de exigibilidad de un crédito ya existente, por lo que debe ser pertinente el recurso al artículo 340.3; si, por contra, el término es de eficacia, o nos hallamos ante una condición suspensiva, en ambos casos «l'obligació encara no existeix i, per tant, no hi ha prestació jurídicament deguda i no pot ésser complida» (art. 1121,2). Por lo tanto, hay que concluir que la condición suspensiva y el término inicial de eficacia impiden acogerse al artículo 340.3 de la Compilación, porque el crédito aún no existe, con lo que no puede resultar perjudicado, y en todo caso habrá que acudir a otras vías (por ejemplo, al art. 1121.1 del CC); en cambio, cuando el problema es de exigibilidad, como en el término inicial de ejercicio, o si el plazo y la condición son resolutorios, la existencia efectiva del crédito⁹⁴ faculta a los acreedores a refugiarse en aquel artículo de la Compilación.

Otro tema que se plantea es el de la anterioridad del crédito a la enajenación a título gratuito. En principio, parece que ésta sólo puede perjudicar a los acreedores si su crédito ya había nacido y que, por ello, la donación afectada por el artículo 340.3 es la posterior al nacimiento del crédito, mientras que nada impide realizar donaciones y despatrimonializarse con anterioridad, ya que no existiría motivo alguno para limitar la libre disposición de los bienes. En este sentido, el artículo es claro cuando establece que no perjudicarán a los acreedores del donante «las donaciones que este otorgue *con posterioridad a la fecha del hecho o acto del que*

⁹¹ ROCA SASTRE, «La acción revocatoria», *ob. cit.*, p. 12, rechazando la opinión de DE CASTRO, «La acción pauliana», *ob. cit.*, p. 211, quien, refiriéndose a la pauliana, negaba que fuera procedente en caso de condición suspensiva. EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 815, nota 40, se limita a recoger la discrepancia entre estos autores.

⁹² PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, pp. 83 y 84; en cuanto a los suspensivos, se remiten a las opiniones contrapuestas de Roca Sastre y De Castro.

⁹³ BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, *ob. cit.*, pp. 95 ss.

⁹⁴ La jurisprudencia del TS ha considerado que la existencia del crédito, aunque no sea exigible, es suficiente para el ejercicio de la acción pauliana; así, la Sentencia de 5 de mayo de 1997 (RAJ 3670, ponente: Sr. Albácar López): «no exigiéndose para la acción rescisoria por fraude de acreedores que el crédito anterior fuese exigible bastando su existencia para que pueda ser objeto de fraudulento impago».

nazca el crédito de aquellos». Sin embargo, en la tradición jurídica catalana se observa un pequeño matiz, probablemente como consecuencia de la necesidad de permitir la toma de conocimiento de los registros de donaciones practicados; así, la constitución *per tolre fraus* establecía que no perjudicaban «sino seran continuadas tals donacions *deu dies ans del prescric, o contracte*», de modo que devenían inoponibles las otorgadas y no registradas diez días antes del nacimiento del crédito. Como ya sabemos, este plazo de diez días se mantiene en la *Memoria* de Durán y Bas (art. CCXXXVIII), que conservaba la insinuación –registración–, así como en el Proyecto de Apéndice de 1930 (art. 238) y en el Proyecto de Compilación de 1955 (versión oficial)⁹⁵, que prescinden de ella.

De estos precedentes y, sobre todo, de la noción esencial de perjuicio, hay que llegar a la conclusión de que la posterioridad a que se refiere expresamente el artículo 340.3 de la Compilación no tiene que ser interpretada de modo literal y estricto. El centro de gravedad debe de descansar en la evitación del perjuicio de los acreedores, de modo que, esto sí, excepcionalmente, podrán resultar objeto del artículo 340.3 donaciones otorgadas con anterioridad al nacimiento del crédito pero estrechamente vinculadas a este y a su perjuicio. No se plantea cuestión cuando se trata de donaciones otorgadas mientras el crédito, ya existente, es inexigible, como en el caso resuelto por la SAP Lleida de 22 de febrero de 1995⁹⁶. Pero es que incluso cabe admitir la posibilidad de que se trate de créditos todavía no nacidos si, a pesar de nacer con posterioridad al acto de enajenación, se consigue acreditar la relación de causalidad en cuanto al perjuicio entre aquel concreto acto y el crédito futuro⁹⁷. Por lo tanto, el crédito

⁹⁵ Cfr. *supra* I.3. Por lo que concierne a la previsión de los diez días de antelación, FALGUERA, *Apuntes, ob. cit.*, p. 186; ELÍAS, *Derecho civil, ob. cit.*, art. 4731; ELÍAS y FERRATER, *ob. cit.*, art. 1524; BROCA y AMELL, *ob. cit.*, p. 245; PELLA y FORGAS, *ob. cit.*, p. 21; BORRELL Y SOLER, *ob. cit.*, t. 3, p. 323.

⁹⁶ El demandado había suscrito un contrato de financiación de un camión por un importe superior a diecisiete millones de pesetas en 1989. Después de impagar diversas cuotas, se celebró un nuevo contrato el día 31 de enero de 1992, avalado por la esposa del demandado, en que se acordó una carencia en el pago de nueve meses. En abril de 1992 la avalista donó hasta cinco fincas. La sentencia considera que «aparece debidamente demostrado que los demandados crearon una insolvencia para satisfacer sus créditos, que aunque como dicen no eran exigibles cuando realizaron la operación, existían desde el momento en que firmaron el contrato no teniendo bienes con que responder a la deuda». Lo mismo vale para la acción pauliana: STS 5 de mayo de 1997, ponente: Sr. Albácar López (RAJ 3670).

De manera específica, y en idéntico sentido, sobre nacimiento, exigibilidad del crédito y fraude de acreedores en caso de disolución de *sociedad de gananciales*, GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, «Fraude de acreedores consorciales. Exigibilidad del crédito y oponibilidad de las capitulaciones (Crítica de la Sentencia de 6 de diciembre de 1989)», *Act. Civ.*, 1991, pp. 223-230.

⁹⁷ Así lo aceptan, ya sea en relación a la acción pauliana o a la inoponibilidad *ex artículo 1317 del Código Civil*, con identidad de razón respecto del artículo 340.3 de la Compilación LOHMANN LUCA DE TENA, *ob. cit.*, pp. 496-497; PASQUAU LIAÑO, *ob. cit.*, pp. 1026-1028; ALBALADEJO, comentario al artículo 1111, *ob. cit.*, pp. 979-980; MORENO QUESADA, *ob. cit.*, pp. 126-127; ORDUÑA MORENO, *ob. cit.*, pp. 94-105; SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, p. 249; BELLO JANEIRO, *ob. cit.*, pp. 606-609; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, p. 1264; DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, p. 249; CRISTÓBAL MONTES, *ob. cit.*, pp. 88-93. En

que fundamente el ejercicio de la protección *ex* artículo 340.3 de la Compilación no puede ser totalmente posterior y desvinculado del acto de enajenación a título gratuito.

Para determinar la anterioridad del crédito —cuestión distinta de la fijación del *dies a quo* del cómputo del plazo de ejercicio de la acción, tema del que me ocuparé con posterioridad—, deben aplicarse las reglas generales en materia de prueba tanto por lo que concierne a la fecha de su nacimiento como a la fecha de la realización del acto de enajenación, según consten en documento público (art. 1218 del CC) o en documento privado (art. 1227 del CC). La carga probatoria corresponde a quien alegue la anterioridad, ya sea el acreedor en cuanto a su crédito para que prospere la declaración de inoponibilidad, ya sea el donante en cuanto a la donación realizada a efectos de negar el perjuicio del acreedor.

2. EL ACTO DE ENAJENACIÓN A TÍTULO GRATUITO

El artículo 340.3 de la Compilación sólo contempla como acto perjudicial contra el que debe de reaccionarse la «donación», además de que quien perjudica los créditos es, también de modo expreso, el «donante». Se sigue, por consiguiente, la línea de la constitución *Per tolre fraudis*, que igualmente sólo se refería a las «donations». Pronto, sin embargo, la doctrina catalana ya había superado la literalidad del texto legal, y así Cáncer⁹⁸ consideró que alcanzaba a la condonación de deudas, opinión aplaudida por la doctrina catalana hasta la actualidad⁹⁹. Es por esto que se hace referencia a un acto de enajenación o de disposición a título gratuito de una manera más genérica, rechazando que la protección de los acreedores se predique de modo exclusivo de las donaciones¹⁰⁰. Los supuestos de donaciones excluidos del ámbito de aplicación de la constitución

contra, ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 15, nota 35, donde tras hacer referencia a esta posibilidad de perjuicio de una obligación futura, afirma: «[e]sto constituye una modalidad de la acción revocatoria, no comprendida en dicho artículo 340.3, de la Compilación ni en el Código Civil»; y LINARES GIL, *ob. cit.*, p. 62: «[n]o acoge la Compilación catalana a todos los acreedores sino tan sólo a los anteriores al otorgamiento de la donación. Las palabras de la ley obligan a excluir créditos posteriores aunque la donación se verifique con propósito de defraudar su crédito». De todos modos, la prueba del nexo de causalidad aislada puede resultar ciertamente difícil, ya que probablemente deberá demostrarse que el fin de la enajenación era causar el perjuicio del crédito futuro, con lo que se cae en el ámbito del fraude y, por lo tanto, de la acción pauliana.

⁹⁸ CANCERUS, *ob. cit.*, I, 8, 4: «[u]trum autem in liberatione, sive remissione debiti ex causa donationis requiratur insinuationis (...), in dubium solet controverti: Veritas est, quod idem iudicatur de dicta remissione quod de donatione; cum remittere & donare paria sunt».

⁹⁹ GIBERT, *ob. cit.*, p. 102; VIVES Y CEBRIÁ, *ob. cit.*, p. 816; BROCA Y AMELL, *ob. cit.*, p. 245; PUIG FERRIOL Y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 84; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 816.

¹⁰⁰ ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 13; PUIG FERRIOL Y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 85; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 816; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL Y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, *ob. cit.*, p. 176. Recuérdese el amplio concepto de enajenación acogido en la tradición jurídica catalana (*supra*, nota 8).

Per tolre fraus, a causa de la aplicación supletoria del Derecho romano, así como las otorgadas en capitulaciones matrimoniales, que la misma constitución excluía, carecen de fundamento en el Derecho vigente, por cuanto la generalidad con que se expresa el artículo 340.3 impide que permanezcan fuera de su radio de acción¹⁰¹. Por contra, las donaciones *mortis causa* no dan lugar al recurso a la protección contenida en aquel artículo, porque la firmeza definitiva de la donación y la transmisión de la propiedad de la cosa donada con carácter también definitivo no se produce más que con la muerte del donante sin que se haya producido ninguna de las circunstancias del artículo 396 del Código de Sucesiones (art. 395.2 de este Código), por lo que no puede perjudicar a los acreedores del donante al no modificar la composición del patrimonio de garantía de sus créditos¹⁰².

Cuestión diferente es si son objeto de protección por la vía del artículo 340.3 de la Compilación las renunciaciones que efectúe el deudor. La verdadera renuncia es la renuncia abdicativa¹⁰³, que supone la salida de un elemento del patrimonio del deudor. A tal posibilidad me acabo de referir cuando he indicado que la protección que ofrece la Compilación se extiende a cualquier acto dispositivo a título gratuito: en la medida en que

¹⁰¹ Una enumeración de estas donaciones que no requerían insinuación, en GIBERT, *ob. cit.*, p. 101; ELÍAS, *ob. cit.*, art. 4707; ELÍAS y FERRATER, *ob. cit.*, art. 1507; BROCÁ y AMELL, *ob. cit.*, p. 245; MEIX, *ob. cit.*, comentario al artículo 237, p. 309; BORRELL Y SOLER, *ob. cit.*, pp. 321-322. La exclusión de las donaciones otorgadas en capítulos matrimoniales que hacía la constitución *per tolre fraus* («Empero no sien entesas en la present, donacions ques fan per contemplatio de Matrimoni, continuadas en los Capitols Matrimoniales, si aquell sortira son effecte»), aún presente en el artículo CCXXXVII de la *Memoria* de Durán y Bas, no se incorporó a la Compilación, tal como lo destacan ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 13, y PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 85.

¹⁰² El argumento lo obtengo de CASANOVAS MUSSONS, Anna, «Les donacions per causa de mort: la seva regulació en el Títol VI del Codi de Successions», *Setenes Jornades de dret català a Tossa*, Barcelona, 1994, p. 198. Hay que tener en cuenta, además, que el artículo 392 del Código de Sucesiones establece que son aplicables a estas donaciones las normas de los legados relativas al «dret preferent dels creditors hereditaris per al cobrament dels seus crèdits». Consideran igualmente no aplicable el artículo 340.3 PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 85; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 819; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones, ob. cit.*, p. 176. Por otra parte, la donación *mortis causa* constituía uno de los casos de donación exceptuada de la necesidad de insinuación por FALGUERA, nota ii a GIBERT, *ob. cit.*, p. 101, y BORRELL Y SOLER, *ob. cit.*, t. 3, p. 322.

¹⁰³ Para cuanto sigue sobre la renuncia, HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso, en ENNECERUS, Ludwig, *Derecho civil (Parte general). Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey. Traducción de la 39.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer. Tercera edición al cuidado de Alfonso Hernández Moreno y María del Carmen Gete-Alonso, vol. 2.º, primera parte*, Barcelona, 1981, pp. 48-50; A. M. LÓPEZ, en A. LÓPEZ, y V. L. MONTÉS (coords.), *Derecho civil. Parte General*, Valencia, 1992, pp. 384 ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, comentario al artículo 6.2, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dirs. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), t. I, vol. 1.º, Madrid, 1992², pp. 748-750; GETE-ALONSO, María del Carmen, en PUIG I FERRIOL, Lluís; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, y HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, *Manual de Derecho civil I*, Madrid, 1995, pp. 432-433.

provocan un perjuicio al alterar la composición patrimonial de la garantía universal de que gozan los acreedores, las renunciaciones abdicativas permiten la aplicación del artículo 340.3. Por contra, hay que llegar a una conclusión distinta cuando se trata de las llamadas renunciaciones preventivas, esto es, cuando se evita voluntariamente la adquisición de un derecho. En este caso, nuestro artículo no proporciona una protección adecuada, puesto que la inoponibilidad del acto de renuncia no es suficiente para satisfacer el interés de los acreedores. Ello se aprecia cuando se recurre a uno de los ejemplos típicos de este tipo de renuncia: la repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores. La doctrina ha rechazado la aplicación al caso del artículo 340.3 de la Compilación a causa de la existencia de un remedio específico, el artículo 1001 del Código Civil o, ahora, el artículo 23 del Código de Sucesiones¹⁰⁴. Sin embargo, para defender la solución basada en la inoponibilidad, puede argumentarse que la repudiación es respecto del deudor completamente eficaz, por cuanto si una vez cobrados los acreedores queda un remanente, este no será jamás adquirido por el deudor-repudiante¹⁰⁵. En realidad, lo que sucede es que la aplicación del artículo 340.3 no supondría más que la inoponibilidad de la repudiación, lo que comportaría que, para los acreedores, al permanecer inmunes a los efectos de dicha repudiación, el deudor continuará siendo titular del *ius delationis*, pero no puede dispensar a los acreedores el efecto que realmente les interesa, que no es otro que la aceptación de la herencia: sólo la aceptación de la herencia supondrá la adquisición por parte del deudor de una masa de bienes con que poder hacer frente a los créditos, mientras que la inmunidad de los acreedores a los efectos de la repudiación no la constituye la aceptación de la herencia, sino la pervivencia del *ius delationis*. Por este motivo, el artículo 23 del Código de Sucesiones se refiere a la aceptación «en nombre y en lugar del renunciante», porque sólo la aceptación provoca la adquisición de los bienes hereditarios en cuestión y, por lo tanto, la posibilidad de la satisfacción de los acreedores, lo que

¹⁰⁴ ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 13; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 85; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 816; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, *ob. cit.*, p. 176. En cambio, estos autores excluyen del ámbito del artículo 340.3 de la Compilación la renuncia a la prescripción ganada, por existir la vía específica del artículo 1937 del Código Civil, pero ya se ha destacado como el principio de protección que definen ambos preceptos consiste en la inoponibilidad (*supra*, nota 80). Para reforzar su defensa de la inaplicabilidad del artículo 340.3 a la repudiación de la herencia, invocan la tradición jurídica y en ella, en efecto, en relación a este tema, afirmó FONTANELLA, *ob. cit.*, claus. IV, glos. IX, p. V, núm. 117: «docemus tunc censerí aliquid factum in fraudem creditorum (...) quando per illum diminuímus de patrimonio nostro, non quando (...) nolle lucrari».

¹⁰⁵ MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, Emilio, comentario al artículo 23, en *Comentarios al Código de Sucesiones*, *ob. cit.*, I, p. 76. Lo mismo vale para el artículo 1001 del Código Civil: O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, comentario al artículo 1001, en *Comentario del Código Civil*, *ob. cit.*, p. 2372; VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosa, en CAPILLA, F. y otros (coord.), *Derecho de sucesiones*, Valencia, 1992, p. 540; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho civil V. Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1993⁵, p. 83; DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, IV, Madrid, 1997⁷, p. 544.

pone de manifiesto la insuficiencia de una protección basada únicamente en la inoponibilidad ¹⁰⁶.

Ya que el funcionamiento del artículo 340.3 de la Compilación tiene como fundamento la noción de perjuicio, no darán lugar a su aplicación las liberalidades de uso (arts. 55.b del Código de Familia y 79.2 del Código de Sucesiones) o regalos de costumbre (art. 355.2 del Código de Sucesiones), en atención a su escasa cuantía. Además, la solución se desprende de estos mismos artículos: si no se contabilizan a los efectos de determinar las ganancias en el régimen económico de participación, no son obstáculo a la privación de la facultad de disponer de los bienes objeto de heredamiento simple ni son tenidos en cuenta en la computación legitimaria, no se observa ninguna razón, por su irrelevancia económica, que abogue porque sean objeto de la protección a los acreedores ¹⁰⁷.

La aplicabilidad del artículo 340.3 resulta, por otra parte, favorecida en algunos supuestos legales, concretamente en aquellos en que se contienen presunciones de donación. Así, cuando los cónyuges no consiguen demostrar el carácter oneroso del negocio que han celebrado, el negocio se reputará gratuito (art. 11 del Código de Familia); la declaración de concurso o de quiebra de uno de los cónyuges provoca que los negocios onerosos realizados durante el año anterior a la declaración o a la fecha de retroacción se presuman gratuitos (art. 12 del Código de Familia); o la presunción de la donación de la contraprestación del artículo 39 del Código de Familia. En todos ellos, si no se logra enervar la presunción de donación, deviene aplicable el artículo 340.3 ¹⁰⁸. Lo mismo que si se declara judicialmente la simulación de una donación bajo la apariencia de un negocio a título oneroso.

3. EL PERJUICIO DEL ACREEDOR

El tercer presupuesto consiste en que el acto de disposición a título gratuito perjudique al acreedor. El perjuicio constituye el elemento nuclear alrededor del cual se articula la protección del artículo 340.3 de

¹⁰⁶ Como gráficamente sostiene BADOSA COLL, *Dret d'obligacions, ob. cit.*, p. 212, y salvando por ahora la referencia a la ineficacia, «[s]ense la subrogació dels creditors en la facultat d'acceptar l'herència deferida al seu deutor, serà inútil la ineficàcia de la seva repudiació».

¹⁰⁷ En el mismo sentido, ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 14; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 85; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 817; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones, ob. cit.*, p. 176.

¹⁰⁸ PINTÓ RUIZ, «Los bienes», *ob. cit.*, p. 115; HERRERO GARCÍA, «Los contratos», *ob. cit.*, p. 338, nota 231; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos, ob. cit.*, p. 79; PUIG SALELLAS, *ob. cit.*, p. 309; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 320-321; YSÀS SOLANES, María, comentario a los arts. 12 y 23 de la Compilación, en *Comentaris a les reformes del dret civil català, ob. cit.*, pp. 268 y 327; CASANOVAS MUSSONS, comentario al artículo 18 de la Compilación, *ob. cit.*, pp. 165 y 169; NAVAS NAVARRO, «La norma protectora», *ob. cit.*, p. 1604, «Contratación», *ob. cit.*, p. 5 y nota 28, y *El régimen, ob. cit.*, p. 97; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones, ob. cit.*, p. 650.

la Compilación, una vez que se prescinde de la noción de fraude¹⁰⁹. El perjuicio del acreedor o *eventus damni* viene determinado por la disminución o la desaparición de la garantía patrimonial de la responsabilidad del deudor. En palabras de Roca Sastre, «que la donación origine o agrave la insolvencia del donante deudor»¹¹⁰. El perjuicio lo propicia la alteración en la composición del patrimonio: la salida de bienes sin la correspondiente contraprestación conlleva un empobrecimiento, una insuficiencia patrimonial que provoca que los créditos resulten incobrables, como indica el propio artículo 340.3 («que carezcan de otros recursos legales para su cobro»), ya que el patrimonio del deudor –sus bienes presentes y futuros– constituyen la garantía última de la efectividad de los créditos (arts. 1911 del CC y 34.1 del Código de Sucesiones). Así ha definido Badosa Coll el perjuicio derivado de los actos dispositivos del deudor: «la *disminució de la solvència executable* del deutor per sota del nivell de cobertura dels deutes, que dóna lloc a la *incobrabilitat dels crèdits contra ell*»¹¹¹. En definitiva, se trata de que mengüe la solvencia del deudor o que devenga insolvente¹¹², sin que, no obstante, sea necesaria la carencia de bienes para satisfacer todas las deudas¹¹³. Ni se exige una insolvencia declarada –es decir, no estamos frente a procedimientos concursales–, ni hace falta que resulten incobrables todos los créditos, bastando con el perjuicio de algunos acreedores o del acreedor único¹¹⁴. El perjuicio se mide en relación a la solvencia del deudor

¹⁰⁹ Según CONDOMINES VALLS y FAUS ESTEVE, *ob. cit.*, pp. 363-364, con el artículo 340.3 «[s]e pretende sustituir el sistema romano subjetivo del fraude *ex consilio* por el sistema objetivo del fraude *in re*, o sea, prescindir de la intención o propósito de perjudicar, para fijarse solamente en el perjuicio sufrido por los acreedores, sea cual fuere la causa, resolviendo el conflicto entre los acreedores y el donatario, a favor del *damno* y no del «lucro», haciendo siempre prevalente el interés de aquéllos» (compárese el razonamiento con la enmienda 81 al *Proyecto de Ley* de Compilación transcrito en la nota 50). En el mismo sentido, ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 11, hablará de un «fraude inherente al resultado. Por esta razón la ley, en estas circunstancias, correctamente sólo atiende al resultado (*“ut solus consideretur eventus”*)».

¹¹⁰ ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 14.

¹¹¹ BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, *ob. cit.*, p. 213; más extensamente, pp. 214-216. En su comentario al artículo 59 de la Compilación, *ob. cit.*, p. 355, insiste en que «[e]l perjudici econòmic d'un dret de crèdit és la insolvència del deutor que inutilitza la garantia patrimonial universal del deutor» (art. 34.1 CS).

¹¹² Entendiendo por insolvencia «la alteración del estado patrimonial del deudor consistente en una merma o disminución significativa de la garantía patrimonial» que provoca una lesión o perjuicio del derecho de crédito (ORDUÑA MORENO, *La insolvencia*, *ob. cit.*, pp. 51, 111, 148, 178-180, 204, 209 o 278).

¹¹³ Así lo reconoce la ya citada SAP Lleida de 22 de febrero de 1995, aunque con una redacción perfeccionable: «la acción rescisoria (se refiere, claro está, al art. 340.3 de la Compilación) no se fundamenta en que los bienes deban cubrir la totalidad de la deuda».

¹¹⁴ Que no hace falta la previa declaración de insolvencia lo afirma también en relación al artículo 340.3 LINARES GIL, *ob. cit.*, p. 63. En un sentido similar al del texto, y en referencia a la pérdida del beneficio del plazo, MONTÉS PENADÉS, Vicente-Luis, comentario al artículo 1129, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo), t. XV, vol. 2, Madrid, 1981, pp. 130-133. En relación a la acción pauliana, LLEBARÍA SAMPER, Sergio, «Insolvencia civil, “par conditio creditorum” y rescisión de hipoteca. Comentario a la STS de 28 de marzo de 1988», *La Ley*, 1989-3, pp. 921 ss.; MORENO QUESADA, *ob. cit.*, p. 136; ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria*, *ob. cit.*, p. 161;

en el momento del nacimiento de la deuda, por lo que cada acreedor tiene su propio nivel de solvencia; téngase presente que el remedio protector del artículo 340.3 es individual y no colectivo.

El artículo 340.3, como ya he dicho, sólo contempla los actos del deudor de carácter gratuito. Como manifestaron en la tradición jurídica catalana Oliba¹¹⁵ y Fontanella¹¹⁶, el perjuicio es inherente a los actos gratuitos¹¹⁷, por cuanto suponen una pérdida patrimonial sin contraprestación que mantenga la capacidad de pago de las deudas. Cabe invocar el principio *nemo liberalis nisi liberatus* o afirmar que la donación tiene una causa de adquisición insuficiente para justificar el perjuicio del acreedor¹¹⁸.

Sin embargo, y a pesar de que en principio todo acto a título gratuito es perjudicial por naturaleza, porque implica una despatrimonialización y favorece o determina la incobrabilidad de los créditos, hace falta que exista lo que se ha descrito como un nexo de causalidad entre la donación y el efectivo y concreto perjuicio sufrido por el acreedor. En efecto, el cometido del artículo 340.3 de la Compilación es evitar el perjuicio del acreedor, razón por la que aquel acto gratuito debe haber causado el perjuicio. Si la donación no afecta la garantía patrimonial, porque el deudor conserva bienes suficientes para satisfacer a sus acreedores, no resultará afectada por el artículo 340.3, aunque después los créditos devengan incobrables por otros motivos. Y a la inversa, si la donación ocasionó un perjuicio pero en el momento del pago de los créditos el deudor ha recuperado la solvencia, es obvio que tampoco será de aplicación el artículo 340.3, ya que entonces faltará el presupuesto del perjuicio¹¹⁹. En cuanto a los problemas de prueba, y teniendo en cuenta lo que diré en el próximo epígra-

SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, p. 252; GIL RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 337; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 216-217; CRISTÓBAL MONTES, *ob. cit.*, p. 73.

¹¹⁵ OLIBANUS, *ob. cit.*, § *si quis in fraudem*, núm. 7: «nam si alienatio sit facta titulo lucrativo, sufficit debitoris fraus, & sufficit re & eventu fraudatum creditorum».

¹¹⁶ FONTANELLA, *ob. cit.*, claus. IV. gl. IX, pars V, núm. 104: «in causis lucrativis (...) sufficit fraudem adesse re, effectu & eventu, quamvis non adsit consilium, & propositum fraudandi».

¹¹⁷ EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 819; BADOSA COLL, comentario al artículo 59 de la Compilación, *ob. cit.*, p. 355; NAVAS NAVARRO, *El régimen*, *ob. cit.*, p. 61; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, *ob. cit.*, p. 174.

¹¹⁸ ROCA SASTRE, «L'acció pauliana», *ob. cit.*, p. 137, y EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 815, respectivamente. Véase, también, ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *ob. cit.*, p. 174.

¹¹⁹ La necesidad de un nexo de causalidad —con esta misma expresión— la formuló ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 14, y ha sido aceptada con generalidad: PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 86; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 819-820; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, *ob. cit.*, p. 176. Pero ya antes la jurisprudencia se había manifestado en esta dirección: así, las SsTS de 31 de enero de 1861, 29 de septiembre de 1865, 29 de diciembre de 1870, 7 de abril de 1916 y 13 de mayo de 1952 (citadas *supra* notas 30, 39 y 45 cuando he abordado los problemas de interpretación derivados de si la constitución *Per tolre fraus* había suprimido la insinuación de Derecho romano, sentencias que negaron la aplicación de la constitución por falta de perjuicio) y la Sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña de 11 de diciembre de 1936 [Atès séptimo: «no havent esdevingut insolvent la senyora C. i B. (...) no pogué perjudicar el creditor»]. Hay que tener en cuenta, por otro lado, la ponderación de intereses que presupone el expediente de la inoponibilidad entre la validez del acto de disposición a

fe, debe señalarse ahora que al acreedor le corresponde acreditar la existencia del acto de disposición a título gratuito y el perjuicio que le ha ocasionado, mientras que el donante o el donatario tendrán que romper, en su caso, el nexo de causalidad ¹²⁰.

Definido como la disminución de la garantía patrimonial que provoca o aumenta la incobrabilidad de los créditos, no existirá perjuicio si los créditos continúan siendo cobrables a pesar del acto de disposición gratuito. Una situación como ésta es posible si los créditos gozan de algún tipo de garantía, tanto si se trata de una garantía de tipo personal –aval, fianza– como real, y siempre que la garantía sea suficiente para la realización efectiva de los créditos ¹²¹. Igualmente, si se trata de una deuda solidaria, la existencia del perjuicio dependerá de la solvencia o insolvencia del resto de deudores solidarios, de modo que el recurso al artículo 340.3 de la Compilación no vendrá determinado, entonces, sólo por la disminución de la garantía patrimonial derivada de la realización de un acto de disposición a título gratuito, sino también por la situación de solvencia de los codeudores, por más que en tal caso la prueba, como se verá a continuación, no deberá de ser tan exigente ¹²².

título gratuito y la evitación del perjuicio del acreedor, tema que será objeto de mayor atención *infra*, IV.2.

¹²⁰ ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 14, consideraba que la «prueba del *eventus damni* compete al propio acreedor al ejercitar la acción». A este respecto, ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Institucions*, *ob. cit.*, p. 174, a partir de la consideración de que «l'art. 340.3 es fixa únicament en el perjudici», concluye que «se supera la presunción de frau que apareix en l'art. 1297 CC i es passa a una presumpció de perjudici, de manera que tot acte gratuït del deutor, posterior, evidentment, al crèdit, perjudicarà el creditor». No obstante, no es tan claro que se articule una verdadera presunción, ya que la actividad del donante o del donatario no ha de dirigirse a negar el carácter perjudicial del acto, porque tal carácter, como ya he indicado, es inherente a los actos gratuitos, sino que tiene que consistir en desvirtuar dicho nexo de causalidad.

¹²¹ ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 16; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 87; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 820; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Institucions*, *ob. cit.*, p. 176. En este sentido, ha afirmado ORDUÑA MORENO, *La insolvencia*, *ob. cit.*, p. 121, que «la garantía de la obligación excluye la constatación de la insolvencia como lesión del derecho de crédito» (también p. 122, nota 123).

¹²² Entiendo que la existencia de codeudores solidarios (uno de los «otros recursos» para cobrar a que se refiere el inciso final del art. 340.3) constituye tema de perjuicio del acreedor y no de subsidiariedad del remedio protector, aunque ambos aspectos se encuentren estrechamente vinculados [para la acción pauliana, DE CASTRO, «La acción pauliana», *ob. cit.*, p. 214: «[p]ara que el acreedor pueda hacer uso de la acción revocatoria, se necesita que se dé esta situación: falta de cumplimiento (por parte del deudor, de un tercero o por un hecho), e imposibilidad de pedir, con éxito, el cumplimiento forzoso por el procedimiento ejecutivo (sobre los bienes del deudor [insolvencia] o sobre los de su fiador, codeudor solidario o sobre garantías reales»; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 1268-1269, donde hace referencia a la «correlación que ha de existir entre la "insolvencia del deudor" (perjuicio del acreedor) y el "carácter subsidiario de la acción"»]. El tema es de relativa actualidad a raíz de la STS de 3 de octubre de 1995 y los comentarios que le han dedicado MARTÍN PÉREZ en *CCJC* y FERNÁNDEZ CAMPOS en *La Ley*, antes citados (notas 62 y 64). Mientras este último autor, destacando agudamente la contradicción en que incurre la sentencia, afirma que «la solvencia de éstos [los codeudores solidarios] no es irrelevante a los efectos del éxito de la acción pauliana» (p. 1452), MARTÍN PÉREZ intenta aportar argumentos «para defender el ejercicio de la rescisión contra un codeudor solidario con independencia de la solvencia del resto» (p. 175). Personalmente, creo que la clave de la cuestión

4. LA SUBSIDIARIEDAD DEL REMEDIO PROTECTOR DEL ARTÍCULO 340.3 DE LA COMPILACIÓN

El artículo 340.3 de la Compilación finaliza con el inciso «siempre que carezcan de otros recursos legales para su cobro». Constituye opinión común que con esta prevención se hace referencia al carácter subsidiario de la protección que este artículo ofrece a los acreedores, quienes sólo podrán acudir a él una vez agotada toda otra posible vía de satisfacción de sus créditos¹²³. Del mismo modo, se advierte que la subsidiariedad representa una novedad de la Compilación, por cuanto tal característica era ausente del sistema derivado de la constitución *Per tolre frauds*¹²⁴. Afirmación que es cierta si se compara la literalidad de ambos preceptos. Antes se ha destacado que esta coletilla final del artículo 340.3 no aparece hasta los últimos instantes de la tramitación del *Proyecto de Ley de Compilación del Derecho civil de Cataluña*, desde donde se incorpora al texto definitivamente aprobado por las Cortes españolas¹²⁵. Resulta significativa, en este contexto, la comparación entre los dos artículos que dedicó a la materia Roca Sastre, uno anterior a la Compilación y, por tanto, vigente la constitución *Per tolre frauds*, y el otro inmediatamente posterior a la promulgación de la Compilación. Así, en el primero no sólo no hace mención alguna a una hipotética subsidiariedad de la protección de los acreedores construida mediante dicha constitución, sino que se esfuerza en separarlo de la acción pauliana, presentándolo como un recurso distinto que, si no excluye la utilización de la pauliana, sí que la convierte en inútil cuando se trata de la reacción frente a actos a título gratuito, por cuanto significa un mecanismo de defensa más directo y sencillo al prescindir de la noción de fraude¹²⁶. En el segundo, considera al artículo 340.3, a pesar de recordar el precedente de la constitución, a manera de refuerzo de la acción pauliana, refiriéndose a la objetivización del fraude, calificando la acción de revocatoria, lo que le permite afirmar que «[e]l artículo 340,3, de la Compilación (...) no (...) rebasa el cauce propio de la acción revocatoria o pauliana en las donaciones, ya que se limita a reforzarla»¹²⁷.

radica, como reconoce el propio MARTÍN PÉREZ (p. 176), en la noción de perjuicio y «en la posibilidad y utilidad real, que no hipotética» de esta otra vía de obtener el cobro que es la existencia de codeudores solidarios.

¹²³ ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 15; PINTÓ RUIZ, «Los bienes», *ob. cit.*, p. 76, nota 6, y voz «Insinuación», *ob. cit.*, p. 864; PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, *ob. cit.*, p. 87; EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 820; ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, *ob. cit.*, p. 176. Con el matiz que no coincide completamente con la subsidiariedad del artículo 1294 del Código Civil, LINARES GIL, *ob. cit.*, p. 62.

¹²⁴ Especialmente crítico, PINTÓ RUIZ, «Los bienes», *ob. cit.*, pp. 76-77, notas 6, 108, 73, 141-142 y 149, así como voz «Insinuación», *ob. cit.*, p. 864. El autor considera que este «injerto de subsidiariedad» debilita el automatismo de la protección, porque obliga a acudir ante los órganos de la administración de justicia, y la eficacia jurídica del remedio protector. Veremos en el texto si la crítica se corresponde con la realidad.

¹²⁵ *Supra*, nota 50 y texto correlativo.

¹²⁶ ROCA SASTRE, «L'acción», *ob. cit.*, pp. 123 ss.

¹²⁷ ROCA SASTRE, «La acción», *ob. cit.*, p. 3 ss.; la cita en la p. 12. En el mismo sentido, esto es, que se pretende reforzar la pauliana, CONDOMINES VALLS y FAUS ESTEVE, *ob. cit.*, p. 363.

El cambio de criterio del autor se debe, probablemente, como ya he apuntado antes, a las circunstancias en que se gestó la Compilación y a la necesidad legal de adaptarse y amoldarse al contenido del Código Civil. La protección tradicional de la constitución *Per tolre fraudis*, que había nacido como mecanismo de superación de las carencias de la acción pauliana, se acaba integrando en ésta por razón de las peculiaridades del proceso compilador. La muestra más evidente de ello la proporciona este inciso final del artículo 340.3, plenamente coincidente con el del artículo 1291.3 del Código Civil, dedicado a la rescisión de los actos realizados en fraude de acreedores, y con el artículo 1294 del Código Civil.

Sin embargo, la pregunta clave que hay que formularse es qué aporta, qué innovación real introduce esta subsidiariedad de la protección de los acreedores *ex* artículo 340.3 de la Compilación. Pues bien, en mi opinión, este inciso final del artículo no modifica para nada el sistema tradicional catalán de protección de los acreedores y, por consiguiente, la tan comentada subsidiariedad no constituye, en realidad, ni tan sólo un verdadero requisito para acceder a esta protección.

En efecto, tanto en la tradición jurídica catalana cuanto en el Derecho vigente, la noción esencial es el perjuicio del acreedor. Ambos preceptos, la constitución *Per tolre fraudis* y el artículo 340.3 de la Compilación, contienen la expresión «no perjudicarán». El perjuicio ha sido definido en el apartado anterior como la disminución de la garantía patrimonial *ex* artículo 1911 del Código Civil, su agravación o su definitiva insolvencia, que provoca la incobrabilidad del crédito. Si se acepta este concepto de perjuicio, y nos hallamos ante un mecanismo protector que prescinde de la noción de fraude y se centra en el *eventus damni*, la subsidiariedad carece de significación propia. La ausencia de otros recursos legales para el cobro que parece exigir solemnemente el inciso final del artículo 340.3 de la Compilación no es más que el propio perjuicio, porque si existen otros medios legales para cobrar, sean otros bienes del deudor, sean garantías personales o reales, sean codeudores solidarios, que permitan al acreedor satisfacer sus créditos, lo que sucede es que no hay perjuicio y, por consiguiente, no hay posible aplicación del artículo 340.3. La subsidiariedad se diluye en el perjuicio, sobre todo cuando el sistema de protección se articula exclusivamente sobre la base de la lesión económica del crédito, y pierde toda hipotética autonomía. Por lo tanto, la subsidiariedad no constituye requisito alguno del artículo 340.3 diferente del perjuicio, de modo que el inciso final del artículo carece de cualquier transcendencia jurídica. La clave, insisto en ello una vez más, se halla en el perjuicio del acreedor.

Entonces, el problema radica en cómo debe de acreditarse el perjuicio o, en otras palabras, que los acreedores carecen de otros recursos legales para obtener el cobro. En general, se tiende a facilitar la prueba de la insolvencia o de la insuficiencia de bienes con que responder del pago de las deudas, a partir de la constatación, no por obvia menos lógica, que si el acreedor conociera la existencia de otros bienes con que conseguir su

satisfacción no se expondría a la incertidumbre que siempre planea sobre el resultado de los procedimientos judiciales. La STSJ Cataluña de 30 de enero de 1992¹²⁸ considera que la existencia de perjuicio para los acreedores «es cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del Tribunal sentenciador, no es necesario obtener la declaración previa de que el perjudicado carece de todo otro recurso, antes de ejercer la acción rescisoria» y que, habiendo resultado infructuosa la ejecución de una finca por haber sido donada, «se llega a la conclusión de que el Banco había agotado todos los medios a su alcance para cobrar su crédito». Además, en la SAP Barcelona (Sección Primera) de 15 de junio de 1991¹²⁹, el recurso de casación contra la cual resolvió la anterior STSJ, los demandados aportaron dos certificaciones, limitadas al año de 1985, que se referían a un depósito bancario y a la titularidad de un paquete de acciones de una razón social que no cotizaba en bolsa, que no fueron tenidas en cuenta «al no constar prueba alguna sobre el devenir histórico de tales bienes y su disponibilidad para atender con carácter prioritario al cumplimiento de la obligación que aquí se reclama». Aún en la jurisprudencia menor, la SAP Barcelona (Sección Decimoquinta) de 6 de abril de 1990 razona que «[n]o se ha acreditado la existencia de recursos de la donante (incomparecida en las actuaciones) sobre los que los acreedores pudieran hacer efectivos sus créditos»; y, en la ya citada SAP Lleida de 22 de febrero de 1995, los demandados sólo alegan la existencia de un vehículo «cuyo valor no han probado, pero a todas luces insuficiente, teniendo en cuenta la antigüedad del mismo».

Se observa, en consecuencia, una evidente laxitud en la acreditación del perjuicio. Al acreedor le basta con probar el desconocimiento de otros bienes que los que ha perseguido infructuosamente. Tendrá que ser, entonces, el deudor —o el donatario— quien aporte datos concretos y efectivos de otros elementos patrimoniales de valor suficiente para hacer frente a las deudas origen del litigio con el fin de evitar la aplicación del mecanismo protector del artículo 340.3 de la Compilación. Y es que, al cabo, el acreedor que se refugia en este artículo ha de acreditar el perjuicio: si lo hace, ya está manifestando que ignora la existencia de otros bienes o recursos legales que eviten la incobrabilidad de sus créditos, por cuanto si ha conseguido demostrar el perjuicio habrá puesto de relieve la insolvencia del deudor y la imposibilidad de su satisfacción. Y si hay que aplaudir este favorecimiento de la aplicación del artículo 340.3¹³⁰ —merece tenerse

¹²⁸ *RJC, Jurisprudència*, 1992 (ponente: Sr. Somalo Giménez), pp. 308-312.

¹²⁹ *RJC, Jurisprudència*, 1991 (ponente: Sr. Fernández), pp. 990-991.

¹³⁰ La doctrina que ha analizado la acción pauliana se muestra coincidente con estas apreciaciones: ORDUNA MORENO, «La acción», *ob. cit.*, pp. 80-82; CASTÁN y GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, pp. 332-333; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 1267-1268; Díez-PICAZO, *ob. cit.*, II, pp. 738-739; ALBALADEJO, *ob. cit.*, II-1, pp. 217-219; FERNÁNDEZ CAMPOS, *ob. cit.*, pp. 1452-1453; GIL RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 337-338; CRISTÓBAL MONTES, *ob. cit.*, pp. 72-76. En la jurisprudencia reciente, véase la STS de 24 de diciembre de 1996, *RAJ* 9375, ponente: Sr. Marina Martínez-Pardo, con abundante cita de sentencias anteriores.

en cuenta, además, que los costes de información sobre la composición real del patrimonio del deudor son más elevados para el acreedor que para el propio donante-, aún más debe ser así cuando, como he apuntado antes, la efectividad del perjuicio dependa de la existencia de acreedores solidarios o de garantías personales, por lo que se refiere a la respectiva solvencia de éstos.

IV. LA INOPONIBILIDAD

1. EFICACIA JURÍDICA, INEFICACIA E INOPONIBILIDAD

En el estudio que se ha desarrollado en las páginas anteriores sobre el artículo 340.3 de la Compilación, se ha defendido que la protección de los acreedores frente a los actos de disposición a título gratuito de sus deudores que en él se articula toma como eje la figura de la inoponibilidad. Se ha señalado que aquello que se pretende es que los acreedores permanezcan inmunes a tales actos de disposición, de modo que mantengan el mismo patrimonio de responsabilidad con que contaban hasta la realización de dicho acto y no resulten perjudicados por la actitud del deudor. Pues bien, a partir de este momento hay que perfilar la figura de la inoponibilidad para, de este modo, ofrecer una visión completa sobre el sistema de protección de los acreedores en el artículo 340.3.

Esta presentación de la inoponibilidad, a partir de una norma de protección de los acreedores, aún más si recordamos otros supuestos legales a los que he efectuado una referencia abundante como los artículos 1317 y 1937 del Código Civil, permite una primera constatación: se trata de proteger a determinadas personas ante los resultados que otras personas intentan conseguir con la realización de unos concretos actos jurídicos. De manera más precisa, se persigue inmunizar frente a los efectos jurídicos de tales actos, y con la finalidad de evitar que esos efectos perjudiquen una posición jurídica preexistente. Por consiguiente, debemos de situarnos en sede de eficacia de los actos jurídicos.

Con todo, son posibles, y así se pone de manifiesto en la doctrina, dos aproximaciones distintas, a pesar de las apariencias, al tema. La primera supone entender que esta inmunidad frente a los efectos supone que el acto jurídico en cuestión es *ineficaz* con respecto al sujeto o sujetos protegidos, y conduce a una expresión de uso harto frecuente: la *ineficacia relativa*. La segunda parte de la situación de los terceros frente a un acto jurídico en el que no han sido parte, ni originariamente ni como cesionarios o sucesores, y de cómo resultan o no afectados por la actuación jurídica ajena, y entonces se habla de *oponibilidad* o *inoponibilidad* del acto jurídico. Hay que reconocer, sin embargo, y sin perjuicio de las observaciones que voy a efectuar en páginas venideras, que con frecuencia *ineficacia relativa* e *inoponibilidad* son utilizadas como sinónimas, porque en

definitiva, a pesar de la distinta denominación, se intenta designar el mismo fenómeno.

1.1 La ineficacia relativa

En cuanto expresión de significación jurídica, la ineficacia relativa es una figura conocida y utilizada por la doctrina española, que configura de tal modo diversos supuestos, como la actuación jurídica del *falsus procurator*¹³¹ o la renuncia a la prescripción ganada¹³². Su origen se halla en Alemania, donde se incorpora por primera vez a un texto legal en el § 107 del primer proyecto de BGB¹³³, precepto relativo a la prohibición de disponer establecida en negocio jurídico, legalmente o por la autoridad judicial a favor de persona determinada¹³⁴. Infringida la prohibición, se prevé la ineficacia relativa de la disposición efectuada en favor del beneficiario de aquélla. Los *Motive* lo justifican de la siguiente manera: «[d]ie einfache und zugleich zweckmäßigste Gestaltung ist sichtbar diejenige der relativen Unwirksamkeit; das Veräußerungsgeschäft geht seinem Weg, soweit es mit dem Rechte des Geschützten nicht in Widerspruch tritt, ist diesem gegenüber aber, soweit ein Widerspruch vorliegt, unwirksam»¹³⁵.

¹³¹ LADARIA CALDENTEY, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, pp. 3 y 4: «[c]uando, sin legitimación para ello, se realiza un acto que tiende a producir sus efectos en una esfera jurídica ajena, tal acto es ineficaz y, además, irrelevante para el titular de dicha esfera»; NÚÑEZ-LAGOS, Rafael, «La ratificación», *RDN*, enero-marzo 1956, p. 39: «[e]l negocio es ineficaz de pleno derecho sólo respecto del *dominus* (ineficacia relativa) (...) El contrato es perfecto, pero totalmente ineficaz sólo para el *dominus* hasta la ratificación»; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Naturaleza y situación del contrato del “falsus procurator”», *ADC*, 1976, p. 1067: «hasta tanto ese *dominus* dé su consentimiento a tal disposición —ratifique el negocio—, éste es para aquél «res inter alios acta», irrelevante jurídica y efectualmente; es decir, ineficaz, privado de los efectos típicos»; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *ob. cit.*, p. 32, nota 18: «irrelevancia del negocio frente a la persona en cuyo nombre se formula indebidamente una declaración de voluntad, irrelevancia o *ineficacia relativa*»; DíEZ-PICAZO, Luis, *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979, p. 223: «las categorías teóricas que expresan mejor la calificación que merece el acto del representante sin poder son las de “ineficacia relativa” e “irrelevancia”. Se designa con ello un acto que no produce ninguna clase de efecto en la esfera jurídica de una persona —de aquí su «relatividad»— y que es por ello irrelevante, aunque puede producir efectos entre otros o para otros» (lo mismo en el comentario al art. 1259, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil*, *ob. cit.*, t. II, p. 440). En contra, GORDILLO, Antonio, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, pp. 328 ss., que lo considera un caso de nulidad, aunque no rechaza como categoría a la inoponibilidad (por ejemplo, pp. 33 o 422-423).

¹³² DíEZ-PICAZO, Luis, comentario al artículo 1937, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil*, *ob. cit.*, t. II, p. 2092; RODRÍGUEZ MORATA, *ob. cit.*, pp. 197, 203, 205 o 210-211.

¹³³ «Die durch Rechtsgeschäft oder durch Urtheil oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgende Übertragung oder Aufhebung eines Rechtes und Belastung einer Sache oder eines Rechtes, durch welche gegen ein nur zum Schutze des Interesses bestimmter Personen dienendes gesetzliches oder gerichtliches Veräußerungsverbot verstoßen wird, ist gegenüber diesen Personen unwirksam».

¹³⁴ Así lo explica BEER, Hubert, *Die relative Unwirksamkeit*, Berlin, 1975, pp. 19, notas 33 y 79.

¹³⁵ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Band I (Allgemeiner Theil), Berlin-Leipzig, 1888, § 107, p. 212.

El vigente § 135 BGB recoge estas ideas así: «[v]erstoßt die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie *nur diesen Personen gegenüber unwirksam*» (§ 136 por lo que se refiere a la prohibición de disponer administrativa, § 137 para la prohibición negocial).

Esta circunstancia, es decir, que la introducción legal de la *relative Unwirksamkeit* haya venido vinculada a una concreta figura jurídica como es la prohibición de disponer en favor de persona determinada —que supone una carencia relativa de poder de disposición—, ha afectado negativamente al desarrollo teórico de esta modalidad de ineficacia¹³⁶, porque, a pesar de existir otros supuestos que algunos autores han calificado de este modo¹³⁷, ha provocado que los esfuerzos de la doctrina se hayan centrado en resolver la difícil problemática que plantea el supuesto, en concreto cómo recupera el poder de disposición el afectado por la prohibición en un sistema de adquisición de la propiedad por la sola tradición¹³⁸. Ello conlleva que buena parte de las aportaciones que ha realizado la doctrina alemana no sean trasladables a nuestro país.

La opinión común en Alemania, por lo que ahora nos importa, considera que la ineficacia relativa o subjetiva-relativa¹³⁹ constituye un mecanismo de protección de determinadas personas en particular, que supone la ineficacia para aquel sujeto protegido, y sólo para él, del acto jurídico que perjudica su posición jurídica, mientras que es perfectamente eficaz para el resto de personas¹⁴⁰. Se configura, por tanto, como un mecanismo

¹³⁶ Por este motivo BEER, *ob. cit.*, p. 94, se refiere a la necesidad de romper la dependencia de la *relative Unwirksamkeit* respecto de la *Veräußerungsverbot*.

¹³⁷ Un catálogo de otros posibles supuestos de ineficacia relativa en BEER, *ob. cit.*, pp. 116 ss. y 189 ss., y MAYER-MALY, Theo, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1, § 135, München, 1993³, pp. 1114-1116.

¹³⁸ Un resumen de las distintas teorías formuladas en BÜLOW, Peter, «Grundfragen der Verfügungsverbote», *JuS*, 1994-1, pp. 7 y 8; KÖHLER, Jürgen, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Erstes Buch (Allgemeiner Teil, §§ 134-163), Berlin, 1996¹³, § 135, pp. 137-139.

¹³⁹ KIPP, Theodor, en WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Erster Band, neunte Auflage von Dr. Theodor Kipp, Frankfurt am Main, 1906, p. 433; BEER, *ob. cit.*, p. 116; KÖHLER, *ob. cit.*, p. 137.

¹⁴⁰ KIPP-WINDSCHEID, *ob. cit.*, p. 433: «nur der Person gegenüber unwirksam (...) das Rechtsgeschäft von dem durch das Verbot Geschützten als unwirksam behandelt werden kann, während allen anderen Personen gegenüber es wirksam ist»; TUHR, Andreas von, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, zweiter Band, erste Hälfte, München und Leipzig, 1914, p. 327: «[r]elativ unwirksam ist ein Geschäft, wenn es nur bestimmten Personen gegenüber unwirksam, im übrigen aber wirksam ist»; ENNECERUS, Ludwig, *Derecho civil (parte general)*. Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey. Traducción de la 39.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer. Tercera edición al cuidado de A. Hernández Moreno y María del Carmen Gete-Alonso, vol. 2.º, segunda parte, Barcelona, 1981, p. 730: «[c]omo relativamente ineficaces se deben calificar aquellos negocios cuyos efectos jurídicos se producen, pero con la limitación de que ciertos intereses de una persona, que la ley quiere proteger, quedan a salvo del mismo modo que si el negocio fuera absolutamente ineficaz. En tales casos la ley califica el negocio de ineficaz frente a ese interesado» (véase también vol. 2.º, primera parte, pp. 53-57); RUHWEDEL, Edgar, «Grundlagen und Rechtswirkungen sogenannter relativer Verfügungsverbote», *JuS*, 1980-3, p. 165: «“relativen”, d. h. nur zugunsten einer bestimmten

de protección de estas concretas personas, que deja inmodificada en cuanto al resto la eficacia típica y propia del acto jurídico en cuestión. Por lo tanto, se entiende que se trata de una forma o tipo de ineficacia, al lado de la nulidad o la anulabilidad ¹⁴¹.

¿En qué se traduce, entonces, esta ineficacia relativa o subjetiva-relativa, qué efectos comporta? Si, para el sujeto protegido, el acto jurídico realizado es ineficaz, o sea, no le genera efectos, el disponente sigue siendo, sólo para él, el propietario de la cosa enajenada, igual que si el acto no se hubiera llevado a cabo ¹⁴². Si el acto es ineficaz, ello significa que no provoca su eficacia típica. O, en palabras probablemente más precisas desde un punto de vista técnico, se mantiene inalterado el patrimonio de responsabilidad ¹⁴³.

Person abrufbaren Unwirksamkeit»; HÜBNER, Heinz, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin-New York, 1985, p. 390: «[d]ie relative Unwirksamkeit läßt zwar die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes der *Allgemeinheit* gegenüber unberührt, das Rechtsgeschäft wird jedoch zum *Schutz einer oder mehrerer beteiligter Personen* diesen gegenüber als unwirksam behandelt»; LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1989⁷, p. 471: «[u]nter “relativer Unwirksamkeit” einer Verfügung versteht das Gesetz, daß sie zwar grundsätzlich wirksam, aber im Verhältnis zu einer bestimmten Person insoweit unwirksam ist, als sie der Verwirklichung eines dieser Person dem Verfügenden gegenüber zustehenden Anspruchs oder einer von ihr ausgehenden Vollstreckungsmaßnahme entgegensteht»; MAYER-MALY, *ob. cit.*, p. 1116: «[n]ur gegenüber den zu schützenden Personen sollte die verbotswidrige Verfügung unwirksam sein»; BÜLOW, *ob. cit.*, p. 7: «[r]elative Unwirksamkeit bedeutet, wie § 135 I 1 bestimmt, daß die Verfügung nur des geschützten Person gegenüber unwirksam ist; folglich tritt gegenüber anderen, neutralen Personen die gewollte Rechtsänderung ein»; SCHACK, Haimo, *BGB Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1995⁷, p. 96: «[e]ine verbotswidrige Verfügung ist nicht gegenüber jedermann, sondern nur gegenüber dem durch das Verbot Geschützten unwirksam, § 135 I 1 (relative Unwirksamkeit)»; GIESEN, Dieter, *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, Berlin-New York, 1995², p. 257 (también p. 258): «ist ein relativ unwirksames Rechtsgeschäft nur gegenüber *einer bestimmten Person* unwirksam, für alle anderen Teilnehmer am Rechtsverkehr dagegen rechtlich wirksam. Die Rechtsfigur der relativen Unwirksamkeit bezweckt also den Schutz bestimmter Einzelpersonen, die durch ein Rechtsgeschäft zwischen zwei oder mehreren anderen einen Nachteil erleiden wurden».

¹⁴¹ Expresamente, BEER, *ob. cit.*, p. 98: «die relative Unwirksamkeit neben den Nichtigkeit, schwebenden Unwirksamkeit und Anfechtbarkeit etc. eine besondere Unwirksamkeitart darstellt». Y HÜBNER, *ob. cit.*, p. 390, indica como única diferencia entre la *relative Unwirksamkeit* y la *Nichtigkeit* que aquella constituye una ineficacia limitada a personas determinadas.

¹⁴² KIPP y WINDSCHEID, *ob. cit.*, p. 433: «[i]st Eigentum übertragen trotz eines Veräußerungsverbot es der hier fraglichen Art, so kann der Geschützte verlangen, als Eigentümer behandelt zu werden»; ENNECERUS y NIPPERDEY, *ob. cit.*, vol. 2.º, primera parte, p. 55: «[s]i C al adquirir no era de buena fe respecto a la prohibición de enajenar, adquiere, no obstante, la propiedad, pues en general la enajenación es válida (...) Pero frente a B no se le considera como propietario (...) la enajenación es ineficaz frente a él, y frente a él, por tanto, A sigue siendo propietario»; MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 1994⁶, p. 248: «[f]ür ihn [el protegido] gehört also etwa der verbotswidrig weggegebene Gegenstand weiterhin zum Vermögen seines Schuldners».

¹⁴³ FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979³, p. 356: «[i]n allen Fällen relativer Verfügungsverbote geht es nur darum, für den durch das Verfügungsverbot Geschützten die Möglichkeit eines Anspruchs hinsichtlich des Gegenstandes des Verfügungsverbots zu gewährleisten oder ihn den Gegenstand als Haftungsobjekt zu erhalten».

Desde Alemania, la figura de la ineficacia relativa llega a Italia sin que sea objeto de matizaciones importantes, excepto por lo que se refiere al uso como sinónimo de modo preferente del término *inopponibilità*. En este sentido, se entiende que se trata de una modalidad de ineficacia del negocio que presenta la particularidad de referirse sólo a determinados sujetos que resultan protegidos a través de este remedio específico¹⁴⁴.

En la doctrina francesa ha sido decisiva la aportación monográfica de Bastian apenas en los años veinte. Este autor concibe la inoponibilidad específicamente como una «*inefficacité*», como una privación de los efectos de un acto jurídico por razón de los terceros protegidos por la norma¹⁴⁵. A partir de él, la doctrina coincidirá en configurar, igual que en Alemania o Italia, la inoponibilidad como una forma de ineficacia, ideada en especial para la protección de terceras personas, lo que no deja de sorprender si se piensa en la atención que se dedica en sede de efectos de los contratos respecto de terceros a la noción antitética de *opposabilité*¹⁴⁶.

En España, el concepto de ineficacia relativa ha sido también, como sabemos, aceptado por la doctrina. Sistemáticamente, se trata como un supuesto de ineficacia, hasta el punto que incluso aquellos autores que utilizan la denominación «inoponibilidad» destacan el parentesco

¹⁴⁴ Es fundamental la obra de FERRARA SANTAMARIA ya citada, que considera que la ineficacia es relativa «quando il negozio è improduttivo di effetti solo per una determinata persona» (p. 18), añadiendo que, en atención a la existencia de la expresión *inopponibilità*, «per tutti i casi di inefficacia relativa ai terzi, non c'è bisogno di creare nessun neologismo speciale» (p. 19). De manera similar, BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, ob. cit., p. 351: «[l]a inoponibilidad (al tercero) es también una forma de ineficacia que en el sistema de la ley se coloca junto a la impugnabilidad»; MESSINEO, ob. cit., pp. 311-312: «ineficacia solamente relativa, es decir, de tal índole que el contrato es eficaz bajo cierto aspecto o en las relaciones entre determinados sujetos (las partes) e ineficaz bajo otro aspecto o frente a otros determinados sujetos (los terceros); en este segundo caso, el contrato ha de considerarse y calificarse como *inoponible a los terceros o a ciertos terceros*»; SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, reimp., 1983, p. 260: «[l]'ineficacia del negozio, o di altro fatto, in genere l'irrelevanza di un rapporto, stabilita della legge a tutela dei terzi, assume il nome specifico di inopponibilità»; TRABUCCHI, ob. cit., pp. 594-595: «casi nei quali l'inefficacia si manifesta specialmente rispetto ad alcuni soggetti (inefficacia relativa). (...) In questi casi, parte della dottrina usa anche il diverso termine di inopponibilità».

¹⁴⁵ BASTIAN, Daniel, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, París, 1929, pp. 3 («l'inopposabilité est l'inefficacité au regard des tiers»), 4 («pourquoi est-il besoin de priver un acte juridique de ses effets vis-à-vis des tiers?»), 13 («La protection des tiers sera donc obtenue en privant l'acte des effets susceptibles de leur nuire, et l'inopposabilité se traduira par une inefficacité») o 334 («l'inopposabilité se traduit à l'égard du tiers bénéficiaire par l'inefficacité de l'acte critiqué, ou plus exactement des droits qui en naissent»). Parafraseando, la última de las frases citadas podría leerse como la «ineficacia de los efectos».

¹⁴⁶ CARBONNIER, Jean, *Droit civil. 4. Les obligations*, París, 1996²⁰, p. 197: «[l]'inopposabilité, qui est une inefficacité à l'égard des tiers ou de certains tiers, l'acte restant d'ailleurs valable entre les parties»; BÉNABENT, ob. cit., p. 115: «[l]'inopposabilité du contrat aux tiers concerne le cas où un contrat, parfaitement valable entre les parts, ne peut pas être «opposé» aux tiers pour diverses raisons (...) Le contrat est alors d'une efficacité limitée»; MALAURIE y AYNÈS, ob. cit., p. 306: «[l]'inopposabilité est l'inefficacité d'un acte ou d'un droit à l'égard des tiers»; CABRILLAC, ob. cit., p. 63: «[l]'inopposabilité suppose un contrat valable, mais qui ne peut produire d'effets vis-à-vis des tiers».

que guarda con la ineficacia¹⁴⁷. La peculiaridad de este tipo de ineficacia radica, a diferencia de la ineficacia absoluta¹⁴⁸, en el hecho de que solamente afecta a los terceros, respecto de los que no genera su eficacia típica, siendo el negocio o acto válido y eficaz plenamente entre las partes. Configurada de este modo la figura, incluso cuando se la llama inoponibilidad, nos hallamos frente a un acto o negocio verdaderamente ineficaz sólo en relación a ciertas personas, mientras que es eficaz con normalidad para el resto¹⁴⁹.

1.2 Inoponibilidad e ineficacia

La configuración de la inoponibilidad como ineficacia relativa conlleva, pues, que mientras un mismo acto o negocio jurídico, además de válido, es plenamente eficaz para unas personas, entre las cuales figuran —como resulta obvio— las partes intervinientes, resulta ineficaz para otro grupo de personas. En otras palabras, el acto o el negocio es susceptible al mismo tiempo de producir y de no producir efectos jurídicos, de ser eficaz y de ser ineficaz según la esfera de personas que se tome como punto

¹⁴⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, vol. 1.º, p. 563: «[e]mparentado con el concepto de ineficacia está el de inoponibilidad, que puede entenderse como una ineficacia relativa, es decir, sólo respecto de ciertos sujetos»; VALPUESTA FERNÁNDEZ, María R., *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1994, p. 421: «[e]n términos generales cuando se habla por inoponibilidad de un contrato se quiere significar la falta de efectos del mismo respecto de terceros; referido este concepto a la ineficacia contractual...»; GARCÍA AMIGO, Manuel, *Lecciones de derecho civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995: «[i]neficacia frente a terceros, también llamada inoponibilidad, que es un supuesto *sui generis* de ineficacia, ya que entre las partes tales contratos han producido todos sus efectos».

¹⁴⁸ Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», primero en *ADC*, 1961, p. 827: «[l]a distinción entre ineficacia absoluta e ineficacia relativa no hace referencia al mecanismo de la ineficacia ni al momento en que se produce, sino al círculo de intereses afectado por ella. Una ineficacia es absoluta cuando el negocio no produce ninguno de sus efectos para nadie. (...) Una ineficacia es relativa cuando el negocio es ineficaz para un grupo de personas y, en cambio, es eficaz para otros. Puede ocurrir, y a veces acontece, que un negocio surta entre las partes toda su eficacia y, en cambio, sea ineficaz frente a terceros o frente a algún grupo de ellos. (...) Se liga aquí la ineficacia con la inoponibilidad»; palabras que ahora prácticamente repite en *Fundamentos, ob. cit.*, I, p. 403; de manera muy similar, DORAL, José Antonio, y ARCO, Miguel Ángel del, *El negocio jurídico*, Madrid, 1982, p. 328: «[i]neficacia absoluta y relativa. Hace referencia al círculo de intereses afectado por ella. Es absoluta, cuando el negocio no produce efectos para nadie; el negocio absolutamente ineficaz es ineficaz para todos. La ineficacia es relativa cuando el negocio es ineficaz para un grupo de personas y, en cambio, es eficaz para otros».

¹⁴⁹ Además de los autores citados *supra*, nota 131, el concepto de ineficacia relativa es también utilizado por Díez-PICAZO, comentario al artículo 1317 del Código Civil, *ob. cit.*, p. 1498; CARRASCO PERERA, Ángel, comentario al artículo 6.3 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir. Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), t. I, vol. 1.º, Madrid, 1992, pp. 817 a 821; GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Notas sobre la oponibilidad de los contratos», en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Barcelona, 1993, p. 1477, y comentario al artículo 1257 del Código Civil, *ob. cit.*, pp. 372 y 375 (donde hace sinónimos inoponibilidad e ineficacia relativa); o PASQUAU LIAÑO, Miguel, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, pp. 40, 120 y 126.

de referencia. Esta aproximación a la figura que me ocupa presupone, por consiguiente, la posibilidad de escindir la eficacia de un acto jurídico desde un punto de vista subjetivo.

Entendidas literalmente, las afirmaciones precedentes parecen difícilmente sostenibles. En efecto, no se vislumbra como un mismo negocio jurídico puede ser simultáneamente eficaz e ineficaz, como tampoco puede ser válido e inválido. O es eficaz, o es ineficaz, y ello con independencia del círculo de personas respecto del cual se predique dicha eficacia¹⁵⁰. Otra cosa completamente distinta es que el legislador considere

¹⁵⁰ Certeramente, CARIOTA FERRARA, Luigi, *El negocio jurídico*, traducción del italiano, prólogo y notas de M. Albaladejo, Madrid, 1956, p. 322: «[s]e suele distinguir la ineficacia en absoluta y relativa, según que tenga lugar frente a todos o sólo frente a determinadas personas; en el primer caso, el negocio es ineficaz frente a todos; en el segundo, es eficaz entre algunos e ineficaz frente a otros. Según nosotros, se puede dudar de la existencia de una «ineficacia relativa» entendida así: aparte de los equívocos a los que puede dar lugar hay que advertir que si la eficacia consiste en la falta de producción o en la cesación de los mismos, no se puede, en rigor, hablar de eficacia absoluta o relativa, porque los efectos o se han producido o no (o bien han cesado); esta es una realidad que puede existir o no frente a todos. Puesto que en todos los casos configurados como de ineficacia relativa las personas frente a las cuales el negocio es ineficaz son los terceros, es preferible hablar, en vez de ineficacia relativa, de *inoponibilidad*». De modo similar, VETTORI, Giuseppe, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, p. 153: «[n]on ha senso quindi, parlare di una carenza degli effetti in una certa direzione: questi si producono per il solo motivo che esiste una fattispecie strutturalmente perfetta ed è sulla loro attuazione che incide, casomai, il limite espresso da un'esigenza di protezione di certi terzi che sono titolari di una situazione incompatibile con gli effetti dell'atto o che comunque da esso ricevono pregiudizio». Rotundo, SCALISI, Vincenzo, voz «Inefficacia (dir. Priv.)», *Enciclopedia del diritto*, XXI, pp. 351-353 (p. 353): «[I]n'inefficacia relativa non incide sulla produzione degli effetti negoziali, non essendo concepibile che i medesimi effetti ad un tempo si producano e non si producano a seconda dei soggetti rispetto ai quali vengono in considerazione». Más conciliador, SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contratti in generale (Trattato di diritto civile diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli, vol. 4, fasc. 2)*, Milano, 1961, p. 251: «a stretto rigore non dovrebbe discutersi di inefficacia, quando è in gioco soltanto la opponibilità del contratto ai terzi». En la misma Alemania, ya consideró esta concepción de la ineficacia relativa «praktisch undurchführbar» SCHACHIAN, Herbert, *Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte*, Berlin, 1910, p. 197, y «theoretisch ebenso anstößige wie praktisch unsinnige» OERTMANN, Paul, «Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit», *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Band 66, 1916, p. 254.

Contra esta opinión cabe objetar que, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de *responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, construye un supuesto legal evidente de ineficacia relativa, por cuanto establece que «[s]on ineficaces frente al perjudicado las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad civil prevista en esta Ley». Sin embargo, el artículo no reproduce exactamente el texto de la Directiva en este aspecto. La versión francesa del artículo 12 de la Directiva, por ejemplo (DOCE, L, núm. 210, de 7 de agosto de 1985), dispone lo siguiente: «[l]a responsabilité du producteur en application de la présente directive ne peut être limitée ou écartée à l'égard de la victime pour une clause limitative ou exonératoire de responsabilité». Los comentaristas de la Directiva no parece que se hayan preocupado demasiado por delimitar conceptualmente el alcance jurídico de la protección que ofrece este artículo, y mientras MARKOVITS, Yvan, *La Directive CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, París, 1990, habla de prohibición de las cláusulas limitativas de responsabilidad «à l'égard de la victime», otros lo hacen de ineficacia frente a los perjudicados, como TASCHNER (TASCHNER, Hans-Claudius, y FRIETSCH, Edwin, *Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie*, München, 1990², p. 436) o ALCOVER GARAU, Guillermo, *La responsabilidad civil del fabricante (Derecho comunitario y adaptación al derecho español)*, Madrid, 1990, p. 64; y GÓMEZ CALERO, Juan, *Responsabilidad*

oportuno proteger un determinado grupo de personas frente a la eficacia típica de un acto jurídico, pero precisamente si el legislador decide articular algún mecanismo de protección –hay que recordar, en este sentido, que la mayoría de autores entiende que la inoponibilidad o la ineficacia relativa consiste en una falta de producción de efectos, en una ineficacia de finalidad protectora– es porque tales efectos se han producido como consecuencia de la realización, con todos sus requisitos y presupuestos, de aquel acto jurídico¹⁵¹.

Desde el punto de vista objeto de crítica puede entenderse que se formularan aseveraciones como que, para el acreedor, el disponente continúa siendo el propietario de la cosa enajenada. Si el negocio, para el acreedor, es ineficaz, no es más que una deducción lógica el que, a pesar del acto de disposición, el propietario siga siendo el mismo que antes de la realización de tal acto. Esta percepción afecta, incluso, a aquellos autores que defienden una aproximación a la inoponibilidad desde el prisma de la eficacia de los actos jurídicos respecto de terceros, aunque se utilice como imagen gráfica o recurso metafórico. Sin embargo, si se toma al pie de la letra esta posibilidad, es decir, si realmente se opina que el negocio es en verdad ineficaz para el sujeto protegido y eficaz para el resto, en particular para las partes negociales, y se añade que este sujeto protegido, en virtud de la ineficacia relativa, puede continuar considerando al disponente como propietario, se llega sin dificultad a la teoría de la duplicidad de sujetos, de modo que no sólo un negocio puede resultar simultáneamente eficaz e ineficaz, sino que hasta llegan a coexistir dos titulares de la misma cosa: el adquirente respecto de la otra parte negocial y los terceros no protegidos, y el disponente respecto de los terceros objeto de la protección¹⁵².

civil por productos defectuosos, Madrid, 1996, pp. 146-147, hasta acude al concepto de ineficacia relativa, después de afirmar, no obstante, que en la Directiva, por contra, se contenía una norma prohibitiva de la exclusión o la reducción de responsabilidad. Por otra parte, este artículo 14 de la Ley 22/1994 contempla unitariamente dos grupos de personas que pueden resultar perjudicadas: los adquirentes y los terceros o *bystanders*. Hay que remarcar, aún, que el adquirente puede serlo de un sujeto responsable (fabricante, importador o, subsidiariamente, el suministrador) o no. Si ha adquirido directamente, no es un tercero ajeno al negocio, con lo que deja de tener aplicación la ineficacia relativa. Y si es un tercero ajeno al negocio (porque ha adquirido de un sujeto no responsable o es un *bystander*), lo que se pretende decir, más allá de la literalidad, es que los pactos de distribución, de disminución o de exoneración de responsabilidad serán válidos entre la cadena de sujetos responsables, pero no podrán ser *opuestos* a los terceros.

¹⁵¹ En el mismo sentido, RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, *ob. cit.*, pp. 209-210: «[e]n contra de la doctrina dominante, sostengo que la inoponibilidad no es una particular forma de ineficacia de los actos jurídicos, sino una medida especial establecida por la ley para salvaguardar los legítimos derechos anteriores de ciertas personas, ajenas a esos actos».

¹⁵² Así, v. TUHR, *ob. cit.*, p. 330: «[d]araus ergibt sich eine Duplizität des Rechtssubjekts: für das Verbotsgeschütztem ist der Veräußerer noch immer Eigentümer; für alle sonstigen Personen ist es der Erwerber»; ENNECERUS y NIPPERDEY, *ob. cit.*, vol. 2.º, primera parte, p. 55. Esta teoría fue abandonada [no obstante, aún MEDICUS, *ob. cit.*, p. 248, afirma que «[f]ür ihn –el acreedor protegido– gehört also etwa der verbotswidrig weggegebene

Por otra parte, ya he reiterado en diversas ocasiones, en particular al intentar delimitar la inoponibilidad y la acción pauliana, que la protección frente a los efectos de un acto jurídico del que no se ha sido parte que se consigue con aquella no supone una impugnación de dicho acto, sino que basta con que el ordenamiento jurídico inmunice al sujeto protegido de tales efectos, a diferencia de los remedios rescisorios, de modo que, como expresó Ferrara Santamaria, la inoponibilidad permite la subsistencia del negocio jurídico¹⁵³.

El análisis de la inoponibilidad como modalidad de ineficacia permite una explicación de la tendencia que Pasquau Liaño observa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consistente en declarar nulos actos o negocios que simplemente deberían ser declarados inoponibles¹⁵⁴. Si en este trabajo se defiende que la inoponibilidad sólo puede aplicarse a actos jurídicos válidos y eficaces y, por consiguiente, se niega que consista en un tipo de ineficacia, aún más cabe rechazar que la inoponibilidad pueda presentar relación alguna con la nulidad. El acto inoponible tiene que ser necesariamente válido¹⁵⁵, ya que de otro modo no sería necesario proteger a determinadas personas de sus efectos típicos. La inoponibilidad deja intacto el acto jurídico, que genera sus efectos propios con normalidad, efectos de los que son protegidas determinadas personas mediante este expediente. Lo que presupone la concurrencia de todos los requisitos de validez del acto. Por lo tanto, nulidad e inoponibilidad se manifiestan en planos distintos: «solamente podrá hablarse de contrato nulo si al menos

Gegenstand weiterhin zum Vermögen seines Schuldners», y en esta línea el ejemplo con que ilustra la cuestión JAUERNIG, Othmar, § 135, en *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (herausgegeben von Othmar Jaurnig), München, 1990⁵, p. 80] a partir de la objeción, aparte de su artificiosidad innecesaria en atención a la finalidad pretendida de protección del acreedor, de si tenían que repartirse, y cómo, los rendimientos de la cosa objeto de la disposición entre los sujetos que por unos u otros podían ser considerados como propietarios (para la crítica de la teoría de la duplicidad, FLUME, *ob. cit.*, p. 359; MAYER-MALY, *ob. cit.*, p. 1116; BÜLOW, *ob. cit.*, p. 7; KOHLER, *ob. cit.*, p. 137). Consciente de esta dificultad, después de haber afirmado que para los terceros protegidos mediante la inoponibilidad «la situation sera la même que si l'acte n'était pas intervenu», BASTIAN, *ob. cit.*, p. 11, se pregunta: «[c]omment un acte peut-il exister par rapport à certaines personnes et en pas exister par rapport à d'autres?», a lo que responde: «[p]our résoudre la difficulté, le législateur s'est attaqué non à l'acte lui-même, mais à ses conséquences» (p. 12), afirmando la disociabilidad de los efectos de los actos jurídicos (p. 13). Mas el intento resulta infructuoso, porque precisamente aquello que es transcendental son los efectos del acto jurídico en cuestión, en concreto la transmisión de la titularidad.

¹⁵³ FERRARA SANTAMARIA, *ob. cit.*, pp. 189-190.

¹⁵⁴ PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, *ob. cit.*, p. 120: «[l]a simplicidad del esquema de la invalidez basada en sus dos formas típicas (nulidad y anulabilidad) ha determinado que el Tribunal Supremo tenga la inercia de situarse en esta dualidad cada vez que se presenta un problema cualquiera de ineficacia, de tal modo que con más frecuencia de la deseable trata como nulos de pleno derecho e inexistentes a contratos que, no pudiendo entrar en los lindes de la anulabilidad, sin embargo, en rigor, sólo habrían de considerarse ineficaces parcialmente o relativamente (inoponibilidad)»; también pp. 38-40 y 126.

¹⁵⁵ Expresamente, CASTRO, Federico de, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 531; RAGEL SÁNCHEZ, *Ejecución*, *ob. cit.*, p. 152, y *Protección del tercero*, *ob. cit.*, p. 211; SCHA-CHIAN, *ob. cit.*, p. 195; TRABUCCHI, *ob. cit.*, p. 189.

alguna de las partes del contrato, o sus herederos, pueden hacer valer, en su relación con la otra parte, dicha ineficacia obligacional»¹⁵⁶.

Por todo ello, no parece adecuado compartir la opinión que ve en la inoponibilidad una sanción, ni que sea de carácter preventivo, cuya finalidad sería la de evitar el daño o el perjuicio de terceros¹⁵⁷. Si el acto o negocio jurídico es válido y no resultan afectados sus efectos típicos, respecto de los cuales el legislador protege a determinados sujetos, no se aprecia en qué consiste la sanción, a no ser que se pretenda encontrar la sanción en el mero reflejo de la protección desde el punto de vista de las partes en el acto perjudicial, ni en qué se fundamenta la sanción, por cuanto en ningún momento se observa la infracción de norma legal alguna.

1.3 Inoponibilidad y ficción

Recientemente, Ragel Sánchez¹⁵⁸ y Linares Gil¹⁵⁹ han afirmado que la inoponibilidad constituye una técnica de ficción jurídica. Piensa, en este sentido, el primero de estos autores que es «*la ley la que concede al tercero esa facultad de considerar no existente la actuación jurídica ajena, como medida de protección frente a actos potencialmente perjudiciales. El mecanismo de la inoponibilidad supone una filigrana jurídica, un rasgo de finura utilizado por la norma jurídica: El sujeto protegido puede fingir que ignora la actuación ajena y el Derecho le protege, como si tal actuación ajena no se hubiera realizado. Estamos frente a una auténtica ficción*».

¹⁵⁶ PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, ob. cit., p. 38. LARROUMET, ob. cit., p. 521, se expresa así: «[l]’inopposabilité du contrat se distingue de la nullité, en raison de ce que la première se traduit par le droit pour les tiers d’ignorer l’existence d’un contrat qui demeure parfaitement valable dans les rapports des parties, tandis que la nullité se traduit par l’anéantissement du contrat aussi bien dans les rapports des parties qu’à l’égard des tiers»; similarmente, FLOUR, Jacques, y AUBERT, Jean-Luc, *Les obligations. L’acte juridique*, vol. I, París, 1990⁴, p. 256, señalan como diferencia entre nulidad e inoponibilidad que «[a]u lieu que le contrat soit entièrement détruit et que les choses se passent comme s’il n’avait pas existé, il continue d’engager pleinement les parties; il peut, simplement, être méconnu par les tiers ou par certains d’entre eux» (aunque no comparto su opinión de que nulidad e inoponibilidad tengan en común el estar fundamentadas en una irregularidad del contrato); y BÉNABENT, ob. cit., p. 115 indica que «[l]e contrat [inopposable] est alors d’une inefficacité limitée, mais non “nul” car il garde son caractère obligatoire entre les parties». Véase también MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, *Leçons de droit civil*, t. 2, 1r. vol., sixième édition par François Chabas, París, 1978, pp. 277-278.

¹⁵⁷ FERRARA SANTAMARIA, ob. cit., p. 187: «l’inopponibilità è una sanzione preventiva, in quanto previene il danno che, ingiustamente dal negozio giuridico pienamente efficace deriverebbe al terzo col sacrificio del suo diritto incompatibile». También hablaba de sanción BASTIAN, ob. cit., p. 352. En España, ÁLVAREZ VIGARAY, ob. cit., p. 96. En contra de la idea de la inoponibilidad como sanción, ahora RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, ob. cit., p. 97.

¹⁵⁸ RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, ob. cit., pp. 87-93 (la cita en pp. 88-89), idea que retoma en la p. 116 para diferenciar acción pauliana e inoponibilidad («[e]l ejercicio y triunfo de una acción de inoponibilidad produce el efecto de fingir que la actuación o situación nunca se ha producido»).

¹⁵⁹ LINARES GIL, ob. cit., p. 67: «[l]a inoponibilidad es una ficción legal en favor de los acreedores» (igualmente pp. 70 y 78; en p. 48 considera que también con la constitución *Per tolre fraus* los acreedores «disfrutaban de una verdadera *fictio iuris* »).

jurídica, que “tiene por objeto asimilar, en sus efectos, dos cosas distintas, considerar *como si* fuese de manera distinta a lo que es”».

La consideración de la inoponibilidad como técnica de ficción fue defendida por los autores que postulaban la teoría de la duplicidad de sujetos como consecuencia de la ineficacia relativa: si el negocio es ineficaz sólo frente a determinados sujetos, se finge que para éstos el disponente sigue siendo el propietario, mientras que el adquirente es el propietario para el resto de individuos no protegidos¹⁶⁰. Hay que destacar, sin embargo, que el abandono por insostenible de la teoría de la duplicidad de sujetos comportó, a su vez, el arrinconamiento de la idea de ficción¹⁶¹.

En efecto, ¿qué es lo que se finge? Si retomamos las palabras transcritas de Ragel Sánchez, el propio acto o negocio, la actuación jurídica ajena. Pero, entonces, se produce una contradicción: si con la inoponibilidad el ordenamiento jurídico protege a determinados sujetos de los efectos de un negocio jurídico válido —como ya sabemos que reconoce este mismo autor—, ¿cómo se puede pensar que, al mismo tiempo, se finge que el negocio válido y eficaz del que el ordenamiento jurídico protege no se ha realizado? Si se finge que el acto no ha tenido lugar, ya no es necesario que sus efectos resulten inoponibles, puesto que se fingirá, también, que los efectos no se han producido. No es «como si el negocio no existiera»; por el contrario, precisamente porque el negocio no sólo existe, sino que es plenamente eficaz, deben de ser protegidas aquellas personas que puedan ver perjudicado un interés legítimo. El razonamiento, además, no resiste la comparación que efectúa el autor con los efectos derivados del principio de la buena fe registral, donde sí que, en cambio, como dice expresamente el Preámbulo de la LH de 1944, hay una ficción jurídica, ya que hay que fingir algo que no existe: para el tercero hipotecario protegido, el acto otorgado por el titular registral que no es titular real y que, en el mundo extrarregistral sería ineficaz, tiene pleno vigor (lo que no era, es, si se me permite parafrasear la expresión que utilizaba Ragel Sánchez), y el acto no inscrito no le afecta (lo que era, no es). Nada de esto sucede con la inoponibilidad: el acto perjudicial era y es válido y eficaz, aunque sus efectos no perjudican a los terceros protegidos, que permanecen inmunes frente a ellos, porque, de otro modo —incluso si se finge que el acto no se ha realizado—, la protección resultaría superflua.

Otra cosa completamente distinta es que, a manera de recurso metafórico o de imagen, se diga que la inoponibilidad conlleva una situación tal como si el acto no se hubiera celebrado¹⁶². Si la inoponibilidad significa

¹⁶⁰ Así, por ejemplo, ENNECERUS-NIPPERDEY, *ob. cit.*, vol. 2.º, segunda parte, p. 730, nota 26: «[e]mplea, pues, la figura jurídica de ficción». En Francia, BASTIAN, *ob. cit.*, p. 196.

¹⁶¹ Con más detalle, BEER, *ob. cit.*, pp. 84 y 87. También en contra de la idea de ficción RUHWEDDEL, *ob. cit.*, p. 167.

¹⁶² Así lo hace, por ejemplo, PINTÓ RUIZ, «Los bienes», *ob. cit.*, p. 142: «[I]a transmisión existe para todos, *menos para el acreedor* que, sin necesidad de previa declaración, puede perseguir el bien *como si la transmisión no existiera*, porque para él —por disposición de la Ley— no existe».

la inmunidad ante los efectos de un acto jurídico, si estos efectos consisten en una transmisión del dominio, el perjuicio del sujeto protegido se evita mediante el mantenimiento del patrimonio de garantía con que éste contaba, de modo que puede continuar agrediendo el bien en cuestión, a pesar del acto dispositivo, con la finalidad de cobrar su crédito —en el caso que constituye el eje de este trabajo. La clave, pues, radica en la pervivencia de la garantía patrimonial y en la subsistencia del poder de agresión contra aquellos bienes que han salido del patrimonio del deudor en perjuicio de la garantía. El acreedor puede actuar contra ellos y cobrarse no obstante el acto jurídico válidamente celebrado entre las partes. Sólo en este sentido puede afirmarse que es como si el negocio no se hubiera celebrado, porque el acreedor no resulta perjudicado y, desde el punto de vista de la garantía de su crédito, su situación jurídica no ha experimentado variación alguna. Por lo tanto, no se observa que sea necesario acudir a la técnica de las ficciones, por cuanto nada necesita ser fingido.

2. LOS EFECTOS DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y LOS TERCEROS

El dogma de la relatividad absoluta de los contratos, entendidos como *res inter alios acta* en relación a quienes no intervinieron en ellos como partes, hace tiempo ya que entró en crisis. Ihering¹⁶³ destacó la existencia de unos efectos reflejos de los contratos que se propagaban más allá de las partes contractuales, y la doctrina actual se refiere con relativa frecuencia a la *oponibilidad* y a la *utilizabilidad* de los contratos por parte de los terceros. Con estos términos, ampliamente desarrollados en especial por la doctrina francesa, se pretende aludir a la existencia efectiva de los actos y los negocios jurídicos que conlleva que, en cuanto pertenecientes a la realidad jurídica, deben ser reconocidos y respetados —también en sus efectos— por los terceros. En este sentido, los contratos celebrados son oponibles a los terceros y, al mismo tiempo, estos terceros, en aquello que les pueda resultar ventajoso, los pueden utilizar invocando su existencia¹⁶⁴.

La inoponibilidad, literalmente, no significa más que la no-oponibilidad, esto es, la improcedencia de hacer valer la existencia del contrato y

¹⁶³ IHERING, Rudolph v., «Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen», *Jarhbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, Band 10, 1871, parte de la siguiente constatación: «die Isolirung der Wirkungen der rechtlichen Thatsachen auf die Person des unmittelbar Betheiligten ist daher eine Unmöglichkeit» (p. 246), que le permite ofrecer esta definición de efectos reflejos: «[d]ie Reflexwirkung ist eine durch besondere Verhältnisse bedingte und ausschließlich durch sie herbeigeführte ökonomisch vortheilhafte oder nachtheilige Folge einer in der Person des Einen eingetretenen Thatsache für eine dritte Person» (pp. 284-285).

¹⁶⁴ En la doctrina española, Díez-PICAZO, «Eficacia e ineficacia», *ob. cit.*, pp. 813-819, y *Fundamentos*, *ob. cit.*, I, pp. 398-403; RAMS ALBESA, Joaquín, en LACRUZ BERDEJO y otros, *ob. cit.*, II-1, pp. 546-547; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Notas sobre la oponibilidad», *ob. cit.*, *passim*, y comentario al artículo 1257, *ob. cit.*, 369-378; RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, *ob. cit.*, pp. 33-69; estos dos últimos autores con abundantes referencias bibliográficas.

de los efectos que de él derivan. Por ello, parece más oportuno situar la inoponibilidad no en sede de ineficacia negocial, sino en sede de los efectos de los actos jurídicos respecto de terceros, del modo que en la doctrina española indicó De Castro, en el sentido que «no ha[y] porqué incluirla entre las figuras de ineficacia negocial. Será entonces mejor estudiarla como una manifestación del fenómeno general del valor relativo de los negocios jurídicos, en cuanto títulos de derechos y obligaciones»¹⁶⁵.

En efecto, como he repetido diversas veces, lo que el legislador pretende conseguir con la inoponibilidad es la protección de unos concretos terceros frente a la realización de determinados actos jurídicos que les resultan perjudiciales. Entonces, necesariamente nos hallamos en presencia de un acto jurídico válido y que genera inicialmente su eficacia típica, puesto que de otro modo, es decir, si los efectos típicos no tuvieran que producirse, no sería necesario proteger a aquellos terceros, porque no podrían resultar perjudicados. Nos encontramos, por consiguiente, ante un problema derivado de la afectación de los terceros por la actuación jurídica ajena, en la que no han intervenido, y si bien en principio los efectos directos del acto en cuestión no pueden lesionar su posición jurídica (el fundamental art. 1257 del CC), los efectos indirectos, esto es, los efectos jurídicos que se desprenden de la mera existencia de aquel acto, sí pueden perjudicar a los terceros. En el caso que sirve de guía a este trabajo, la donación que efectúa el deudor y que reduce o desvanece la garantía patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil es perfectamente válida si cumple los requisitos exigidos para toda donación, y es eficaz en el sentido de comportar una transmisión de la propiedad, que adquiere el donatario. Que la donación no sólo es válida sino plenamente eficaz lo demuestra el hecho de que el donatario se convierte en propietario definitivo de la cosa donada, que en ningún caso retornará al donante (no hay revocación ni rescisión). Y, sin embargo, los acreedores pueden obtener la declaración judicial de que la donación les es inoponible si ejercen el remedio protector del artículo 340.3 de la Compilación, y en la medida en que los efectos del acto jurídico les resultan inoponibles, no sufren perjuicio alguno derivado del cambio de titularidad de las cosas donadas y podrán seguir agrediendo los bienes, con independencia de que ahora sean propiedad del donatario, quien no es su deudor; y puesto que la donación

¹⁶⁵ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 531. Manifiesta estar de acuerdo con él y lo transcribe, a pesar de afirmar previamente que «[e]n la teoría del negocio jurídico, aparece la inoponibilidad como uno de los supuestos de ineficacia relativa del negocio», GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo II, Madrid, 1993, pp. 71-75. También reproduce el texto de De Castro RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, ob. cit., p. 210, nota 2, autor que, como ya sabemos, defiende que la inoponibilidad no constituye un supuesto de ineficacia jurídica.

Por la misma razón, no se puede compartir la concepción de ÁLVAREZ VIGARAY, ob. cit., p. 81, de la inoponibilidad «como límite a la eficacia de los actos jurídicos». La inoponibilidad es una forma de protección frente a los efectos de los actos jurídicos, pero no un límite, porque los efectos jurídicos se desarrollan normalmente, aunque no puedan ser opuestos ante los terceros protegidos.

ha sido eficaz, el remanente que quede una vez satisfecho el acreedor permanece en el patrimonio del donatario. En fin, como establece la STS de 17 de julio de 1997, ya citada, a propósito de la aplicación del artículo 1317 del Código Civil, «toda modificación del régimen económico matrimonial implica que los bienes han de responder directamente frente al acreedor del marido por las deudas por este contraídas, señalando la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aún después de la disolución de la sociedad, pueden accionar los acreedores contra los bienes gananciales, incluso, que hubieren sido adjudicados al cónyuge no deudor, por exacta aplicación del artículo 1401 del Código civil».

Con este planteamiento, no es extraño que algunos autores se refieran a la técnica de la inoponibilidad con la expresión *irrelevancia*¹⁶⁶. El acto jurídico perjudicial sería irrelevante para los terceros protegidos. Afirmación completamente cierta si se tiene en cuenta el siguiente matiz: una vez declarada la inoponibilidad, el acto deviene efectivamente irrelevante. Pero no antes. El acto perjudicial es cualquier cosa menos irrelevante: si fuera irrelevante no sería necesaria la protección que dispensa el ordenamiento jurídico. La irrelevancia es una consecuencia de la inoponibilidad, por lo que no debe confundirse con ésta.

Puede afirmarse, desde esta perspectiva, que la inoponibilidad constituye una solución de equilibrio o de compromiso entre el libre poder de disposición del titular y la protección de los terceros que sufren un perjuicio como consecuencia del acto de disposición. Un equilibrio que se construye sobre la base de la indemnidad tanto de la validez y la eficacia del acto en cuestión —el acto continúa siendo válido y típicamente eficaz— cuanto de los terceros, que no ven afectada negativamente su situación jurídica, que no resultan lesionados. Constituye, en definitiva, el mecanismo de protección de los terceros y, en concreto en este trabajo, de los acreedores del donante, jurídicamente menos traumático, porque se mantiene intacto, desde el prisma de la validez y de la eficacia, el acto perjudicial¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Véanse, por ejemplo, los autores citados en la nota 131.

¹⁶⁷ Los autores han expresado esta idea de distintas maneras, desde la respectiva concepción de la figura. BASTIAN, *ob. cit.*, pp. 355-356, considera que «l'inoposabilité constitue un principe de bonne économie juridique (...) destiné uniquement à la protection des tiers, elle ne frappe les actes qui leur nuisent que dans les limites strictement nécessaires». Para FERRARA SANTAMARIA, *ob. cit.*, p. 196, la inoponibilidad «si presenta in fine come una appropriata applicazione giuridica del principio di ragion pratica del minimo mezzo». PAULUS, Gotthard, «Schranken des Gläubigerschutzes aus relativer Unwirksamkeit», *Festschrift für Hans Karl Nipperdey* (herausgegeben von Rolf Dietz und Heinz Hübner), Band I, München-Berlin, 1965, p. 909, afirma que «[m]it der Kategorie der relativen Unwirksamkeit steht der gesetzlichen Regelungstechnik ein Instrument vorbeugenden Rechtsschutzes zur Verfügung, mit dessen Hilfe das Interesse des Rechthinhabers an freier Ausübung seiner Dispositionsgewalt in besonders kunstvoller Weise auf das schon jetzt beachtenswerte, aber erst später definitiv kontrollierbare Interesse eines Dritten an der Gewährleistung künftigen

De cuanto vengo de decir se desprende que lo que resulta inoponible propiamente son los efectos del acto jurídico perjudicial o contradictorio y no el mismo acto. El acto, en tanto que válido y eficaz, es idóneo para producir la transmisión de la propiedad del objeto, y es este cambio en la titularidad lo que perjudica la posición jurídica del acreedor, porque disminuye o elimina el substrato patrimonial de la garantía *ex* artículo 1911 del Código Civil, y es por consiguiente este efecto lo que debe resultar inoponible al acreedor protegido.

3. LA INOPONIBILIDAD REGISTRAL Y LA NO REGISTRAL

Aunque hasta este momento me he referido a la inoponibilidad de forma unitaria, parece oportuno señalar que existen dos tipologías esenciales de inoponibilidad¹⁶⁸. Por un lado, la inoponibilidad registral, derivada de la inscripción o de la falta de inscripción de un acto jurídico en algún registro público. Por otro, la inoponibilidad que es ajena al funcionamiento tabular.

La inoponibilidad registral es una consecuencia de los principios que determinan la dinámica de los registros públicos, los cuales pretenden dotar de seguridad al tráfico jurídico por medio de la conversión en verdad oficial de los datos que son objeto de publicidad, a pesar de que no se correspondan con la realidad extrarregistral. De esta manera, el acto no publicado no afecta y es, por consiguiente, inoponible a quien ha confiado en la veracidad de los datos tabulares. La inoponibilidad, característica principal de los denominados sistemas registrales latinos, se considera por algunos de los autores más modernos como uno de los principios hipotecarios del sistema español¹⁶⁹.

Erwerbs abgestimmt werden kann. Die oft als zu schroff empfundene Alternative des Alles oder Nichts ist durch eine elegante Zwischenlösung verdrängt». CANARIS, Claus-Wilhelm, «Die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote», *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag* (herausgegeben von Ulrich Huber und Erik Jayme), Heidelberg, 1992, p. 13, señala que «bietet das deutsche Recht durch die Konstruktion relativer Unwirksamkeit i.S. der §§ 135 f. BGB einen Ausweg, der einen Kompromiß der Interessen auf der dinglichen Ebene erlaubt».

¹⁶⁸ Autores como BASTIAN o FERRARA SANTAMARIA destacaron una multiplicidad de tipos de inoponibilidad (por defecto de forma, por defecto de publicidad, por carecer de fecha cierta, por clandestinidad, por fraude, por simulación, etc.), pero o bien no constituyen auténticos supuestos de inoponibilidad en el sentido que defiendo en este trabajo, o bien son perfectamente reconducibles a la dicotomía básica de la que me ocupo en el texto.

¹⁶⁹ GORDILLO CAÑAS, Antonio, «Bases del derecho de cosas y principios inmobiliario-registrales», *ADC*, 1995, pp. 590-595; GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.*, t. I, pp. 541-542, t. II, pp. 29 ss. Más en general, la inoponibilidad constituye una característica común de los denominados registros de seguridad jurídica, tal como ha destacado PAU PEDRÓN, Antonio, *Curso de práctica registral*, Madrid, 1995, pp. 26-27, donde afirma: «porque la publicidad significa el ofrecimiento a los particulares de la *verdad oficial* sobre las situaciones jurídicas —de bienes y personas (físicas y jurídicas)—, el contenido de los registros es oponible a los terceros, tanto si estos lo conocen como si no lo conocen», matizando que «el conocimiento de un dato extrarregistral sí es un hecho impeditivo de la inoponibilidad».

Sin embargo, es igualmente posible construir la inoponibilidad sin el apoyo que supone la toma de razón en los libros registrales, por más que entonces, como se verá a continuación, hay que encontrar un fundamento distinto. El artículo 340.3 de la Compilación ofrece una muestra de esta posibilidad, e incluso pone de manifiesto cómo es posible pasar de un sistema de inoponibilidad registral a uno de no registral. En efecto, el sistema que derivaba de la constitución *Per tolre fraud* era de inoponibilidad registral, puesto que tenía por base la falta de registración de las donaciones en el libro público oportuno, sistema que no se propone modificar hasta el Proyecto de Apéndice de 1930. En él, como luego en la Compilación, se suprime el requisito de la registración y, ello no obstante, no se abandona el expediente de la inoponibilidad como mecanismo de protección de los acreedores del donante.

4. EL FUNDAMENTO DE LA INOPONIBILIDAD

La inoponibilidad constituye un mecanismo de solución del conflicto que se plantea entre el tercero y el propietario respecto de una misma cosa ¹⁷⁰. El donatario, en el ejemplo que guía este trabajo, ha adquirido la propiedad de la cosa donada, en conflicto con el acreedor del donante, ajeno a la donación y que contaba con aquel bien como garantía (art. 1911 del CC). La solución del conflicto pasa por otorgar primacía a la garantía –del acreedor– por encima de la propiedad –del donatario ¹⁷¹–, por cuanto el cambio de titularidad no afecta, no perjudica –es inoponible– al acreedor. Por consiguiente, parece oportuno preguntarse por el fundamento de la inoponibilidad.

Si dejamos a un lado a Álvarez Vigaray ¹⁷², que se ha esforzado en encontrar un particular fundamento para cada posible tipo de inoponibilidad, los autores que han estudiado esta figura han realizado un intento de sistematización con el fin de descubrir un fundamento unitario de la inoponibilidad. El primer fundamento se halló en la idea de seguridad. Así, Bastian indicó que era «le besoin d'assurer la sécurité des tiers qui a déterminé le législateur à intervenir pour les protéger; et il a pu le faire d'autant plus facilement que cette protection s'exerçait aux dépens de ceux auxquels est imputable le dommage dont se plaignent les tiers» ¹⁷³. En la

¹⁷⁰ En palabras de SCALISI, *ob. cit.*, p. 355 (también pp. 359-360), «[l]'inefficacia relativa vuole essere un rimedio posto a tutela dell'interesse del terzo, in quanto titolare di una situazione giuridica incompatibile con gli effetti dell'atto o che da essi riceve pregiudizio».

¹⁷¹ El mismo argumento utiliza HOLZAPFEL, Lothar, *Ehegattenschenkungen und Gläubigerschutz*, Bonn, 1979, pp. 22-23, con el fin de justificar la facultad que concedían a los acreedores para impugnar las donaciones entre cónyuges los §§ 32.2 KO y 3.1.4 AnFG en el derecho alemán.

¹⁷² ÁLVAREZ VIGARAY, *ob. cit.*, pp. 96 ss., donde menciona la buena fe, la protección de los acreedores, la preferencia o prelación de créditos, la «naturaleza de las cosas y la lucha contra el fraude», etc.

¹⁷³ BASTIAN, *ob. cit.*, p. 320. El autor hace referencia tanto a la seguridad dinámica, a partir de las ideas de buena fe y apariencia, en relación a la inoponibilidad por defecto de

misma línea, Ferrara Santamaria también contempla, desde el punto de vista de los sujetos activos de la inoponibilidad, la seguridad como su común fundamento: «la sicurezza delle relazioni giuridiche esige che colui il quale ha un diritto non debba vederne reso impossibile l'esercizio a causa del fatto (qui negozio) altrui», criterio que combina, desde la perspectiva de los sujetos afectados por la inoponibilidad, con la idea de la responsabilidad de los autores del negocio perjudicial¹⁷⁴.

Sin embargo, la idea de seguridad no parece un fundamento suficiente para la inoponibilidad. Por un lado, unas veces el ordenamiento jurídico intenta favorecer la seguridad en el tráfico y otras la seguridad jurídica, lo que puede dar lugar a situaciones contrapuestas¹⁷⁵. Por otro, no siempre la seguridad es aquello que justifica la inoponibilidad, y el caso del artículo 340.3 de la Compilación constituye un buen ejemplo de ello¹⁷⁶.

En realidad, no creo que sea posible encontrar un único fundamento de la inoponibilidad, sino que parece oportuno distinguir entre las inoponibilidades registrales y las no registrales. El fundamento de la inoponibilidad registral lo constituye la publicidad, que crea una apariencia, una verdad registral que se impone a la realidad extrarregistral, protegiendo a quienes de buena fe confían en los datos objeto de publicidad. No se protege necesariamente la anterioridad, como sucede paradigmáticamente en los supuestos de doble venta (art. 1473 del CC): la propiedad la adquiere aquel que inscribe primero en el Registro de la propiedad, a quien resultan inoponibles otros títulos anteriores, que a pesar de tal condición ceden ante los títulos posteriores inscritos.

Por contra, las inoponibilidades no registrales se fundamentan en la anterioridad de los derechos de crédito que son objeto de protección¹⁷⁷.

forma o de publicidad, como a la seguridad estática, en los casos de fraude en que se protegen los derechos adquiridos (p. 310).

¹⁷⁴ FERRARA SANTAMARIA, *ob. cit.*, pp. 37-50.

¹⁷⁵ Así, representan sendas manifestaciones del principio la inoponibilidad al titular registral actual de los derechos reales anteriores pero no inscritos (art. 32 LH), la inoponibilidad al deudor cedido del cambio de acreedor (art. 1527 del CC) o que nadie deba de resultar obligado por la actuación de un *falsus procurator* (art. 1259 del CC). Hay que tener presentes, con todo, las agudas observaciones de PAZ-ARES, Cándido, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *RDM*, 1985, pp. 7 ss.

¹⁷⁶ En contra, igualmente, de considerar la idea de seguridad el fundamento de la inoponibilidad, se han manifestado RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero, ob. cit.*, pp. 95-99; y VETTORI, *ob. cit.*, pp. 150-151, nota 61.

¹⁷⁷ Esta es la concepción de RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero, ob. cit.*, pp. 107 ss., que ve en la anterioridad el fundamento de la inoponibilidad. Así afirma que, «[a] mi juicio, la inoponibilidad se basa fundamentalmente en el respeto a los derechos adquiridos con anterioridad (...) El fundamento inmediato de la inoponibilidad consistirá, por lo tanto, en evitar que sean perjudicados los legítimos derechos de los terceros que ostentan derechos anteriores a la realización de una actuación ajena». No obstante, el autor tiene que acabar concediendo que no siempre la anterioridad resulta el fundamento de la inoponibilidad, como sucede en el artículo 1473 del Código Civil (pp. 126 ss.), y entonces se refiere al «juego combinado de las normas que protegen la apariencia y de las normas que protegen la anterioridad», con lo que admite de manera tácita que no se puede encontrar un único fundamento para todos los supuestos de inoponibilidad.

Creo que, por lo que ahora interesa y para cuanto sigue en el texto, es sumamente ilustrativo recordar el artículo 1360 del Proyecto de Código Civil de 1851, donde se explicita

Así, cabe afirmar que la garantía anterior prevalece sobre la titularidad –la transmisión de la propiedad– posterior. El deudor, en efecto, responde del pago de las deudas con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del CC), es decir, existe una garantía patrimonial universal con la que cuentan sus acreedores para cobrar. La salida de componentes del patrimonio del deudor lo empobrece y, por consiguiente, debilita o incluso evapora esta garantía patrimonial universal. El ordenamiento jurídico reacciona ante tal eventualidad y, puesto que si el acto jurídico cumple todos sus requisitos de validez no tiene por qué perder su eficacia, incluida la eficacia transmisiva –con la correspondiente *traditio*–, lo único que se requiere para proteger a los acreedores es mantener la responsabilidad patrimonial universal del deudor, lo que se consigue simplemente declarando inoponible la transferencia de la titularidad al acreedor, que podrá perseguir aquel bien como antes –esto es, cuando se hallaba todavía en el patrimonio del deudor– con la finalidad de hacer efectivo el cobro.

De este modo, la inoponibilidad se sitúa, con singularidad propia, al lado de otras normas que construyen el sistema de protección legal de los derechos de crédito nacidos con anterioridad frente a los cambios de titularidad de los bienes que garantizan su cobro ajenos a la voluntad de los acreedores, como ocurre con el fenómeno sucesorio. La más clara es, en el derecho catalán, la del artículo 392.1 del Código de Sucesiones, que establece que las donaciones *mortis causa* se regirán por las normas de los legados en cuanto al «derecho preferente de los acreedores hereditarios para el cobro de sus créditos», derecho preferente que se reconoce también a los acreedores que se acogen al beneficio de separación de patrimonios (art. 37 del Código de Sucesiones). El fundamento es el mismo: la preferencia que se reconoce a la garantía patrimonial anterior de satisfacción de los créditos *ex* artículo 1911 del Código Civil (o 34 del Código de Sucesiones) frente al cambio posterior en la titularidad del derecho de propiedad de los bienes que integran aquella garantía patrimonial universal.

Otro ejemplo de inoponibilidad que pone de manifiesto esta protección de derechos anteriores se encuentra en el artículo 216 del Código de Sucesiones. Este artículo dispone que determinados actos que realice el fiduciario, cuando no pueda llevarlos a cabo por sí solo y no hayan intervenido los fideicomisarios, «no afectan» a dichos fideicomisarios. Si no resultan afectados por estos actos (necesariamente perjudiciales, porque se prevé que sí les vinculen cuando el acto en cuestión «sea favorable al fideicomiso»), y al mismo tiempo no se menciona en ningún momento que tales actos se conviertan en nulos o ineficaces, es que devienen, simplemente, inoponibles. Se trata, en este caso, de evitar que el fiduciario pueda perjudicar mediante estos actos –procedimientos o expedientes,

que el cambio de régimen económico matrimonial por el de separación de bienes no perjudica los «derechos adquiridos con anterioridad por los acreedores», y el comentario de GARCÍA GOYENA transcrito *supra* nota 80.

laudos arbitrales y transacciones— al fideicomisario, a quien se transmite la herencia fideicomitida al cumplirse la condición o el término. En este caso, no se protege propiamente un derecho, ya que la delación de la herencia fideicomitida no se produce más que con el cumplimiento de la condición o el vencimiento del término, pero sí que existe, por lo menos, una expectativa a la herencia fideicomitida que se protege haciendo inoponibles aquellos actos en los que el fideicomisario no ha sido parte —porque no se le ha citado ni ha intervenido en la forma que prevé este artículo 216— y que pueden resultarle perjudiciales.

5. EL EJERCICIO DE LA INOPONIBILIDAD

La inoponibilidad constituye, a tenor de cuanto se ha dicho hasta ahora, un mecanismo de protección de terceros ajenos a una actuación jurídica que les perjudica. Presentada así, como mecanismo de protección, que además intenta hallar un punto de equilibrio entre esta protección y la libertad negocial, desde el momento en que deja incólume no sólo la validez sino también la eficacia del acto perjudicial, hacer valer la protección es una cuestión que interesa al tercero, en nuestro caso paradigmático al acreedor. La conclusión a la que se llega es que la inoponibilidad conlleva la atribución de una facultad al tercero, quien podrá ejercerla o no con el fin de defender sus intereses. Mediante esta facultad, podrá obtener la inoponibilidad del acto perjudicial, de modo que su posición jurídica se mantendrá exactamente igual que antes de la realización del acto perjudicial, de manera especial en cuanto a la subsistencia de la garantía patrimonial universal *ex* artículo 1911 del Código Civil¹⁷⁸. Por lo tanto, la inoponibilidad debe ser alegada siempre a instancia de parte, no pudiendo resultar aplicada de oficio.

Esta alegación de la inoponibilidad la podrá efectuar el tercero por vía de acción o de excepción¹⁷⁹, es decir, constituye tanto un mecanismo activo, procurando la declaración de la inoponibilidad al haber tenido conocimiento del acto de enajenación, como defensivo, frente a los obstáculos que se interpongan a la agresión contra los bienes enajenados (por ejemplo, se podrá alegar la inoponibilidad ante una tercería de dominio fundamentada en una donación posterior al nacimiento del crédito del ejecutante). La inoponibilidad tiene que hacerse valer precisamente porque el acto en cuestión es válido y eficaz y, en consecuencia, generador del cambio de titularidad que perjudica al tercero. Lo que, por el contrario, no es necesario, como ya he repetido, es atacar la eficacia del acto dispositivo,

¹⁷⁸ RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, *ob. cit.*, pp. 239-240. En este sentido, aunque impropriamente, BASTIAN, *ob. cit.*, pp. 257-258 y 344-345, y FERRARA SANTAMARÍA, *ob. cit.*, p. 192, hablarán de *renuncia a la inoponibilidad*, renuncia que configuran como una suerte de confirmación del negocio, lo que se explica por la configuración que realizan de la inoponibilidad como auténtica *ineficacia relativa*.

¹⁷⁹ Igualmente, RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero*, *ob. cit.*, p. 241.

por cuanto que supone una protección suficiente la conservación de la posición jurídica existente con anterioridad a la realización del acto perjudicial; sobre todo, permite continuar persiguiendo los mismos bienes para hacer efectivo el cobro de los créditos.

Otro tema que cabe plantearse es el de la posibilidad del ejercicio en vía subrogatoria del expediente de la inoponibilidad, sea por vía de acción o de excepción. La respuesta debe ser afirmativa. Si se acepta que la acción subrogatoria tiene como objetivo la conservación o el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, y que son ejercitables mediante ella los medios de defensa anexos a las titularidades del deudor, y se admite la legitimación de los acreedores para ejercer la acción revocatoria en particular¹⁸⁰, habrá que convenir en que existe identidad de razón para justificar el ejercicio por parte de los acreedores del acreedor de las acciones o excepciones de inoponibilidad de las que dispongan contra su deudor.

6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INOPONIBILIDAD

La inoponibilidad no afecta la validez ni la eficacia de la enajenación, por lo que el donatario deviene propietario de la cosa donada. Sin embargo, este efecto jurídico, el cambio de titularidad, resulta inoponible al acreedor protegido, por lo que la principal consecuencia que se deriva de la inoponibilidad es que el bien enajenado sigue garantizando (*ex art. 1911 del CC*) el cobro y, por consiguiente, continúa siendo perseguible por el acreedor. Por cuanto la inoponibilidad pretende mantener el nivel de garantía del crédito anterior al acto de enajenación, la responsabilidad *ex artículo 1911* puede igualmente exigirse sobre el bien donado, a pesar del cambio de titularidad, con lo que se consigue evitar el perjuicio del acreedor. Es ilustrativa de cuanto antecede la jurisprudencia relativa al artículo 1317 del Código Civil, que afirma, por ejemplo, que «existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aún después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales»¹⁸¹.

¹⁸⁰ JORDANO FRAGA, Francisco, *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1111 del CC)*, Madrid, 1996, pp. 42 ss., en general, y 154 para la acción revocatoria. Véase también BADOSA COLL, *Dret d'obligacions, ob. cit.*, pp. 209-211.

¹⁸¹ STS 7 de noviembre de 1997; en el mismo sentido, entre otras, las de 20 de marzo de 1989, 9 de julio de 1990, 15 de marzo de 1991, 19 de febrero de 1992 o 17 de julio de 1992, todas ellas ya citadas. En el mismo sentido se expresa LINARES GIL, *ob. cit.*, p. 68 («la ley mantiene la responsabilidad sobre el bien donado»), quien a continuación acude igualmente a la jurisprudencia sobre el artículo 1317 del Código Civil con el fin de completar su exposición. En relación a este último artículo y al cambio del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de bienes, indica SANCINIENA ASURMENDI, *ob. cit.*, p. 159, que «respecto a los acreedores se mantiene la responsabilidad de los bienes que inicialmente eran gananciales, aunque al haberse disuelto y liquidado la sociedad legal se hayan adjudicado al cónyuge no deudor». Similarmente se

Antes he señalado que la inoponibilidad constituye una facultad del acreedor que ve perjudicado su crédito. Ello impide entender que actúe *ope legis*, sino que es preciso obtener una declaración judicial. No obstante, esta declaración judicial no exige en todo caso un proceso declarativo previo, sino que la procedencia de la inoponibilidad puede ventilarse en el mismo procedimiento de ejecución, en el que deberán acreditarse la donación y el perjuicio, mientras que el deudor o el donatario podrán alegar aquellas excepciones que estime oportunas o señalar otros bienes con que hacer efectivo el crédito¹⁸².

Porque el problema práctico que cabe objetar a esta construcción de la inoponibilidad es la procedencia del embargo contra bienes que son de titularidad de quien no es el deudor en el caso que el donatario haya procedido a practicar la oportuna inscripción a su favor en el Registro de la Propiedad. En concreto, el obstáculo radicaría en el artículo 140.1.ª RH, según el cual «[s]i la propiedad de la finca embargada apareciese inscrita a favor de una persona que no sea aquella contra quien se hubiere decretado el embargo, se denegará o suspenderá la anotación, según los casos»¹⁸³. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha encontrado la manera de esquivar la objeción en la aplicación del artículo 1317 del Código Civil. La Sentencia de 20 de marzo de 1989, con cita de otros pronunciamientos, afirma lo siguiente: «sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, cuando la demanda se dirigió contra el esposo deudor y a la esposa se le notificó la existencia del proceso y la práctica del embargo, a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, como ocurrió en este supuesto litigioso, pues esta Sala tiene declarado –Sentencia de 26 de septiembre de 1986– que “la locución del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, exigiendo la interposición de la demanda contra ambos cónyuges para hacer posible el embargo por deudas a cargo de la sociedad, fue matizada por la Dirección General de los Registros en el sentido de que para la salvaguarda de los derechos de la mujer sobre los inmuebles comunes era

expresan CABANILLAS SÁNCHEZ, *CCJC*, núm. 19, *ob. cit.*, *passim*, o RAGEL SÁNCHEZ, *Protección*, *ob. cit.*, pp. 209-224.

¹⁸² Véase LINARES GIL, *ob. cit.*, pp. 70-73.

¹⁸³ El problema lo apuntó PINTÓ RUIZ, voz «Insinuación», *ob. cit.*, p. 865, y ha encontrado eco en sendos Autos del Presidente del TSJ de Cataluña en la resolución de dos recursos gubernativos relativos a la misma finca. En el primero, de 5 de diciembre de 1994 (*Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 60, enero 1995, pp. 85-86), tras reproducir «el claro texto» del artículo 140.1 RH, razona que «la denegación de la anotación viene obligada al Registrador en obediencia a los principios de legalidad y tracto sucesivo (...), sin que afecten al supuesto los [arts.] 34 de la misma Ley [Hipotecaria] y 340.3 de la Compilación en la forma que son interpretados por el recurrente». El segundo, de 7 de febrero de 1995 (*Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 61, febrero-marzo 1995, pp. 156-157), se remite a la doctrina expuesta en el Auto anterior, «no sin antes abundar en el hecho de que el último inciso del artículo 340.3 de la Compilación de Dret Civil de Catalunya (“sempre que manquin altres recursos legals per a llur cobrament”) demuestra claramente la sinrazón del recurrente».

suficiente que le fuese notificada la pendencia del proceso contra su consorte y el embargo”». Por lo tanto, de acuerdo con esta doctrina, no se plantea mayor problema cuando la anotación preventiva de embargo deriva de un previo proceso declarativo, cuyo tema litigioso ha sido la inoponibilidad de la donación y en el cual hayan sido demandados el deudor-donante y el donatario o sólo el deudor-donante si, por lo menos, se le notifica al donatario la pendencia del proceso¹⁸⁴.

Desde esta concepción de la inoponibilidad, hay que conceder que si el adquirente que ve declarado el acto de disposición inoponible repara el perjuicio ocasionado causa de la inoponibilidad –así, en el caso que nos ilustra, si satisface el crédito perjudicado–, podrá impedir las consecuencias que comporta la inoponibilidad, paralizando sus efectos, en particular evitando que se mantenga el poder de agresión del acreedor contra el bien enajenado. Por consiguiente, un primer límite a la inoponibilidad viene constituido por el propio perjuicio en que se sustenta. Y que, por otra parte, la inoponibilidad tiene como segundo límite la protección que el ordenamiento jurídico concede a los terceros de buena fe, de modo que el adquirente en el acto perjudicial quedará afectado por la inoponibilidad, pero el subadquirente de buena fe a título oneroso permanecerá inmune.

V. EL PLAZO DE EJERCICIO DEL MECANISMO PROTECTOR EX ARTÍCULO 340.3 DE LA COMPILACIÓN

1. LA DETERMINACIÓN DEL PLAZO

Por lo que se refiere al plazo de ejercicio de la acción que otorga el artículo 340.3 de la Compilación a los acreedores para defender la garantía patrimonial de su deudor frente a los actos gratuitos de disposición que este efectúa, últimamente la doctrina ha venido discutiendo el *dies a quo* de este ejercicio, sobre todo a raíz de la STSJ Cataluña de 30 de enero de 1992, antes citada. Por el contrario, no ha sido objeto de discusión cuál es el plazo en el que los acreedores deben ejercer el remedio protector que les concede aquel artículo.

En efecto, los autores se han mostrado coincidentes en la afirmación de que nos encontramos ante un plazo de caducidad de cuatro años. Han sido, en particular, Puig Ferriol y Roca Trías los defensores de esta tesis.

¹⁸⁴ Así también en relación a la inoponibilidad derivada del artículo 1317 del Código Civil y al subsiguiente mandamiento de embargo contra los bienes adjudicados e inscritos a favor del cónyuge no deudor, CABANILLAS SÁNCHEZ, *CCJC*, núm 11, *ob. cit.*, p. 3764; RAGEL SÁNCHEZ, *CCJC*, núm 14, *ob. cit.*, pp. 4542-4543; SANCIÑENA ASURMENDI, *ob. cit.*, pp. 182 ss. LINARES GIL, *ob. cit.*, pp. 73-79 y 81, además, defiende que los bienes donados puedan ser directamente trabados sin necesidad de un proceso declarativo judicial *ad hoc*, bastando con notificar el embargo al donatario quien podría discutir la efectiva concurrencia de los requisitos de aplicación del artículo 340.3 de la Compilación en el propio procedimiento de ejecución.

Estos autores se plantearon las siguientes posibilidades: la primera, aplicar el artículo 344, que establece que «las acciones y derechos, sean personales o reales, que no tengan señalado plazo especial... prescribirán a los treinta años...»; esta solución se basaría en que la reconocida en el artículo 340.3 no tiene ese plazo especial; en contra se puede alegar que el artículo 344 contiene normas sobre prescripción y las acciones rescisorias y revocatorias no prescriben, sino que caducan (Castro). Por otra parte, el origen visigodo del artículo 344 (usatge *Omnes causae*) impediría aplicarlo sin más a una institución autóctona, que en definitiva modifica la acción pauliana, manteniendo el sistema romano del fraude de acreedores. Por todas estas razones nos parece inaplicable el artículo 344 y el plazo de prescripción en él establecido. Otra solución sería aplicar el artículo 1299 del Código Civil que responde mejor al criterio romano. El plazo de cuatro años es más adecuado a la naturaleza de la acción, ya que en un supuesto parecido, en la rescisión por lesión, el artículo 323.3 establece un plazo de caducidad de cuatro años, que se adecúa también a la legislación hipotecaria (art. 37.3 LH)¹⁸⁵. En la jurisprudencia, se han expresado en favor de este plazo de caducidad de cuatro años la STSJ Cataluña de 30 de enero de 1992, a partir de la aplicación supletoria del artículo 1299 del Código Civil, y la SAP Barcelona de 6 de abril de 1990¹⁸⁶.

Por contra, Roca Sastre¹⁸⁷ defendió un plazo distinto, sin referirse a si era de prescripción o de caducidad, y sin apoyar tampoco su postura; en realidad, dedica a la cuestión la última línea de su trabajo: «[l]a acción revocatoria tiene una duración de cinco años, a contar de la fecha de la donación».

Decantarse por alguna de las posibilidades comentadas hasta este momento exige una primera constatación: en efecto, el artículo 340.3 de la Compilación guarda un silencio absoluto por lo que concierne al posible plazo de ejercicio de la acción, igual como a su hipotética naturaleza. Lo que no significa novedad alguna, sin embargo, ya que a lo largo de la tradición jurídica no se encuentra ninguna referencia de este tipo, ni en la constitución *per tolre fraus* ni en ninguno de los precedentes del vigente artículo.

Como decían Puig Ferriol y Roca Trías, entonces la primera solución que cabe pensar es que, a falta de un plazo específico, haya que acudir al plazo general del artículo 344.2 de la Compilación de treinta años, plazo

¹⁸⁵ PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Fundamentos*, ob. cit., p. 89; después, ROCA TRÍAS, en PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones*, ob. cit., pp. 177-178. De acuerdo con el razonamiento, EGEA FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 822.

¹⁸⁶ La calificación del plazo podría haber tenido trascendencia en esta sentencia por que si se consideraba un plazo de caducidad, según cuál se estimara que era el *dies a quo*, hubiera tenido que apreciarse de oficio. Siguiendo la opinión antes mencionada de Puig Ferriol y Roca Trías, se reputa aplicable supletoriamente el artículo 1299 del Código Civil y el plazo de caducidad de cuatro años, plazo que «no carece de específicas manifestaciones en la propia Compilación», en referencia al artículo 322 sobre rescisión por lesión.

¹⁸⁷ ROCA SASTRE, «La acción», ob. cit., p. 17.

que lo es de prescripción. Esta solución es la que, en relación al derecho civil estatal, ha adoptado el TS en relación al artículo 1317 del Código Civil que, como sabemos, determina un régimen de inoponibilidad al igual que el artículo 340.3 de la Compilación. La Sentencia de 27 de octubre de 1989¹⁸⁸, en atención a la inexistencia de previsión al respecto en este artículo, ha aplicado el plazo general de prescripción de las acciones personales de quince años. De los dos motivos de rechazo de esta posibilidad que alegan Puig Ferriol y Roca Trias, el argumento de que el origen visigótico del *usatge Omnes causae*, precedente histórico del vigente artículo 344 de la Compilación, impediría que fuera aplicable sin más a una institución autóctona, no parece demasiado consistente. Dejando a un lado que no se entiende por qué el carácter de *autóctono* no puede aplicarse a un *usatge*, el artículo 344 se expresa con la suficiente generalidad como para no hacer distinciones a partir de orígenes históricos remotísimos. En cuanto a que el artículo 344 se refiere a prescripción y que las acciones rescisorias no prescriben, supone un apriorismo sobre la naturaleza jurídica del remedio protector del artículo 340.3: en las páginas precedentes se ha intentado demostrar que la protección de los acreedores del donante se articula sobre la base de la inoponibilidad y no de la rescisión, por lo que no se puede compartir el argumento final en favor de un plazo de cuatro años del artículo 1299 del Código Civil por ser «el más adecuado a la naturaleza de la acción», ya que el artículo 340.3 de la Compilación no constituye supuesto alguno más o menos modificado o *especial* de acción pauliana, sino que se trata de un mecanismo distinto, que no impide ampararse en la pauliana pero que sí le resulta simultáneamente incompatible¹⁸⁹.

Hay que rechazar, por consiguiente, que la protección de los acreedores que se establece en el artículo 340.3 de la Compilación esté sometido a un plazo de caducidad de cuatro años, a pesar del prestigio de los autores que lo defienden y los pronunciamientos judiciales que lo aplican. Pugna en su contra, por un lado, por lo que se refiere al criterio analógico, que este es el plazo propio de las acciones rescisorias, como por ejemplo la acción de rescisión por lesión que sí tiene fijado un plazo de cuatro años, mientras que el artículo 340.3 se sitúa en el polo opuesto a las acciones rescisorias y, en particular, a la acción pauliana al dejar incólume la eficacia del acto perjudicial¹⁹⁰. Y, por otro lado, en cuanto a la aplicación

¹⁸⁸ Vid. *supra* nota 74 y texto concordante. Hay que señalar que la sentencia acepta la aplicación de este plazo por parte de la Audiencia, que lo aplicó sobre la base que la acción *ex* artículo 1317 del Código Civil no es de rescisión, como resulta de los FFDD primero y segundo.

¹⁸⁹ Cabe destacar, en este sentido que, en Italia, FERRARA SANTAMARIA, *ob. cit.*, p. 193, nota 10, quien como ya se ha mencionado configura la acción revocatoria como un supuesto de inoponibilidad, en plena coherencia con este planteamiento considera inaplicable el plazo quinquenal de prescripción de las acciones rescisorias que establecía el artículo 1300 *Codice* de 1865: «[c]ostruita la revocatoria come un'azione d'inopponibilità, resta escluso la possibilità della prescrizione quinquennale del 1300 c. c. Il tempo necessario per la prescrizione sarà quindi, come nelle altre ipotesi d'inopponibilità, trenta anni».

¹⁹⁰ A favor también de la aplicación analógica del artículo 322 de la Compilación, aunque a causa de las motivaciones que se indicarán en el apartado siguiente, MEZQUITA

supletoria del artículo 1299 del Código Civil, el mismo concepto de supletoriedad. La supletoriedad supone que ante la insuficiencia del ordenamiento jurídico de aplicación preferente, sea por falta de regulación, sea porque la regulación existente es incompleta, entra a colmar la laguna otro ordenamiento jurídico, en nuestro caso el ordenamiento jurídico civil estatal. La disposición final 4.^a de la Compilación es clara en este sentido: «en lo que no prevén las disposiciones del derecho civil de Cataluña rigen supletoriamente los preceptos del Código Civil»¹⁹¹. Por lo tanto, defender la aplicación supletoria del artículo 1299 del Código Civil es, de nuevo, hacer apriorismo de que el silencio del artículo 340.3 constituye una insuficiencia del ordenamiento jurídico civil catalán.

En mi opinión, es muy significativo que no sea simplemente el vigente artículo 340.3 de la Compilación el que guarde silencio sobre su plazo de ejercicio: esta es una constante que se mantiene no sólo a lo largo del período compilador, en el que siempre se podría invocar una presunta supletoriedad del Código Civil, sino que encuentra su primera manifestación en la misma constitución *Per tolre fraus*. Parece difícil, por lo tanto, sostener que a lo largo de más de cuatro siglos se ha omitido legalmente, de manera voluntaria o involuntaria, la cuestión del plazo de ejercicio de remedio protector. Entonces, si tenemos en cuenta que no he sabido encontrar ningún autor que haya analizado este problema en la tradición jurídica catalana, y que he rechazado la aplicación supletoria del artículo 1299 del Código Civil, ¿cuál es la solución?

La solución pasa por atender a la función que cumple el artículo 340.3 de la Compilación y a su concreción técnico-jurídica, es decir, a la inoponibilidad. La inoponibilidad, como se ha destacado en las páginas precedentes, constituye un mecanismo de defensa de los acreedores que les garantiza el mantenimiento de la garantía patrimonial con que contaban antes de que el deudor procediera a la realización de actos de enajenación a título gratuito, que deja incólume la eficacia jurídica del acto de disposición pero que faculta a los acreedores para permanecer inmunes a dicha eficacia. Planteada de esta manera la inoponibilidad, aquello que es esencial es el crédito a cuyo servicio —esto es, a su protección— se ordena el mecanismo. Esto permite descartar la aplicación al caso de plazo general de prescripción del artículo 344.2 de la Compilación, por una razón de coherencia y de oportunidad jurídica.

DEL CACHO, José Luis, «Sobre la supuesta especialidad del derecho catalán respecto al cómputo de la caducidad de la acción rescisoria de donaciones en fraude de acreedores (A propósito de la Sentencia de 30 de enero de 1992 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña)», *RJC*, 1994, pp. 165-166.

¹⁹¹ Para el concepto de supletoriedad, SALVADOR CODERCH, Pablo, «El Derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo artículo 1 de la Compilación catalana», en *La Compilación y su historia*, Barcelona, 1985, pp. 354 ss., y comentario a la disposición final cuarta de la Compilación, en *Comentaris a les reformes del dret civil de Catalunya, ob. cit.*, pp. 785-789; MIRABELL ABANCÓ, Antoni, comentario al artículo 26.1 y 2, en *Comentari sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, vol. I, Barcelona, 1988, pp. 357 ss.

¿De qué sirve un plazo de prescripción de treinta años para proteger, pongamos por caso, un crédito nacido de responsabilidad extracontractual que tiene un plazo de exigibilidad de un año (art. 1968.2 del Código Civil). ¿Para proteger al cónyuge con derecho a la cuarta viudal, derecho que prescribe a los cinco años (art. 384.4.º del Código de Sucesiones)? ¿Para la protección del derecho de crédito en qué consiste la legítima catalana que es exigible durante quince años (art. 378 del Código de Sucesiones)? No tiene sentido, en efecto, que el plazo del remedio protector de los acreedores tenga una vigencia más prolongada que el crédito que se trata de proteger.

Con esto nos acercamos a la solución que propongo. Creo que el silencio del artículo 340.3 de la Compilación, como antes el de la constitución *per tolre frauds*, es consciente: una vez que se construye el sistema de protección de los acreedores sobre la noción esencial del perjuicio con exclusividad, la protección no puede ir más allá que el crédito que es protegido. Ésta es la razón por la que no existe un plazo único. Los acreedores pueden ampararse en el artículo 340.3 mientras el crédito protegido del perjuicio sea exigible, de modo que, en si mismo considerado, el remedio protector carece de un plazo de vigencia propio¹⁹². El plazo durante el que puede aplicarse la inoponibilidad que resulta de este artículo de la Compilación catalana es el de exigibilidad del crédito susceptible del perjuicio derivado del acto del deudor¹⁹³.

Si se aceptan estos argumentos, la conclusión a la que se llega es que el plazo de ejercicio del artículo 340.3 de la Compilación será de caducidad o de prescripción en función de si el derecho protegido lo está, a su vez, a uno de aquella o esta modalidad¹⁹⁴.

¹⁹² Así también LINARES GIL, *ob. cit.*, pp. 64-65: «no existe un plazo de inoponibilidad. (...) La inoponibilidad desplegará sus efectos mientras subsistan los créditos», a no ser, por supuesto, que el donatario pueda alegar prescripción, lo que prácticamente en Cataluña sólo puede pensarse en relación a los bienes muebles en atención a su plazo más breve de seis años (art. 342 de la Compilación, que indica para los inmuebles uno de treinta años en el cual habrán prescrito la mayoría de créditos).

¹⁹³ No creo, pues, que pueda ser aplicable a la solución que propongo la crítica que formuló a la hipotética aplicación del plazo general de prescripción del artículo 344.2 de la Compilación o a la inexistencia de plazo (de manera que las donaciones «no perjudicarán nunca»). MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, p. 162: «incertidumbre jurídica a la que conduciría tanto una tesis como otra, habida cuenta de la transmisibilidad sucesoria de todas las acciones, y entre ellas de la rescisoria, con la consiguiente repercusión sobre el tráfico de todos los inmuebles en cuya historia anterior hubiera acaecido alguna donación».

De la opinión transcrita *supra*, nota 80, de RODRÍGUEZ MORATA, *ob. cit.*, pp. 202-204, en el sentido de que el ejercicio por los acreedores de la prescripción ganada y renunciada por su deudor, supuesto que he calificado de inoponibilidad, no está sometido a plazo alguno de caducidad, no creo que se pueda inferir que en cualquier momento sea alegable, sin sumisión a ningún tipo de plazo. Lo que sucede es que este autor parece pensar en el ejercicio vía excepción de la prescripción ganada (p. 211), que entonces sí que no está sujeta a limitación temporal.

¹⁹⁴ Sin embargo, no creo descabellado que pueda defenderse que la protección *ex artículo 340.3* está sometida siempre a un plazo de caducidad, con la finalidad de evitar que puedan desconectarse la vigencia del crédito protegido y del mecanismo de protección, de modo que fuera siempre apreciable de oficio.

2. EL DIES A QUO

Una cuestión distinta es la relativa al *dies a quo* de ejercicio de la acción *ex* artículo 340.3 de la Compilación. Con independencia del crédito que se trate de proteger y, en concreto, de su plazo de exigibilidad, el *dies a quo* debe ser invariable. Pues bien, las posibilidades teóricas son dos: considerar que el plazo de ejercicio empieza a correr desde que se realizó el acto de disposición a título gratuito o que lo hace desde que el acreedor perjudicado tuvo –o pudo tener– conocimiento de él.

El TSJ Cataluña, en la ya citada Sentencia de 30 de enero de 1992, se decantó por la segunda opción. Más en concreto, determinó como *dies a quo* la fecha en la que el acto de disposición tuvo acceso al Registro de la propiedad. El argumento esencial que se utiliza, además de la jurisprudencia del TS en otras materias pero de la que se sirve para el razonamiento analógico, es el siguiente: «la doctrina más autorizada cree que siendo tan fáciles en esta materia las ocultaciones fraudulentas por parte de los deudores, el plazo de caducidad ha de contarse desde que el acreedor debió conocer la existencia del negocio jurídico fraudulento, tesis que concuerda con los principios que inspiran la tradición jurídica catalana, contraria a la aplicación automática del artículo 37, *in fine* de la Ley Hipotecaria, cuidadosa de evitar a toda costa el perjuicio de los acreedores del donante estableciendo un sistema de publicidad registral». Con anterioridad, la SAP Barcelona de 6 de abril de 1990 había aplicado el mismo criterio con una línea argumental muy parecida: «si bien la Compilación ha suprimido el requisito de la insinuación, de ello no cabe deducir que la fecha de la donación oculta –a ello no es obstáculo su incorporación a un archivo notarial–, determine el inicio del cómputo del plazo de caducidad ya que, como sostiene la sentencia de esta misma Sala de 5 de marzo de 1990, en tal caso la previsión no sólo se revelaría inútil, sino contraria al principio de que tan sólo pueden perecer y caducar aquellas acciones y derechos que objetivamente pudieron ser ejercitados y, en el presente caso, dada la clandestinidad de la donación, su eficacia no puede ser controvertida hasta que ha surgido a la luz en el presente litigio»¹⁹⁵.

Contra esta solución jurisprudencial se manifestó en contra de forma rotunda Mezquita del Cacho. Según su parecer, y dejando ahora a un lado la alegación de que la interpretación que hace la sentencia vulnera la Constitución –el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de derecho civil– porque el derecho catalán no puede contener especialidad alguna –por carecer de competencia para

¹⁹⁵ Igualmente, la SAP Barcelona (Sección Decimosexta) de 3 de marzo de 1997 (*RJC, Jurisprudència*, 1997, pp. 698-700, ponente: Sra. Amat). Puede tenerse en cuenta, también, el argumento analógico que se obtiene del artículo 23.2 Ley catalana 6/1990, de 16 de marzo, de censos, que establece que, en defecto de notificación, el derecho de retrato en que se manifiesta la *fadiga* podrá ejercitarse en el plazo de un año desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el Registro de la propiedad.

ello¹⁹⁶— en la determinación del *dies a quo*, el principio legal es otro, y es el que se encuentra en el artículo 37 LH. Este artículo señala que el cómputo de las acciones rescisorias se inicia desde el día de la enajenación fraudulenta, sin que la referencia al «tercero» constituya ningún obstáculo, por cuanto lo es al «tercero civil» en sentido amplio. Por consiguiente, habría que computar desde la fecha de la enajenación y no desde la fecha de su acceso al Registro¹⁹⁷.

Resulta innecesario, ahora, volver a discutir sobre la naturaleza jurídica del remedio protector del artículo 340.3 de la Compilación y afirmar que, una vez se ha negado que se trate de una acción rescisoria, poco importa la interpretación que merezca el artículo 37 LH. Otros autores han aportado argumentos en favor de la doctrina sentada por el TSJ Cataluña desde la perspectiva, además, de la acción pauliana. En particular, ha sido Jordano Fraga quien ha defendido esta posición, recurriendo como argumento esencial al artículo 1969 del Código Civil, que se refiere al «día desde que pudieron ejercitarse» las acciones, día que ha de reputarse aquél en que se tuvo la posibilidad de conocer la existencia del acto de enajenación, lo que acontece con su inscripción en un Registro público, en particular el Registro de la propiedad¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Considera MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, pp. 163-164, que la pretendida existencia de un cómputo «especial» del plazo de ejercicio de la acción rescisoria «invade el área de las “bases de las obligaciones contractuales”»; materia acerca de la cual el artículo 149, apartado 1, regla 8.ª, de la Constitución española, reserva al Estado la competencia legislativa exclusiva; de modo de cualquier norma legal especial de Derecho civil catalán concierne a este área, sería inconstitucional, y ello tanto si fuera anterior como posterior a la Constitución». Aunque aceptemos dialécticamente que el artículo 340.3 constituye un supuesto de acción rescisoria e, incluso, que la interpretación que haga de una norma un Tribunal pueda ser inconstitucional porque vulnera el reparto constitucional de competencias —recordemos que el artículo del autor analiza una STSJ Cataluña y no un texto legal, porque el artículo 340.3 no se pronuncia expresamente sobre el tema—, no podemos estar de acuerdo con la tacha de inconstitucionalidad, por una razón obvia: ninguna norma de Derecho civil catalán anterior a la Constitución puede resultar inconstitucional por defecto de competencia autonómica, porque si la norma es preconstitucional, es una ley estatal y no autonómica, y no hay posible invasión competencial (la Compilación era Ley de las Cortes Españolas de 21 de julio de 1960), y no parece admisible postular la inconstitucionalidad derivada de la incorporación al Texto Refundido de 1984, que se limitó a traducir al catalán dicho artículo. Además, sea cual sea la interpretación que haya que dar a las «bases de las obligaciones contractuales» (compárense BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución», y RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, «Sobre la interpretación de la expresión “bases de las obligaciones contractuales” del artículo 149.1.8.ª de la Constitución», ambos en MORENO QUESADA, Bernardo (coordinador), *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1989, pp. 98 ss. y 225 ss.; BADOSA COLL, Ferran, «La competencia de la Generalitat i les bases de les obligacions contractuales», ponencia de las *Sisenes Jornades de Dret Català a Tossa*, inédita; GAYA SICILIA, Regina, *Las «bases de las obligaciones contractuales»*, Madrid, 1991; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución (art. 149.1.8.ª)*, Madrid, 1991, y «Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las bases de las obligaciones contractuales», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, pp. 151 ss.) lo que resulta innegable es que son, justamente, bases, de manera que no es defendible la equiparación entre derecho de obligaciones y competencia exclusiva del Estado.

¹⁹⁷ MEZQUITA DEL CACHO, *ob. cit.*, especialmente pp. 169-170.

¹⁹⁸ JORDANO FRAGA, «El dies a quo», *ob. cit.*, pp. 111 ss.

También García García¹⁹⁹ se muestra favorable a la interpretación realizada por el TSJ Cataluña, tanto desde el punto de vista del Código civil (la posibilidad de ejercicio del art. 1969 del CC), la LH (la referencia del art. 37 al «día de la enajenación fraudulenta» se ha de entender hecha a la enajenación publicada por el Registro, apoyándose en la Exposición de Motivos de la LH de 1861 y en la interpretación lógica del precepto, ya que si la enajenación no se inscribe no puede ser aplicada y sólo desde la fecha de la inscripción existe para terceros) y el propio derecho civil catalán. En efecto, como ya sabemos, el precedente histórico del vigente artículo 340.3 de la Compilación, la constitución *Per tolre frauds*, se fundamentaba en la registración de las donaciones, criterio que debe mantenerse a pesar de que se haya prescindido del requisito de la insinuación (art. 340.1 de la Compilación).

Además, esta es la interpretación por la que se decanta la jurisprudencia del TS más reciente. Primero fue la Sentencia de 16 de febrero de 1993 y, luego, la de 4 de septiembre de 1995, en la que textualmente se afirma, con cita de la anterior: «se puede ejercitar la acción rescisoria desde el acto fraudulento, mas, si el mismo se oculta, desde el conocimiento que, como hablamos de posibilidad legal, siempre será desde la inscripción en el Registro como *dies a quo*»²⁰⁰.

Pues bien, creo que esta es la solución que hay que defender para el artículo 340.3 de la Compilación catalana. No sólo por el inciso final del artículo 1969 del Código Civil, que ciertamente aboga por la posibilidad del ejercicio de la acción sólo si se conoce la existencia del acto perjudicial, sino porque la tradición jurídica, en tema de protección de los acreedores, se ha basado en la publicidad derivada de la inscripción del acto de disposición a título gratuito y, aunque la insinuación ya no forma parte del derecho vigente, sí que su *ratio* debe inspirar la interpretación del artículo (art. 1.2 de la Compilación) en favor de los acreedores, quienes deben resultar protegidos frente a los actos clandestinos que les perjudiquen. El «no perjuicio» que persigue el artículo 340.3 representa el argumento esencial que permite afirmar que el *dies a quo*, de ejercicio del remedio protector, viene determinado por el conocimiento del acto de dis-

¹⁹⁹ GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de enero de 1992 en relación con el cómputo de la acción rescisoria a partir de la publicidad registral», *RJC*, 1995, pp. 207 ss.

²⁰⁰ *RAJ* 774, ponente: Sr. Malpica González-Elipe (curiosamente se trata de un asunto proveniente del juzgado de Primera Instancia de la Bisbal d'Empordà, y en el recurso de casación se alega conjuntamente la infracción del artículo 340.3 de la Compilación en cuanto al *dies a quo*), y *RAJ* 9203, ponente: Sr. Fernández-Cid de Temes, respectivamente. Más conciliadora resulta la STS de 4 de noviembre de 1996, *RAJ* 7910, ponente: Sr. Almagro Nosete: «el cómputo deberá realizarse atendidas las peculiaridades del caso concreto, armonizándose los intereses generales que exigirían hacerlo a partir de la celebración del acto (...) y los propios de los interesados, que exigen el conocimiento del daño y la posibilidad de actuar». Se puede comprobar, pues, que ha desaparecido la presunta «especialidad» de la STSJ Cataluña de 30 de enero de 1992 y, por consiguiente, el argumento de inconstitucionalidad de MEZQUITA DEL CACHO (*supra*, notas 190 y 196).

posición ²⁰¹, conocimiento que necesariamente se deriva –por lo menos su posibilidad– de la inscripción en el Registro de la propiedad como mecanismo legal de publicidad de las titularidades jurídico-reales.

Ahora bien, hechas las anteriores afirmaciones, hay que decir que la determinación del *dies a quo* en el caso del artículo 340.3 y de la solución que propongo en cuanto a su plazo de ejercicio es intrascendente. En efecto, la concreción del momento inicial de ejercicio de una acción tiene relevancia cuando la acción es autónoma e interesa averiguar el período de tiempo durante el que puede ser utilizada eficazmente. Pero si se considera que la acción no es independiente, sino que, instituida como mecanismo de protección del crédito, se encuentra tan íntimamente vinculada a éste que es ejercitable exclusivamente mientras el crédito es exigible, lo que interesa realmente es la fijación del tiempo de exigibilidad de dicho crédito, con lo que la fijación del *dies a quo* –que podría determinar, y aquí radica el interés del tema, una mayor duración de la acción–, pierde buena parte de su importancia*.

²⁰¹ Recuérdese, en este sentido, la cita de XAMMAR, *supra*, nota 24 y texto correlativo. Por otra parte, en el derecho catalán vigente se encuentra algún supuesto en que se reconoce que es el conocimiento de los hechos lo que permite el ejercicio de ciertos derechos, como el retracto hereditario (art. 51.2 del Código de Sucesiones); véase, también, el artículo 242.2 de este mismo Código.

* El presente trabajo se concluyó en marzo de 1998. Desde entonces y hasta el momento de redactar estas líneas (octubre de 1999) han aparecido diversas publicaciones, que abordan la materia que ha sido objeto de estudio. De entre todas ellas, creo que merecen destacarse las monografías de Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998, donde, con gran derroche de argumentos, profundiza en la consideración de la acción pauliana como un régimen específico de ineficacia relativa parcial, ya apuntada en su repetidamente citado comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995», publicado en 1996 en *La Ley*, a la vez que se esfuerza por distinguir inoponibilidad y pauliana (pp. 281-285); y la de Carmen JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos*, Madrid, 1999. Asimismo, quiero dar noticia de la RDGRN de 28 de marzo de 1998 (*Ar. Civ.* 1863), que confirma el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 5 de diciembre de 1994 (véase *supra* nota 183), mas sin aportar ningún razonamiento novedoso (entre otros motivos, por lo dispuesto en la disposición adicional 7.ª LOPJ).

La dotación fundacional. Reflexiones en torno al artículo 10 de la Ley 30/1994

MARÍA DE LOURDES FERRANDO VILLALBA

Profesora Ayudante

Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont»

Universitat de València

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. Antecedentes legislativos. 2. Concordancias: normas autonómicas y Derecho Comparado. 3. Tramitación parlamentaria del precepto y desarrollo reglamentario.-II. *Concepto y naturaleza jurídica de la dotación*: 1. Concepto y caracteres del negocio jurídico fundacional. 2. Delimitación respecto de figuras afines. 3. Revocabilidad e irrevocabilidad de la dotación.-III. *La dotación como elemento integrante del contenido esencial del derecho de fundación*: 1. Relevancia histórica de la dotación fundacional. 2. El contenido esencial del derecho de fundación: fin, patrimonio y organización. 3. Suficiencia y adecuación de la dotación: artículo 10.1., de la LF y 3.1., del RF: a) Bienes que pueden integrar la dotación. b) El título de la aportación. c) Adecuación y suficiencia de la dotación. d) Facultades del Patronato y del Protectorado en relación con los bienes integrantes de la dotación: identificación y valoración de los bienes. 4. *Formas de aportar la dotación*: a) La dotación sucesiva (art. 10.2., de la LF). b) La afectación de bienes por el fundador o el Patronato con posterioridad a la constitución de la fundación. c) Los compromisos de aportación de terceros (art. 10.4., de la LF). d) La efectiva formación de la dotación: artículo 10.3., de la LF. 5. Posibilidad de enajenación de bienes o derechos que integren la dotación.-IV. *Algunas consideraciones finales: la dotación fundacional en la fundación-empresa*.

I. INTRODUCCIÓN

La dotación, considerada como acto de afectación de bienes a los fines perseguidos por la fundación, constituye un elemento esencial de la misma. En efecto, la fundación únicamente adquirirá personalidad jurídica cuando se constituya con arreglo a lo dispuesto en la Ley, contemplándose la necesidad de realizar una atribución de bienes suficientes con el fin de que pueda iniciar y desarrollar posteriormente las actividades fundacionales.

Sin embargo, junto al concepto de dotación como acto de atribución de bienes a la entidad fundacional, se habla igualmente de dotación para hacer referencia al conjunto de bienes que han sido afectados a los fines fundacionales.

A ambas nociones nos referiremos en el curso de este trabajo. Intentaremos delimitar tanto la naturaleza como las formas posibles de realizar la dotación como acto y, simultáneamente, aludir al contenido de la dotación entendida como conjunto de bienes, y a los controles que se establecen sobre dichos bienes en orden a su disposición y gravamen.

Con carácter previo a todo ello, resulta de interés realizar una breve alusión a los antecedentes de la actual regulación de la dotación fundacional¹, así como a sus concordancias en otros ordenamientos europeos, y a las normas autonómicas que la contemplan.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Los antecedentes inmediatos del artículo 10 de la LF pueden encontrarse en los artículos 4 y 5 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, sobre reorganización de servicios de la beneficencia particular e instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno sobre fundaciones culturales y docentes, así como en los artículos 6 y 25 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de las fundaciones culturales privadas y entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas. No obstante, con anterioridad ya el artículo 38 del Código Civil, en su primer párrafo, reconocía a todas las personas físicas el derecho de «adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución».

¹ Dicha regulación se encuentra hoy, principalmente, en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, cuyo artículo 10 establece: «1. La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.

2. La aportación de la dotación podrá hacerse de forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial será al menos del 25 por 100, debiendo hacerse efectivo el resto en un plazo no superior a cinco años contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la Fundación.

Tendrán, asimismo, la consideración legal de dotación, los bienes y derechos que durante la existencia de la Fundación se afecten por el fundador o el Patronato, con carácter permanente, a los bienes fundacionales.

3. Si la dotación consistiera en dinero, su cuantía se fijará en pesetas. Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán en igual forma y se especificarán los criterios de valoración utilizados. En uno y otro caso se acreditará ante el notario actuante la realidad de las aportaciones.

4. Se podrá considerar como dotación el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuvieran garantizadas. En ningún caso se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos.»

Disponía el artículo 4 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, que «la Beneficencia particular comprende todas las instituciones benéficas creadas y dotadas con bienes particulares y cuyo patronazgo y administración fueron reglamentados por los respectivos fundadores», añadiendo su artículo 5 que «las instituciones particulares² no perderán este carácter por recibir alguna subvención del Estado, de la Provincia o del Municipio, siempre que aquella fuere voluntaria y no indispensable para la subsistencia de las fundaciones».

Para las fundaciones culturales privadas y entidades análogas resultaba de aplicación el artículo 6 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio: «La Carta Fundacional se otorgará en escritura pública en la que se especificarán, sin perjuicio de todas aquellas condiciones lícitas que los fundadores establezcan, los siguientes extremos: la dotación inicial de la Fundación, con expresión, en su caso, de la inversión de los distintos elementos patrimoniales que la integren». En relación a los bienes de la fundación, disponía su artículo 25 que «con arreglo a lo previsto en el artículo 137.3 de la Ley General de Educación, las Fundaciones que estén constituidas regularmente de acuerdo con los preceptos de este Reglamento podrán poseer toda clase de bienes, ajustándose en sus actos de disposición y administración a las normas que les sean aplicables y destinando sus frutos, rentas y productos a los objetivos de la Institución, con arreglo a las previsiones de sus Estatutos».

2. CONCORDANCIAS: NORMAS AUTONÓMICAS Y DERECHO COMPARADO

Muchas de las normas autonómicas reguladoras de las fundaciones son anteriores a la Ley estatal. Se plantea, por tanto, en relación a éstas, el tema del ámbito de aplicación de estas normas y la supletoriedad, en determinados supuestos, de la normativa que con vocación de general aplicación al territorio español se dictó el 24 de noviembre de 1994³.

La Ley 1/1973, de 1 de marzo, *Compilación de Derecho Civil Foral* o *Fuero Nuevo de Navarra*⁴, en su artículo 44, bajo la rúbrica *Fundaciones*,

² El artículo 58 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 establece qué se entiende a los efectos del mismo por fundaciones de carácter particular: «Para que una fundación pueda clasificarse como particular, se necesita: 1.º Que reúna las condiciones exigidas por el artículo 4 del Real Decreto de esta fecha. 2.º Que cumpla o pueda cumplir con el objeto de su institución o con el que tuvo desde tiempo inmemorial. 3.º Que se mantenga principalmente con el producto de sus bienes propios, sin ser socorrida por necesidad con fondos del Gobierno, de la Provincia o del Municipio, ni con repartos o arbitrios forzosos».

³ Al respecto, puede verse el análisis detallado sobre las concordancias y lagunas en las legislaciones autonómicas con respecto al articulado que contiene la ley estatal en BADENES GASSET, R., *El ordenamiento legal de las fundaciones*, Barcelona, 1996, pp. 14 a 25.

⁴ El 2 de julio de 1996 se aprobó para la Comunidad Foral de Navarra una ley foral específica sobre medidas tributarias aplicables a las fundaciones, con el fin de unificar los requisitos que las fundaciones debían cumplir para beneficiarse del régimen fiscal establecido por la Ley 30/1994.

regula tanto la forma de constitución como la dotación de la fundación. Se permite constituir fundaciones a cualquier persona por actos *inter vivos* o *mortis causa*, en cuyo caso el fundador podrá ordenar los estatutos al primer patronato o a otras personas. La dotación se podrá llevar a efecto, bien en el propio acto fundacional, bien delegando la asignación de bienes en otras personas⁵.

En segundo lugar, la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de regulación de las fundaciones privadas catalanas⁶, contempla de forma más detallada la dotación en sus artículos 3 y 4, en los que establece la forma de realizar la dotación, que podrá consistir en cualquier tipo de bienes, así como la posibilidad de aumentarla en un momento posterior, no considerándose como dotación el mero propósito de recaudar donativos⁷.

También la Ley 7/1983, de 22 de junio, del régimen de las fundaciones de interés gallego⁸ se ocupa, en su artículo 7, tanto de la aportación del patrimonio a la fundación como de su enajenación, afirmando además

⁵ Dispone la Ley 44 de la Compilación navarra: «Por actos *inter vivos* o *mortis causa*, cualquier persona puede crear en Navarra, sin necesidad de aprobación administrativa, Fundaciones de caridad, fomento o de otro interés social evidente, siempre que el fundador exprese su voluntad de conferir personalidad jurídica a la fundación, al determinar su fin y asignarle un patrimonio, que podrá consistir en bienes o derechos de cualquier clase.

La Fundación por acto *inter vivos* debe hacerse en escritura pública, en la que consten los estatutos que determinen el nombramiento, renovación, funcionamiento y atribuciones del Patronato.

En las Fundaciones por acto *mortis causa*, el fundador puede ordenar por el mismo los estatutos o encomendar su ordenación, total o parcialmente, al primer Patronato o a otras personas. Igualmente puede dotar de bienes a la Fundación, ya en el propio acto fundacional, ya en acto separado, ya delegando en otras personas la asignación de bienes, a título universal o singular.»

⁶ La Ley 21/1985, de 8 de noviembre, de la Generalitat Catalana, modificó sus artículos 11.6 y 13.1 y 2.

⁷ Artículo 3.1. La aportación del patrimonio fundacional debe realizarse por cesión gratuita entre vivos o por sucesión por causa de muerte, y puede consistir en bienes y derechos de cualquier tipo.

2. La dotación inicial puede ser aumentada más adelante por los fundadores o por terceras personas. Las fundaciones pueden recibir donativos destinados a la realización de las finalidades fundacionales.

3. La dotación de una fundación no puede consistir sólo en el propósito de recaudar donativos, aunque sean cuotas o subvenciones periódicas, excepto que la continuidad de estos fuera plenamente garantizada en una cuantía suficiente para cumplir las finalidades fundacionales.

Artículo 4.1. Los bienes que constituyen la dotación de una fundación pueden ser destinados con carácter permanente al cumplimiento directo de las finalidades fundacionales en forma de inmuebles, instalaciones o bienes de naturaleza mueble, adecuados para este cumplimiento. Estos bienes sólo pueden ser enajenados a título oneroso y en las condiciones establecidas por los fundadores excepto si el protectorado lo dispusiera de otra forma para un determinado supuesto.

2. El resto de la dotación debe ser invertida normalmente en bienes fructíferos, los cuales sólo podrán ser enajenados para reinvertir el precio que se obtenga de ellos en la adquisición de otros bienes fructíferos, que quedarán subrogados en lugar de los enajenados.

⁸ Modificada por Ley 11/1991, de 8 de noviembre.

la necesidad de existencia de una dotación inicial suficiente, sin perjuicio de su posible aumento posterior⁹.

Con posterioridad se dictó la Ley 1/1990, de 29 de enero, sobre normas reguladoras de las fundaciones canarias, que en sus artículos 7 y 14 regula la forma de realizar la dotación, así como su composición, debiendo estar constituida en todo caso por bienes y derechos de contenido patrimonial. Requisito de la dotación es su suficiencia, recogándose también un régimen especial de enajenación de los bienes integrantes de la misma¹⁰.

Finalmente, la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco regula en su artículo 9 la dotación patrimonial, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, debiendo ser suficientes para desarrollar el primer programa de actuación. La Ley vasca de fundaciones reconoce igualmente la posibilidad de dotación sucesiva y permite considerar como dotación las aportaciones de terceros, siempre que estuvieran garantizadas¹¹.

⁹ Artículo 7.1. La aportación del patrimonio fundacional debe realizarse por cesión gratuita entre vivos o por sucesión por causa de muerte, y puede consistir en bienes y derechos de cualquier tipo.

2. La Fundación no puede constituirse sin una dotación inicial, aunque se exprese en los Estatutos el compromiso de dotación sucesiva periódica a cargo del fundador o de terceras personas.

3. La dotación inicial suficiente para el cumplimiento de sus fines, podrá ser incrementada posteriormente por el fundador o terceras personas.

4. Los modos y las cargas que graven los bienes aportados no pueden absorber su valor. Tampoco pueden significar unos gastos anuales que impidan el destino de una parte de las rentas a los fines fundacionales, salvo que el Protectorado autorice la aportación atendiendo al interés de la Fundación.

5. A la realización de la finalidad fundacional debe ser destinado, cuando menos, el 80 por 100 de las rentas que obtenga la Fundación y de los otros ingresos que no formen parte de la dotación de la Fundación.

¹⁰ Artículo 7.1. La dotación patrimonial debe realizarse por actos *inter vivos* o de última voluntad, y consistirá en bienes y derechos de contenido patrimonial o económico.

2. Toda fundación debe constituirse con una dotación patrimonial suficiente para el cumplimiento de sus fines, con independencia de su incremento en virtud de aportaciones sucesivas a cargo del fundador o de terceras personas.

3. Los gravámenes que recaigan sobre la dotación patrimonial no podrán en ningún caso absorber su valor, ni representar unos gastos anuales que impidan el alcance de la finalidad fundacional en los términos previstos en la presente Ley. Excepcionalmente, el Protectorado podrá autorizar cargas de esta naturaleza en consideración del interés general fundacional.

Artículo 14.1. Los bienes integrantes de la dotación patrimonial de la fundación deben ser destinados de modo permanente a la satisfacción de los fines fundacionales.

2. Los bienes dotacionales podrán ser enajenados, pero exclusivamente al objeto de su reinversión en bienes de igual naturaleza. La enajenación se realizará siempre a título oneroso, según y conforme lo dispuesto en los estatutos fundacionales, o, en su defecto, por lo que señalare el Protectorado para cada supuesto.

¹¹ Artículo 9. *Dotación patrimonial.* 1. La dotación patrimonial podrá consistir en bienes y derechos de cualquier tipo, que habrán de ser suficientes para el desarrollo del primer programa de actuación, que deberá constar en la escritura fundacional junto con un estudio económico que acredite la viabilidad del mismo utilizando exclusivamente dichos recursos.

2. La aportación de la dotación patrimonial podrá hacerse en forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial no será inferior al 30 por 100 del total previsto por la voluntad fundacional, debiéndose aportar el resto en un plazo de cinco años contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución. No obstante, cuando se trate de

Por tanto, en todas las normas autonómicas citadas se hace referencia a la dotación y al patrimonio fundacional, si bien en algunas de ellas con algunas divergencias respecto de la legislación estatal, que iremos señalando a lo largo del presente estudio.

No obstante, también con posterioridad se han dictado por algunas Comunidades Autónomas leyes sobre fundaciones. En concreto, se trata de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, y la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

La primera de las normas citadas, Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, se refiere, en su artículo 5¹², a la dotación fundacional. La norma sigue fielmente el contenido del artículo 10 de la LF de ámbito estatal. La diferencia fundamental entre ambas normas viene establecida por la posibilidad de que el plazo para aportar la dotación cuando sea sucesiva, puede ampliarse a diez años desde la constitución de la fundación, siempre y cuando su desembolso se asegure, desde el momento de la aportación, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho.

En cuanto a la Ley 8/1998, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, esta norma se ocupa de la dotación en su artículo 11¹³, pudiendo destacar algunos aspectos de la misma con respecto al artículo 10 de la LF, a los que iremos haciendo referencia en los diferentes apartados de nuestro trabajo. En una primera aproximación conviene destacar que se establece un parámetro para determinar la adecuación y suficiencia de la dotación fundacional, así como también se determina la forma en

derechos podrá ampliarse dicho plazo en función de la naturaleza de los mismos, siempre que se den las garantías necesarias para asegurar su realización.

3. A los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se podrán considerar como dotación las aportaciones comprometidas por terceros, siempre que estuvieren garantizadas. En ningún caso se considerará como tal el mero propósito de recaudar donativos.

¹² Artículo 5. *Dotación*. 1. La dotación estará constituida por el conjunto de bienes y derechos de cualquier clase que se afecten por el fundador o fundadores al cumplimiento de los fines fundacionales en el momento de la constitución, así como los que, con posterioridad a dicho acto se reciban con tal carácter, o, en su caso, se afecten como dotación por acuerdo del Patronato.

2. La cuantía de la dotación habrá de fijarse en pesetas, tanto si consiste en dinero, como si se tratase de aportaciones no dinerarias. En este segundo caso habrán de incluirse en la escritura correspondiente los criterios de valoración aplicados y su adecuada justificación.

3. La realidad de las aportaciones se acreditará ante el Notario actuante.

4. La aportación de la dotación podrá realizarse en forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso inicial no será menor al 25 por 100 de la cuantía establecida. El resto deberá hacerse efectivo dentro del plazo de cinco años desde la constitución de la fundación, o en plazo no superior a diez años si su desembolso se asegura, desde el momento de la aportación, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho.

5. El régimen establecido en el apartado anterior, se aplicará, asimismo, a la dotación que consista en aportaciones realizadas por terceros.

¹³ Artículo 11. *Dotación de la fundación*. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, tendrán, asimismo, la consideración legal de dotación los bienes y derechos que durante la existen-

la cual deberán acreditarse ante el Notario autorizante las aportaciones no dinerarias.

Se ha de tener en cuenta, por otra parte, que la aplicación del artículo 10.1.º, de la LF será supletoria en estos territorios con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o especial, siendo de común aplicación a las demás fundaciones por efecto de lo previsto en el artículo 149.1.8.ª de la CE, incluso a aquellas cuya competencia corresponda, de acuerdo con los respectivos Estatutos de Autonomía, a las Comunidades Autónomas¹⁴.

Del mismo modo, la legislación de otros países de nuestro entorno contempla la dotación como elemento esencial de la fundación. El Código Civil suizo, en el artículo 80¹⁵, requiere para la constitución de una

cia de la fundación se afecten por el fundador o el patronato con carácter permanente a los fines fundacionales.

La promesa de aportaciones económicas sólo podrá hacerse con el carácter de dotación cuando estuvieran garantizadas por cualquiera de los medios admitidos en derecho. En ningún caso se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos, aunque sean cuotas o subvenciones periódicas o cualesquiera otros ingresos a título gratuito.

2. La dotación deberá consignarse, ya sea dineraria o no dineraria, en la moneda de curso legal en España, y deberá ser adecuada y suficiente para con sus rendimientos financiar al menos el 50 por 100 de los gastos previstos en el primer programa de actuación de la fundación, lo que deberá acreditarse con un estudio económico de viabilidad.

3. Las aportaciones dinerarias a la dotación se justificarán al notario autorizante de la escritura de constitución, o si la aportación con carácter dotacional fuera posterior, al patronato, que lo pondrá en conocimiento del Registro de Fundaciones, y se justificará, en ambos casos, mediante certificación acreditativa de la entidad de crédito de hallarse depositadas en la misma a nombre de la Fundación en constitución o constituida.

4. Las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su clase y naturaleza, deberán ser efectuadas por los aportantes en la escritura de constitución o de aportación a la dotación, donde figurarán debidamente reseñadas, y su valor se acreditará al notario autorizante de la forma siguiente:

a) Tratándose de bienes muebles o inmuebles mediante certificación por titulado competente bajo su responsabilidad, salvo lo dispuesto en los dos apartados b) y c) siguientes.

b) Si fueran valores cotizados en mercado secundario oficial mediante certificación de la bolsa donde se cotizaran referida al quinto día anterior a la constitución de la fundación o de la escritura de aportación.

c) Si se tratase de valores no cotizados en mercado secundario, o participaciones en sociedades mercantiles, mediante certificación del órgano de administración de la entidad a que correspondan dichos bienes acreditativa de su valor teórico contable con arreglo a su último balance.

Dichos documentos se incorporarán originales a la escritura pública.

5. La aportación de la dotación inicial podrá hacerse de forma sucesiva, en cuyo caso el desembolso habrá de ser como mínimo del 25 por 100 de la misma; el resto se desembolsará en un plazo no superior a cinco años contados desde el otorgamiento de la escritura de la fundación, en las fechas que determine el patronato. Para acreditar la realidad y valoración de las aportaciones se estará a lo establecido en los apartados 3 y 4 de este artículo.

¹⁴ El texto de la Disposición final primera, 2, b) de la Ley de Fundaciones es del siguiente tenor: «Los artículos 6.2, 3 y 4; 7.3; 8; 9; 10.1; 11; 12.2; 15; 16.2; 17.1; 20.1; 27.1, 2 y 3; 28.2; 30.1, 2 y 3; 32.1 y 2 serán de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución a todas las fundaciones incluso a aquellas cuya competencia corresponda, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía, a las Comunidades Autónomas. No obstante, todos estos artículos serán únicamente de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil, foral o especial».

¹⁵ Artículo 80: «Zur Errichtung einer Stiftung bedarf es der Widmung eines Vermögens für einen besonderen Zweck».

fundación la necesaria afectación de un patrimonio a un fin (acto de dotación). En el mismo sentido, el artículo 16 del Código Civil italiano exige que en el acto constitutivo y en los estatutos de la fundación se contengan la denominación del ente, la indicación del objeto, del patrimonio y de la sede, así como las normas sobre organización y administración. Igualmente, cuando se trate de fundaciones, exige el Código Civil italiano que se expresen los criterios y la modalidad de obtención de las rentas ¹⁶.

También el Código Civil portugués requiere en su artículo 186 ¹⁷ la expresión en el acto de constitución del fin de la fundación y de los bienes a ella destinados. La Ley belga de 27 de junio de 1921 sobre asociaciones sin fin de lucro y establecimientos de utilidad pública, reconoce en su artículo 27 ¹⁸ la posibilidad de que toda persona, previa autorización del gobierno, pueda afectar todos o parte de sus bienes a la creación de un establecimiento de utilidad pública.

Por otra parte, la Ley francesa de 23 de julio de 1987, sobre el mecenazgo, en la que se establece el estatuto jurídico de las fundaciones y las reconoce como entidades de utilidad pública, define en su artículo 18 a la fundación como acto por el cual una o varias personas físicas o jurídicas disponen la afectación irrevocable de bienes, derechos o recursos, a la realización de una obra de interés general y sin fin de lucro ¹⁹.

Por último, en el ordenamiento jurídico alemán se regulan las fundaciones en los §§ 80 a 88 del BGB, haciendo referencia, en su § 82 a la obligación, caso de aprobarse la fundación por las autoridades gubernativas, de aportar el fundador el patrimonio ofrecido en el negocio fundacional, entendiéndose transmitidos los derechos para cuya transmisión baste

¹⁶ Dispone el artículo 16 del Código Civil italiano, bajo la rúbrica *Atto costitutivo e statuto. Modificazioni*: «L'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché le norme sull'ordinamento e sulla amministrazione. Devono anche determinare, ... quando trattasi di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite.

L'atto costitutivo e lo statuto possono inoltre contenere le norme relative alla estinzione dell'ente, e alla devoluzione del patrimonio, e, per le fondazioni, anche quelle relative alla loro trasformazione.

Le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto devono essere approvate dall'autorità governativa nelle forme indicate nell'art. 12». El último párrafo del precepto resulta de aplicación únicamente a las asociaciones, ya que se establece un régimen particular para la modificación de las fundaciones en los artículos 26 y 28 del Código Civil italiano.

¹⁷ Artículo 186 del Código Civil portugués: «No acto de instituição deve o instituidor indicar o fim da fundação e especificar os bens que lhe são destinados».

¹⁸ Dispone literalmente el precepto: «Toute personne peut moyennant l'approbation du Gouvernement, affecter par acte authentique ou par testament olographe tout ou partie de ses biens a la creation d'un établissement d'utilité publique».

¹⁹ El artículo 18 de la Ley francesa sobre mecenazgo define literalmente la fundación como «acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources a la réalisation d'une oeuvre d'intérêt general et a but non lucratif». En Francia cuentan igualmente con una ley sobre fundaciones empresa, concretamente se trata de la Ley de 4 de julio de 1990.

la cesión con la mera aprobación de la fundación, en tanto no se deduzca del contrato fundacional ser otra la voluntad del fundador²⁰.

3. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA Y DESARROLLO REGLAMENTARIO DEL PRECEPTO

La tramitación parlamentaria del precepto transcurrió sin grandes variaciones respecto del texto del Proyecto de Ley remitido al Congreso. Además de pequeños retoques de estilo en los párrafos 1.º y 4.º, únicamente se produjeron dos modificaciones sustanciales.

La primera de ellas tuvo lugar por el planteamiento en el Congreso y el Senado de varias enmiendas que, o bien reclamaban una cantidad mínima para poder constituir una fundación²¹, o bien propugnaban la desaparición de la valoración por el Protectorado de la suficiencia de la dotación²², inclinándose otros incluso por la sustitución del término «suficiente» por el de «adecuada»²³ a la hora de valorar la dotación. La opción que se mantuvo no fue ninguna de las propuestas, sino que se optó por no incluir una cantidad mínima, debido a la gran variedad de fines de interés general que las fundaciones pueden perseguir. Se mantuvo el control del Protectorado sobre la suficiencia de la dotación y se incluyó a su vez, junto al criterio de la suficiencia, el matiz de la adecuación de la dotación a los fines fundacionales.

La segunda modificación fue consecuencia de una enmienda planteada en el Senado por el Grupo Parlamentario de CiU, concretamente la enmienda número 90, en la cual se propuso la adición de un segundo párrafo al apartado 2 del artículo 10, con el texto que se mantiene en la Ley²⁴, si bien con la única diferencia de haberse sustituido en el texto definitivo el término órgano de gobierno por el de Patronato.

²⁰ § 82 BGB: «[Übergang des Stiftungsvermögens] 1 Wird die Stiftung genehmigt, so ist der Stifter verpflichtet, das in dem Stiftungsgeschäfte zugesicherte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen. 2 Rechte, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, gehen mit der Genehmigung auf die Stiftung über, sofern nicht aus dem Stiftungsgeschäfte sich ein anderer Wille des Stifters ergibt».

²¹ Enmienda al Senado número 17, del Grupo Parlamentario Vasco, que exigía un mínimo de diez millones de pesetas

²² Enmiendas al Congreso número 196, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria y número 266 del Grupo Parlamentario Popular, en la que considera que el requisito de la suficiencia se excluye por la determinación en el párrafo 4.º del propio artículo 10 de que se considerarán como dotación el compromiso de aportaciones de terceros, siempre que estén garantizadas.

Enmiendas al Senado número 51, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria y número 166 del Grupo Parlamentario Popular.

²³ Enmienda al Congreso número 95, presentada por el Diputado Miquel Roca i Junyent, del Grupo Parlamentario Convergència i Unió.

²⁴ El Grupo Parlamentario proponente de la enmienda justificó la misma por la propia configuración jurídica de fundación en el Proyecto, pues en él se partía de la misma como capital productor de rendimientos, lo que además se derivaba del contenido de los artículos 25.1 y 42.1 b) de la Ley. La adición de este párrafo fue solicitada también por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, enmienda número 167.

El desarrollo reglamentario de la Ley se ha llevado a cabo por el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de las fundaciones de competencia estatal. En concreto, en su artículo 3²⁵ se regula la *dotación fundacional*, precepto al cual haremos referencia al hilo de nuestro estudio.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA DOTACIÓN

1. CONCEPTO Y CARACTERES DEL NEGOCIO JURÍDICO FUNDACIONAL.

Define el artículo 1.1.º de la Ley las fundaciones como «organizaciones²⁶ constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general»²⁷.

²⁵ Dispone dicho precepto: «1. El Protectorado comprobará que la dotación sea adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.

2. A los efectos previstos en el apartado anterior, el Patronato identificará con precisión los bienes y derechos integrantes de la dotación fundacional. Si la dotación consistiera en dinero, su cuantía se fijará en pesetas. Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán de igual forma y se valorarán por el Protectorado con arreglo a las normas reguladoras de dichas aportaciones a sociedades de responsabilidad limitada.

3. El Protectorado velará en todo momento por la integridad y suficiencia de la dotación de acuerdo con las atribuciones que le confiere la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, y el presente Reglamento.

4. Los compromisos de aportaciones de terceros en favor de una fundación sólo tendrán la consideración de dotación si están garantizados formalmente por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Las garantías habrán de quedar descritas en la escritura fundacional.

5. En el supuesto de enajenación de bienes o derechos que formen parte de la dotación fundacional, el valor de la contraprestación habrá de integrarse en aquella».

²⁶ La relevancia que el precepto otorga al elemento organizativo es considerada un gran acierto de la nueva Ley de Fundaciones por TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio preliminar», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, pp. XXXVIII y XXXIX, quien señala que las fundaciones ya no son siempre y en todo momento personas jurídicas, pero sí «organizaciones» que pueden adquirir personalidad jurídica por medio de una inscripción registral de carácter constitutivo y condicionado, pues podrá ser denegada en el supuesto de que los Estatutos o algún otro elemento de la escritura de constitución o, en su caso, de la disposición testamentaria no se ajustaran a «las prescripciones de la Ley». En el mismo sentido, PIÑAR MAÑAS, J. L., «Comentario al artículo 1 de la LF», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, pp. 7 y 8.

²⁷ Los conceptos de fundación contenidos en las normas autonómicas concuerdan básicamente con el contenido en el citado artículo 1.1.º de la LF (véanse al respecto art. 2.1.º de la Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, de fundacions privades catalanes; art. 1.1.º de la Ley gallega 11/1991, de 8 de noviembre, de régimen de las Fundaciones de interés gallego; y art. 1.2.º de la Ley canaria 1/1990, de 29 de enero). La Ley vasca 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones, al igual que la Ley 1/1998, de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, no contiene el concepto de fundación, por considerar que se halla ya delimitado por la doctrina y la jurisprudencia. La misma postura se aprecia en las Leyes 44 a 47 de la Com-

La mayoría de la doctrina mantiene un concepto tradicional de fundación, en el cual se destaca la destinación de un patrimonio a un fin determinado²⁸. Sin embargo, en la actualidad se propugna una necesaria evolución de dicho concepto —ya al menos insinuada en la definición proporcionada por el precepto antes citado, que alude al elemento organizativo—, ya que en numerosas ocasiones otras fundaciones, cuya estructura y función no responden al esquema tradicional de las fundaciones-patrimonio, pueden resultar mucho más adecuadas para servir a los fines de interés general perseguidos por dichas entidades²⁹.

En este precepto se hace ya referencia al negocio fundacional, entendido como «negocio dirigido a la constitución de una fundación y que se lleva a cabo esencialmente mediante la afectación de un conjunto de bienes a un fin determinado, que ha de ser de *interés público*»³⁰.

pilación del Derecho Civil foral o Fuero Nuevo de Navarra, aunque la Ley Foral navarra 10/1996, de 2 de julio, de régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio, contiene en su Exposición de Motivos un concepto de fundación que después es desarrollado en el artículo 2 de la propia Ley citada. Un sistema parecido a este último parece haber sido adoptado por la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, en cuya Exposición de Motivos, si bien no se contempla expresamente una noción técnica de fundación, se hace referencia, de forma expresa, a que en dicha Ley «las fundaciones se sitúan y entienden no en la alternativa entre administración o sociedad, sino más bien como instrumento privado, surgido en la esfera de la libertad, para cumplir con protección de la administración fines a los que esta por sí sola no puede atender y que encajan en el ámbito de la función social de la propiedad».

²⁸ Así, para DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil, I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 9.ª ed., Madrid, 1997, p. 627, la fundación es «una organización creada libremente, con un patrimonio propio y distinto del de su fundador, destinado por voluntad de éste a la consecución de fines de interés general»; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, I, Parte general del Derecho Civil*, vol. 2.º, Personas, Barcelona, 1990, p. 298, la define como «una persona jurídica privada que el ordenamiento reconoce cuando un sujeto de derecho (o varios), el fundador, dispone para el futuro el destino de unos bienes al servicio permanente de una finalidad de interés general»; PUIG I FERRIOL considera a las fundaciones como personas jurídicas con un sustrato que se «centra en un patrimonio o una masa de bienes adscritos al cumplimiento de determinadas finalidades de interés general» (PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRÍAS, E., *Instituciones del Dret Civil de Catalunya, I, Part General. Obligacions i contractes. Drets reals*, 4.ª ed., Valencia, 1993, p. 121); CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario del artículo 35», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ Y SALVADOR CODERCH, Madrid, 1991, p. 238, señala que «se llama fundación a la persona que nace cuando se destina un conjunto de bienes a la realización de un interés general».

²⁹ SALVADOR CODERCH, P. y SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Fundaciones, interés general y títulos de aportación (I)», *La Ley*, 28 de enero de 1998, p. 3, con cita de FERRER I RIBA, J., *Les finalitats fundacionals: la seva estructura, compliment i modificació*.

³⁰ CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones: Estudio para su reforma*. Madrid, 1992, p. 41. En la actualidad, esta definición dada por Caffarena, debe ser objeto de una matización, puesto que como bien señala TOMÁS Y VALIENTE, F., «Estudio preliminar», *op. cit.*, p. XXX, «no es indiferente sustituir, como hizo el constituyente, la expresión «interés público» del artículo 35 del Código Civil, por la de «interés general» atribuida a los fines propios de las fundaciones», ya que como afirmó el Tribunal Constitucional en Sentencia 18/1984 «es propio del Estado social de Derecho la existencia de entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general». Lo público es lo que hace referencia a la esfera de los poderes estatales, en tanto lo general es lo que interesa a la gran masa de ciudadanos, de ahí la importancia de la noción empleada por la Constitución Española y por la Ley de Fundaciones de ámbi-

El negocio fundacional es un acto unilateral y no recepticio³¹, un «acto de disposición, consistente en la destinación de los bienes al fin, que jurídicamente comporta la transmisión de los bienes a la persona jurídica fundacional, que deviene propietaria de ellos una vez constituida. Es también un acto gratuito, que supone un desplazamiento patrimonial unilateral sin contraprestación»³².

Ha sido objeto de discusiones en la doctrina si dicho acto de dotación y la creación de la persona jurídica fundación constituyen dos actos jurídicos independientes, aun cuando se recojan en un único documento. Esta doctrina continúa siendo mayoritaria en países como Alemania o Italia, donde tanto la jurisprudencia como la mayor parte de la doctrina estiman que acto de dotación y de creación de la persona jurídica son independientes, aun cuando se recojan, como se ha indicado, en un mismo documento³³.

to estatal, en opinión del citado TOMÁS Y VALIENTE. En relación con las diferentes nociones de interés general, interés público, interés particular y ánimo de lucro, SALVADOR CODERCH, P. y SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Fundaciones, interés general y títulos de aportación (I)», *op. cit.*, pp. 4 a 6.

Por otra parte, VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969, p. 266, define el negocio fundacional como «una manifestación de voluntad, unilateral, no recepticia, sujeta o no a determinadas formalidades, según los casos, e irrevocable una vez que ha producido sus efectos, dirigida a la creación del ente fundacional, por el que se determina el fin de este —que debe ser de *interés público*— su organización y régimen jurídico, y se ponen a su disposición determinados bienes o derechos de carácter patrimonial». En el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M., «La persona jurídica (1)», *RDN*, 1960, p. 41.

³¹ El carácter no recepticio del negocio fundacional es reconocido igualmente por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1990, p. 663, y por VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, p. 267.

³² CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, vol. 3, «Artículos 17 a 41 del Código Civil», dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, Madrid, 1993, p. 906.

³³ En este sentido, en la doctrina italiana, RESCIGNO, P., Voz «Fondazione (diritto civile)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, Milano, 1968, pp. 790 ss.; NICOLÓ, R., «Negozio di fondazione. Istituzione di erede», *Rivista di Diritto Civile*, 1941, pp. 386 ss. Como excepción a esta postura, manteniendo la unidad del negocio fundacional, pueden verse GALGANO, F., «Delle persone giuridiche» (Disposizioni generali delle associazioni e delle fondazioni). Arts. 11-35 nel *Commentario al Codice Civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, libro I, *Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 1969, pp. 164 ss.; también PUGLIATTI, S., *Gli istituti del diritto civile*, vol. I, Milano, 1943, p. 114; y DE CUPIS, A., «Fondazione costituita con testamento e successione a causa di morte», *Rivista di diritto civile*, 1986, II, pp. 297 ss.

En nuestro Derecho, resulta más adecuado mantener la unidad del negocio fundacional, aportando a dicha posición VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, pp. 268-269, las siguientes justificaciones: si se aceptara el negocio fundacional como integrado por dos negocios independientes, que normalmente van unidos, pero que pueden tener lugar por separado, se adoptaría «una visión deformada de la persona jurídica fundacional, que la considera como algo subsistente por sí mismo, desconociendo su carácter instrumental, que consiste precisamente... en servir de instrumento para lograr la vinculación permanente de un patrimonio a un fin, por lo que no se puede dar la creación de aquella, sin que se le atribuyan los medios patrimoniales necesarios para el logro del mismo... Por otra parte, dado el carácter marcadamente patrimonialista de la fundación en nuestro Derecho, es más conforme a él la doctrina que considera el negocio fundacional en su doble aspecto como un negocio jurídico único». Defendiendo la unidad del negocio

Al respecto parece que no debe hablarse hoy de separación entre la creación de la persona jurídica fundación y el acto de destinación de bienes a los fines que persigue. La fundación adquiere personalidad por el hecho de su constitución conforme a la ley, contemplándose como requisito esencial para ello la atribución de bienes suficientes para el inicio y desarrollo de las actividades fundacionales. El patrimonio, como elemento esencial de la fundación³⁴ y, con él, la dotación, entendida no ya como acto sino como conjunto de bienes afectos de forma permanente y duradera al desarrollo de los fines generales que constituyen el objeto de la fundación, aparecen de este modo íntimamente ligados a la creación de la persona jurídica, razón por la cual ha de mantenerse la unidad del negocio jurídico fundacional.

2. DELIMITACIÓN RESPECTO DE FIGURAS AFINES

Dados los mencionados caracteres del negocio fundacional y las numerosas lagunas que en su regulación existían conforme a la legislación anterior a la nueva Ley de Fundaciones, se planteaba la doctrina la posibilidad de aplicar al acto de dotación como atribución del patrimonio inicial de la fundación, normas propias de otros negocios de liberalidad. En concreto, consideraba la doctrina aplicables analógicamente las normas relativas a la forma en las donaciones³⁵. En la actualidad, dicho pro-

jurídico fundacional afirma también CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones...*, *op. cit.*, p. 44, que «no creemos que quepa hoy hablar de dos negocios, el fundacional y el de dotación, el primero dirigido a crear la fundación y el segundo destinado a dotar a ésta de un patrimonio. Si la personificación de la fundación no es sino un instrumento técnico para destinar un conjunto de bienes a un determinado fin, sólo a través de un conceptualismo difícilmente justificable podemos llegar a separar la dotación de la creación de la fundación. Si el patrimonio constituye un elemento esencial de la fundación, la consecuencia lógica es la necesaria unión entre la dotación y la creación del ente y, por tanto, la unicidad del negocio fundacional». En el mismo sentido, NART, I., «La fundación», *RDP*, 1951, p. 495; ALBALADEJO GARCÍA, M., «La persona jurídica», *op. cit.*, p. 50; Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, *op. cit.*, p. 663; LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», *RDP*, 1985, pp. 597 ss.; y CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 7 de la LF», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, p. 59.

Nuestro Tribunal Supremo parece continuar defendiendo la postura contraria, si bien se ha referido a la cuestión como *obiter dicta*, en Sentencias de 9 de febrero de 1948 [RJ 1948, 275] y 22 de marzo de 1983 [RJ 1983, 1607].

³⁴ En este sentido, VALERO AGÜNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, p. 38, afirma que «aunque el patrimonio no fuera necesario como elemento conceptual de la fundación, en cuanto persona jurídica, sería necesario como medio para que en la realidad práctica la fundación desarrolle su actividad y realice el fin querido por el fundador. Para esto no basta, efectivamente, con la mera capacidad patrimonial de la fundación, sino que se precisa una dotación patrimonial efectiva o, al menos, una fundada expectativa de adquirirla». Véase en idéntico sentido, CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 37 y 38 del Código Civil», *op. cit.*, p. 871.

³⁵ En este sentido, CAMY CAÑETE, B., «Fundaciones, breve idea de su normación legal», *RDP*, 1974, p. 984.

blema ha desaparecido, por cuanto el artículo 7.2.º, de la LF exige la forma escrita en la constitución *inter vivos*³⁶.

Parte de la doctrina ha asimilado la eficacia traslativa del acto de dotación con la propia de la donación, entendida como modo de adquirir según el artículo 609.1.º, del Código Civil. Sin embargo, se pueden apuntar diferencias entre ambas instituciones, como son, en primer lugar, que los destinatarios de la liberalidad del fundador son personas indeterminadas, y que en la dotación el efecto dispositivo se basa en la sola voluntad del o los fundadores, que no puede, por lo tanto, tener naturaleza recepticia³⁷,

³⁶ El artículo 7.2.º de la Ley de Fundaciones, que exige la constitución *inter vivos* en escritura pública, se ha considerado por la Disposición Final Primera de la propia ley como norma básica, y, por lo tanto, aplicable a todos los territorios autonómicos, aun cuando tuvieran competencias en derecho foral propio. Sin embargo, no se considera norma básica el párrafo siguiente, que para la constitución *mortis causa* exige la forma testamentaria. Ello hubiera entrado en contradicción con las regulaciones forales sobre sucesión contractual.

Las Leyes autonómicas recogen igualmente la escritura pública como forma obligatoria del negocio fundacional *inter vivos*. En este sentido, la Ley canaria, si bien en su artículo 2.3.º señala que la voluntad fundacional podrá manifestarse en cualquier forma idónea para producir efectos jurídicos, se refiere en el artículo 5 al contenido de la escritura pública de la carta fundacional. También exigen la escritura pública el artículo 6 de la Ley de Fundaciones catalanas, el artículo 5.1.º de la Ley de Fundaciones del País Vasco, que la exige tanto en la constitución *inter vivos* como *mortis causa*, al igual que los artículos 7 y 8 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid y los artículos 4 y 8 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, el artículo 4.1.º de la Ley de Fundaciones de interés gallego y la Ley 44 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra.

³⁷ PUIG FERRIOL, L., «El patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas», en *ADC*, 1983, pp. 1650 y 1651. DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, 2.ª reimpr., Madrid, 1991, p. 297, distingue igualmente las figuras de la dotación y la donación, porque en la primera existe «una conexión sustantiva con el destino de servir al fin para el que la fundación se ha creado; y también, en que no hay lugar para la aceptación dado su carácter de interés público, reconocido por la ley».

Defiende la aplicación analógica de las normas reguladoras de la donación COBO GALVEZ, P., «Comentario al artículo 10 de la Ley de Fundaciones», en *AA.VV.*, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, p. 88.

Creemos que realiza un juicio certero VALERO AGÜNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, p. 273, al considerar la dotación de la fundación como una atribución patrimonial gratuita *sui generis*, afirmando además que «las concretas modalidades de atribución patrimonial gratuita pueden ser diversas, según los casos y de acuerdo con la voluntad del fundador, supuesto el cumplimiento de los requisitos exigidos en cada caso para que dicha voluntad tenga efectividad». En el mismo sentido, CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones...*, *op. cit.*, p. 85, si bien reconoce la posibilidad de aplicar a la dotación normas relativas a la donación, la considera como aspecto patrimonial del negocio *sui generis* que constituye el negocio fundacional. Como afirma este autor, «la dotación hace del negocio fundacional un negocio gratuito, pero siendo también unilateral no cabe que sea confundido, cuando se realiza en acto *inter vivos*, con la donación en la que se exige la aceptación del destinatario». LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», *op. cit.*, p. 582, resalta las diferencias existentes entre fundación y donación: «tanto la donación como la fundación entrañan una liberalidad, esto es, una transmisión patrimonial gratuita que provoca un enriquecimiento del destinatario. Pero sus estructuras se diferencian dando lugar a dos figuras típicas distintas».

Niega también la aplicabilidad de las normas relativas a las donaciones, o a la institución de heredero o el legado a la dotación GALGANO, F., «Delle persone giuridiche», *op. cit.*, pp. 166 ss., basando esta postura en la diferente causa existente entre dichos negocios: la dotación, «a diferencia de la donación, de la institución de heredero o del legado, es una atribución patrimonial que no tiene en sí una propia causa sino que la encuentra en el negocio de la fundación; es más que un negocio jurídico autónomo el elemento integrante de un tipo

en tanto la donación sólo existe desde el momento en que el destinatario de la misma acepta.

En el mismo sentido, cuando nos encontramos ante una disposición *mortis causa* del fundador, la doctrina ha defendido la aplicación de normas relativas a la herencia o a la institución de legados para resolver los problemas planteados por este acto de destinación de bienes, aun cuando no se pueda considerar a la propia fundación como heredera o legataria del fundador³⁸.

Pueden reconocerse igualmente ciertas similitudes entre la dotación y la aportación a sociedad, puesto que tanto la atribución patrimonial del fundador como las aportaciones de los socios se configuran como elementos imprescindibles para la consecución de los fines generales perseguidos por la fundación, en un caso, y del objeto social, en otro³⁹. Sin embargo, a la hora de interpretar las normas reguladoras de las fundaciones no se ha de olvidar una esencial diferencia existente entre ambas instituciones, como es la de la gratuidad, en el caso de la dotación, u onerosidad, en el supuesto de la aportación a sociedad, del acto realizado.

3. REVOCABILIDAD O IRREVOCABILIDAD DE LA DOTACIÓN

Una importante cuestión que surge al analizar la naturaleza del acto de dotación es la relativa a la posibilidad de su revocación por el fundador. Caben, al respecto, dos posibilidades:

1) En el supuesto de que se admitiera la analogía con la donación, y dado el carácter de liberalidad del acto de dotación que produce un empobrecimiento en el patrimonio del fundador, se ha defendido que no existirían razones poderosas en contra de la posibilidad de tal revocación en las mismas circunstancias que se contempla para la donación⁴⁰.

negocial más complejo, cuya disciplina es predispuesta al destino de bienes para la realización de forma organizada, es una actividad dirigida a la consecución de un fin determinado».

³⁸ Véase en este sentido CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las Fundaciones...*, op. cit., p. 85. Afirma CAPILLA RONCERO, F., *Comentarios al Código Civil...*, op. cit., p. 908, que «la fundación constituida en testamento no tiene por qué ser considerada sucesor del causante (salvo que así se exprese en el testamento). El testamento contiene el acto fundacional u ordena que se haga. Y todo radica en que ese proceso constitutivo puede prolongarse más o menos, quedando un período de tiempo de vacancia de la titularidad de los bienes, desde que fallece el fundador hasta que la fundación está completamente constituida, con personalidad jurídica, deviniendo entonces nueva titular de esos bienes. Pero ningún problema hay en aplicar la regla, según la cual se retrotraen los efectos de las atribuciones *mortis causa* al momento de apertura de la sucesión (arts. 440, 661 y 989 del Código Civil)».

³⁹ Destacando la importancia de la aportación como medio para el desarrollo del objeto social, afirma SPATAZZA, G., *Conferimento di beni in godimento e capitale sociale*, Milano, 1991, pp. 71-72, con cita de Portale, que «sulla scorta dell'art. 2448, n. 2, cod. civ. oltre che di considerazioni tratte dalle discipline tecnico-aziendali si sostiene allora que fin dall'inizio, con i conferimenti, la società debba essere dotata di mezzi propri che si esprimano in un valore capitale non arbitrariamente stabilito dai soci, ma "congruo" per il perseguimento dell'oggetto sociale».

⁴⁰ Defiende la posible revocación de la dotación cuando sus efectos han quedado en suspenso por una condición o un término suspensivos, CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen*

2) Pero por otra parte, dada la relevancia de los fines de interés general perseguidos por la fundación, debería procurar mantenerse el acto de dotación, sin que resultaran aplicables las normas sobre revocación de las donaciones. Ello, claro está, sin perjuicio de los supuestos de nulidad o anulabilidad del negocio fundacional, de rescisión en fraude de acreedores o de reducción o supresión del montante de la dotación en los casos de perjuicio a los derechos legítimos que graven la herencia del donante ⁴¹.

Con la doctrina mayoritaria, se ha de concluir que el acto de dotación, si se trata de un acto *inter vivos*, será irrevocable desde su perfección ⁴²; si es *mortis causa*, será revocable hasta la apertura de la sucesión, puesto que hasta el momento de la muerte del causante es revocable el testamento, conforme al tenor del artículo 737 del Código Civil ⁴³.

III. LA DOTACIÓN COMO ELEMENTO INTEGRANTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

1. RELEVANCIA HISTÓRICA DE LA DOTACIÓN FUNDACIONAL

La relevancia del patrimonio y, por tanto, integrándose en el mismo, de la dotación entendida como conjunto de bienes afectos al cumplimiento de un fin, es fácilmente comprobable si atendemos a los antecedentes históricos con que contamos sobre la entidad fundacional como insti-

jurídico de las fundaciones..., *op. cit.*, p. 48, adhiriéndose de este modo a la posición de VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación...*, *op. cit.*, p. 301. En caso de no estar sometida a condición o término suspensivos, CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 35 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ Y SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1991, p. 239, opta por la irrevocabilidad del negocio fundacional *inter vivos*, mientras que si se trata de un negocio fundacional *mortis causa*, podrá ser revocado con arreglo al régimen de la revocación de este. También BADENES GASSET, R., *Las fundaciones de derecho privado*, Barcelona, 1986, p. 109, señala: «A nuestro juicio, y en base a la existencia de una atribución patrimonial a título gratuito que implica el correspondiente empobrecimiento-enriquecimiento entre el dotante y la fundación, creemos que no debe negarse al transmitente la posibilidad de revocación, ya que ninguna reglamentación particularista lo impide. A conclusión diferente se llegaría si se admite que la dotación es un tipo propio de negocio al que no le es aplicable los motivos de revocación de las donaciones». De la misma opinión se muestra PIÑAR MAÑAS, J. L., «España», en PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.) y GARCÍA GARCÍA, J. A. (coord.), *Las Fundaciones en Iberoamérica. Régimen jurídico*, Madrid, 1996, p. 239.

⁴¹ En este sentido se manifiesta PUIG FERRIOL, L., «El patrimonio fundacional...», *op. cit.*, pp. 1652 y 1653.

⁴² CAFFARENA LAPORTA, J., «Constitución de las fundaciones», en *Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas en Tossa de Mar del 19 al 21 de septiembre de 1996, p. 3, defiende que «cabe encontrar en la Ley argumentos de peso en favor de la opinión de que el negocio fundacional *inter vivos* es irrevocable desde su perfección. Los artículos 11 y 36 de la Ley entre otros preceptos permiten pensarlo así y ello viene corroborado por el artículo 6 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal».

⁴³ En este sentido, CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 37 y 38 del Código Civil», *op. cit.*, p. 907; CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 35», *op. cit.*, p. 239.

tución jurídica. Fundamental resulta la historia de las fundaciones en relación con las transformaciones de la propiedad y de los patrimonios adscritos a ellas.

En la sociedad feudal propia del medioevo la vinculación de los bienes se desarrolló de forma extraordinaria, bien en forma de mayorazgos, para mantener el poder de las familias que formaban parte de la nobleza, bien mediante la constitución de fundaciones, para aumentar el prestigio del fundador, o en el caso de la Iglesia, para satisfacer necesidades de la comunidad.

Con la llegada del liberalismo y la ruptura con el Antiguo Régimen que representa la Revolución Francesa, así como la introducción de las ideas ilustradas, se instaura el libre dominio sobre la propiedad, promulgándose las leyes desvinculadoras de 1820 y 1855. Este proceso desamortizador⁴⁴ les causó lógicamente un progresivo empobrecimiento que desembocó en su casi total extinción. No obstante, la liquidación de estas entidades en favor de los patronos o de los familiares del fundador, aumentó la codicia de estos sujetos, que pretendían liberar los bienes de toda finalidad fundacional a la que estuvieran destinados, debiendo actuar con prontitud el legislador para evitar una situación de abandono de las finalidades benéficas y asistenciales a las que servían.

Para salvaguardar las fundaciones benéficas, se dictó la Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849, que si bien se promulgó para los establecimientos públicos de beneficencia, dejó a salvo los establecimientos particulares. Por otra parte, también la jurisprudencia interpretó las normas desvinculadoras de forma que se excluyeran de su aplicación las vinculaciones particulares con objeto específico (benéfico o piadoso) y que no fueran en beneficio de los patronos o los familiares del fundador⁴⁵.

Con posterioridad ya el Código Civil reconoció a las personas jurídicas, entre las cuales situaba a las fundaciones, la posibilidad de adquirir y enajenar toda clase de bienes y derechos, dictándose también normas relativas a los servicios de beneficencia particular como el Real Decreto de 14 de marzo de 1899, sobre reorganización de servicios de la beneficencia particular, e instrucción para el ejercicio del Protectorado del Gobierno, sobre fundaciones culturales y docentes, o ya en fechas más recientes, el Decreto 2930/1972, de 21 de julio, Reglamento de las fundaciones culturales privadas y entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas.

⁴⁴ Se plantea COBO GÁLVEZ, P., «Comentario al artículo 10 de la LF», *op. cit.*, p. 149, si las leyes desamortizadoras fueron derogadas con el Código Civil o subsistieron hasta la promulgación de la Ley General de Educación de 1970, que para las fundaciones culturales establece la posibilidad de poseer toda clase de bienes, siempre que estén regularmente constituidas. La misma cuestión se planteaban con anterioridad, DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, Madrid, 1991, 2.ª ed., p. 303; y CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 38 del Código Civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ Y SALVADOR CODERCH, *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1991, p. 245.

⁴⁵ CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 37 y 38 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 899 y 900.

2. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE FUNDACIÓN: FIN, PATRIMONIO Y ORGANIZACIÓN

La dotación puede entenderse, tras las reflexiones efectuadas en las primeras páginas de nuestro trabajo, y las consideraciones históricas precedentes, como el conjunto de bienes y derechos que están afectados con carácter permanente y duradero a los fines de la fundación, integrándose en el patrimonio de la misma.

El patrimonio de la fundación aparece así, junto con los fines de interés general⁴⁶ perseguidos por ella, y la organización⁴⁷ de la propia entidad fundacional, como elemento básico integrante del contenido esencial del derecho de fundación tal como se consagra en el artículo 34 de la CE⁴⁸.

⁴⁶ Son notas características de los fines fundacionales, en opinión de CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 37 y 38 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 904 y 905, las de poder beneficiar a un número indeterminado de personas (fin impersonal), perseguir un objetivo socialmente relevante (fin de interés general), permanecer en el tiempo (fin permanente), y estar determinado, si bien esta última característica no impide a la vez un alto grado de imprecisión, dada la genérica definición de los fines que suele contenerse en los estatutos de la fundación.

El fin aparece en la conceptualización del derecho de fundación como el elemento esencial alrededor del cual se configuran los dos restantes, como son el patrimonio y la organización fundacional, actuando así el fin fundacional como causa misma de la persona jurídica. LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones», *op. cit.*, p. 593, afirma, en este sentido, que «el juego de la causa en la fundación se orienta a la integración del patrimonio y a la adscripción del mismo al cumplimiento del fin fundacional. El fin es lo que se pretende. Pero antes de obtenerse como efecto, el fin actúa como causa. De ahí la conveniencia de explicar el mecanismo causal propio del negocio de fundación, que se desenvuelve en un doble alcance de eficacia, primero transmisoria de bienes, y luego organizadora de la actividad institucional». En el mismo sentido de reconocimiento del fin como elemento causal del negocio fundacional, véase MADRUGA MÉNDEZ, J., «Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público», *ADC*, 1968, p. 426.

⁴⁷ NART, I., «La fundación», *op. cit.*, p. 489, define las fundaciones como «organizaciones de actividades y bienes, dotadas jurídicamente de personalidad y patrimonio propio, para la consecución de fines humanos no lucrativos, cuya amplitud o cuya permanencia exceden de la posibilidad o de la duración vital del hombre: las empresas de más nobleza y abolengo en el Derecho».

DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, *op. cit.*, p. 297, expone que «el negocio de fundación habrá de determinar el fin benéfico al que se destina la fundación, y la organización apropiada para que pueda funcionar», dando gran relevancia, por tanto, al elemento organizativo que posibilitará la realización del fin fundacional. En el mismo sentido, DURÁN RIVACOBBA, R., *El negocio jurídico fundacional*, Pamplona, 1996, p. 90.

⁴⁸ En palabras de CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 37 y 38 del Código Civil», *op. cit.*, p. 902, quizá «la principal virtualidad del artículo 34 de la Constitución sea admitir vinculaciones perpetuas, en contra de los postulados que dimanen de la constitucionalización de la economía de mercado (art. 38) y de la libertad de dominio (art. 33), que no pueden ser tachadas de inconstitucionales, siempre que sean fundaciones de interés general». CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 35 del Código Civil», *op. cit.*, p. 238, otorga gran trascendencia a la consagración constitucional del derecho de fundación: «En primer lugar porque se refiere a las fundaciones que persiguen un fin de interés general, quedando fuera las fundaciones de interés particular y entre ellas las llamadas fundaciones familiares. En segundo lugar porque implica que a dicho derecho alcance la protección que supone el artículo 53.1 CE y, finalmente, porque afecta a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia». Frente a esta postura mayoritaria, que entiende que la LF establece una prohibición de las fundaciones familiares, argumentan SALVADOR CODERCH, P., SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Funda-

El derecho de fundación goza de la garantía institucional otorgada por la Constitución que impide al legislador el desconocimiento de la existencia de fundaciones, ocupando un lugar destacado en el marco de las libertades constitucionales, como instituciones que el Estado social debe apoyar y promover⁴⁹. Aunque el derecho de fundación no se halla protegido por el recurso de amparo, sí lo está por el principio de reserva de ley⁵⁰ (no de ley orgánica), que en todo caso deberá respetar su contenido esencial,

ciones, interés general y títulos de aportación (II)», *La Ley*, 29 de enero de 1998, pp. 2 y 3, que del propio texto de la Ley se desprende la posibilidad de que existan fundaciones de dicha clase. En tal sentido, citan el contenido del artículo 2.4.º de la LF, el cual, frente a la prohibición del número anterior, de constituir fundaciones «con la finalidad de destinar sus prestaciones a los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado», establece que «no se incluyen en el apartado anterior las fundaciones cuya finalidad exclusiva sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español, siempre que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes» (excepción que igualmente establecen el art. 3.3.º de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid y el art. 3.5.º de la Ley valenciana de Fundaciones). Además, al no haberse calificado el número 3 del artículo 2 de la LF como norma básica, ello permite la existencia de normas autonómicas que autoricen «la constitución de fundaciones familiares de interés particular, al menos dentro de los límites de las sustituciones fideicomisarias y, eso sí, sin garantía alguna de beneficios fiscales» (p. 3). Este parece ser el caso, según los últimos autores citados, de la Ley Foral navarra 10/1996, ya que si bien en su artículo 2 considera que no son entidades sin ánimo de lucro, quedando excluidas del ámbito de aplicación de la propia Ley, «aquellas cuyos fundadores y sus cónyuges o parientes, hasta el cuarto grado inclusive, sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades o gocen de condiciones especiales para beneficiarse de sus servicios», añade a continuación que ello no se aplicará «a aquellas entidades que realicen actividades de asistencia social exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido, ni a las que tengan como finalidad exclusiva o principal la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español, siempre que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español». Se muestran, sin embargo contrarios a la admisión de la existencia de fundaciones familiares, sumándose a la doctrina mayoritaria, PIÑAR MAÑAS, J. L., «Comentario al artículo 2 de la LF», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, p. 18; y SERRA RODRÍGUEZ, A., *Las fundaciones: elementos esenciales y constitución*, Valencia, 1995, pp. 37 y 38.

En efecto, en apoyo de la doctrina mayoritaria, la mayor parte de las leyes autonómicas de fundaciones han adoptado el criterio prohibitivo. Al respecto, véanse artículo 3.2.º de la Ley vasca 12/1994; artículo 3.2.º de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid y artículo 3.4.º de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana. En las demás normas autonómicas no se efectúa ninguna referencia a los familiares del fundador, de lo cual deduce algún autor la prohibición de las fundaciones familiares (SERRA RODRÍGUEZ, A., *Las fundaciones: elementos esenciales...*, *op. cit.*, p. 38).

⁴⁹ Véase PIÑAR MAÑAS, J. L., «España», *op. cit.*, p. 231.

⁵⁰ CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 36 y 37, defiende la existencia de una reserva de ley material derivada tanto de los artículos 35 y 36 del Código Civil, como del artículo 34 de la Constitución, que impediría que una disposición sin rango de ley estableciese los requisitos para la constitución de una fundación basándose en la remisión en blanco del artículo 35 del Código Civil. Por su parte, LACRUZ BERDEJO, J. L., «Las fundaciones en la Constitución española de 1978», *ADC*, 1983, p. 1466, señala, delimitando el campo de actuación de la Administración dentro de la reserva de ley que protege el derecho de fundación, que «la Administración podrá disciplinar los aspectos procedimentales, organizativos y de control de las fundaciones, o bien ejercer la tutela sobre ellas, y, finalmente, en un aspecto externo, regular los campos de actividad de las mismas... en cuya extensión podrá poner condiciones razonables a cualquiera (también a la asociación o a la persona física) que pretenda ejercer allí su actividad».

que se corresponde, en lo fundamental, con el concepto de fundación que asume la propia Constitución.

Hemos de delimitar, por tanto, qué elementos del concepto de fundación integran este contenido esencial que el legislador deberá respetar en todo caso por mandato constitucional. En una primera aproximación es evidente que deberá integrar el contenido esencial de este derecho la referencia al «interés general», que «no sólo pone de relieve la utilidad social que despliega la fundación, sino que le sirve de fundamento en cuanto institución jurídica»⁵¹, por constituir en esencia la razón de ser de la institución⁵².

Otro elemento integrante del contenido esencial del derecho de fundación es la aportación de bienes, es decir, el patrimonio, como una atribución patrimonial del fundador que ha de respetar la ley. Como la dotación se integra en el patrimonio, formará igualmente parte del contenido esencial del derecho de fundación⁵³.

El tercer elemento esencial del concepto de fundación es el relativo a la forma jurídica de la organización mediante la cual se aplica el patrimonio a la realización del fin querido por el fundador⁵⁴.

Finalmente, se ha mencionado por la doctrina el elemento de la duración indefinida de la fundación, cuando se hubiese constituido con este carácter, si bien ello no impediría la existencia de fundaciones temporales, por disposición del fundador, o por insuficiencia sobrevenida del patrimonio destinado a los fines fundacionales⁵⁵. Sin embargo, no cree-

⁵¹ DE LOS MOZOS, J. L., «El derecho de fundación (artículo 34 de la Constitución)», *La Ley*, 19 de diciembre de 1996, p. 2.

⁵² Respecto a la relevancia de los fines de interés general como causa de la fundación, véase nota 46.

⁵³ El Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de marzo de 1983 [RJ 1983, 1607], ha afirmado que la dotación forma parte del contenido necesario del negocio fundacional. La propia Ley de Fundaciones, al exigir, en su artículo 8, que en la escritura de constitución de la fundación se contenga la dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación, da cuenta de la importancia de la misma para la fundación que se constituye.

⁵⁴ VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, p. 24, afirma que el sentido primordial de la fundación consiste en «la promoción o realización de un fin de carácter ideal, mediante la afectación permanente de una masa de bienes a la consecución de dicho fin», destacando como elementos de la fundación «el fin que se pretende realizar, la masa de bienes que se destina a su realización y la organización mediante la cual se opera permanentemente la aplicación del patrimonio a la realización del fin querido por el fundador». En el mismo sentido, destacando estos tres elementos integrantes de la fundación, ALBALADEJO GARCÍA, M., «La persona jurídica», *op. cit.*, p. 38, y MADRUGA MÉNDEZ, J., «Consideraciones en torno a las fundaciones privadas de interés público», *op. cit.*, p. 416. LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura...», *op. cit.*, p. 595, señala que «el fin, al no ceñirse a un sujeto determinado, se hace social y permanente; y necesita de un querer que lo actualice de modo sucesivo. La voluntad fundacional tiene virtud creadora, pero desaparece con la vida del fundador; por eso hace falta una voluntad duradera que actualice el fin, esto es, un órgano institucional».

⁵⁵ DE LOS MOZOS, J. L., «El derecho de fundación...», *op. cit.*, p. 2. NART, I., «La fundación», *op. cit.*, p. 492, manifiesta que la fundación como institución jurídica «responde al aseguramiento de la permanencia del cumplimiento del fin». En todo caso, afirma VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, p. 33, «la permanencia como duración indefinida, es una propiedad, esencial o no, pero típica del fin fundacional».

mos que la perdurabilidad de la fundación sea un requisito esencial de la misma, puesto que además la ley establece en la actualidad controles para intentar en la medida de lo posible, evitar la constitución de fundaciones inviables. Ejemplo de dichos controles serían el requisito de la adecuación y suficiencia de la dotación, así como el destino de una parte de los ingresos de la fundación a formar parte de la dotación, o los controles del Protectorado sobre la enajenación y gravamen del patrimonio de la fundación. En todo caso, pudiera también entenderse que el requisito de la permanencia se encuentra implícito en la caracterización que del fin y el patrimonio realiza la Ley 30/1994.

3. SUFICIENCIA Y ADECUACIÓN DE LA DOTACIÓN: ARTÍCULOS 10.1.º, DE LA LF Y 3.1.º, DE SU REGLAMENTO

a) Bienes que pueden integrar la dotación

Como afirma el artículo 10.1.º, de la Ley, la dotación podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, siempre, claro está, que gocen de contenido patrimonial.

En relación a los bienes que puedan integrar la dotación fundacional, no debemos olvidar la relevancia de los fines a los que deben servir, por lo que además de requerir una cierta estabilidad y permanencia, estos fines pueden en ciertos casos exigir una obtención de rendimientos que permitan la subsistencia de la fundación. En concreto, el artículo 4 de la Ley de Fundaciones Privadas Catalanas, contempla la posibilidad de destinar los bienes de la dotación al cumplimiento directo de las finalidades fundacionales en forma de inmuebles, instalaciones o bienes de naturaleza mueble, adecuados para ello, debiendo invertirse el resto de la dotación por lo general en bienes fructíferos, que sólo podrán ser enajenados para reinvertir el precio que se obtenga de ellos en la adquisición de otros bienes fructíferos, que quedarán subrogados en lugar de los enajenados.

La nueva Ley de Fundaciones ha permitido a estas entidades la realización de actividades empresariales⁵⁶. Por otra parte, es el artículo 22 de

⁵⁶ Favorable a esta postura se mostraban ya antes de la Ley de Fundaciones de 1994 VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, op. cit., pp. 42-43; CAPILLA RONCERO, F., «Comentario a los artículos 37 y 38 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, op. cit., p. 912, si bien con los matices que impone el control por el Protectorado y los problemas que surgirían, por un lado, por el sometimiento del patrimonio fundacional al riesgo de una actividad empresarial y, por otro, porque resultaría desleal para los restantes empresarios esa competencia, amparada en beneficios fiscales. Esta preocupación la manifiesta igualmente POMEY, M., *Traité des Fondations d'Utilité publique*, París, 1980, p. 126, al tratar la aportación de empresa como dotación fundacional, que no podrá explotar —dice el citado autor— con el único propósito de obtener lucro.

En cuanto a la primera de las objeciones realizada por CAPILLA RONCERO, parece haber sido recogida en el artículo 22.1.º al impedir la participación de fundaciones en sociedades en las que hubieran de responder personalmente de las deudas sociales, imponiendo el párrafo 2.º del precepto la obligación de favorecer la transformación de sociedades personalistas en otra forma social con responsabilidad limitada cuando formen parte de la dota-

la Ley⁵⁷ el que permite la participación de las fundaciones en sociedades no personalistas, si bien bajo el control del Protectorado. Del mismo modo, el artículo 24 de la Ley permite a las fundaciones obtener ingresos por sus actividades «siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios»⁵⁸.

Cabe también la aportación de empresa con las limitaciones establecidas en el artículo 22 de la Ley, esto es, la imposibilidad de que la fundación participe en sociedades personalistas. Se pretende, como vemos, salvaguardar en todos los supuestos la realización de los fines de interés general para los que se ha creado la fundación, evitando en la medida de lo posible que el patrimonio de ésta se vea comprometido⁵⁹.

ción participaciones en aquellas sociedades y dicha participación sea mayoritaria. En cuanto a la segunda de las objeciones, el artículo 42, *Requisitos para disfrutar del régimen fiscal previsto en el presente Título*, establece en su letra c) que deberán «en el caso de ser titulares, directa o indirectamente, de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, acreditar, ante el Ministerio de Economía y Hacienda a través del órgano de Protectorado correspondiente cuando se trate de fundaciones..., la existencia de dichas participaciones así como que la titularidad de las mismas coadyuva al mejor cumplimiento de los fines recogidos en la letra a) de este apartado 1 (perseguir fines de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía social o de la investigación, de promoción del voluntariado social, o cualesquiera otros fines de interés general de naturaleza análoga) y no supone una vulneración de los principios fundamentales de actuación de las entidades mencionadas en este Título», pudiendo en todo caso el Ministerio de Economía y Hacienda «denegar, de forma motivada, el disfrute del régimen fiscal regulado en este Título en aquellos casos en que no se justifique que tales participaciones cumplen los requisitos antes mencionados».

LÓPEZ JACOISTE, J. J., «La fundación y su estructura...», *op. cit.*, pp. 603-604, se refiere a que la fundación ha de realizar «sus peculiares beneficios sociales, pero siempre a tono con las circunstancias de la vida, sin renunciar al efecto multiplicador de la técnica y de la economía», planteándose en las páginas siguientes los problemas relativos a la participación de las fundaciones en la actividad empresarial y a la fundación como forma de empresa. Sobre este último punto, véanse, entre otros, VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*; COSTI, R., «Fondazione e impresa», en *Rivista di Diritto Civile* 1968-1, pp. 1 y ss.

⁵⁷ Como posibles antecedentes del precepto pueden citarse el artículo 28 del Reglamento de Fundaciones Culturales de 1972 y la última reforma del Impuesto de Sociedades, efectuada por Ley 43/1995, de 27 de diciembre, que reconocen ya la actividad empresarial de las fundaciones.

⁵⁸ Reclamaba el establecimiento de esa norma CAFFARENA LAPORTA, J., *El régimen jurídico de las fundaciones...*, *op. cit.*, p. 72, apoyándose en la Ley francesa de 4 de julio de 1990, sobre la fundación de empresa, que alude entre los recursos de la fundación a la retribución obtenida por los servicios que preste. Afirma el citado autor que «en la actividad no tiene razón de ser que el interés general del fin fundacional se traduzca necesariamente en la necesidad de que la fundación tenga carácter benéfico, sin embargo dicho interés general impone límites a la hora de establecer aquellos ingresos».

Por otra parte, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, I, Parte General de Derecho Civil*, vol. 2.º, «Personas», Barcelona, 1993, p. 254, se manifiesta en el mismo sentido antes expresado de permitir a las fundaciones realizar todo tipo de actividades económicas, siempre que las ganancias se destinen a la realización de sus fines y no al beneficio privado de sus asociados.

⁵⁹ No obstante sostiene VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, pp. 116 y 117, que «la razón no está... en que los socios de estas sociedades estén sujetos a responsabilidad ilimitada por las deudas sociales, mientras que la responsabilidad de las fundaciones, como personas jurídicas, es siempre limitada. Hay un error en esta formula-

b) El título de la aportación

Importante resulta también la cuestión del título con que se realiza la aportación de bienes en concepto de dotación. A falta de disposición en contrario, debe entenderse que ésta podrá realizarse tanto a título de propiedad como de uso⁶⁰, si bien deberá considerarse la posibilidad de que los bienes aportados sirvan a la realización de los fines de la fundación. En este sentido, el artículo 17.1.º, de la LF establece que «el patrimonio de la fundación podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica», en correspondencia con lo dispuesto en el artículo 10.1.º, antes citado.

En todo caso, el acto de dotación, con la correspondiente aportación de bienes o derechos, ha de ser considerado como un acto transmisivo de dichos bienes y derechos y de un modo permanente, como afirma el artículo 10.2.º, apartado segundo de la LF⁶¹. No obstante, el carácter permanente de dicha afectación de bienes hace referencia a la «conservación de la naturaleza propia de cada bien o derecho que se afecte a la fundación, pero que no implica la prohibición de incrementos de dotación realizados a título distinto de la propiedad»⁶².

Teniendo en cuenta, por tanto, dicho concepto de la permanencia de la aportación, cabrá la aportación de derechos de la propiedad intelectual⁶³

ción de las cosas; puesto que la fundación –y toda persona jurídica– responde por sus deudas con la totalidad de su patrimonio de forma igualmente ilimitada que la persona física. Por ello, la razón del problema no hay que buscarla en el aspecto de la responsabilidad, sino en la relevancia del *intuitus personae*, tan importante –aun cuando no llegue a ser esencial– en estos tipos de sociedad y que se esfuma casi por entero en las personas jurídicas, al substituir estas con independencia del cambio de personas físicas en sus órganos». Sin embargo, la orientación de la Ley de Fundaciones en este sentido ha sido la contraria, impidiendo a las fundaciones la participación en sociedades en las que deban responder personalmente de las deudas sociales.

⁶⁰ En este sentido, si bien refiriéndose a las sociedades de responsabilidad limitada, afirma BOLAS ALFONSO, J., *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1991, que «lo importante es que los bienes aportados permitan el desarrollo del objeto social, lo cual beneficiará a socios y acreedores», afirmación que podemos adaptar a las fundaciones, afirmando que el bien aportado, bien a título de propiedad, bien a título de uso, deberá servir para el cumplimiento de los fines fundacionales, lo que beneficiará igualmente tanto a los destinatarios de sus servicios como a los terceros que contraten con ella. Véase igualmente, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La aportación de uso en las sociedades de capital», en *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, II, Sociedades Mercantiles*, Madrid, 1996, p. 2227.

Del artículo 8, d) de la Ley de Fundaciones catalanas se desprende esta posibilidad, puesto que exige detallar el título en virtud del cual se aporten bienes a la fundación (en este sentido, PUIG I FERRIOL, L., «El patrimonio fundacional...», *op. cit.*, p. 1647).

⁶¹ También aluden al carácter permanente el artículo 7.2.º, párrafo segundo de la Ley Foral navarra 10/1996 y el artículo 11.1.º de la Ley 8/1998, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

⁶² SALVADOR CODERCH, P. y SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Fundaciones, interés general y títulos de aportación (II)», *op. cit.*, p. 6.

⁶³ Véanse al respecto los plazos de duración de los derechos contemplados en los artículos 26, 112, 119, 125, 127, 128 y 129 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

o de la propiedad industrial⁶⁴, que pueden consistir tanto en la cesión o transmisión plena y definitiva del derecho (a título de propiedad, pasando la fundación a ser el nuevo titular del derecho), como en figuras de transmisión limitada (licencia, por la cual se ceden los derechos de uso y explotación del derecho, bien con carácter exclusivo o no, pudiendo delimitar tanto el período temporal en que se efectúa la licencia, como el ámbito territorial al cual afecta y el contenido de los derechos que se transmiten). Si se acepta, por tanto, la posibilidad de aportar la dotación a título distinto del de propiedad, podrá constituirse un usufructo en beneficio de la fundación, así como realizarse la dotación por medio de las que la doctrina mercantilista conoce como aportaciones de uso⁶⁵. E incluso podemos pensar en la posibilidad de ceder, como aportación no dineraria, un contrato de arrendamiento. Al respecto, el artículo 32 de la LAU reconoce al arrendatario que ejerza una actividad empresarial o profesional en el local arrendado el derecho a subarrendar o ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de consentimiento del propietario, quien podrá únicamente elevar la renta⁶⁶.

Será, en último término, el Protectorado el encargado de enjuiciar la adecuación de las aportaciones realizadas a título distinto del de propiedad.

c) *Adecuación y suficiencia de la dotación*

Continúa el primer párrafo del artículo 10 de la Ley 30/1994 exigiendo los requisitos de adecuación y suficiencia de la dotación para el cumplimiento de los fines fundacionales⁶⁷, únicos límites establecidos a la misma. Surge aquí la preocupación del legislador, ya planteada en la propia definición del artículo 1.1.º, de la Ley, por el elemento organizativo, estableciendo diversos controles para evitar la creación de una fundación inviable por falta de medios económicos. La opción tomada por el legislador parece correcta, al no limitar en exceso el derecho de fundación, lo

⁶⁴ Conforme al artículo 49 de la Ley 22/1986, de 20 de marzo, de Patentes, la patente tiene una duración de veinte años improrrogables; para los modelos de utilidad el plazo es de diez años (art. 152.2). Para las marcas, el registro se otorga por diez años, pudiendo renovarse indefinidamente por períodos iguales (art. 5 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas).

⁶⁵ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La aportación de uso en las sociedades de capital», *op. cit.*, pp. 2225 ss.

⁶⁶ Esta posibilidad puede resultar de gran importancia, por ejemplo, para aquellas fundaciones que desarrollan actividades empresariales o profesionales, y especialmente para las fundaciones-empresa.

⁶⁷ CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario al artículo 35 del Código Civil», *op. cit.*, p. 240, reconoce ya antes de la Ley de Fundaciones estatal la necesidad de la adecuación y suficiencia de la dotación, y del patrimonio en su conjunto, apoyando esta necesidad en normas de Derecho positivo: artículo 39 del Código Civil, artículos 4 y 5 del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, artículo 58.3 de la Instrucción de la misma fecha, artículos 1 y 6.5 del Decreto de 1972, artículos 2 y 3 del Decreto de 16 de marzo de 1961 y 2 y 3 de la Orden de 25 de enero de 1962. NART, I., «La fundación», *op. cit.*, p. 495, reconocía igualmente que una dotación insuficiente imposibilita el nacimiento de la fundación.

que hubiera ocurrido por el contrario si se hubiera establecido una cantidad mínima como necesaria para la creación de una fundación⁶⁸.

Sin embargo, esta solución plantea simultáneamente los problemas propios de la posible infracapitalización de la fundación, sobre todo respecto de la que Paz-Ares⁶⁹ considera, en relación con las sociedades de capital, infracapitalización material, caracterizada por la insuficiencia de la aportación del capital social a las mismas. No establece la Ley de Fundaciones estatal ninguna previsión respecto de la responsabilidad de los aportantes ni del fundador o los patronos por la realidad de las aportaciones integrantes de la dotación. Ante la imposibilidad de aplicar las normas propias de las sociedades mercantiles, ya que la remisión que el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal realiza en su artículo 3 se refiere únicamente a la valoración de las aportaciones no dinerarias a la dotación, no se determina si responderán el fundador, en su caso, y el Patronato, más allá del límite del patrimonio de la persona jurídica fundacional.

La doctrina ha apuntado algunos elementos que deberán tenerse en cuenta a la hora de enjuiciar la suficiencia⁷⁰: a) que la dotación inicial y la prevista sean susceptibles de generar rentas o ingresos que permitan atender las actividades de la fundación; b) que las rentas o ingresos generados permitan el desarrollo de estas actividades de interés general.

Deben también ser tenidas en cuenta por el Protectorado las rentas e ingresos que puedan generarse de los compromisos garantizados de aportaciones de terceros, así como las subvenciones y prestaciones económicas a que la fundación pudiera tener derecho.

Por último, afirma la doctrina que deberá enjuiciarse con flexibilidad la viabilidad económica de las fundaciones, dada la gran variedad de modalidades de dotación aceptadas por la ley.

⁶⁸ En este sentido fue planteada una enmienda del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, que pretendían la introducción de una cantidad mínima fijada en diez millones de pesetas. A dicha enmienda se opuso el Senador Iglesias Marcelo, defendiendo el texto del Dictamen de la Comisión, señalando que una cantidad fija sería un elemento perturbador que alteraría la voluntad fundacional y que no tiene relación esencial con el cumplimiento de los fines fundacionales.

El artículo 3.1.º del Reglamento de fundaciones corrobora lo expuesto al disponer que «El Protectorado comprobará que la dotación sea adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales».

⁶⁹ PAZ-ARES, C., «La infracapitalización. Una aproximación contractual», en *RdS*, 1994, número 2, p. 130.

⁷⁰ COBO GÁLVEZ, P., «Comentario al artículo 10 de la LF», *op. cit.*, pp. 90-91.

El Reglamento de fundaciones no añade ni matiza nada respecto de lo establecido en la Ley, manteniendo unas amplias facultades del Protectorado para apreciar la adecuación y suficiencia de la dotación. Como afirma DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, «La constitución de las fundaciones», en PIÑAR MAÑAS, J. L. y OLMOS VICENTE, I. (dirs.) *Las Fundaciones. Desarrollo reglamentario de la Ley*, Madrid, 1997, pp. 66 a 69, hubiera sido deseable que el Reglamento hubiera matizado, suavizándola, la norma legal, en el sentido de establecer un criterio *pro constitutione*, o en todo caso, que se hubiera referido, no ya a los fines de la fundación, sino a sus actividades, estimando suficiente y adecuada la dotación con tal de que con ella pudiese llevarse a cabo alguna de las actividades de la fundación, salvo que tal posibilidad contradijera la voluntad del fundador.

Con la exigencia del requisito de la adecuación y suficiencia de la dotación quedan excluidas del ámbito de la Ley las denominadas por la doctrina «fundaciones gerenciales»⁷¹, que pretenden, con una dotación inicial mínima la captación de ingresos con posterioridad a la constitución. La Ley de Fundaciones es, además, tajante en esta exclusión, al disponer en el artículo 10.4.º, que «en ningún caso se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos».

Lo que sin embargo no hace la Ley de Fundaciones estatal ni tampoco determina su Reglamento es que la adecuación y suficiencia de la dotación deberán referirse al primer programa de actuación, previsión que sí contiene la Ley de Fundaciones del País Vasco, en su artículo 9, y que facilitaría la labor del Protectorado, si bien no evitaría los riesgos de inviabilidad posterior de la fundación⁷². Al igual que la Ley vasca, la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, recoge en su artículo 11.2.º, el requisito de la adecuación y suficiencia de la dotación, estableciendo un parámetro para su determinación. La dotación, conforme al tenor de dicho precepto, habrá de ser «adecuada y suficiente para con sus rendimientos financiar al menos el 50 por 100 de los gastos previstos en el primer programa de actuación de la fundación, lo que deberá acreditarse con un estudio económico de viabilidad».

d) Facultades del Patronato y el Protectorado en relación a los bienes integrantes de la dotación: identificación y valoración de los bienes

El órgano encargado de la identificación de los bienes aportados es el Patronato, conforme al artículo 3.2.º, del Reglamento, el cual establece que «a los efectos previstos en el apartado anterior, el Patronato identificará con precisión los bienes y derechos integrantes de la dotación fundacional. Si la dotación consistiera en dinero, su cuantía se fijará en pesetas. Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán de igual forma y se valorarán por el Protectorado con arreglo a las normas reguladoras de dichas aportaciones a sociedades de responsabilidad limitada».

Es, por tanto, el Protectorado el órgano que posee facultades en orden a la evaluación de los criterios de adecuación y suficiencia de la dotación,

⁷¹ AA.VV., *Hacia una nueva Ley de Fundaciones*, Santander, 1992, p. 91.

⁷² En este sentido, DEL CAMPO ARBULO, J. A., «Temas polémicos del Título I de la Ley y soluciones posibles», en OLMOS VICENTE, I., *Las Fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Madrid, 1995, p. 111. En contra, DE PRADA GONZÁLEZ, J. Mª., «Constitución, modificación y extinción de fundaciones en la nueva Ley», en OLMOS VICENTE, I. (dir.), *Las Fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Madrid, 1995, pp. 50-51, considera que el legislador pretende acabar con la práctica de que la suficiencia se valore únicamente en relación con un programa concreto que se acompañaba en el momento de solicitar la clasificación y que los Protectorados aceptaban generosamente como suficiente, si bien no ignora este autor los problemas que pueden presentarse a la hora de estimar suficiente y adecuada para el futuro la dotación fundacional.

como se desprende de los artículos 36 de la Ley y 3.2.º y 3.º, y 22.3.º, letra d), del Reglamento de fundaciones de competencia estatal⁷³.

El artículo 36 de la Ley –desarrollado por el artículo 22.3.º, letra d), de su Reglamento– alude al necesario informe del Protectorado sobre la suficiencia de la dotación para proceder así a la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones⁷⁴. A través de esta inscripción la fundación adquirirá personalidad jurídica, ya que en relación a las fundaciones la inscripción es constitutiva⁷⁵. En cuanto a esta facultad concedida al Protectorado, se ha de destacar, además del artículo 3.2.º, del Reglamento de fundaciones de competencia estatal, ya transcrito, el párrafo 3.º del mismo precepto, al establecer que «el Protectorado velará en todo momento por la integridad y suficiencia de la dotación de acuerdo con las atribuciones que le confiere la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, y el presente Reglamento»⁷⁶.

⁷³ No obstante, estos criterios serán los adoptados por el Protectorado a los solos efectos de la elaboración del informe favorable que es requisito indispensable para la inscripción en el Registro de Fundaciones, dejando libertad a los fundadores o a los patronos para determinar los criterios de valoración, con tal de que dichos criterios consten en la escritura pública de constitución. En este sentido, DE PRADA GONZÁLEZ, J.M.ª, «La constitución de fundaciones», *op. cit.*, p. 70.

⁷⁴ La dotación ha de ser considerada también como acto sujeto a inscripción en el Registro de Fundaciones (artículos 3 c); 5.2.º; 8 y 13 del Reglamento del Registro de Fundaciones, aprobado por Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, así como también en todas las legislaciones autonómicas), que debe constar en la escritura fundacional, conforme al artículo 8 c).

⁷⁵ Conforme dispone el artículo 3 de la Ley de Fundaciones, «1. Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley.

2. Sólo las entidades inscritas en el Registro al que se refiere el apartado anterior, podrán utilizar la denominación de Fundación». Conforme al artículo 3 a) del Reglamento del Registro de Fundaciones se reconoce la constitución como acto sujeto a inscripción, que deberá contener las menciones recogidas en su artículo 8. La escritura de constitución deberá presentarse a inscripción en el plazo de un mes desde su otorgamiento, como señala el artículo 6.1.º del Reglamento del Registro de Fundaciones.

En el mismo sentido se pronuncian los artículos 4.1.º y 2.º de la Ley de Fundaciones canarias; 6.1.º de la Ley de Fundaciones catalanas; 5.2.º de la Ley de Fundaciones del País Vasco; 8.2.º de la Ley de Fundaciones de interés gallego; 7 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid y 4.1.º de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana. Muy gráfico resulta el artículo 17.2.º del Decreto 160/1982, de 27 de mayo, por el que se aprueba la Instrucción para la organización y funcionamiento del Protectorat de la Generalitat de Cataluña sobre fundaciones privadas, al disponer que «la inscripción del acto constitutivo de las fundaciones es un requisito necesario para la adquisición de la personalidad jurídica, para la transmisión del dominio de los bienes que integran la dotación inicial y para el goce de los privilegios y beneficios que les correspondan, sin perjuicio de que sus efectos se retrotraigan al momento del otorgamiento de la carta fundacional o del óbito del fundador, según si la fundación se ha constituido por acto entre vivos o por causa de muerte».

⁷⁶ Ley que en sus aspectos fiscales ha sido desarrollada por el Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan determinadas cuestiones del régimen de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, y que ha de completarse con la nueva Ley del Impuesto de Sociedades, Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

4. FORMAS DE APORTAR LA DOTACIÓN

a) *La dotación sucesiva (art. 10.2.º de la LF)*

La Ley 30/1994 regula, como ya hemos manifestado, la dotación de forma muy flexible, posibilitando de este modo la dotación sucesiva (art. 10.2.º, de la Ley). Ello puede considerarse como un reflejo de la importancia que en la Ley se ha dado al elemento organizativo, que forma parte del contenido esencial del derecho de fundación⁷⁷.

Con la dotación en forma sucesiva se permite a la fundación iniciar sus actividades con un desembolso inicial mínimo⁷⁸, y se le otorga un plazo de cinco años para completar la dotación a la que se comprometió, la cual puede, sin duda alguna, obtener de los beneficios de sus actividades, ya que el artículo 25.1.º, de la Ley impone que, una vez destinados a la realización de los fines fundacionales el 70 por 100 de los ingresos netos de la entidad, la cantidad restante de ingresos o rentas se dedique, una vez deducidos los gastos de administración, al aumento de la dotación fundacional.

Se permite, por tanto, un desembolso inicial del 25 por ciento de la dotación⁷⁹ y el resto en un plazo no superior a cinco años contados desde el otorgamiento de escritura pública de constitución. Parece inspirada esta norma en la legislación reguladora de las sociedades anónimas, que en sus artículos 12, 22 y 40.2.º permite también que se realice un desembolso inicial mínimo de carácter imperativo del 25 por 100 y un plazo para el ulterior desembolso que no podrá exceder de cinco años. Sin embargo, este último plazo viene establecido en la LSA únicamente respecto de las aportaciones dinerarias, sin que, por el contrario, el artículo 10.2.º, de la Ley 30/1994 establezca distinción alguna entre aportaciones dinerarias o no dinerarias para su aplicación.

⁷⁷ No obstante la relevancia del elemento organizativo, que es destacada por la nueva Ley de Fundaciones de competencia estatal en diversos momentos a lo largo de su articulado, no puede olvidarse la importancia del patrimonio para la fundación, ya que en palabras de VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, pp. 39-40, «ni se puede constituir una fundación sin patrimonio –sin bienes actuales o, al menos, sin una exigencia de dichos bienes, que jurídicamente considerada será un derecho de crédito a ellos, o una expectativa de obtenerlos– ni puede subsistir una fundación desprovista de patrimonio».

⁷⁸ Se ha afirmado que las disposiciones fiscales imponían tal flexibilidad en la constitución de las fundaciones, dado que las donaciones realizadas a las fundaciones ya inscritas tienen un régimen fiscal privilegiado, tanto si el donante es una persona física como jurídica, por lo que al fundador le interesará constituir la fundación con una dotación mínima inicial y posteriormente completarla con una donación. En este sentido se manifiesta DEL CAMPO ARBULO, J. A., «Temas polémicos del Título I de la Ley...», *op. cit.*, p. 108.

⁷⁹ El artículo 9.2.º de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, exige que el desembolso inicial no sea inferior al 30 por 100 del total previsto por la voluntad fundacional, estableciendo igualmente un plazo de cinco años desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución para el total desembolso de la dotación fundacional. No obstante, se permite la ampliación de este plazo cuando se trate de derechos, en función de su naturaleza, y siempre que se den las garantías necesarias para asegurar su realización. Idéntica previsión contiene el artículo 5.4.º de la Ley 1/1998, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid.

Se ha pretendido ver en la posibilidad de realizar la dotación en forma sucesiva una aproximación a la legislación sobre sociedades mercantiles, en concreto, a la legislación de las sociedades anónimas. Sin embargo, creemos que el sentido de la norma no reside en tal aproximación al régimen de este tipo de sociedades, cuyo objetivo dista mucho del buscado por las fundaciones, que no persiguen un fin lucrativo. La ley quiere simplemente facilitar el proceso de creación de las fundaciones, permitiendo el inicial desembolso de un 25 por 100 de la dotación, pero sin dejar de establecer controles y un período de tiempo determinado (cinco años) para su total desembolso, que aseguren un funcionamiento al menos «duradero» de la entidad, dados los fines que persigue⁸⁰.

b) La afectación de bienes por el fundador o el Patronato con posterioridad a la constitución de la fundación

Como señala el artículo 10.3.º de la Ley, cabe también la afectación con carácter permanente por el fundador o Patronato de nuevos bienes en concepto de dotación. Esta norma, que responde a la idea de mayor permanencia de la dotación, tiene claras implicaciones fiscales, en cuanto el régimen tributario aplicable a las fundaciones que se contiene en el Impuesto de Sociedades establece un diferente tratamiento de la dotación y el patrimonio. La norma favorece a las fundaciones ya que, conforme al artículo 50.1.2.º de la Ley de Fundaciones, «no se computará para la determinación de la base imponible el 30 por 100 de los intereses, explícitos o implícitos, derivados de la cesión a terceros de capitales propios de la entidad y de los rendimientos derivados del arrendamiento de los bienes inmuebles que constituyan el patrimonio fundacional definido en el artículo 17 de esta Ley. Esta deducción se elevará al 100 por 100 en el caso de los rendimientos procedentes del arrendamiento de los bienes inmuebles que integren la dotación fundacional a que se refiere el artículo 10»⁸¹.

En todo caso, para poder beneficiarse del más benigno régimen fiscal establecido en la Ley de Fundaciones, estas entidades deberán cumplir la disposición imperativa contenida en su artículo 25 (desarrollada por el artículo 14.2.º y 3.º del RF), que obliga a destinar al menos el 70 por 100⁸² de los ingresos netos obtenidos por la fundación a la realización de los fines

⁸⁰ No es seguro, por ello, que quepa trasladar automáticamente las normas de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, ni, por supuesto, el tratamiento de los dividendos pasivos.

⁸¹ Otra muestra, en definitiva, del estímulo y apoyo que el Estado social ofrece a las entidades sin fines de lucro que colaboran en la realización de fines de interés general para la comunidad.

⁸² La Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego, exige, en su artículo 7.5.º, que este porcentaje sea del 80 por 100. Del mismo tenor es el Decreto 188/1990, de 19 de septiembre, por el cual se aprobó el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones Canarias, al establecer imperativamente el destino de al menos un 80 por 100 de las rentas y demás ingresos de la fundación a los fines de la misma, pudiendo excepcionalmente la Comisión Ejecutiva autorizar cargas que impidan llegar a dicha proporción.

fundacionales, debiendo afectar el resto, deducidos los gastos de administración, a la dotación fundacional. Para ello dispone la fundación recién constituida de un plazo de tres años.

Quedan de este modo claramente diferenciados patrimonio y dotación —si bien ésta forma parte de aquel—, por lo que cabe establecer un paralelismo con la relación que en las sociedades se establece entre capital social y patrimonio⁸³.

c) Los compromisos de aportación de terceros (art. 10.4.º de la Ley)

Reconoce también la ley, dentro de la flexibilidad que caracteriza a la regulación de la dotación, la posibilidad de que sean terceras personas quienes se comprometan a aportar, considerándose dotación sus aportaciones siempre y cuando estuvieran garantizadas.

En todo caso, para la realización del informe sobre suficiencia y adecuación de la dotación, previo a la inscripción inicial de la fundación, deberá el Protectorado tener en cuenta estas aportaciones comprometidas por terceros, para enjuiciar si la garantía ofrecida es suficiente para asegurar la realidad de la aportación comprometida, una vez goce ya de personalidad jurídica la entidad fundacional.

En cuanto a las formas jurídicas en que puede articularse este compromiso de aportación, deberán aceptarse todas las garantías admitidas en Derecho. A este extremo se refiere el artículo 3.4.º del Reglamento: «Los compromisos de aportaciones de terceros en favor de una fundación sólo tendrán la consideración de dotación si están garantizados formalmente por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Las garantías habrán de quedar descritas en la escritura fundacional»⁸⁴.

⁸³ COBO GÁLVEZ, P., «Comentario al artículo 10 de la LF», *op. cit.*, p. 93.

⁸⁴ Sobre esta cuestión se manifiesta COBO GÁLVEZ, P., «Comentario al artículo 10 de la LF», *op. cit.*, p. 93, quien no exige necesariamente un derecho real de garantía, sino que «bastaría que, de acuerdo con los artículos 1922 y siguiente del Código Civil, gozara de alguna forma de privilegio o prelación en razón de la garantía establecida. Si se aceptara esta interpretación bastaría con que el compromiso de aportación estuviera formulado en escritura pública (art. 1924 del CC)». Sin embargo, dos enmiendas, concretamente la número 197, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en el Congreso y la número 52, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en el Senado, propugnaban la sustitución del término garantizadas por «verificadas documentalmente», si bien la no acogida por el legislador en el texto definitivo puede ser indicativo de que otra era su voluntad.

En relación con la Ley de Fundaciones catalana, se plantea PUIG FERRIOL, L., «El patrimonio fundacional...», *op. cit.*, p. 1645, idéntica cuestión, quien en la misma línea doctrinal, considera que la garantía se traducirá «en que no se deja a la voluntad unilateral de los aportantes el mantener o revocar las cuotas o subvenciones periódicas prometidas; y además en que la obligación de pagar estas cuotas o subvenciones periódicas se ha hecho en condiciones tales, que según las reglas de una ordenada administración se considere conveniente el poderlas exigir, incluso judicialmente, caso de resistencia del obligado a satisfacerlas, pues (*sic*) la pretensión jurídica deducida a tales efectos tenga posibilidades de triunfar». En otro caso, continúa el autor citado, deberá denegarse la inscripción, pero sin que ello frustre la iniciativa de los aportantes, quienes podrán canalizar sus aportaciones por medio de una sociedad de hecho o por una asociación de hecho de carácter temporal, reguladas en el artículo 19 del Decreto de 20 de mayo de 1965.

No resulta de ningún modo aceptable la opinión de quienes defienden que la garantía a la que se refiere el precepto sea la mera posibilidad de exigir el cumplimiento, puesto que

La Ley, a la vez que posibilita la existencia de diversas modalidades de dotación sucesiva, quiere evitar la falta de realización posterior de las aportaciones comprometidas, en las que la fundación confiaba para seguir desarrollando sus fines. Se exige, por tanto, que conste fehacientemente en la escritura fundacional el compromiso del tercero y que se describan en ella las garantías que aporte (art. 3.4.º del RF). Creemos, por consiguiente, que la ley no se refiere simplemente a su constancia fehaciente o en documento público (en la escritura pública fundacional), que por sí no constituye ninguna garantía, sino a algo más, como señala el propio Reglamento. La ley pretende que el acreedor, en este caso la fundación, se beneficie de una facultad adicional a él concedida, y que le facilite en el futuro la realización de dicha obligación en caso de incumplimiento⁸⁵.

Puede plantearse en relación a estas aportaciones comprometidas por terceros si les resulta aplicable el plazo de cinco años que el artículo 10.2.º concede para completar la dotación. Considerando que estas aportaciones garantizadas deberán constar en la escritura de constitución y serán consideradas por el Protectorado a la hora de emitir su informe, favorable o no, sobre la existencia de fines de interés general y la adecuación y suficiencia de la dotación, parece lo más conveniente estimar aplicable dicho plazo para completar la dotación inicialmente comprometida. A ello no podría objetarse que el propio precepto permita al fundador o a los patronos afectar bienes a la dotación sin establecer plazo alguno, ya que en estos casos estaríamos ante un supuesto de aumento de la dotación, no de aportación del resto de la dotación comprometida y no aportada efectivamente en el momento de constitución de la entidad.

d) *La efectiva formación de la dotación: artículo 10.3.º de la LF*

Resta únicamente efectuar una breve referencia al contenido efectivo de la dotación. Como ya señalamos, ésta, al igual que el patrimonio, en el cual se integra, puede estar compuesto por todo tipo de bienes, siempre que sean susceptibles de valoración económica⁸⁶. Se plantea una duda respecto a la posibilidad de dotar a las fundaciones de bienes imponiendo

esta posibilidad se dará en todo caso, aun cuando el compromiso de aportación se hubiera realizado verbalmente. Por otra parte, la constancia en escritura pública, conforme al tenor del artículo 1924 del Código Civil, lo que otorga únicamente es un privilegio de realización, «derivado de la indubitada autenticidad que poseen, que les confiere carácter ejecutivo o ejecutorio» (GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario al artículo 1924», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Tomo I, Madrid, 1991, p. 2076).

⁸⁵ DEL CAMPO ARBULO, J. A., «Temas polémicos...», *op. cit.*, p. 113, se inclina por interpretar de una forma flexible el término «garantizadas», estimando que el Protectorado no podrá pedir «un contrato de promesa ni tampoco una hipoteca para responder del deseo manifestado de llevar a cabo una financiación periódica de la fundación». En conclusión, «tendrá que ser el leal saber y entender del Protectorado, ejercido con suma prudencia, porque el tema es muy delicado, el que decida si las aportaciones de terceros tienen o no garantía, para lo cual, lógicamente, habrá que ponderar todas las características del donante».

⁸⁶ Conforme a la disposición general contenida en el artículo 38 del Código Civil, se permite a las personas jurídicas adquirir y poseer bienes de toda clase, y por cualquier título. No obstante esta general capacidad reconocida a las personas jurídicas, CAPILLA RON-

una prohibición de disponer, pero ello, dado que afecta, no al bien en sí mismo considerado, sino a las facultades dispositivas de la fundación respecto de ese bien en concreto, no afecta al carácter patrimonial del bien o derecho aportado.

Los artículos 10.3.º de la Ley y 3.2.º de su Reglamento, que lo desarrolla, exigen la cuantificación en pesetas, tanto de las aportaciones dinerarias como de las no dinerarias, en este último caso, previa determinación de los criterios de valoración, que se ajustarán a los establecidos en la normativa reguladora de las sociedades de responsabilidad limitada.

El artículo 3.2.º del Reglamento plantea varios interrogantes, sobre todo en cuanto a la valoración de las aportaciones no dinerarias integrantes de la dotación. En primer lugar, se observa que el precepto exige las formalidades que tanto la LSA como la LSRL contemplan para este tipo de aportaciones: a) acreditación ante el notario de la realidad de las mismas, describiéndolas en la escritura de constitución o de aumento de la dotación, estableciéndose un nuevo control de viabilidad a estas entidades sin fin de lucro dedicadas al desarrollo de fines de interés general; y b) especificación de los criterios para valorarlas, cuantificándose en pesetas, al igual que las aportaciones dinerarias. Sin embargo, frente a las previsiones de la doctrina que hacían deseable el establecimiento del régimen propio de las aportaciones no dinerarias en las sociedades anónimas, el desarrollo efectuado por el artículo 3 del Reglamento se remite a la regulación que de dichas aportaciones se realiza en la LSRL⁸⁷, que no exige la incorporación del informe pericial elaborado por uno o varios expertos independientes regulado en el artículo 38 de la LSA.

CERO, F., «Comentario a los artículos 37 y 38 del Código Civil», *op. cit.*, p. 864, se refiere a algunas restricciones generales: no puede constituirse usufructo en favor de persona jurídica por tiempo superior a treinta años (art. 515 del CC); dado el carácter personalísimo de los derechos de uso y habitación, caben dudas sobre su otorgamiento en favor de una persona jurídica; pueden adquirirse bienes a título de herencia o de legado (art. 746 del CC), si bien se establecen restricciones para la libertad de repudiación de herencia (art. 993 del CC). En este último supuesto, podemos atender al contenido del artículo 20 de la nueva Ley de Fundaciones, al establecer que «1. La aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario».

2. La aceptación de legados o donaciones, con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional, requerirá la previa autorización del Protectorado.

3. No se podrán repudiar herencias o legados ni dejar de aceptar donaciones sin la previa autorización del Protectorado, o en defecto de este sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Público».

⁸⁷ Esta remisión a la normativa de la LSRL, que se separa de la propia de la LSA en la no exigencia de valoración de las aportaciones no dinerarias por expertos independientes, no se explica, al igual que ocurre en sede de sociedades de responsabilidad limitada, por el hecho de perseguir una mayor flexibilidad y menores costes, si bien este distinto régimen es aceptado, entre otros, por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Una visión crítica del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en AA.VV., *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1994, p. 91, y por LOJENDIO OSBORNE, I., «Aportaciones sociales», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, tomo III, Madrid, 1994, p. 90. Sobre el régimen de las aportaciones a la sociedad de responsabilidad limitada, véase también el reciente estudio de BONARDELL LENZANO, R., «Comentario a los artículos 18 a 21», en ARROYO, I. y EMBID, J. M.

Se plantea una duda respecto de si la remisión que se efectúa a las normas reguladoras de las aportaciones no dinerarias en las sociedades de responsabilidad limitada, supone una remisión al íntegro contenido del artículo 21 de dicha Ley, en cuyo número 5 se prevé la exclusión de responsabilidad solidaria de los socios cuyas aportaciones no dinerarias sean sometidas a valoración pericial conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley de Sociedades Anónimas. De igual modo podríamos cuestionar, en caso de aceptar la aplicación del artículo 21.5.º de la LSRL, si resultaría de aplicación el artículo 39 de la LSA, que establece el régimen de saneamiento de las aportaciones a la sociedad, aplicable igualmente a la sociedad de responsabilidad limitada (art. 20.2.º de la LSRL).

En relación con este tema, no ha de olvidarse que la ley ha regulado el acto de dotación con un alto grado de flexibilidad, permitiendo la dotación sucesiva, con lo que las posteriores aportaciones a la fundación pueden resultar vitales para su permanencia en el desarrollo de los fines generales para los cuales se constituyó. Sin embargo, creemos que la remisión se realiza únicamente para que el protectorado tenga como referencia las normas contenidas en la LSRL a la hora de valorar la suficiencia y adecuación de la fundación. La remisión se efectúa exclusivamente a las normas reguladoras de la cuantificación y valoración de las aportaciones no dinerarias. Por lo tanto, no consideramos aplicable el íntegro artículo 21 de la LSRL.

El artículo 31.c) del Decreto 404/1994, de 18 de octubre, sobre el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Protectorado y del Registro de Fundaciones del País Vasco, señala, por el contrario, que junto a la instancia, solicitando la inscripción de constitución de una Fundación, deberá presentarse, junto con otra documentación, «la justificación acreditativa de la aportación efectiva de la dotación inicial adecuada para el desarrollo del primer programa de actuación, expresado a través del presupuesto correspondiente al primer ejercicio de la Fundación, elaborado tal y como se dispone en el artículo 53, junto con un estudio económico emitido por un profesional autorizado legalmente para hacerlo, que

(Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1997, pp. 220 ss.

Nosotros creemos que hubiera sido más adecuada la remisión al régimen de las sociedades anónimas en este aspecto, limitando así las facultades únicas del Protectorado, si bien puede considerarse que ante la inexistencia de tal control por expertos independientes, se puede plantear como alternativa la auditoría de cuentas. En este sentido, SÁNCHEZ MIGUEL, M.º C., «Las aportaciones en la sociedad de responsabilidad limitada, en particular las no dinerarias», en *RdS*, núm. extraordinario, 1994, p. 92.

Sobre el régimen de aportaciones no dinerarias contenido en la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, véanse, entre tantos, EMBID IRUJO, J. M., «La Sociedad de Responsabilidad Limitada», en BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Apéndice a la décima edición, Madrid, 1995; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., «Las aportaciones sociales en el proyecto de ley de sociedades de responsabilidad limitada», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Prof. Manuel Broseta Pont*, tomo II, Valencia, 1995; SÁNCHEZ MIGUEL, M.º C., «Las aportaciones en la sociedad de responsabilidad limitada...», *op. cit.*

acredite la viabilidad del mismo con los recursos aportados». Y en la letra *d)* añade que «Si la aportación se hiciese en forma sucesiva, se indicará el modo y el plazo máximo en que hayan de satisfacerse los desembolsos pendientes. Cuando se trate de aportaciones no dinerarias se determinará su naturaleza, valor y contenido, mediante informe de expertos competentes y la forma y plazo para su realización». Estamos, por tanto, en el ámbito de las fundaciones vascas, ante la existencia de un informe de un experto independiente que valorará la suficiencia y adecuación de la dotación y también la valoración de las aportaciones no dinerarias, solución cuya incorporación a la Ley de Fundaciones de competencia estatal hubiera sido deseable.

En esta línea, la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana ha establecido en su artículo 11.4.º las formas de acreditar el valor de las aportaciones no dinerarias ante el Notario autorizante, recurriendo a certificaciones de expertos para su valoración. Dispone el precepto citado que «las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su clase y naturaleza, deberán ser efectuadas por los aportantes en la escritura de constitución o de aportación a la dotación, donde figurarán debidamente reseñadas, y su valor se acreditará al Notario autorizante de la forma siguiente:

a) Tratándose de bienes muebles o inmuebles mediante certificación por titulado competente bajo su responsabilidad, salvo lo dispuesto en los dos apartados *b)* y *c)* siguientes.

b) Si fueran valores cotizados en mercado secundario oficial mediante certificación de la bolsa, donde se cotizarán referida al quinto día anterior a la constitución de la fundación o de la escritura de aportación.

c) Si se tratase de valores no cotizados en mercado secundario, o participaciones en sociedades mercantiles mediante certificación, del órgano de administración de la entidad a que correspondan dichos bienes, acreditativa de su valor teórico contable con arreglo a su último balance.

Dichos documentos se incorporarán originales a la escritura pública».

Se plantea, finalmente, en relación a la suficiencia y adecuación de la dotación para la realización de los fines de la fundación, un interrogante sobre el destino que deba darse a los bienes integrantes de la misma en el supuesto de que el informe del Protectorado no sea favorable y ello impida la inscripción de la fundación, con lo que no adquiriría personalidad jurídica⁸⁸. Si bien la dotación con la correspondiente aportación de bienes

⁸⁸ Conforme al artículo 7.2.º del Reglamento del Registro de Fundaciones, aprobado por Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, el informe del Protectorado es vinculante para el Registro –si bien únicamente respecto a la suficiencia y adecuación de los bienes, no en cuanto al principio de legalidad– al disponer que «la primera inscripción de la fundación se entenderá solicitada mediante la presentación de la escritura constitutiva. El encargado del Registro solicitará del protectorado correspondiente el informe preceptivo sobre el interés general de los fines y la suficiencia de la dotación. Si el informe es favorable, la inscripción sólo podrá ser denegada cuando la escritura constitutiva no se ajuste a las demás prescripciones de la Ley». El reconocimiento, que la calificación registral ha de hacer del infor-

o derechos ha de ser considerada como un acto transmisivo, cuestión distinta será si se conserva un derecho de recuperación de lo aportado⁸⁹. Cabe la posibilidad de considerar aplicable el artículo 31 de la Ley, relativo al destino de los bienes en los supuestos de liquidación, pero aquí todavía no ha adquirido la fundación personalidad jurídica, por lo que podría defenderse igualmente la reversión de los mismos, bien al fundador, bien a sus herederos o causahabientes. En todo caso, creemos que dada la voluntad del fundador, desde luego si ha constituido la fundación por acto *mortis causa*, los bienes se destinarán conforme a la disposición del artículo 31 de la Ley de Fundaciones, dado el respeto que se debe a su voluntad. Podría argumentarse, en apoyo de la postura contraria, que a pesar del valor que deba darse a la voluntad del fundador, sobre todo en las fundaciones con actividad empresarial, se ha de disponer de una mayor flexibilidad para reaccionar ante las circunstancias cambiantes del mercado⁹⁰. Se plantean mayores dudas en relación con la constitución *inter vivos*, si bien en este caso cabe que el fundador aporte más bienes o, en todo caso, proponga la modificación de los estatutos estableciendo unos fines más moderados a la fundación, que posibiliten la viabilidad de la fundación con la dotación inicialmente prevista⁹¹.

me favorable del Protectorado ha sido criticada por DURÁN RIVACOBIA, R., *El negocio jurídico fundacional*, op. cit., pp. 88-89, quien considera que cercena las atribuciones del Registro como instrumento de publicidad. Sin embargo, creemos que no son las funciones del Registro como instrumento de publicidad las que se ven afectadas, puesto que el informe, como hemos señalado, le vincula únicamente respecto a la determinación de la suficiencia y adecuación de la dotación, sino sus funciones calificadoras, que se ven restringidas a los restantes aspectos que merecen calificación.

⁸⁹ CAPILLA RONCERO, F., «Teoría general de las personas jurídicas», ponencia presentada en *Novenas Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas en Tossa de Mar del 19 al 21 de septiembre de 1996, p. 9.

⁹⁰ En este sentido se manifiesta FERRER I RIBA, J., «Les finalitats de les fundacions: els seus tipus i les regles sobre el seu compliment i modificació», en *Novenas Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas en Tossa de Mar del 19 al 21 de septiembre de 1996, pp. 10 a 12. También SALVADOR CODERCH, P. y SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Fundaciones, interés general y títulos de aportación (II)», op. cit., pp. 6 y 7, se muestran acordes con la posibilidad de reversión de dichos bienes, e incluso de la posibilidad de realizar donaciones con cláusula de reversión, por parecerles lo contrario una contradicción con la admisión de las aportaciones a título de uso, así como principalmente por no considerar inmersa en el contenido esencial del derecho de fundación, la destinación perpetua de los bienes fundacionales a finalidades de interés general.

⁹¹ En este sentido, señala VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa...*, op. cit., pp. 31-32, que a pesar de considerar los ordenamientos que reconocen la existencia de fundaciones que la norma suprema es la voluntad del fundador, la inalterabilidad de esta voluntad no es absoluta, sino que «la solución dada por los ordenamientos jurídicos al conflicto entre el respeto a la voluntad del fundador, que determina el fin de la fundación, y la subsistencia de ésta en la eficaz realización de su cometido, consiste en posibilitar una alteración de dicho fin, por parte de la autoridad de control de las fundaciones». Por otra parte, los artículos 32.2 a) de la Ley y 22.3 b) y 22.8 a) del Reglamento de Fundaciones reconocen como facultad propia del Protectorado la de «asesorar a las fundaciones ya inscritas y a las que se encuentren en período de constitución sobre aquellos asuntos que afecten a su régimen jurídico y económico, así como sobre las cuestiones que se refieran a las actividades desarrolladas por aquellas en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario». Ya antes de la promulgación de la Ley 30/1994 mantenía DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, op. cit., p. 306, que

Se plantea en el supuesto de constitución *inter vivos* el problema de la perfección del negocio fundacional, ya que si lo entendemos perfeccionado y, por tanto, irrevocable (se trata de una declaración de voluntad unilateral, no recepticia), desde el momento de la firma de la escritura fundacional, podríamos encontrarnos ante la figura de una fundación irregular, con los problemas que ello acarrearía⁹² o, quizá, ante la figura de fundaciones fiduciarias o no autónomas, en las que la afectación de los bienes no implica la creación de una persona jurídica⁹³. Incluso la Disposición adicional primera de la Ley de Fundaciones se refiere a las denominadas cargas duraderas, señalando que «el Protectorado exigirá y controlará el cumplimiento de las cargas duraderas impuestas sobre bienes para la realización de bienes de interés general. Tales cargas deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones y, en su caso, en el de la Propiedad».

Todo ello, claro está, sin perjuicio de los recursos que en la vía contencioso-administrativa quepa interponer contra el informe desfavorable del Protectorado, el cual, a pesar de constituir un acto de trámite, como es susceptible de impedir la inscripción, resulta impugnabile⁹⁴.

5. POSIBILIDAD DE ENAJENACIÓN DE BIENES O DERECHOS QUE INTEGREN LA DOTACIÓN

La fundación, una vez inscrita en el Registro de Fundaciones, adquiere personalidad jurídica, lo que le permite poseer y adquirir cualesquiera

«los Protectores podrán agregar la fundación de medios insuficientes a otra o modificarla en armonía con las nuevas conveniencias sociales (art. 7, facultad 2.ª de la Instrucción de 1899; art. 5, facultad 2.ª de la Instrucción de 1913)». Esta posición parece ser igualmente la sustentada por PUIG FERRIOL, L., «El patrimonio fundacional...», *op. cit.*, pp. 1646-1647, quien afirma que con apoyo en el artículo 15.2.º g) de la Ley, en este caso, de fundaciones privadas catalanas, «corresponderá al protectorado decidir sobre el destino que haya de darse al patrimonio fundacional por no haberse podido constituir, mediante la inscripción registral, la fundación por ser insuficiente la base patrimonial», citando en la nota 3 un trabajo de FERRER I RIBA, J., *El negoci jurídic fundacional i la seva eficàcia en la Llei de 3 de març de 1982, de fundacions privades* (memoria para la obtención del grado de licenciatura), Facultat de Dret de Barcelona, 1983, pp. 50 ss, en el que propone otra solución distinta: inscribir la fundación no obstante la insuficiencia patrimonial apreciada por el protectorado y después instar la fusión o agregación a otra fundación, al amparo del artículo 14.2.º de la Ley. Sin embargo, esta postura no parece defendible en el ámbito normativo estatal, dado que el informe favorable del Protectorado es requisito imprescindible para proceder a la inscripción de la fundación.

Parece inclinarse por la postura de recuperación de la dotación entregada PIÑAR MAÑAS, J. L., «España», *op. cit.*, p. 240, apoyándose en la inexistencia de la fundación al no haber adquirido personalidad jurídica.

⁹² En el hipotético caso de que nos encontráramos ante la figura de la fundación irregular, el principal problema sería el de determinar al régimen jurídico de qué otra entidad se reconduciría la entidad no inscrita dadas las notas que la caracterizan, principalmente por su fin no lucrativo de interés general.

⁹³ VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma...*, *op. cit.*, p. 47.

⁹⁴ En opinión de PIÑAR MAÑAS, J. L., «Comentario al artículo 36 de la LF», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Fundaciones...*, *op. cit.*, p. 319.

bienes y derechos dotados de contenido patrimonial. Sin embargo, dada la entidad de los fines perseguidos por estas entidades, se establecen numerosos requisitos que limitan la posibilidad de enajenación de su patrimonio, controles que son mucho más rígidos cuando se trata de enajenar bienes integrantes de la dotación.

Conforme al tenor del artículo 19.1.º, de la Ley (desarrollado por los arts. 4.1.º; 5.1.º; 6.1.º; 7.1.º; 8.1.º, 9.1.º y 22.5.º de su Reglamento), es necesaria autorización del Protectorado para la enajenación y gravamen de los bienes que integren la dotación, estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales⁹⁵, o representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance anual, siendo igualmente necesaria dicha autorización conforme al párrafo 3.º del precepto, para comprometer en árbitros de equidad o para celebrar transacciones respecto de los bienes y derechos a que se refieren los apartados anteriores⁹⁶. El párrafo 4.º exige que se hagan constar las enajenaciones y gravámenes mencionados en el Registro de Fundaciones al término del ejercicio económico.

El Patronato deberá solicitar dicha autorización al Protectorado, acompañando certificación del acuerdo adoptado y de una memoria acreditativa de las características del bien o derecho que pretende enajenarse, y de los elementos y condiciones del negocio jurídico con exposición de las razones en que se fundamenta la enajenación e indicación del destino

⁹⁵ Conforme al tenor del art. 4.1.º y 2.º párrafos del RF, «se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados». Además, según el párrafo 3.º de dicho precepto, la vinculación «podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial».

⁹⁶ La doctrina ha criticado, sin embargo, el establecimiento de unos controles tan rígidos, *ex ante*, en lugar de haber aprovechado la promulgación de la ley para solucionar los problemas de la legislación anterior, estableciendo controles y autorizaciones únicamente en supuestos de efectiva necesidad y a través de aprobaciones y comunicaciones posteriores. En este sentido, PIÑAR MAÑAS, J. L., «Relaciones de las fundaciones con los Protectorados», en *Presente y futuro de las fundaciones*, Madrid, 1990, p. 137; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «El patrimonio de las fundaciones: su enajenación y gravamen», *RGD*, 1996, pp. 3318 a 3323.

En efecto, la legislación autonómica ha sido más flexible permitiendo al patronato únicamente dar cuenta de dichas operaciones sobre los bienes al Protectorado. En este sentido, la Ley vasca de Fundaciones establece, en su artículo 22.1.º, que «De los actos de disposición o gravamen sobre los bienes o derechos que formen parte de la dotación patrimonial, o estén directamente adscritos al cumplimiento de los fines o su valor sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance anual, se dará cuenta inmediata al Protectorado», y el artículo 16.1.º de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid dispone que «la enajenación o gravamen, compromiso en árbitros de equidad o transacción de los bienes y derechos integrantes de la dotación fundacional o vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales o que representen valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance anual, se comunicarán al Protectorado en el plazo de un mes a contar desde su formalización». Ya que el artículo 19 de la LF estatal no tiene carácter básico, no vincula a las Comunidades Autónomas, que pueden conservar sus regulaciones menos rigurosas en este aspecto.

del importe [arts. 4.2.º a) y b), 5, 6, 7, 8 y 9 del RF]. Además, cuando se trate de inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales deberán acompañar a dicha solicitud de autorización una valoración conforme a los criterios del mercado [arts. 4. c), 5 y 6 del RF]⁹⁷.

No es necesaria la autorización del Protectorado cuando se realicen actos de disposición de donaciones o subvenciones conforme a los fines establecidos por el donante o por la correspondiente norma, conforme dispone el artículo 19.1.º de la LF. Será necesaria comunicación al Protectorado, cuando se trate de la enajenación o gravamen de bienes inmuebles que no reúnan las características antes expuestas, de establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores y objetos de extraordinario valor, cuando en dichos bienes no recaigan las condiciones que hacen necesaria la solicitud de autorización previa al Protectorado (art. 19.2.º, LF).

El artículo 3.5.º, del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal exige que «en el supuesto de enajenación de bienes o derechos que formen parte de la dotación fundacional, el valor de la contraprestación habrá de integrarse en aquella». La razón de la norma es evidente: para la adquisición de la personalidad jurídica de la fundación, el Protectorado tuvo que emitir un informe favorable a la adecuación y suficiencia de la dotación de la fundación, para el cumplimiento de los fines a que iba a dedicarse, por lo que la enajenación de los bienes que la integran supondría un cambio de circunstancias, que podría comprometer la supervivencia de la fundación⁹⁸.

⁹⁷ Señalan SALELLES CLIMENT, J. R. y VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación*, Madrid, 1997, p. 90, que «no parece justificada, sin embargo, la limitación de esta exigencia a los bienes señalados y no hacerla extensiva también a las participaciones en sociedades mercantiles y, con carácter general a los bienes muebles: aunque con esta limitación se pretenda acentuar la flexibilidad de los actos de disposición referidos a los bienes muebles, no puede desconocerse que de este modo se dificulta enormemente el control de la discrecionalidad administrativa». Y critican igualmente, en relación a los actos sujetos a previa autorización (p. 91), que no exista ninguna disposición que permita orientar la actuación del Protectorado. No obstante, para dichos autores el precio de mercado de bienes y derechos resulta ser un parámetro de control adecuado, puesto que «difícilmente podrán justificarse la negación de la autorización cuando el precio que se obtenga por la enajenación del bien o derecho sea superior a su valoración en el mercado o la autorización del acto de disposición a pesar de que el importe establecido sea inferior al precio de mercado».

⁹⁸ DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª, «La constitución de las fundaciones», *op. cit.*, p. 73, se sorprende por la introducción de esta norma y duda de su legalidad, por cuanto al hablar de contraprestación parece incluir únicamente las transmisiones onerosas. No obstante, la norma parece lógica desde el razonamiento que hemos expuesto. Además, podríamos apoyarnos en lo dispuesto en el artículo 22.1.º de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, conforme a cuyo tenor, «la enajenación, gravamen o cualesquiera otros actos de disposición o de administración de los bienes derechos que integran el patrimonio de la fundación, constituyan o no dotación, serán a título oneroso, debiendo estar justificada en todo caso la necesidad o conveniencia de tales actos así como la inversión prevista de la contraprestación, salvo que se trate de prestaciones propias del cumplimiento del fin fundacional».

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES: LA DOTACIÓN FUNDACIONAL EN LA FUNDACIÓN-EMPRESA

En la actualidad, la realización de actividades mercantiles o industriales por las fundaciones es reconocida por su propia normativa reguladora, como se desprende ya de lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley de Fundaciones de competencia estatal. De este modo, la nueva Ley 30/1994 adopta un concepto dinámico-empresarial de fundación⁹⁹. Las Leyes autonómicas admiten igualmente la actividad empresarial con la condición de que tenga relación con el fin fundacional y cuente con autorización y control administrativo. Dispone a este respecto el artículo 4.4.º de la Ley catalana de Fundaciones que «la inversión de todo o de una parte del patrimonio de una fundación en empresas mercantiles, siempre que atribuya a aquélla la calidad de comerciante en términos legales, debe ser autorizada por el Protectorado». El artículo 14.4.º de la Ley canaria dispone que «las fundaciones podrán realizar las actividades industriales o mercantiles que sean estrictamente necesarias para el mejor cumplimiento del fin fundacional, dando cuenta al Protectorado de la estructuración y funcionamiento de estas actividades. En los demás casos, las fundaciones no podrán ejercer por sí mismas actividades industriales o mercantiles sin previa y expresa autorización del Protectorado». La Ley vasca de Fundaciones permite a la fundación realizar, por sí misma, actividades mercantiles o industriales, si estas tienen relación con los fines fundacionales o están al servicio de los mismos. La Ley gallega no contiene referencia alguna a la posible actividad mercantil o industrial de las fundaciones.

Respecto de las normas autonómicas posteriores a la Ley de Fundaciones estatal, la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, en su artículo 20.3.º, reconoce que «también podrán obtener rendimientos mediante el ejercicio por sí mismas de actividades mercantiles o industriales, siempre que coincidan con el objeto o finalidad específica de la fundación». La Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid se refiere, en relación a las actividades empresariales o industriales de la fundación, únicamente a la posibilidad de participación en sociedades mercantiles (cfr. art. 19).

De las normas citadas parece desprenderse todavía una cierta desconfianza ante el desarrollo de tales actividades por las entidades fundacionales, razón por la cual se establecen controles por parte del Protectorado. La nueva Ley de 1994 instaura un régimen de mayor libertad, en el cual se establece la posibilidad de participar en sociedades mercantiles (art. 22 LF) y de ejercer actividades mercantiles libremente, estableciéndose como contrapartida un estricto régimen de responsabilidad de los patronos.

⁹⁹ LINARES ANDRÉS, L., «La actividad económica de las fundaciones», ponencia presentada en *Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*, 19 a 21 de septiembre de 1996, p. 1.

Sin embargo, la Ley ignora casi por completo las fundaciones-empresa, dentro de las cuales pueden distinguirse, por una parte, las denominadas fundaciones de carácter dotacional, aquellas en las cuales la fundación utiliza exclusivamente la actividad empresarial como medio de obtener fondos, que se aplicarán a la consecución de los fines institucionales, y, por otra, aquellas –cada vez más abundantes–, denominadas «funcionales», en las cuales es la propia actividad empresarial o profesional desarrollada el mismo fin de la entidad. Ambos aspectos, dotacional y funcional, e incluso una combinación de ambos ¹⁰⁰, podrán ser apreciables en las fundaciones-empresa, en las cuales, además de la titularidad jurídica inmediata de una empresa por la entidad fundacional, es requisito imprescindible la creación de una organización adecuada para el desarrollo de la actividad empresarial, de tal modo que se produce una estrecha conexión, entre la fundación y la empresa ¹⁰¹. Ello implica, necesariamente, la coincidencia plena entre forma jurídica y organización interna, además de ciertas especialidades en cuanto al ánimo de lucro ¹⁰². En tal caso, la actividad económica de la fundación vendrá orientada por la finalidad de la obtención de ganancia, ya que ésta será el medio indispensable para la conservación de la empresa, en cuanto que la empresa fundacional se ve más obligada que otras a acudir a la autofinanciación como medio de subsistencia ¹⁰³.

La primera cuestión que surge al hablar de fundación-empresa es la relativa al régimen jurídico que resultará aplicable. En nuestro Derecho el tema de la fundación-empresa no ha recibido un completo tratamiento, y a ello se une la complejidad derivada de intentar cohonestar los fines perseguidos por la fundación con el ejercicio de una actividad empresarial ¹⁰⁴. La LF no parece referirse más que en aspectos puntuales a la fundación-empresa, por lo que, además de los estatutos que contienen la voluntad del fundador, debemos plantearnos en qué medida resultará de aplicación

¹⁰⁰ Es el supuesto de las Cajas de Ahorros, como señala EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros», ponencia presentada en el Seminario *Las Cajas de Ahorros: entre tradición y reforma* UIMP, Valencia, 16-17 octubre 1996, p. 14.

¹⁰¹ En este sentido, VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa*, op. cit., pp. 128 ss.; EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas...», op. cit., p. 9.

¹⁰² EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza de las Cajas...», op. cit., p. 11. La actividad empresarial se ha de regir necesariamente por la ley de la economicidad, pero ello no obsta para reconocer como límite en todo caso, los intereses generales delimitados en los estatutos de la fundación, que no pueden ser modificados por quienes se encargan de la gestión de la actividad empresarial.

¹⁰³ VALERO AGÚNDEZ, U., *La Fundación como forma de empresa*, op. cit., p. 141.

¹⁰⁴ Al respecto señala COSTI, R., «Fondazione e impresa», op. cit., p. 5, que la fundación-empresa se regirá por principios de economicidad, pudiendo perseguir los más diversos objetivos, con el único límite de su conformidad con el interés general. Para el autor citado sería posible la aplicación del sistema organizativo de la fundación incluso cuando el fundador pretendiese reservarse en todo o en parte los beneficios de la empresa. En nuestro ordenamiento, dados los términos de la LF [arts. 2.21 a), 25, entre otros] no parece posible que el fundador pueda reservarse los beneficios obtenidos de la actividad empresarial que desarrolle, al menos en las fundaciones comunes a las que se refiere la Ley.

dicho cuerpo legal, y en concreto en el ámbito de la constitución y dotación fundacional.

La LF se orienta, en general, hacia las fundaciones que no desarrollan actividades empresariales¹⁰⁵, por lo que en numerosas ocasiones tendremos que recurrir a buscar las normas aplicables en la regulación del estatuto del empresario, en su caso, mercantil¹⁰⁶. Podemos pensar en la efectiva aportación de la empresa a la entidad fundacional, de tal modo que se tengan de aplicar las normas sobre transmisión de cada elemento de la misma. Asimismo, serían de aplicación las normas sobre prohibición de competencia, de tal modo que el anterior titular de la empresa no pueda perjudicar al nuevo propietario (la fundación), así como también deberán respetarse las normas sobre publicidad frente a terceros de la transmisión.

En relación con la dotación, el sistema de valoración y cuantificación de aportaciones controlado por el Protectorado puede suponer un control suficiente de la formación del patrimonio efectivo de la entidad fundacional, si bien hubiera sido deseable optar simultáneamente por un control por expertos independientes, tal como es regulado en la Ley vasca de Fundaciones, aproximándose más al régimen contenido en la LSA.

La cuestión del régimen jurídico aplicable a la fundación-empresa es, por tanto, aún un tema falto de solución¹⁰⁷. No obstante, en principio no existen obstáculos insalvables para entender posible la aplicación de la nueva LF, aun cuando la doctrina se ha planteado problemas de compati-

¹⁰⁵ Entendemos, con COSTI, R., «Fondazione e impresa», *op. cit.*, p. 21, que para que la fundación sea considerada empresario sólo se requiere actuar según el criterio de economicidad, sin que sea necesaria la persecución de un lucro subjetivo. En el mismo sentido, en la doctrina italiana, FERRI, G., *Manuale di Diritto Commerciale*, 2.ª ed., Torino, 1965, p. 44.

¹⁰⁶ Y ello, creemos, con independencia de que nos encontremos ante una fundación-empresa de carácter dotacional, en la cual la explotación de la actividad mercantil o industrial sea meramente instrumental, como en el caso de las fundaciones-empresa funcionales, en las cuales el fin, el propio objeto de la fundación es el desarrollo de dicha actividad. En este sentido, COSTI, R., «Fondazione e impresa», *op. cit.*, p. 22, para quien «la exclusividad del ejercicio de la empresa mercantil o su accesoriadad no inciden sobre la aplicabilidad del estatuto del empresario (a salvo la distinta amplitud de tal aplicación) siendo suficiente, para tal fin, el ejercicio profesional de una actividad económica».

¹⁰⁷ Si consideramos aplicable, cuando la actividad empresarial desarrollada sea mercantil, el estatuto regulador de dicho empresario, podrían resultar de aplicación las normas sobre publicidad e inscripción en el Registro Mercantil, sobre contabilidad y sobre quiebra. A la aplicación de las normas sobre contabilidad alude de forma expresa el artículo 23.6.º LF, al disponer que «la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles o industriales».

Un ejemplo práctico de aplicación del estatuto del empresario mercantil a una fundación-empresa es apreciable, en parte, en el supuesto de las Cajas de Ahorros, las cuales deben ser inscritas obligatoriamente en el Registro Mercantil, conforme a los artículos 81.1.º g), y 270 ss. del RRM. Al carácter empresarial de las Cajas de Ahorros se refieren, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., «La identidad de las Cajas de Ahorros: pasado, presente y futuro», *RDBB*, 1991, pp. 566-567; y EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas...», *op. cit.*, pp. 18 ss. No obstante, como subraya el último autor citado, en las Cajas de Ahorros, por su condición de entidades de crédito, concurren ciertas especialidades que las apartan del régimen general de los empresarios mercantiles, fundamentalmente en los aspectos relativos a la contabilidad y a los procedimientos concursales. Ello dificulta, simultáneamente, la aplicación del régimen jurídico contenido en la LF a estas entidades.

bilidad entre la concepción que de entidad fundacional mantiene dicha Ley y las características propias de la fundación-empresa, de tal modo que resulta difícilmente conciliable la ausencia de ánimo de lucro que caracteriza a las fundaciones (art. 1.1.º, de la LF) con la consideración del desarrollo de una actividad empresarial, inspirada por la ley de la economía, como fin mismo de la entidad. En todo caso, la finalidad lucrativa deberá quedar subordinada a los fines de interés general perseguidos por la fundación¹⁰⁸. Ello permite salvar este escollo y abre la vía de permitir una aplicación, siquiera parcial, de la LF a las fundaciones-empresa, si bien sería deseable una previsión normativa más completa de dicha forma jurídica de empresa¹⁰⁹.

¹⁰⁸ COSTI, R., «Fondazione e impresa», *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁹ Como reclama EMBID IRUJO, J. M., «Notas sobre la naturaleza jurídica de las Cajas...», *op. cit.*, p. 20.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Doctrina y jurisprudencia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 347 pp.

Se trata de una excelente obra sobre un tema difícil, como lo es sin duda la liquidación de la sociedad de gananciales, que tiene la virtud de abordarlo desde su aspecto más complejo, y frecuente en la práctica, cual es el de la inserción de la comunidad postganancial en la comunidad hereditaria. Aunque no es la primera monografía sobre el tema de la liquidación, no obstante la escasez de obras sobre el mismo, más dedicada nuestra doctrina al estudio de la sociedad de gananciales durante su vigencia, sí ocupará en adelante un puesto destacado en nuestra literatura jurídica, tanto en la relativa al Derecho de Familia como en la referente al Derecho de Sucesiones, precisamente por indagar y desentrañar los entresijos de ambas comunidades, la postganancial y la hereditaria. No se puede dejar de elogiar el tratamiento del resto de los aspectos del proceso liquidatorio, donde también la autora destaca por su agudeza en el planteamiento de las distintas cuestiones jurídicas. Pero resalta, desde el comienzo del trabajo, la brillantez en el tratamiento del supuesto más complicado de disolución de la sociedad de gananciales a efectos de su liquidación, el de fallecimiento de uno de los cónyuges, y, por tanto, el estudio de la comunidad postganancial como parte de una comunidad más amplia, la hereditaria, y, en consecuencia, el tratamiento de los herederos como partícipes en ambas comunidades, con especial atención al aspecto de la responsabilidad por deudas y a la posición tanto de los herederos como de los acreedores. Destaca también por eso la enorme dimensión práctica de este libro, donde, con apoyo en sólidos argumentos teóricos, se encuentran respuestas a los interrogantes que suscita continuamente la liquidación de la sociedad conyugal, y, sobre todo, la combinación de ésta con la de la herencia del causante, principalmente por lo que se refiere al pago de deudas y al papel de los sucesores de los cónyuges como nuevos deudores.

La autora facilita al comienzo de su trabajo su planteamiento sistemático y el esquema adoptado para desarrollar el tema de su estudio, exponiendo el contenido de los diez capítulos en que se divide el mismo, lo que podría hacer menos útil o necesario el recorrido que vamos a realizar por la obra con el objeto de dar a conocer su contenido. No obstante, la complejidad de algunas de las cuestiones abordadas y la dificultad, no ya en contestar, sino en plantear, los problemas expuestos, junto con la claridad en las distinciones trazadas y la brillantez en las soluciones propuestas, exige una exposición algo más extensa de esta obra, que permita anunciar lo que son contenidos imprescindibles para la práctica y la teoría de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Ese planteamiento sistemático aparece en el capítulo primero, donde se precisan también algunas cuestiones terminológicas y se anuncian los problemas que origina la disolución de la sociedad de gananciales, con especial referencia a los que produce la disolución por muerte de uno de los cónyuges. Es en este capítulo donde se describe la esencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, al presentarse no como un mero proceso contable, sino como el momento en que se presentan de «golpe» todos los problemas pendientes de solución

durante la vigencia del régimen, y en que ha de reconstruirse la historia de la pareja durante el tiempo que duró la sociedad de gananciales.

Aunque parece que disolución y liquidación de la sociedad de gananciales suelen ir unidas, en el capítulo segundo López Beltrán de Heredia precisamente aborda, por una parte, el valor y eficacia de los pactos en que los cónyuges liquidan la sociedad conyugal sin que ésta se disuelva previamente, con la intención de fijar sus respectivos patrimonios continuando el régimen legal, lo que puede plantear problemas en cuanto supongan trasvase de bienes, o en previsión de una futura disolución o de la muerte de uno de los cónyuges; y por otra, los casos en que hay disolución pero no liquidación, lo que no deja de originar ciertas consecuencias, como ocurre si, disuelta la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges, no se procede a la liquidación hasta la muerte del superviviente, o si los cónyuges disuelven en capitulaciones matrimoniales, posiblemente con ánimo fraudulento, la sociedad conyugal, pero no proceden a liquidarla, o si la disolución se produce porque el cónyuge del deudor ejercita la facultad conferida en el artículo 1373 CC ante el embargo de un bien ganancial por deudas privativas de su consorte. Finalmente, trata la autora de las consecuencias de ciertas causas de disolución de la sociedad de gananciales a efectos liquidatorios, con especial referencia a la separación de hecho, en cuanto pueden tener influencia sobre la determinación del momento de terminación del régimen legal o de producción de los efectos de su disolución, o implicar incluso la inexistencia o inaplicación del mismo.

Partiendo de que el estudio de la comunidad postganancial no siempre exige el de la comunidad hereditaria, puesto que de la primera pueden ser sujetos ambos cónyuges, si la disolución de la sociedad conyugal no ha sido provocada por la muerte de ninguno de los cónyuges, el capítulo tercero se destina, sin embargo, al estudio de ambas comunidades, comenzando por la hereditaria, teniendo presente que el del fallecimiento suele ser el supuesto de disolución más frecuente en la práctica, que normalmente la doctrina acude a las soluciones propuestas para la misma para resolver las cuestiones que suscita la postganancial, y que el supuesto de disolución en vida de los cónyuges no suele originar problemas, por proceder éstos a la liquidación con cierta rapidez. De manera que cuando la sociedad de gananciales se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, hasta la liquidación y adjudicación del haber de la misma, existen dos cuotas sobre el patrimonio ganancial indiviso: en una de ellas concurren los cotitulares de la comunidad hereditaria, por lo que la comunidad postganancial, en su mitad abstracta, se integra en otra comunidad más amplia, la hereditaria. De ambos tipos de comunidad trata la autora su concepto, sus sujetos, su objeto y los supuestos en que puede concurrir una sin la otra, así como su naturaleza jurídica, concluyendo que en los dos casos se trata de una comunidad especial, puesto que no se ajusta al modelo de cotitularidad ordinaria regulado en el Código civil, en la que las cuotas recaen sobre el conjunto indiviso, mas no sobre los bienes concretos, sobre los que la cotitularidad es mancomunada. La combinación de ambas comunidades arroja como resultado que el cónyuge viudo es titular de una cuota abstracta, independiente y negociable sin necesidad del consentimiento de los demás, sobre la mitad del haber ganancial, con su activo y su pasivo; sobre la otra mitad del patrimonio postganancial recae la cuota del conjunto de los coherederos, cuota abstracta que no se divide en cuotas individuales entre ellos: los herederos son partícipes en la comunidad postganancial sólo en cuanto lo son en la comunidad hereditaria, más amplia por cuanto de la misma forma parte también el patrimonio privativo del cónyuge premuerto, y sobre esta última cada uno tiene una cuota individual, que representa

la medida de su participación en la misma, pero no sobre la mitad del patrimonio postganancial, sobre la que la titularidad es mancomunada.

Integrada la comunidad postmatrimonial en la comunidad hereditaria, pueden quedar perjudicados los acreedores tanto del causante como del heredero, si es mayor el pasivo que el activo del patrimonio de uno o de otro, habida cuenta de la confusión de patrimonios y de la subrogación del heredero en la posición jurídica del causante que habría de tener lugar; a esta consecuencia podría oponerse, sin embargo, el carácter separado del patrimonio postganancial, que subsiste sólo en cuanto patrimonio en liquidación y no se confundiría con el patrimonio privativo del causante ni, mucho menos, con el patrimonio personal del heredero, y la posibilidad de que acreedores y legatarios solicitasen el beneficio de separación de patrimonios, junto con los argumentos de un prestigioso sector de la doctrina que niega la tesis de la confusión patrimonial. No obstante, diversas razones, como la necesidad de un inventario que garantice cuáles son los bienes privativos y gananciales y el patrimonio del causante y el del heredero, junto con la idea de que no hay en realidad confusión material mientras no haya liquidación y adjudicaciones particionales, conducen a la autora a negar la idea de separación de patrimonios en beneficio de acreedores y legatarios, que, además, no aparece recogida en el Código civil. En suma: sólo la realización del inventario impedirá que en caso de deuda ganancial el heredero del cónyuge deudor responda con todos sus bienes, además de los gananciales y los privativos del causante, y que los herederos del cónyuge no deudor respondan con bienes distintos de los adjudicados a la herencia del difunto. La falta de inventario implica que la existencia de la comunidad postmatrimonial no impide la confusión jurídica entre el patrimonio del causante y del heredero. Sólo de la falta de confusión material en tanto el patrimonio ganancial permanezca indiviso, lo que no significa separación de patrimonios, pueden los acreedores consorciales beneficiarse, en tanto podrán agredir bienes concretos de ese patrimonio, mientras que los acreedores privativos sólo podrán atacar la cuota del cónyuge deudor en la comunidad postganancial.

Por lo que se refiere al régimen de la comunidad postganancial, analiza López Beltrán de Heredia los actos de administración y de disposición. En cuanto a los primeros, plantea los problemas que la regla de la mayoría origina si estructuralmente sólo existen dos cuotas, aunque en una de ellas concurren, a su vez, varios cotitulares, los coherederos. Y respecto a los segundos, tras distinguir entre disposición de la cuota y disposición de bienes concretos, sostiene que el cónyuge viudo puede disponer individualmente de su cuota sobre el patrimonio ganancial en liquidación, pero no podrán hacerlo los herederos, pues no tienen ninguna cuota en la comunidad postmatrimonial, aunque sí tengan, pudiendo disponer de ella, una cuota hereditaria (que también comprendería bienes privativos); la disposición de bienes concretos, puesto que sobre los mismos no tienen derechos concretos los partícipes, no tendría eficacia transmisiva, por ausencia del poder de disposición sobre los mismos, sin perjuicio de la eficacia obligacional de la compraventa.

El capítulo cuarto, relativo al inicio de las operaciones liquidatorias, trata de los modos de realizar las mismas y de la trascendencia del inventario, tras ofrecer varios conceptos de la liquidación y exponer su finalidad, así como las normas por las que ha de regirse. La liquidación puede realizarse contractual o extrajudicialmente por los partícipes de la comunidad postganancial, por un tercero o un árbitro a quienes aquéllos se la encomienden, por el contador-partidor designado por el cónyuge premuerto en su testamento y el cónyuge superviviente, por el contador-partidor dativo, o por el juez si no hay acuerdo entre los cónyuges o el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto. El inventario

de los bienes de la herencia impediría la responsabilidad *ultra vires* del heredero consecuencia de la confusión patrimonial, limitándose a los bienes gananciales y privativos heredados que correspondiese, y excluyendo la del patrimonio personal del heredero; ahora bien, paso previo ineludible es la realización del inventario de los bienes gananciales, pues sólo se ha de incluir en el inventario de los bienes de la herencia la mitad del remanente neto del haber ganancial, por lo que, en definitiva, la falta de inventario de los bienes gananciales implica la responsabilidad *ultra vires* del heredero, impidiéndole aceptar la herencia a beneficio de inventario.

En la elaboración del inventario del activo, al que se dedica el capítulo quinto, han de intervenir ambos cónyuges o el cónyuge superviviente y los herederos del difunto, y pueden hacerlo también tanto los acreedores del consorcio como los privativos de uno de los cónyuges, estos últimos sólo para evitar que la partición se haga en su perjuicio, lo que haría, además, rescindible la misma. La primera partida del inventario del activo es la de los bienes gananciales existentes en el momento de la liquidación, que incluye no sólo las cosas, sino también los derechos reales y de crédito, éstos frente a terceros. Su fijación puede plantear problemas al tener que ser valorados estos bienes, para lo que el Código civil no establece el momento al que ha de atenderse, ni la jurisprudencia sigue un mismo criterio en todos los casos, oscilando entre el de la disolución y el de la propia evaluación, y al tener que ser probado el supuesto de hecho determinante de la calificación del bien como privativo o ganancial, para cuya solución cabe acudir a los principios que inspiran la actual regulación sobre este punto, como el de *vis atractiva* hacia la ganancialidad, el tratarse de una comunidad de adquisiciones a título oneroso, y el principio de subrogación real, a lo que se añade la presunción de ganancialidad y la presunción de que en territorio de Derecho común rige la sociedad de gananciales. La fijación de esta primera partida del activo es la que, estadísticamente, plantea mayores problemas en la práctica, por lo que la autora ofrece un amplio estudio de la jurisprudencia sobre casos muy diversos, del que extrae la conclusión de que cuando se trata de proteger el tráfico jurídico se atiende a la realidad o verdad formal, mientras que cuando se trata de decidir la cuestión entre cónyuges se prefiere la realidad material, para cuya obtención el Tribunal utiliza todos los elementos de juicio a su alcance, haciendo «relativo caso» de la presunción de ganancialidad.

La segunda partida del inventario del activo ha de comprender el importe actualizado del valor de los bienes enajenados por negocio ilegal o fraudulento. Se trata, por lo que se refiere a los negocios ilegales, de los actos de disposición sobre bienes gananciales a título oneroso o a título gratuito a que se refieren los artículos 1377 y 1378 CC en relación con el 1322 CC, realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro. Ahora bien, es necesario, según López Beltrán de Heredia, para su inclusión en el inventario, que tales bienes no hayan sido recuperados, pues si así ha sido, mediante el ejercicio con éxito de la respectiva acción, se incluirán en la primera partida del activo. Precisión ésta aplicable a los actos fraudulentos, rescindibles según el artículo 1391 CC con ciertas condiciones. Y respecto a los actos a título oneroso, los realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro sólo se incluirán en el activo cuando se den los requisitos del artículo 1390 CC, y en ese caso sea el acto impugnado o no, o se haya impugnado o no, pues de no concurrir las circunstancias que prevé ese precepto cabe entender que el negocio quedó purificado de las irregularidades de que adolecía si transcurrió el plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad, además de que ningún cónyuge está obligado a ser un

excelente inversor o un excelente administrador. Todo ello sin perjuicio de que en la tercera partida del inventario se incluya el crédito de la sociedad de gananciales contra el cónyuge donante, si éste se vio obligado a satisfacer una indemnización a la contraparte que satisfizo con bienes gananciales. Partida tercera ésta que se completará con otra serie de créditos de la sociedad frente a los cónyuges, que la autora se ocupa de enumerar, y de los que no está claro el momento de su exigibilidad, el de la liquidación o vigente el régimen.

El desarrollo, en el capítulo sexto, del inventario del pasivo comienza con una serie de explicaciones y reflexiones destinadas, por una parte, a clarificar el régimen legal y, por otra, a combatir la tesis separacionista, que distingue entre deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales, y otras distinciones, como la que diferencia entre «pasivo provisional» y «pasivo definitivo» de la misma, mayoritarias en nuestra doctrina. Todo se resuelve distinguiendo, en definitiva, entre relaciones externas e internas: cuando el Código habla de «cargas» de la sociedad de gananciales está pensando en una serie de gastos que deben ser soportados por la misma. Estas cargas, así como las indemnizaciones y reintegros entre las masas privativas y gananciales, se refieren a la relación interna. Puede que para atender a esas cargas o gastos los cónyuges contraigan alguna deuda frente a terceros, de la que responderán directamente los bienes gananciales (puesto que los arts. 1362 y 1365 CC utilizan términos equivalentes). Cuando el Código se refiere a la «responsabilidad» de los respectivos patrimonios, piensa en la relación externa frente a terceros acreedores. Pues bien, toda deuda externa impagada en el momento de la liquidación es «pasivo definitivo» de la sociedad de gananciales, que debe incluirse en la partida primera del inventario del pasivo, con independencia de los reintegros y reembolsos entre las masas privativas y ganancial, que pueden formar parte del pasivo o del activo de la sociedad de gananciales. Para establecer la responsabilidad directa del patrimonio ganancial, la ley parte de dos criterios: uno subjetivo, obligaciones contraídas por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro (art. 1367 CC), y otro objetivo, obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en atención a la finalidad o causa objetiva de la obligación (arts. 1365, 1366 y 1368 CC). Pero, en definitiva, si la deuda tiene carácter ganancial, es «pasivo definitivo» de la sociedad de gananciales si en el momento de la liquidación estuviera pendiente de pago, lo que es compatible con el eventual derecho de reembolso en favor de uno de los cónyuges, si se satisficiera con su patrimonio privativo.

La primera partida del inventario del pasivo está formada por las deudas pendientes de cumplimiento, contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales por los cónyuges frente a terceros, de las que responda directamente el patrimonio ganancial, sin perjuicio de reintegros y reembolsos entre los patrimonios privativos y gananciales (que no proceden si existió subrogación real). La partida tercera comprende, por su parte, las deudas de la sociedad frente a los cónyuges, por la adquisición de bienes comunes o por gastos o pagos a cargo de la sociedad que se realizan con fondos privativos. De manera que es fundamental distinguir, puesto que las incluidas en la primera partida son las que primero se pagan, si las deudas pendientes lo son frente a terceros o frente a los cónyuges, en este último caso porque la carga ganancial no ha generado ninguna deuda frente a terceros o la misma ha sido extinguida con fondos privativos. Las deudas contraídas, después de la disolución de la sociedad de gananciales, son siempre privativas, de las mismas sólo responde el patrimonio privativo y la cuota abstracta sobre el patrimonio común del cónyuge deudor, y sólo excepcionalmente

pueden formar parte del pasivo de la comunidad postganancial y responder el patrimonio de ésta, cuando la deuda ha sido contraída por todos los partícipes de común acuerdo, pero aun en este caso tienen preferencia para el cobro sobre los bienes gananciales los acreedores por deudas anteriores a la disolución.

El capítulo séptimo comprende la fase de liquidación en sentido estricto o de pago de deudas, que debe tener lugar antes de repartir el remanente neto. Una vez fijados el activo y el pasivo, a la cifra representativa del primero ha de restarse la cifra representativa del segundo; el resultado de esa resta arrojará una cifra, que habrá de concretarse en bienes, que indicará si existen bienes bastantes para pagar las deudas y saldo neto partible, que habrá de repartirse por mitad. En caso de insuficiencia del caudal, el orden para el pago del pasivo ganancial es el siguiente: en primer lugar se pagan las deudas gananciales contraídas frente a terceros (partida primera del inventario del pasivo), de las que son preferentes en todo caso las alimenticias, aplicándose respecto a las demás lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos; en segundo lugar, se abonan los reintegros y reembolsos debidos a cada cónyuge, pero no se aplican a los mismos las reglas sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de insuficiencia del caudal. Los acreedores privativos no son tenidos en cuenta en la liquidación de la sociedad de gananciales, de manera que son pospuestos a los acreedores consorciales y los cónyuges, sin perjuicio de que puedan cobrarse con el remanente que corresponda a su deudor o con los créditos que éste pudiera ostentar frente a la sociedad de gananciales.

Respecto a las formas de pago de las deudas frente a terceros, se abonarán en metálico si lo hubiera suficiente, y, en caso contrario, se admite la dación en pago, la adjudicación para pago y la adjudicación de bienes con asunción de deudas. Distinta es la cuestión por lo que se refiere al pago de los reintegros y reembolsos debidos por la sociedad a los cónyuges y por éstos a la sociedad: aunque no faltan en la doctrina razones que se oponen a ello, como la obligación de abono en dinero o el principio de igualdad cualitativa de la partición, debe admitirse la compensación, y, en consecuencia, la adjudicación de bienes gananciales si se trata de los primeros, o la imputación a la cuota del cónyuge deudor si estamos ante los segundos. En definitiva, las partidas segunda y tercera del inventario del activo son compensables con las partidas segunda y tercera del inventario del pasivo, si bien parece que las compensaciones deberían realizarse después de haber pagado a los acreedores consorciales en virtud del orden establecido en el artículo 1403 CC; sin embargo, si no existen bienes gananciales suficientes en la primera partida del activo para pagar las deudas de la sociedad frente a los acreedores externos, la preferencia de los acreedores consorciales no impide la realización de compensaciones antes de su pago por varias razones: en primer lugar, porque una cosa es el pago efectivo de los créditos de la sociedad frente a los cónyuges, respecto de los cuales los acreedores externos son preferentes, y otra las compensaciones, que están pensando en la relación interna entre los cónyuges, de manera que cabría hacer las oportunas compensaciones si un cónyuge es deudor a la sociedad para satisfacer a los acreedores consorciales con su importe; en segundo lugar, porque, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1403 CC, si los reintegros y reembolsos pueden realizarse constante el régimen, resulta que los cónyuges pueden realizar las compensaciones antes de la disolución de la sociedad, evitando la preferencia de los acreedores consorciales sin fraude objetivo alguno, sin perjuicio de que éstos, todavía insatisfechos, puedan dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge deudor. Finalmente, y

por lo que se refiere al pago de los créditos, y, en concreto, al de los personales de un cónyuge contra el otro, ha de tenerse en cuenta la norma del artículo 1405 CC, que sienta una regla de carácter particional, con el consiguiente aumento y disminución de los lotes del cónyuge acreedor y del cónyuge deudor, respectivamente.

En el capítulo octavo, relativo a la partición, la autora analiza las cuestiones que la misma suscita, entre las que se encuentran las originadas por la predetracción del ajuar regulada en el artículo 1321 CC, si la causa de disolución de la sociedad de gananciales fue el fallecimiento de uno de los cónyuges, por el principio de igualdad en la formación de los dos lotes, representativos de la mitad del remanente, o por el derecho a las adjudicaciones preferentes regulado en los artículos 1406 y 1407 CC. Las adjudicaciones particionales del remanente ganancial, realizadas una vez pagadas las deudas a los acreedores externos y a los cónyuges, extinguen la comunidad postganancial, pero subsistirá, en su caso, la comunidad hereditaria. Si se realizan sin pagar a los acreedores consorciales, las adjudicaciones particionales no son nulas, sin perjuicio de la responsabilidad a que siguen afectos los bienes. Las causas de nulidad de la partición, si ésta ha sido realizada en forma negocial, son las mismas que pueden provocar la nulidad o la anulación de cualquier negocio jurídico, junto con la falta de liquidación previa de la sociedad de gananciales. Además de estas causas de ineficacia, la partición puede ser rescindible por lesión, cuando se hayan infravalorado los bienes, o puede resultar incompleta, siendo precisa la adición o complemento, si se ha omitido algún bien en el inventario.

El capítulo noveno incide en la cuestión de la responsabilidad por deudas, y en la posición de los acreedores y de los herederos respecto de las deudas del causante. Por lo que se refiere a los primeros, si son consorciales, la disolución de la sociedad de gananciales no altera el régimen de responsabilidad preexistente, de manera que los bienes seguirán afectos al cumplimiento de las obligaciones a que estuvieran sujetos durante su vigencia (art. 1401 CC) (como también lo siguen en caso de renunciadas a los gananciales por parte de los cónyuges o de los herederos). Si la disolución vino motivada por el cambio de régimen económico matrimonial, base normativa de la inoponibilidad del mismo a los acreedores es el artículo 1317 CC, junto con el 1401; el artículo 1317 CC, que consagra el principio de irretroactividad del nuevo régimen económico, protege al acreedor de manera sencilla y eficaz, pues le basta probar que su derecho es anterior al cambio de régimen económico matrimonial (además de que el mismo es inoponible a los acreedores si no consta en el Registro Civil) para evitar el perjuicio que se pudiera derivar de éste, haciendo innecesarias, como reiteradamente ha afirmado la doctrina y la jurisprudencia, las acciones de rescisión y de nulidad. Los acreedores consorciales cuentan también con otra serie de facultades, que expone la autora, tanto en la fase de liquidación (art. 1402 CC), como una vez realizadas las adjudicaciones particionales; tras éstas, subraya López Beltrán de Heredia que es la falta de inventario la que provoca la confusión patrimonial y la responsabilidad *ultra vires* de los herederos por las deudas gananciales, aunque el difunto sea el cónyuge no deudor, pues la falta de inventario de los bienes gananciales impide la aceptación de la herencia a beneficio de inventario por los herederos del cónyuge difunto; todo ello sin perjuicio de que mientras el patrimonio postganancial permanezca indiviso, los acreedores consorciales consiguen el resultado beneficioso derivado de la falta de confusión material.

Respecto a los acreedores privativos, sólo cuentan con el patrimonio privativo del cónyuge deudor, en el que se incluirá la mitad del remanente de la sociedad de gananciales, mas en la fase de liquidación sólo pueden embargar el derecho abstracto que a aquél corresponda en la comunidad postganancial. No pueden invocar la protección dispensada por los artículos 1317 y 1401 CC, así como tampoco oponerse a la partición, si bien pueden intervenir en la misma con facultades de control e impugnarla si la parte adjudicada a su deudor no alcanza a la mitad del remanente líquido.

La posición de los herederos respecto de las deudas del causante, en las que se subrogan, es cuestión que depende de varias circunstancias, como el carácter ganancial o privativo de la deuda, el carácter de deudor o no del cónyuge difunto, la realización del inventario de la sociedad de gananciales y la aceptación pura y simple de la herencia o a beneficio de inventario. En función de todas ellas, se han de fijar los bienes sujetos a su pago. Por otra parte, los créditos que eventualmente ostentase uno de los herederos contra los cónyuges no se extinguen por confusión, sino que habrán de computarse en la primera partida del pasivo, como los créditos de terceros, y podrán cobrarse por los herederos, así como los que pudieran surgir por el gasto o deterioro de los bienes de éstos en beneficio de la sociedad de gananciales de su causante. Finalmente, en cuanto a las compensaciones previstas en el artículo 1403 CC, proceden para los herederos como subrogados en la posición del cónyuge premuerto, cuando éste sea a la vez acreedor y deudor de la sociedad de gananciales, pero no cuando el heredero sea acreedor de la sociedad de gananciales por derecho propio y su causante fuera deudor de la sociedad de gananciales.

Concluye la obra con un capítulo décimo, dedicado a plantear la complejidad de la liquidación simultánea de dos o más sociedades de gananciales, partiendo del supuesto más general, cual es el de muerte de uno de los cónyuges y posterior matrimonio del viudo.

Estamos, en definitiva, ante una obra de imprescindible lectura para conocer las verdaderas y graves dificultades que surgen en la liquidación de la sociedad de gananciales, como operación que no afecta sólo a los cónyuges sino que implica a más personas, como herederos y acreedores, cuyas posiciones son difíciles de precisar. La posible concurrencia en cada uno de los implicados de varias cualidades, como la de cotitulares o coherederos y acreedores o deudores, junto con la posible existencia de créditos o deudas a favor o en contra de la sociedad conyugal, además del juego de las normas sobre responsabilidad propias de la sociedad de gananciales, tanto durante su vigencia como a su extinción, y de la comunidad hereditaria y del derecho sucesorio, dan como resultado una serie de combinaciones cuyo perfil y resultados prácticos no resultan fáciles de concretar. Estas distinciones, así como sus respectivas soluciones, se trazan y desarrollan hábilmente en este libro, cuya lectura no resulta más compleja de la propia dificultad de los problemas planteados, que se abordan sobre la base de un amplio conocimiento de la doctrina y la jurisprudencia recaída sobre cada uno de ellos. En resumen, si por algún mérito, de todos los que tiene, hubiera que destacar este libro, es precisamente por la búsqueda y coherente solución de los temas difíciles, que, lejos de esquivarse, se eligen huyendo de problemas más triviales.

MORILLO GONZÁLEZ, Fernando: *El proceso de creación de una fundación*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, 298 pp.

La que fuera tesis doctoral del autor se comprime, por necesidades editoriales, en esta monografía cuyo título no está puesto a la ligera: Fernando Morillo es firme defensor de la existencia de un *proceso* de creación de las fundaciones, esto es, de la existencia de fases en un todo unitario que se inicia con la constitución de la fundación y finaliza con su inscripción en el Registro de Fundaciones. Fiel a este planteamiento, nos introduce en el tema en un primer capítulo dedicado al concepto de fundación y a sus elementos configuradores, para pasar después a analizar las dos fases del proceso, y sus efectos, en los tres capítulos siguientes: el negocio jurídico fundacional, los efectos de este negocio (la fundación en formación) y la adquisición de personalidad jurídica (con la inscripción en el Registro correspondiente).

La Ley estatal 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (en adelante *Ley de Fundaciones*), es la analizada principalmente en el trabajo, sin perjuicio de las oportunas referencias a los distintos textos, tanto legales como reglamentarios, autonómicos. Aun así, se hace la salvedad de que muchas de las cuestiones tratadas son generales.

I. Respecto del concepto legal de fundación (art. 1 de la Ley de Fundaciones), se resalta la referencia a una *organización*, sin que ello lleve al autor a menospreciar la importancia del fin y el patrimonio fundacionales. Si bien se tacha de meramente teórica la cuestión sobre la determinación de cuál sea el sustrato de la personalidad jurídica de la fundación, se opina sobre el elemento decisivo que produce el nacimiento de la fundación, cuya falta impide su existencia: sincréticamente se defiende la necesidad de «patrimonio, fin y voluntad de que los medios se apliquen a la realización de los fines mediante una adecuada organización». Resumiendo, se trata de un «patrimonio organizado para un fin». Se matiza que puede tener mayor relevancia el elemento patrimonial o el organizativo dependiendo del tipo de fundación, pero en cualquier caso deben confluír todos los elementos citados.

Los tres elementos esenciales reseñados se recogen en la definición legal, a la que también se atribuye el mérito de enunciar las características fundamentales que aquéllos deben reunir: la organización debe carecer de ánimo de lucro, el patrimonio debe estar afectado de modo duradero y el fin debe ser de interés general. Redondea el autor la crítica favorable a la definición legal reconociendo la mención de la voluntad del fundador (no en vano el negocio fundacional es la fuente de las fundaciones), y aplaudiendo que no se aluda a la personalidad jurídica de la fundación, debido al carácter instrumental de dicha personalidad.

A continuación se analizan brevemente esos tres elementos. En primer lugar, la organización. Resulta significativo, dice el autor, que la ausencia de ánimo de lucro se predique de la organización y no de la fundación, lo que conlleva dos importantes consecuencias: impide que los patronos, como miembros de la organización, obtengan cualquier tipo de beneficio, y abre la posibilidad de que la fundación pueda obtener ingresos con su actividad.

A continuación, los fines fundacionales, manteniendo el profesor Morillo que la exigencia constitucional de que sean de *interés general* implica que «debe tratarse de un fin de interés para la comunidad de personas que forman la sociedad y, a su vez, los beneficiarios directos de los fines fundacionales deben reunir el requisito de la indeterminación». En relación con esta última cuestión, apunta

su idea de que las fundaciones familiares están en todo caso vedadas a pesar del tenor literal del artículo 2 de la Ley de Fundaciones, que sólo excluye como beneficiarios a los cónyuges y a los parientes hasta el cuarto grado, razonando que la determinación subjetiva de los beneficiarios de las fundaciones está prohibida por la Ley, sean o no familiares del fundador.

Por último, el patrimonio se distingue de la dotación, que forma parte de aquél, y se incide en que la noción legal de fundación se aleja de la teoría tradicional que caracterizaba a aquélla como un patrimonio, aun reconociendo la importancia y funciones de éste. El autor, haciéndose eco del nuevo contexto social, alude a los nuevos bienes y derechos que integran el patrimonio fundacional (títulos de participaciones en sociedades, empresas...), que si bien implican un mayor riesgo, pueden dar una mayor rentabilidad. Es precisamente el dinamismo de la economía actual lo que le lleva a criticar las limitaciones que la Ley contiene respecto a la disposición del patrimonio, concluyendo que «la nueva Ley debería haber suavizado en ciertos aspectos, permitiendo una gestión más ágil y un mejor aprovechamiento de los bienes que forman el patrimonio de la fundación».

II. Del epígrafe dedicado al concepto y caracteres del negocio fundacional, yo destacaría dos cuestiones.

En primer lugar, analizando la voluntad negocial, el autor responde a la pregunta, no resuelta por la Ley, de qué ocurre si la voluntad fundacional se ha manifestado *inter vivos* y el fundador fallece antes de que se otorgue la preceptiva escritura pública: ni los herederos ni ninguna otra persona estará obligada a la constitución de tal fundación, que, por carecer de dicho requisito formal, es inexistente (resulta inaplicable, por su carácter excepcional, el art. 7.4 de la Ley de Fundaciones).

En segundo lugar, el problema del alcance de la ineficacia de la voluntad emitida por uno o varios de los fundadores, siendo válida la del resto, Fernando Morillo lo conecta con «la necesaria correlación que debe existir entre el fin de la fundación y los medios patrimoniales aportados para su realización»: si esa ineficacia supone una reducción de la dotación fundacional, que la hace insuficiente para la realización de los fines de la fundación, ésta no adquirirá personalidad jurídica, debiendo modificarse el fin fundacional; en otro caso, esa ineficacia no afectará al negocio fundacional. Esta solución no se da, no obstante, cuando la validez de cada declaración se subordine, en el negocio, a la validez del resto de las declaraciones.

En cuanto a la naturaleza jurídica del negocio fundacional, como la mayoría de la doctrina defiende el autor que estamos ante un único negocio jurídico, no dos (acto de creación y dotación), si bien a efectos expositivos sí distingue el elemento personal (constitución de una persona jurídica) del elemento patrimonial (dotación). De ahí que estudie la discutida naturaleza jurídica de la *dotación* en las fundaciones constituidas *inter vivos*, por una parte, y en las fundaciones *mortis causa*, por otra.

En el primer caso rechaza que estemos ante una donación, con la que la dotación fundacional sólo tendría en común el carácter gratuito o de liberalidad. Se trata en realidad de un acto unilateral y gratuito, de atribución y destinación de bienes a un fin, con especial y propia naturaleza no reconducible a ningún otro tipo de acto. La común liberalidad permite aplicar a la dotación algunas normas previstas para la donación; así, las reguladoras de su reducción por inoficiosa (arts. 654 y 655 CC), las relativas a la capacidad para donar, o los artículos 638 y 634 CC. Igualmente son aplicables las de los contratos en general, como los artículos 1111 y 1291.3.º CC sobre fraude de acreedores. En cambio, sería incompatible con la dotación la revocación por ingratitud o por incumplimiento de cargas: la primera causa por tratarse de un acto de destinación; la segunda debido a

la naturaleza institucional de la fundación. El autor se muestra, además, contrario a admitir la revocación de la dotación por supervivencia o superveniencia de hijos (a salvo la reducción por inoficiosidad de la dotación desembolsada). Por último, tampoco serían trasladables las normas contrarias a lo estipulado en la Ley de Fundaciones (como el art. 641 CC).

Una apuesta asimismo arriesgada es la de defender que cuando la dotación se produce *mortis causa*, la fundación no es heredera ni legataria del fundador. Si es la única llamada a la herencia, y a efectos de responsabilidad por deudas del causante, serían aplicables las normas sobre el legado, concretamente el artículo 891 CC.

Después de la vertiente patrimonial del negocio fundacional se analizan sus elementos personales, o capacidad para fundar, distinguiendo las personas físicas de las jurídicas. En cuanto a la capacidad exigida a las primeras, el autor denuncia que la expresión capacidad «especial para disponer gratuitamente, *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes y derechos en que consista la dotación» (art. 6.2 de la Ley de Fundaciones) está mal utilizada por la Ley: en realidad quiere decir que el sujeto debe estar legitimado para poder disponer del bien concreto de que se trate. Tras aludir a las limitaciones generales (arts. 634, 636, 806 ss. CC) y particulares (concurrido, quebrado, casado...) que pueden darse, se incide en supuestos problemáticos. Así, por ejemplo, se defiende, alineándose con una corriente minoritaria, la posibilidad de que los padres constituyan fundaciones como representantes legales de sus hijos, siempre que les reporte a éstos algún tipo de beneficio. Y también es partidario de que los tutores de incapacitados puedan constituir fundaciones, no siendo, efectivamente, descabellado, imaginar la constitución por un tutor –con la correspondiente autorización judicial– de una fundación «cuya finalidad sea la protección de aquellos sujetos que se encuentren en una situación similar a la de su tutelado, incluyendo a éste, entre los beneficiarios de la actividad fundacional».

Pasando a los fundadores-personas jurídicas, el problema de la constitución de fundaciones por sociedades mercantiles lo resuelve afirmativamente Fernando Morillo: es una realidad (sin ir más lejos, en el BOE del 20 de septiembre de 1999 encontramos publicada la Orden del Ministerio de Educación y Cultura, de 10 de septiembre del mismo año, por la que se inscribe en el Registro de Fundaciones Culturales de Competencia Estatal la denominada «Fundación Iberoamericana para la Gestión de la Calidad», constituida, entre otras sociedades y personas jurídicas, por el Banco Bilbao Vizcaya, Iberia, Renfe, Repsol y Unión Fenosa), sin obstáculo en la Ley de Fundaciones, y que no resulta contradictorio con el ánimo de lucro tradicionalmente exigido a estas entidades (incluso cabe ver la constitución de una fundación como un lucro indirecto para la sociedad creadora, «debido a la publicidad favorable que lleva aparejada y el régimen de incentivos fiscales que esta actividad supone»).

La posibilidad de que sean asociaciones, en sentido estricto, las que constituyan fundaciones se trata a continuación (denunciando alguna laguna legal y criticando, también, alguna exigencia legal). Sirva como ejemplo (de los que, por cierto, anda escasa la monografía, pudiendo haberse utilizado en abundancia por el autor, gran conocedor de la práctica, para aligerar la incesante transmisión de información enjundiosa) la constitución por la Asociación Española de Amigos de Goya, representada por su presidente, de la «Fundación Goya», inscrita en el Registro de Fundaciones Culturales de Competencia Estatal por Orden del Ministerio de Educación y Cultura de 10 de septiembre de 1999 («BOE» de 29 de septiembre de 1999).

Para acabar las personas jurídicas privadas se abordan los problemas planteados por las llamadas crípticamente por la Ley de Fundaciones «de índole institucional». Entre otros temas, se contesta a la pregunta de quiénes son estas personas: después de exponer diversas ideas de aproximación, el autor concluye que en realidad se está permitiendo que las fundaciones puedan constituir otras fundaciones (matiza después que el fin de la nueva fundación debe ser similar o tener cierta relación con el de la fundadora), y que la terminología utilizada, aparentemente sólo generadora de confusión, permite incluir en el precepto personas jurídico-privadas que, careciendo de base asociativa, no son propiamente fundaciones, pero pueden considerarse como instituciones (así, las Cajas de Ahorros, o la ONCE).

La polémica doctrinal, anterior a la vigente Ley, sobre la posibilidad o no de que las personas jurídico-públicas pudiesen constituir fundaciones, ha quedado zanjada legalmente en pro de la primera alternativa, solución con la que se muestra de acuerdo el autor.

En otro apartado del capítulo II, bajo el título «Modalidades del negocio fundacional», se estudian detalladamente la escritura fundacional (negocio jurídico *inter vivos*) y el negocio jurídico *mortis causa*.

El contenido de la escritura fundacional es, sin duda, el plato fuerte de ese primer subapartado señalado, distinguiéndose los aspectos orgánicos (relativos a la organización de la nueva persona jurídica) de los patrimoniales (o sea, la dotación). En profundidad se analizan las cuestiones referentes a la identificación de los fundadores, la expresión de la voluntad del fundador (en el epígrafe resulta asistemático, en mi opinión, incidir en esta exigencia legal aplicada a la constitución *mortis causa* de la fundación), la identificación de los miembros del órgano de gobierno y los estatutos de la fundación. Quizás esa largueza en la exposición de los llamados por el autor «aspectos orgánicos» de la fundación contribuya a acentuar la sensación de que hay un cierto desequilibrio formal en la narración, cuando al llegar a los «aspectos patrimoniales» nos encontramos en el mismo título una remisión y una nota a pie en la que se explica esa remisión. Estéticamente hubiese quedado mejor subir a texto el contenido de dicha nota, para no dejar huérfano de escritura el cuerpo del epígrafe.

En las páginas dedicadas al negocio jurídico *mortis causa*, después de recordar la vieja polémica, ya superada, sobre su admisibilidad, se trata de la constitución por testamento en el que aparecen todos los requisitos establecidos para la escritura de constitución, primero, y de la constitución en testamento en el que el testador se limita a establecer su voluntad de crear una fundación y disponer de los bienes y derechos de la dotación, a continuación.

Para acabar el capítulo Fernando Morillo dedica un epígrafe especial a la dotación inicial, que es el que a mí, particularmente, más me ha gustado. Sobre esta dotación inicial ya se habían apuntado algunas cuestiones en el capítulo I, y ahora se profundiza en otras, concretamente en la obligación de que la dotación sea adecuada y suficiente, la forma de la aportación (quizás hubiese sido menos equívoco que el término «forma» el de modalidades o tipos de aportación) y la cuantificación de la aportación.

Respecto de la mencionada obligación, el autor defiende la identidad, en esta sede, de *adecuada* y *suficiente*, lo que convierte en inútil la duplicidad de términos. Se muestra favorable a este control del Protectorado, que es el legitimado para emitir el informe sobre la suficiencia de la dotación, a pesar del margen de discrecionalidad que conlleva la indeterminación de los conceptos legales referidos. Aun así, es criticable la ausencia de algún término objetivo de referencia que permita calibrar la suficiencia de la dotación, pues como ha señalado algún autor

los fines de la fundación, normalmente muy amplios y abstractos, no pueden servir como tal término. Efectivamente, sirva como ejemplo la comparación de la modesta dotación inicial, considerada suficiente por el Protectorado, con los ambiciosos fines de la «Fundación Cultural Lucio Anneo Séneca»: un millón de pesetas para «La difusión de la cultura, la ciencia y el arte en todas sus manifestaciones. La sensibilización de la sociedad en materia de medio ambiente, derechos humanos y cooperación internacional. Dar a conocer a empresas, asociaciones e instituciones las técnicas de gestión más avanzadas que contribuyan al incremento de su eficacia. Apoyar la integración social y cultural de la tercera edad» (*vid.* Orden del Ministerio de Educación y Cultura, de 31 de agosto de 1999, por la que se inscribe en el Registro de Fundaciones Culturales de Competencia Estatal la citada fundación, publicada en el BOE del 23 de septiembre de 1999). Por ello tiene razón Fernando Morillo cuando afirma que «el Protectorado, más que la suficiencia de la dotación en relación a los fines, debe valorar la suficiencia de la dotación con respecto a la realización de las actividades que pretende desarrollar la fundación para el logro de aquéllos».

Muy instructivas son igualmente las páginas que el autor dedica a la «forma de la aportación», comenzando por la exposición de unas reglas generales para encarar después dos supuestos especiales: la aportación en forma sucesiva y el compromiso de aportaciones de terceros. No deja ningún interrogante, de los que se abren en estos temas, sin resolver. Así, por ejemplo, en el primer supuesto, y en relación a si la suficiencia de la dotación debe estar referida a los bienes efectivamente desembolsados o a la totalidad de la dotación fundacional que aparece reflejada en la escritura constitutiva, con argumentos convincentes llega a la conclusión de que el Protectorado debe comprobar que la *totalidad* de la dotación inicial «es suficiente para que la fundación esté en condiciones objetivas de poder realizar el conjunto de los fines que tiene atribuidos en un plazo de cinco años, período de tiempo en el que debe estar desembolsada la totalidad de la dotación inicial». Y en el segundo supuesto, defiende que el compromiso de aportaciones de terceros sólo puede referirse al 75 por 100 de la dotación inicial, pues como mínimo un 25 por 100 debe estar efectivamente desembolsado.

Por último, en cuanto a la cuantificación de la aportación, Fernando Morillo concluye, ante la inexistencia de criterios de valoración legales, que lo normal será anotar en la escritura fundacional el valor en el mercado del bien que se aporta. Es lo que parece que se hace en la enumeración de los bienes aportados a la «Fundación Goya» (ya mencionada *supra*), todos ellos muebles sin que se incluya aportación dineraria alguna: entre otros, veintiuna colecciones, de once tomos cada una, de la edición *La obra de Goya* (en rústica), valoradas cada una de ellas en 100.000 pesetas (601,01 euros), en conjunto 2.100.000 pesetas (12.621,25 euros).

III. Llegamos así al capítulo III, ya apretados de espacio en esta recensión, por lo que, dejando constancia del rigor con el que el autor expone también su contenido, seré más breve que en los dos anteriores. Se estructura el capítulo en dos grandes apartados: el primero referido a los efectos de la perfección del negocio jurídico fundacional, y el segundo más concretamente a la fundación en formación.

A reseñar que el tratamiento del momento en que se produce la perfección del negocio fundacional adolece, a primera vista, de un defecto: está redactado pensando fundamentalmente en una constitución *inter vivos* de las fundaciones. Pero, como me ha explicado Fernando Morillo, que además de compañero es amigo, ello encuentra su justificación en la propia realidad social: en la actualidad la inmensa mayoría de las fundaciones se constituyen por medio de escritura pública, esto es, *inter vivos*. Por otra parte, también es digno de mención el empe-

ño del autor en defender, en contra de una gran parte de la doctrina, la constitución de la fundación antes de su inscripción en el Registro de Fundaciones, con importantes efectos fuera de la esfera del fundador. Entre otras cosas, su tesis le sirve, entre otros acertados razonamientos, para posicionarse en la polémica cuestión del momento en que el negocio fundacional deviene irrevocable.

Los efectos patrimoniales y los efectos en la esfera del fundador cierran ese primer bloque del capítulo III al que más arriba me refería. A destacar que se da coincidencia doctrinal en entender que el fundador no puede disponer de los bienes que forman la dotación una vez otorgada la escritura pública; pero las desavenencias comienzan al tratar de determinar la situación de este patrimonio antes de la inscripción. Fernando Morillo niega que se trate de un patrimonio separado, pues desde la constitución de la fundación la dotación deja de pertenecer al fundador. Pero a mí, a pesar del esfuerzo invertido, no acaba de convencerme su solución, es decir el rechazo de la existencia de un patrimonio separado, en la que profundiza al estudiar la fundación en formación (denominación, por cierto, criticada por el autor, que prefiere la de «fundación a la espera de inscripción»), titular de ese patrimonio inicial fundacional.

De la fundación en formación, constituida con el otorgamiento de la escritura pública o con la apertura del testamento, dos son los más importantes temas a tratar: el de su naturaleza jurídica y el de su régimen jurídico. En cuanto a la naturaleza jurídica, después de pasar revista a la doctrina italiana, a la doctrina española y a la doctrina mercantilista sobre la sociedad en formación, se llega a la conclusión de que las teorías que mejor se adaptan al régimen jurídico diseñado por el artículo 11 de la Ley de Fundaciones (descartando a continuación, con argumentos más o menos contundentes, las restantes) «son aquellas que reconocen que, una vez otorgada la escritura fundacional, a la espera de que se produzca su inscripción, estamos ya ante una entidad distinta y separada de sus socios o fundadores, que tiene su propio patrimonio y sus propios órganos, y que puede, en alguna medida, comenzar a operar en el tráfico jurídico, estableciendo relaciones obligacionales en las que será parte la propia persona jurídica en formación».

IV. En el tramo final de la obra se recorren los siguientes asuntos en relación a la adquisición de personalidad jurídica: los diferentes sistemas de adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones, la adquisición de personalidad jurídica por las fundaciones en la Ley 30/1994, el procedimiento de inscripción, los efectos de la inscripción y la denegación de la inscripción.

Casi telegráficamente hay que reseñar la argumentada y convincente defensa de la constitucionalidad del sistema adoptado por el legislador español, en el que es imprescindible una doble intervención pública: la del órgano encargado del Registro y la del Protectorado, que debe emitir un informe previo favorable en cuanto al interés de los fines de la fundación y la suficiencia de la dotación para su realización.

También elogiable es el estudio del Registro de Fundaciones, como cuestión preliminar del procedimiento de inscripción; resultando muy formativa la lectura del epígrafe dedicado a este procedimiento. El autor da, a continuación, un repaso a los efectos de la inscripción: la adquisición de personalidad jurídica y sus efectos retroactivos, la oponibilidad a terceros, el derecho a usar la denominación de fundación, los efectos fiscales, la liquidación de la situación transitoria.

Y finaliza su trabajo abordando cuestiones como el órgano competente para denegar la inscripción, la denegación por silencio, la posibilidad de recurrir la negativa a la inscripción y los efectos de la denegación de la inscripción, en con-

creto, el destino del patrimonio fundacional (en este último punto se esbozan algunas ideas sobre las controvertidas fundaciones irregulares).

Susana QUICIOS MOLINA
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RAMOS CHAPARRO, Enrique: *Ciudadanía y familia: los estados civiles de la persona*, Barcelona, 1999, 431 pp.

I. La obra que recensamos es realmente singular.

Es singular por el tema que aborda: los estados civiles, añejo *topos*, preñado de trampas ideológicas e históricas. Se separa de la boga actual en la que predomina el análisis aséptico (cuando no meramente «periodístico») de lo práctico.

Es singular por el método que emplea: iusnaturalismo clásico, acompañado coherentemente del *apparatus* argumentativo escolástico (constantes apelaciones a los binomios esencia/accidente, primario/secundario, principal/accesorio, inmanente/contingente, *natura rerum*, causas formales, eficientes y finales).

Es singular por lo muchísimo que disecciona y afirma (sin escamotear problemas muy complejos). También aquí va contracorriente, ante la pléyade de obras contemporáneas que poco aportan, salvo el consabido *collage* de opiniones ajenas o el no menos consabido puñado de pomposas solemnizaciones de lo obvio.

Es singular, por último, por el estilo desplegado. La prosa del profesor Ramos es de tal calidad, que es casi literaria.

Tal es el número de cuestiones tratadas, que la exposición de las mismas que subsigue, no es más que una sinopsis que la ocasión requiere.

II. La obra principia con una Parte I, dedicada a fundamentar lo que el autor denomina «un concepto “estricto” de estado civil». Éste sería traducción jurídica de un *quid* preexistente: la «relación social orgánica». Ésta dimanaría ontológicamente del *prius* antropológico de la personalidad, que, *ex natura sua*, tiene una faceta relacional o social. De esa forma, el estado civil es, para Ramos, un concepto «metajurídico», con eficacia *a priori* sobre las restantes relaciones de la persona, «imprescindible» para la existencia del propio ordenamiento y con eficacia jurídica universal (o supra-estatal) y omnidisciplinar. Sería análogo en rango a los derechos humanos.

Para el autor, este concepto sirve para que la exaltación liberal de la individualidad no acabe ignorando o desnaturalizando el esencial plano social de la persona, «último creador y destinatario del Derecho». El liberalismo individualista lleva a una sociedad atomizada en puras subjetividades independientes, que no es tal sociedad, sino masa anárquica, en la que la personalidad carece de cauces para su libre desarrollo.

El estado civil es definido, pues, como «un hecho participativo del sujeto, derivado de su carácter de miembro o parte funcional en las comunidades jurídicas esenciales» (familia, nación). Para Ramos, tiene un valor «institucional» y «estructurador» de la «sociedad civil», armonizando el plano social (*ius publicum*) y el individual (*ius privatum*) de la existencia humana. Y sería una exigencia de la propia dignidad humana, siendo, para la persona, «instrumento de integración, en vínculo de solidaridad y fraternidad humanas».

Las cotas que el autor alcanza le obligan a advertir que su perspectiva «orgánica» del hombre no tiene la valencia totalitaria que daría a los agregados sociales una prioridad valorativa, y que el *status* no puede funcionar en materia de dignidad humana, capacidad jurídica y de obrar y derechos de la personalidad (que lo preceden lógicamente y axiológicamente). Y ello aunque, por las premisas esgrimidas, subraye por doquier la primacía del *status* sobre toda autonomía privada.

III. Para el profesor Ramos son, hoy, dos los estados civiles básicos:

1) El *status civitatis*, en el que diferencia *ciudadanía* (concepto amplio, integrado por nacionalidad y situaciones asimilables, como vecindad o regionalidad, supranacionalidad europea, nacionalidad «hispana» o «ibérica», etc.) y *nacionalidad* (concepto estricto, relativo únicamente al vínculo político estatal).

2) El *status familiae*, «estado primigenio» o por antonomasia. Que se compone, de una parte, de la *filiación*, definida como estado unitario, que intenta reflejar lo mejor posible la realidad de la relación procreadora en su misma entidad natural (biológica), independientemente del estado civil matrimonial de las partes progenitoras. Y, de otra, del *estado conyugal*.

Ambos estados familiares «se fusionan en una entidad orgánica superior, que, junto a los vínculos parentales accesorios, constituye la *familia completa* (la «matrimonial», concebida como el modelo institucional jurídico perfecto)». Meras subsituaciones de estado serían las de los miembros de la familia real, los que han contraído esponsales, los que han hecho voto de celibato, los separados, de hecho o legalmente, los viudos y divorciados y los bñubos.

IV. Ciertamente el autor demuestra la conexión del concepto de «estado civil» con el dato histórico y político. Ofrece un completo repaso de la evolución de la noción, que arranca en la dualidad romana *sui iuris/alieni iuris* y concluye con la exposición de su *status quaestionis* en los albores de la Codificación: hay unos estados naturales (circunstancias de la capacidad) y unos estados civiles (donde entran los elementos sociales y los clásicos *status hominum: libertatis, civitatis y familiae*).

Será la escuela histórica la que acabará con esa configuración. Partiendo de la construcción kantiana y liberal de la personalidad (que el autor denomina «formalista»), cercena la conexión del *status* con la capacidad jurídica y elimina la persona «en su estado». Surge, así, la persona como sujeto de derechos; la persona ciudadana, por encima de la persona-súbdito. Para el autor el liberalismo (que tiene mucho de absolutismo estatal) presenta a un *homo juridicus* sin cualidades o condiciones específicas, que sirve para explicar su unitaria sujeción al poder público. Y ello consuma una «inversión de los términos reales del problema».

V. Como consecuencias lógicas de lo explicado, en nuestra codificación se formulará la regla de la ley personal en materia de capacidad, estados, edad y emancipación, que simboliza «la autodeterminación de la Nación en su elemento personal». Y la nacionalidad, basada en el *ius sanguinis*, pasa a ser un vínculo derivado, en principio, de la relación paterno-filial (frente a la prevalencia medieval del *ius soli*). La importancia de la filiación demanda un novedoso *derecho de opción*, que es plasmación de la idea liberal de la Nación como contrato.

Sin embargo, respecto al *status familiae*, considera anacronismo congénito de nuestro Código primigenio la subsistencia de la capacidad de obrar restringida de la mujer casada, que perpetuaba el valor subordinante y discriminatorio del medieval estado-condición; como atavismo eran los distintos tipos de filiación (legítima/ilegítima).

VI. Ramos detecta dos grandes líneas en nuestra doctrina: la que tiende a señalar un número amplio de *status* es medievalista y, por consiguiente, anacrónica; la reductora tiende a recibir el trabajo de la Escuela histórica y el pandectismo. Predomina la primera que, dentro del *status*, agrupa meras condiciones subjetivas. Expone cómo la visión de Carnelutti (estados de mandatario, quebrado, heredero, funcionario público, etc.) roza el absurdo que denunció Savigny de confundir estado y titularidad jurídica. La noción se degrada tanto, que llega a no significar nada. Por ello, cree con Castro que estas opiniones, hoy, equivalen en sustancia a negar valor a la categoría del *status*.

Expone la clásica formulación castriana del estado civil como determinante de la capacidad de obrar (repetida íntegramente en modernas exposiciones como las de García-Ripoll o Parra Lucán). En ella cree detectar el profesor Ramos, en pos de la brecha abierta por la brillante aportación *ad rem* del maestro Gordillo, una clara forzatura, pues Castro, para casar su definición de «miembro» con circunstancias personales estrictamente subjetivas (edad e incapacidad), hubo de recurrir a un complejo expediente, a través de la familia, hasta hallar el centro de gravedad en la dualidad *emancipado/no emancipado*, lo que, englobando a la incapacidad, le llevaba a su dicotomía de miembros activos y responsables de la comunidad *versus* sujetos dependientes de otra persona. Por ello, en Castro la edad por sí sola (salvo la mayoría) y la incapacidad no son nada, hasta que no son declaradas judicialmente.

Para el autor la castriana es una concepción formalista y artificiosa: hay primacía forzada de la posición orgánica de la persona sobre su realidad natural o individual. Pasa por alto que tanto la sujeción a la patria potestad como la incapacidad son consecuencias o efectos (remedios legales) de la incapacidad real del menor o del enfermo, la cual, obviamente, existe con y sin el régimen protector correspondiente. La visión de Castro, además, ha padecido mal la propia evolución legal (pensemos en la incapacidad de obrar de la mujer casada, que era su principal sustento).

Acepta que su concepto de estado civil como condición de miembro de la comunidad jurídica es extraño a nuestra tradición, pues procede de Cicu y Coviello.

VII. El autor escinde dos dimensiones jurídicas básicas de la personalidad: *subjetividad* (estructurada por las categorías de capacidad jurídica y de obrar) y *sociabilidad esencial* (articulada por los *status*), traducidas en instituciones civiles autónomas, que se basan, en el primer caso, en hechos y situaciones individuales y, en el segundo, en relaciones orgánicas y sociales. Entiende que esta sistemática está más en consonancia con una visión realista de la persona, basada en datos puramente naturales o biopsicológicos.

Su definición de *status*, que no pivota en efectos concretos, le hace precisar que la incorporación a un colectivo sólo se da por exclusión en el soltero, el apátrida o en el que no tiene determinada la filiación. También le fuerza a responder a la objeción ya formulada por Castro: ¿por qué sólo Estado y Familia y no otros colectivos y agrupaciones humanas?, «con la afirmación *intuitiva* de que los mismos son los únicos vínculos absolutamente básicos, esenciales o inherentes, tanto a la estructura jurídica de la personalidad, como, reflejamente, a la organización general de la sociedad humana», de suyo *apriorísticos*.

Coherentemente, la minoría o incapacidad se presentan como circunstancias meramente subjetivas o individuales. La sujeción a potestades protectoras es consecuencia mediada por el *status familiae* del menor o incapacitado (considera a la tutela un instituto «cuasi-familiar»).

El nacimiento no es estado, aunque influye en ellos, al formar parte de su causa material o título de adquisición. El nombre tampoco, por ser un mero hecho, y, todo lo más, una circunstancia personal derivada, generalmente, del estado de filiación. La prodigalidad declarada y la incapacidad de obrar son prohibiciones, pues su *ratio* es la protección del interés patrimonial de terceros.

Los modernos «estatutos» (trabajador, por ejemplo) se diferenciarían de los estados civiles por su accidentalidad. Todos los vínculos y asociaciones que no sean la nacionalidad y la familia son secundarios en el hombre, productos de su carácter subjetivo y no, directamente, de su cualidad de miembro de las comunidades jurídicas esenciales.

VIII. En relación con los datos legales, cree que es muy difícil emplear los artículos 9.1, 325-327, 1252.II y 1814 CC, para caracterizar al estado civil, puesto que a él no se refieren en exclusiva. Con todo, aduce (de manera, a nuestro juicio, tal vez forzada) el tenor del artículo 326 CC, como la prueba más convincente para su «concepto estricto».

Pese a que antes había dicho otra cosa, afirma ahora que el estudio de las normas positivas aísla (¡también!) un *quod distinctum* en los efectos de los estados civiles: extraterritorialidad, publicidad registral (de trascendencia mayor que la del Registro de la Propiedad, por la obligatoriedad de las inscripciones) y el papel especial de la función jurisdiccional.

Este apartado, quizá algo exiguo, lo concluye con una incursión en la normativa internacional, llegando a abordar el tema candente de la *ciudadanía europea*. Parece conceptualarla como un estado civil potencial o *in itinere*. Hay ya una pertenencia grupal, a una comunidad social, aunque no esté organizada bajo la forma de Estado. De rechazo, la nacionalidad estatal ya ha perdido algo, al menos formal o nominalmente, de su tradicional exclusividad como vínculo orgánico superior.

IX. La Parte II del libro analiza la estructura y efectos del estado civil. La primera es unitaria, abstracta e ideal, predicable de todos los *status*: es la «*relación orgánica*», de eficacia transpersonal o *erga omnes*, análoga a la eficacia constitutiva del Derecho. En su opinión, no se ha ahondado en su especificidad, de una parte por la dictadura ejercida por el concepto individualista del *derecho subjetivo* y, de otra, por el escollo que supone la concepción de Castro del estado como mera situación o cualidad personal. Dicha especificidad le hace tener instrumentos técnicos (acciones de estado, título de adquisición, etc...) que no encajan en la doctrina general de la relación jurídica.

La relación orgánica se contrapondría a las patrimoniales y sucesorias por no pivotar sobre la dualidad derecho/obligación. Es más, en ella no hay bipolaridad, sino que, por buscar la integración social del sujeto (conformar «sociedades» en sentido material), articula una serie indeterminada de relaciones jurídicas entre un conjunto también indeterminado de individuos.

Los derechos o facultades, obligaciones y deberes de toda índole que integran el contenido concreto de cada situación de estado, son, así, contingentes: no pertenecen de suyo al concepto institucional de estado, cuyo único objeto inmediato es el vínculo mismo (como creación o «forma jurídica» de una realidad social).

X. En cuanto al elemento causal de la relación de *status*, critica algún extremo de la visión castriana. A su juicio, de una parte, da muy poco relieve al título de adquisición, y, de otra, lo sustituye a menudo por el sucedáneo de la inscripción en el Registro Civil, siendo así que, como regla, tal publicidad es sólo declarativa.

Diferencia como premisa *hecho constitutivo, determinación legal y constancia registral*. Sólo los dos primeros integran el elemento causal, uno como *causa iuris*. el otro como *conditio iuris*.

Para la filiación el hecho constitutivo es la procreación, con sus fases de gestación, y el nacimiento; en la nacionalidad originaria es la ley operando directamente sobre el hecho-base (integrado por las circunstancias del nacimiento), en la derivativa es el juramento o promesa y la declaración de renuncia de la anterior, y en el matrimonio es la celebración sujeta a la forma sustancial. «Por contra, la determinación legal, cuando se puede distinguir objetivamente del hecho, aparece como un documento público, con sujetos y fechas concretas».

Advierte que hecho constitutivo y determinación legal «no hay que imaginarlos como fenómenos separados o sucesivos, ya que ambos conceptos suelen coincidir en el mismo supuesto de hecho (siendo los componentes material y formal de la atribución legal), sino que la distinción es de orden explicativo: el hecho constitutivo se refiere directamente al sustrato causal de la relación orgánica (al vínculo *in fieri*), mientras que la determinación legal se refiere al elemento subjetivo y al momento temporal en que queda fijada la relación».

Con esta inteligencia, para Ramos, la determinación legal «opera una delación que es declarativa respecto del hecho causante, pero debe concebirse como constitutiva respecto del vínculo de estado». Sugiere que hace estar *in facto esse* a una relación de estado que, con los meros hechos causales, está *in fieri* y que conforma, así, una atribución *sui generis*, distinta de la que ocurre en los derechos subjetivos.

A su planteamiento obsta (entre otras cosas: por ejemplo, «desconocimiento» que una madre puede hacer de un hijo habido) el juego de la protección de la apariencia y el eventual valor constitutivo de algunas inscripciones en el Registro Civil o de algunas sentencias, pero justifica no tenerlas en cuenta en la conceptualización por ser meras excepciones demandadas por la *seguridad jurídica*.

XI. De manera lógica, el único sujeto del estado civil es la persona física. En relación con las jurídicas, hay sólo un mecanismo de pura analogía, «una ficción legal sobre otra». Se genera, así, una mera situación análoga o imitatoria: un «*pseudo-status*».

XII. Planteado si existe un derecho innato al *status*, acaba negándolo en cuanto a la nacionalidad. También distinta, en su opinión, es la facultad para acceder a un *status* (art. 32 CE), que no forma parte de él y se ubica entre los bienes de la personalidad. Así, el *ius connubi* sería una específica forma del derecho de asociación (y, consiguientemente, la edad para contraerlo no es un requisito legal de capacidad de obrar, sino un presupuesto legal de la imputación de tal derecho, que sólo puede existir, en su opinión, desde la aptitud sexual).

En relación con la filiación, entiende que no puede hablarse con propiedad de unos derechos abstractos a la paternidad, maternidad o filiación. Ningún ordenamiento puede garantizarle al que nace un pretendido derecho fundamental al *status filii*. Aparte la moral, sólo hay obligación jurídica de los progenitores de estar y pasar por una (futura) determinación judicial del *status*, realizada sin su voluntad o contra su expresa oposición. Por lo que hace a las técnicas de reproducción asistida, niega que el hijo tenga un derecho fundamental a conocer plenamente su identidad. Ocurre como con la técnica empleada: el hijo no puede por menos que aceptarla como hecho consumado.

XIII. En lo tocante al estado de casado, comienza recalcando que «marido» y «mujer» son *cualidades de estado*. La equiparación de derechos por el sexo no implica intrascendencia del hecho heterosexual, que es básico de la relación conyugal. Esa «cualificación» es la que proporciona los roles jurídicos o situaciones tipificadas, integradoras del vínculo.

Consecuentemente, afirma que «la pareja homosexual, por mucho que se lleve a reconocer e institucionalizar, *nunca* podrá gozar de ese distintivo interno,

inmediato y con base natural (si no es recurriendo a la transexualidad o al travestismo, con lo cual imitan al matrimonio)».

XIV. Especial extensión alcanza el análisis de las uniones de hecho. Critica que se traten sin conectar con los estados civiles, lo que ha llevado a especulaciones apresuradas y a insólitas prácticas administrativas de muchos Ayuntamientos (a las que moteja de inconstitucionales).

En su opinión, el clamor por una regulación legal de las mismas solicita un imposible. Si el Derecho las elevara a *status*, serían una nueva situación imitatoria del matrimonio, un matrimonio rebajado o de segunda categoría. Esa situación hipotética (la Ley catalana sobre uniones de hecho se promulgó estando el trabajo en prensa), más que progreso, le parece regresión a la época precodificadora. El monopolio del matrimonio como único cauce legal reconocido para la plena comunidad de vida es una de las bases del orden familiar en el Derecho contemporáneo.

La unión de hecho *nunca* puede ser considerada como una relación social básica. Es *siempre* un puro supuesto fáctico. La integración social del individuo (que lleva a cabo el *status*) se consigue por medio de pocas instituciones (consagradas y pervividas desde la prehistoria). El error, muy extendido, procede, según el autor, de la exaltación secular jurídico-sentimental de la *affectio maritalis*, malentendida como elemento causal del matrimonio.

Cuando se percata de que hay sistemas legales en el mundo en que el matrimonio se contrae sin forma pública, sometido a la regla normal de la prueba (como en Escocia o algunos estados de EEUU), tacha ello de «atavismo notorio y mayúsculo, que parece contrario al progreso de la civilización».

XV. No deja el autor de hacer un examen pormenorizado, aplicando las ideas previamente sentadas, del contenido del estado civil, dejando para un desarrollo aparte las acciones de estado.

Algunas afirmaciones importantes de esta sección son: *i)* La redacción del artículo 19 CE, concediendo sólo a los españoles el derecho a elegir libre residencia y a circular (y salir) por el territorio nacional, es uno de los reductos del significado materialmente discriminador del estado civil. Sería utópica la igualación en este campo de los extranjeros. *ii)* La patria potestad es contenido *indeleble* de la filiación. *iii)* Aunque la llamada «familia monoparental» puede incluirse en la letra del artículo 39 CE, no puede disfrutar de igualdad efectiva, puesto que todo el ordenamiento mira a la familia matrimonial, al ejercicio conjunto de la patria potestad y a la convivencia del hijo menor con sus dos progenitores. *iv)* La vecindad civil tiene como único contenido la determinación del Derecho aplicable en las materias propias del Derecho civil especial correspondiente.

XVI. El libro, a nuestro juicio, gana aún más en calidad técnica cuando aborda el tema de la tutela jurisdiccional del estado civil, respecto de la que, aun declarando no pretenderlo, cincela un verdadero cuadro general.

Frente a Castro, cree que hay que diferenciar aquellas acciones que protegen el contenido particular de los estados (por ejemplo, acción de petición de herencia), y aquellas otras en que la tutela judicial recae directamente sobre el vínculo mismo, esto es, se refieren a su existencia, inexistencia o extinción. Sólo estas últimas serían acciones de estado propiamente y sólo en ellas cobra pleno sentido la prejudicialidad y la eficacia absoluta de la cosa juzgada. Son, de ese modo, siempre estrictamente morales (con las consecuencias condignas *sub art.* 1111 CC).

Incluye entre las acciones de estado a la de rectificación registral del artículo 92 LRC, pues tiene su específica función, no subsumible en la de la acción material.

Así definidas las acciones de estado, distingue en ellas: *a*) las declarativas (incluyendo las de reclamación filiatoria, cuando la sentencia es constitutiva del vínculo); *b*) las extintivas (incluyendo la de divorcio); *c*) las modificativas, que sólo es la de separación conyugal (y subraya el autor que no todas, pues, tienen efecto constitutivo, pese a lo que indiscriminadamente afirma cierta doctrina). Con este esquema va a hacer una aplicación concreta a cada vínculo o estado civil y el lector podrá hallar una completa exposición del régimen de cada una de las acciones, con resolución, apoyada en fina técnica jurídica, de muchas cuestiones candentes.

XVII. El estudio jurídico positivo de la relación de estado lo concluye con un magnífico capítulo dedicado a la protección de la apariencia, siguiendo muy de cerca las opiniones *in thema* vertidas por el profesor Gordillo (estamos ante la concreción de un principio general del Derecho).

Distingue entre una protección en sentido amplio (consecuencias legitimadoras, acreditativas, consolidadoras o conservadoras con carácter provisional de la posesión de estado o de la publicidad registral) y una protección en sentido estricto, cuando funciona el mencionado principio general (con excepcional efecto subsanador *inter partes* en el caso del art. 53 CC): *estado putativo*, que puede darse en todos los estados civiles. El estado putativo, así concebido, se daría siempre que hay una auténtica *apparentia iuris* (y no mera *species facti*), por virtud de una determinación en forma solemne y la subsiguiente constancia registral, por hipótesis, erróneas o inexactas, pero sólo atacables por vía judicial empleando acciones extintivas.

Y la aplicación de estas ideas, de nuevo sistemática y concreta en cada estado, concluye con una exposición del matrimonio putativo, en la que bebe fructíferamente de la brillante aportación *ad rem* del maestro Jordano Barea.

XVIII. El libro se cierra con un apéndice sobre vecindad civil, en el que el lector podrá encontrar un estudio de su régimen jurídico.

Sin embargo, a juicio de quien esto escribe, es un epílogo no demasiado afortunado. Ello no tanto por la forma apendicular adoptada (que es mero dato secundario), cuanto porque el autor pasa aquí la linde de lo jurídico y se adentra, de modo realmente aventurado, en lo que él mismo denomina «el tema de España».

La valentía del autor (¿candor?) le lleva, por quizá insuficiente conocimiento histórico y político (dimensiones que son cruciales *subiecta materia*), a afirmaciones muy discutibles. Por ejemplo, manejando como *iter* histórico apriorístico la secuencia familia-poblaciones-Estados-organizaciones internacionales, critica a todo nacionalismo, por pretender negar una entidad superior, ya que ello llevaría «a acabar con la ciudadanía como vínculo orgánico de la persona individual». O lamenta el abandono que se aprecia del calificativo «foral», pues, con ello, se oculta la naturaleza de *ius particulare* con que quedaron los Derechos forales, al menos, tras la entrada en vigor del Código civil.

Y pisa terreno minado cuando, en la base de la vecindad civil, aísla a un *ente societario foral* y señala que esto genera «un efecto del todo análogo, aunque de escala inferior, al de una sociedad internacional». O cuando asevera que del *prius* de la persona se deducen dos exigencias inmanentes para todo español: la de la «foralidad», institucionalizada por el estado de vecindad civil, que sirve como signo de identidad, conectado tanto al origen familiar como a las circunstancias locales de la vida, y la de la «estatalidad», para defender al ciudadano frente al exclusivismo social localista. Llega incluso a afirmar que con su caracterización «supera jurídicamente» la eterna polémica entre centralistas y regionalistas, lográndose un «progreso ético». O, y cerramos la mera ejemplificación aquí *amore brevitatis*, cuando defiende que el término «nacionalidades» del artículo 2 CE se

refiera a las comunidades con Derecho territorial propio y el término «regiones», a las demás.

XIX. Para concluir, nos creemos también en la obligación de subrayar algunos aspectos de este magno trabajo que nos han suscitado reparos (marginando toda referencia al comentado apéndice). Seremos genéricos, puesto que proceder distinto nos llevaría (aún más) allende los límites razonables de una mera recensión.

i) Es dable discrepar (y así lo hacemos nosotros) de la fundamentación que el autor ofrece para los estados civiles. Cuando los caracteriza como imperativo, nada menos, que del Derecho natural, como exigencia irrenunciable de la dignidad humana y como *prius* de la propia existencia de todo ordenamiento jurídico, nos asalta la duda de si tal vez haya acometido, ante un cierto *horror vacui*, una huida, si no hacia adelante, sí «hacia lo alto».

ii) Nos llama la atención igualmente la escasa atención dispensada a algunas realidades «novedosas», pero inobviables *de lege lata*, y a algunos datos que no encajan en su andamiaje conceptual. Las incomodidades (cuando no desagrado) que sufre el autor ante la adopción, técnicas de reproducción asistida, familia monoparental, «desconocimiento» de la maternidad, «reconocimiento de complacencia», generalización del domicilio habitual como criterio de conexión, facultades de opción en materia de nacionalidad y vecindad civil, carta de naturaleza, uniones de hecho, casos de apatridia, múltiple nacionalidad o falta de determinación de la filiación, etc., son sorteadas mediante la simple (*¿simplista?*) consideración de tales fenómenos como anómalos, excepcionales, marginales o episódicos.

Previamente (con un cierto regusto de la máxima «lo que ha sido, así ha de seguir siendo») ha tenido que correr el riesgo de elevar a Derecho Natural, inmutable y ubicuamente válido, a modelos jurídico-sociales que, quizá, no son más que contingencias históricas.

iii) De ese modo, quizá se dé vida a un pequeño desajuste metodológico: la elevación de lo doctrinario a *fons iuris*; la suplantación del dato positivo por la perfección de la teoría general, eso sí, augustamente cincelada. Cuando la norma o la realidad no encajan, se las expulsa por acientíficas, equivocadas o accidentales.

iv) Por último, el autor quizá no ha percibido que su adhesión a las visiones de Cicu y Coviello activa eo ipso delicadísimas implicaciones políticas. La mera recurrencia en el libro de los términos «relación orgánica» y «sujeto-miembro» trae reminiscencias de ideologías realmente comprometedoras.

Somos conscientes de que estas objeciones son de un cierto calado. Pero también creemos poder y deber formularlas, precisamente porque la obra recensionada es *brillante*. Un trabajo endeble o ramplón ni siquiera merece el esfuerzo de formularle alguna crítica.

XX. La obra del profesor Ramos es, sin duda alguna, de enorme interés, por su completo tratamiento de materias como la familia, filiación y nacionalidad, de suyo tan importantes. Mas, aparte de ello, es tan valiente en la conceptualización y en las soluciones, tan rica en temas y problemas afrontados, tan elegantemente trabada y escrita, que, a nuestro modesto entender, es y será insustituible para todo aquel que quisiera adentrarse en las convulsas aguas del estado civil.

RIBOT IGUALADA, Jordi: *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 196 pp.

Hace algunos meses publicaba la Fundación Argentaria un interesante estudio. Su título resulta más que elocuente: «Familia y sistema de bienestar. La experiencia española con el paro, las pensiones, la sanidad y la educación». Los autores –Víctor Pérez-Díaz, Elisa Chuliá y Berta Álvarez-Miranda, sociólogos– señalan que el sistema de bienestar descansa en cuatro pilares: el Estado protector, las empresas de servicios remunerados, las asociaciones no lucrativas y la familia, siendo esta última –con datos que resultan apabullantes– la primera red de seguridad y la más activa proveedora de bienestar social en nuestro país. El pasado mes de julio, con ocasión del anuncio por parte de la Directora General de Asuntos Sociales de la inminente aprobación del Plan Integral de Apoyo a la Familia, el profesor Iglesias de Ussel escribía en un periódico de tirada nacional: «Sin el funcionamiento de la familia española, el Estado entraría en quiebra inmediata. Es quien cuida y cría a menores; da cobertura al paro; sostiene el retrasado acceso al trabajo de los jóvenes y la prolongación de la escolaridad y sus carencias; funciona como oficina de empleo para la búsqueda de trabajo; hace frente al crecimiento de nuevos problemas sin adecuada cobertura pública, como droga o sida; cuida de personas con minusvalías o atiende a mayores, sin ayudas y con calidad superior al sector público». Estas referencias ponen de manifiesto una realidad particularmente viva en España: la de la solidaridad familiar. Y ponen también de relieve un marco de preocupaciones e intereses que por fin se abre paso en los ámbitos científico y político.

Quiero situar en estas coordenadas el extraordinario libro del que en esta reseña doy noticia. Digo extraordinario en el sentido literal de la expresión y porque no es habitual toparse con una monografía en la que se aúnen la oportunidad (pues aparece en un momento en que la familia recupera el protagonismo que nunca debió perder), el interés del tema tratado (que se centra en problemas de verdadera incidencia social), el acierto en la metodología seguida (pues un estudio adecuado y global de cualquier problema familiar reclama necesariamente interdisciplinariedad) y el rigor intelectual.

El trabajo del profesor Ribot se integra en el proyecto de investigación «Nuevas estructuras de familia y problemas de las relaciones de dependencia en la evolución reciente del Derecho de Familia», desarrollado en la Universidad de Girona, y persigue la clarificación de una cuestión reiteradamente propuesta pero nunca hasta ahora afrontada y resuelta. La formulaban Díez Picazo y Gullón en los siguientes términos: «Hay en el Derecho vigente en la actualidad, dos líneas que no son absolutamente coherentes: aquella para la cual la atención de las personas necesitadas se produce como obligación jurídica exclusivamente dentro del círculo familiar y si se lleva a cabo fuera de él es caridad, beneficencia u oficio de piedad y aquella otra para la cual la obligación jurídica es básicamente una obligación pública, pues sólo ella justifica un Estado social entendido como Estado de bienestar. *El problema estriba en establecer las líneas de enlace entre uno y otro tipo de obligaciones y el orden de prioridades*». A la tarea subrayada se aplica Jordi Ribot, quien en la «Introducción» de su monografía declara el objetivo que se propone: «examinar qué papel reserva la normativa vigente a las obligaciones civiles de los parientes, en el marco del desarrollo legal en España de un completo sistema de protección social. Cómo se integran en el ordenamiento civil las medidas basadas en la subsidiariedad de la protección social, cuáles son sus límites técnicos y qué razones –jurídicas y no estrictamente jurídicas– desa-

consejan adoptar medidas de esta naturaleza». Adelanto ya lo sorprendente de sus conclusiones, en la medida en que revelan cómo el mecanismo de la subsidiariedad de la protección social ante la presencia de parientes obligados a prestar alimentos, en su aparente refuerzo de la solidaridad familiar, da lugar a efectos perversos, contradictorios tanto de dicho principio como del propósito perseguido por el legislador al instrumentar como lo hace las referidas políticas sociales.

La monografía del profesor Ribot se estructura en tres capítulos de diferente extensión y calado. El capítulo 1 —«Solidaridad familiar y protección social en el Estado social y democrático de Derecho»—, presuponiendo la existencia de un deber de alimentos a cargo de los parientes de la persona afectada por una situación de necesidad, enfermedad o vejez plantea la duda de si esas mismas personas —ciudadanos carentes de recursos económicos, al fin y al cabo— en las mismas circunstancias y para idéntica finalidad pueden esgrimir contra el Estado alguna pretensión jurídica. En caso afirmativo, ¿qué relación existe entre las prestaciones jurídico-privadas y las prestaciones sociales que pretenden conseguir el mismo propósito? La respuesta a esta pregunta enfrenta al autor con una cuestión previa: la de si existe frente al Estado un derecho constitucional similar en su contenido al derecho de alimentos, el derecho a «lo necesario para vivir dignamente». La contestación será negativa pues ni la Constitución, ni su interpretación por el Tribunal Constitucional permiten fundamentar la existencia de un derecho subjetivo a favor del necesitado por más que en la norma suprema se determinen deberes y obligaciones sociales a cargo de los poderes públicos. Tampoco lo consigue la doctrina que choca con un doble obstáculo a la hora de construirlo: su falta de justiciabilidad y el hecho de que, como señala Ribot, aun en el caso de que las normas constitucionales fuesen particularmente concretas, la pretensión frente a los poderes públicos no prosperaría si una ley no ha desarrollado ese derecho en función de los recursos económicos disponibles.

En el nivel de la legislación ordinaria no existe norma alguna que expresamente reconozca al ciudadano en situación de necesidad, con carácter general, el derecho a disfrutar de la protección social pública. De ahí que para medir el alcance real de la protección social en España haya que atender a la llamada acción social de las distintas Administraciones (servicios sociales, centros de acogida, pensiones asistenciales, etc.). Estas medidas, junto con la asistencia sanitaria pública gratuita, cubren las situaciones que quedan al margen del sistema de la Seguridad Social. Pero —y este es el asunto— ¿tiene carácter subsidiario esa protección pública? Entiende Ribot que la libertad de que el legislador dispone para configurar las prestaciones sociales se extiende a la posibilidad de calificar como principales o subsidiarias las obligaciones que por mandato constitucional tiene asumidas frente a los eventuales beneficiarios. Subsidiaria, en un sentido amplio, es la acción estatal que se desarrolla cuando la iniciativa individual se muestra incapaz de dar solución adecuada a un problema. Pero, en el sentido que aquí interesa, la subsidiariedad se refiere además al grado en que los órganos estatales están obligados a paliar determinadas situaciones de necesidad. «La diferencia radica, sin embargo, en que su presupuesto no son únicamente los recursos o la capacidad del posible beneficiario, sino también las responsabilidades asignadas a las formaciones sociales a que esa persona pertenece. En concreto, a su familia. Por eso, jurídicamente la subsidiariedad se traduce en este caso en la prioridad de las obligaciones legalmente adscritas a los familiares» (p. 40). La subsidiariedad de la protección social, así entendida, no viene impuesta por ningún precepto constitucional. La Constitución —afirma— reconoce determina-

dos derechos sociales y queda al criterio del legislador actualizarlos. Ahora bien, cuando lo hace «cumple normas de derecho fundamental» (p. 43) y por ello más parece que establezca deberes principales que subsidiarios. Esto significa que tales obligaciones son, en principio, independientes de las que la legislación civil impone a los familiares. El establecimiento de la subsidiariedad de una determinada normativa requeriría –concluye– constancia expresa debiéndose fijar además su alcance concreto.

¿Qué prestaciones sociales subsidiarias de la obligación de alimentos se recogen en nuestro ordenamiento? Su presentación y análisis constituyen el núcleo del capítulo 2, que se completa con un estudio detallado acerca de la subsidiariedad de las prestaciones sociales, entendida como fundamento de derechos de reembolso o repetición contra los obligados a prestar alimentos. Es un capítulo largo y de elaboración difícil. El autor ha tenido que manejar un inmenso cúmulo de materiales dispersos: legislación autonómica y extranjera, jurisprudencia de todos los niveles y órdenes amén de ingente doctrina. Acierta el profesor Ribot a componer el «puzzle» ofreciendo –como dice el título– la panorámica completa de «Las prestaciones sociales subsidiarias de la obligación familiar de alimentos en el Derecho español». Antes distinguirá las modalidades en que la subsidiariedad puede presentarse: 1) como causa de la denegación o falta de reconocimiento del derecho a determinadas prestaciones; 2) como fundamento del carácter condicional y provisional del reconocimiento de alguna prestación social; y 3) como fundamento de derechos de repetición contra los obligados a prestar alimentos, por el importe de determinadas prestaciones sociales o servicios proporcionados al titular del derecho a alimentos (p. 51). Las prestaciones sociales subsidiarias de la obligación de alimentos son en España poco relevantes. En el ámbito de la Seguridad Social hay que señalar la asistencia sanitaria y las prestaciones de muerte y supervivencia. En el de las prestaciones asistenciales –es decir, al margen de la Seguridad Social y de cualquier obligación contributiva de los beneficiarios– se hace necesario diferenciar las prestaciones económicas (auxilios a ancianos y enfermos pobres con cargo al Fondo nacional de Asistencia Social y gestionados por las Comunidades Autónomas e ingreso mínimo de inserción social, creado por las Comunidades Autónomas en el marco de sus políticas contra la pobreza y exclusión social) y los servicios sociales.

En los casos reseñados la subsidiariedad aparece, en general, como causa de denegación de la solicitud de determinadas prestaciones económicas y servicios sociales. Pero además, el incremento de los costes que la Administración soporta por razón de estas prestaciones explica que, en algunos supuestos, pretenda recuperarlos por la vía de repetir contra los obligados legalmente a prestar alimentos al beneficiario. Este expediente presenta dos problemas técnicos de difícil solución: 1) ¿cómo justificar la legitimación activa de la Administración a la hora de exigir a los parientes el equivalente a lo que deben en concepto de alimentos cuando este derecho, por ser inherente al necesitado, es intransmisible y por ello insusceptible de ejercicio por un tercero?; 2) ¿cuál será el alcance económico de la pretensión de reembolso? Recuérdese la regla *in praeteritum non vivitur* (art. 148.I *in fine* CC) a la que se somete el titular del derecho a los alimentos, y que explicaría que la Administración no pudiese recuperar la totalidad de los costes habidos en un determinado caso al no poder exigirlos con efecto retroactivo, es decir, incluyendo los producidos antes de la reclamación a los parientes.

Las dificultades apuntadas han encontrado remedio en otros ordenamientos. Así, la primera, en el ordenamiento francés y, señaladamente, en el artículo 261 del Código de Familia de Cataluña que reconoce la legitimación para reclamar a

las entidades públicas o privadas que acojan al titular del derecho a los alimentos. La segunda cuestión se resuelve en el ordenamiento alemán por el procedimiento de imponer al ente público que suministra las prestaciones la obligación de comunicar por escrito a los parientes del titular del derecho a alimentos la prestación de asistencia a este último.

El estudio del profesor Ribot concluye con una reflexión sobre los inconvenientes que –más allá de lo puramente técnico– justificarían el rechazo de criterios de subsidiariedad en materia de políticas de protección social. La razón última de este rechazo estriba, a su juicio, en la instrumentalización que por esta vía se opera de la obligación legal de alimentos entre parientes lesionándose gravemente el fundamento de la institución. «En apariencia sigue siendo el mismo (la solidaridad que deben honrar los familiares) pero el titular de la pretensión ya no es un familiar sino un tercero. Alguien ajeno al vínculo de parentesco que es presupuesto esencial de esta obligación» (p. 150). En efecto, aunque la solidaridad familiar espontánea suele alcanzar proporciones más que notables no ocurre lo mismo con lo que se podría llamar solidaridad familiar «imperada», de acuerdo con lo que revela la escasa aplicación del instituto de los alimentos. Sin embargo, –dirá– su derogación se rechaza por entender que, concretando la traducción jurídico-privada de la solidaridad familiar, cumple un papel simbólico y refleja un valor social esencial. Además, en la práctica, la obligación de alimentos ha venido a constituirse en lo que la doctrina francesa ha denominado una «garantía secundaria», sirviendo de fundamento legal del cobro de los gastos asistenciales prestados por entidades sanitarias o socioasistenciales. La garantía opera de dos modos: 1) estimulando el pago voluntario por parte de los parientes de los costes de las prestaciones recibidas por el titular del derecho a los alimentos, ante la amenaza de la acción judicial; 2) a través de la acción de reembolso. Sobre tales presupuestos resulta oportuno conocer la experiencia de otros países en esta materia, objeto en los últimos años de una crítica contundente pues las políticas basadas en la subsidiariedad de la protección social se han demostrado incapaces de conseguir los objetivos que las justificaban: el ahorro de fondos públicos y el refuerzo de los vínculos familiares. El meollo del capítulo 3 se centra en la crítica a las políticas de subsidiariedad que se materializa en tres fundamentales objeciones: 1) el enorme coste administrativo que suponen; 2) su elevadísimo coste social; y 3) la contradicción de los principios de igualdad tributaria y progresividad. Acomete así Ribot una brillante y documentada exposición de estos argumentos, basada sobre todo en la experiencia y doctrina estadounidenses. Se advierte en toda ella una perspectiva de análisis económico y sociológico del Derecho que dota a este capítulo de un particular interés.

De acuerdo con los estudios empíricos realizados –expone– los ingresos logrados en concepto de reembolso son escasos y más todavía si se tienen en cuenta los costes administrativos que la puesta en marcha de la vía de regreso para su obtención comporta: aproximadamente un 20 o 30 por 100 del importe total recuperado. Se ha comprobado también –añade– que las normas basadas en la subsidiariedad pueden contribuir a empeorar la desigualdad social y a perpetuar la pobreza. Además, lejos de mejorar las relaciones familiares pueden llegar a entorpecerlas dando lugar a conflictos que hubieran podido evitarse. Son ilustrativos al respecto los ejemplos de Francia y Bélgica –señala– donde se ha observado que, particularmente en el caso de ancianos, la efectividad de los derechos del titular contra sus familiares ha producido a éste graves angustias e incluso trastornos psicológicos. Por otra parte, la subsidiariedad de las prestaciones sociales alcanza también a los parientes llamados a prestar los alimentos y a sus

familias: dejando a un lado la reducción de la capacidad económica de los afectados que en todo caso supone, puede dar lugar a una convivencia no deseada si los familiares decidieron acoger en su casa al titular del derecho a alimentos; además, la acción de repetición contra los parientes entorpece la relación de los profesionales de los servicios sociales con las familias de los usuarios. El impacto social de las políticas de subsidiariedad puede ser variable. En todo caso el panorama reseñado aconseja un ponderado estudio de sus posibles efectos por parte de los responsables de su implantación quienes deberán asumir los costes sociales que se han descrito. Por último, las consecuencias fiscales: en virtud de la subsidiariedad se somete a los obligados a prestar alimentos a una doble tributación en cuanto que, como contribuyentes, financian los servicios socio-sanitarios pagando además el coste de las prestaciones recibidas por el titular del derecho a los alimentos. A la vez y por estos mismos hechos se vulnera el principio de progresividad pues la financiación procedente de los familiares superará el porcentaje aplicado como media a las personas con la misma capacidad económica.

Advertía Ribot al inicio de su estudio que el sentido de la crítica que se acaba de resumir no es cuestionar, y mucho menos rechazar, la función social de la familia o las responsabilidades morales inherentes a la relación familiar. En consonancia con ese punto de partida su propuesta se concreta en la promoción de un apoyo decidido por parte de los poderes públicos a la familia, tanto en el cumplimiento de sus deberes morales como en el desarrollo de sus características funciones. «Me parece muy injusto que con el pretexto de que los parientes no hacen más que cumplir sus obligaciones civiles, se abandone a la familia a sus propias fuerzas» (p. 17).

«He pretendido, en todo caso, aportar un poco de luz sobre el punto en que se encuentran las relaciones entre la obligación legal de alimentos y las partes del Derecho social que la toman directamente en consideración», decía Jordi Ribot en la «Introducción» de su trabajo. En mi opinión, lo consigue plenamente. Su libro se adelanta a los acontecimientos y aporta elementos de reflexión que deberán considerarse, si se llega a plantear formalmente en España el debate sobre el alcance teórico y práctico de la solidaridad familiar. Es impresionante la riqueza documental y bibliográfica en que apoya su argumentación. Y llama también la atención la soltura con la que se maneja el autor en sectores jurídicos ajenos al Derecho civil. Sólo me queda entonces felicitar al profesor Ribot y recomendar vivamente la lectura de su obra, ejemplo de trabajo riguroso e inteligente. Estamos, no me cabe duda, ante un libro de los que marcan el nivel y la diferencia.

Regina GAYA SICILIA
Universidad Autónoma de Madrid

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, ed. Comares, Granada, 1999, 539 pp.

Una de las muchas lagunas que presenta el estudio de la propiedad intelectual en nuestro país es el de las obras musicales, como destaca, con toda razón, el profesor Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano en el prólogo a esta publicación. Y quizá no sólo en nuestro país, si consideramos la fecha de los últimos estudios de entidad que, en este sentido, se divulgan en los países de nuestro entorno. Cuestión relevante a la que se une, además, el hecho de que la música, como también

subraya el autor citado, es la que ha alcanzado un mayor nivel de explotación propiciada por su universalidad, al ser en principio accesible para cualquier público, prescindiendo en mayor o menor grado de lenguas y culturas. Pues bien, en este marco, el libro del profesor Rafael Sánchez Aristi contribuye a poner remedio al señalado déficit doctrinal.

Antes de referirnos a la estructura de su trabajo, cabe destacarse la labor del autor al poner de relieve las peculiaridades que presenta la obra musical. Cuestión ésta de especial importancia dada la complejidad que presenta, en la práctica, el mundo de la música, tanto en la fase de elaboración de la obra, como en la de difusión.

En relación con el primer aspecto, sobresale el detallado estudio que hace de la obra musical como objeto de protección de la Ley de Propiedad Intelectual. En especial profundiza en los requisitos de originalidad y en la necesidad de que la obra sea una elaboración humana. Se ocupa, por ello de aspectos como la música concreta y la música creada por ordenador. En relación con la difusión de la obra, se detiene, especialmente, en la descripción de las relaciones entre compositores, editores y productores, teniendo en cuenta en todo momento la labor mediadora de las entidades de gestión de los derechos reconocidos por la Ley, y, en especial, de la Sociedad General de Autores y Editores en España.

El autor aborda estas cuestiones acudiendo a una pluralidad de fuentes. Así, además de estudiar nuestras normas sobre propiedad intelectual y los correlativos trabajos doctrinales; profundiza en el Derecho comparado, en la jurisprudencia española y de los países cultural y socialmente próximos al nuestro. Sin olvidar, por otra parte, trabajos referidos exclusivamente a las obras musicales y los que se ocupan de la industria musical.

El resultado es un libro bien construido que se divide en cinco capítulos. El primero de ellos está dedicado a la evolución histórica de la protección de las obras musicales en el marco de la propiedad intelectual. En él, el autor hace un estudio de las etapas por las que atraviesa la protección del compositor musical en los distintos países hasta llegar al estadio actual. Para ello tiene presente el desarrollo de los medios de difusión de la obra musical en cada época; partiendo de la imprenta en la multiplicación de ejemplares de partituras, pasando por la aparición del fonógrafo y el desarrollo de la fonografía, para llegar hasta el cine sonoro. A las nuevas tecnologías, bases de datos, redes digitales, etc., como es lógico, se refiere, al estudiar la propiedad intelectual sobre las obras musicales, en el resto del trabajo.

El segundo capítulo se dedica al contenido del derecho de autor sobre las obras musicales. En primer lugar, el autor estudia los derechos morales, que en su opinión, y desde el punto de vista de la práctica, quedan subordinados a la explotación de la obra por sujetos distintos del autor. Se preocupa, en cualquier caso, de explicar cuáles son los usos en el mundo de la música que pueden afectar al ejercicio de los derechos morales o a su observancia por el resto.

En segundo lugar, al referirse a los derechos patrimoniales, relaciona y estudia de forma paralela la reproducción gráfica y el contrato de edición musical, la reproducción sonora y la participación del productor de fonogramas en la misma; finalmente el derecho de comunicación pública y el contrato de representación teatral y ejecución musical. También aborda los actos de comunicación pública que él considera de carácter secundario, clasificándolos como sigue: Comunicación a un público presente mediante el empleo de un soporte fonográfico. Comunicación a un público presente de obras radiodifundidas. Comunicación pública a

distancia mediante radiodifusión y transmisión por hilo o cable. Y comunicación pública mediante acceso remoto a bases de datos de ordenador.

Además trata el derecho de distribución de la obra musical, tanto en forma de ejemplares gráficos como en forma de fonogramas. El derecho de transformación prefiere estudiarlo en otra parte, como instrumento que permite la obtención de obras musicales derivadas o con elemento musical.

Siguiendo a esta panorámica de los derechos de los compositores, en el capítulo tercero, el profesor Sánchez Aristi trata de las obras musicales como objeto protegido por el derecho de autor. Sobresale del mismo el profundo estudio que el autor realiza sobre el requisito de originalidad en este tipo de creaciones. Para ello, reflexiona sobre los diversos criterios que han de tenerse en cuenta para que pueda estimarse que la obra cumple con tal condición.

Destaca, también, por meticuloso y detallado, el examen que el autor hace de la obra derivada enteramente musical o con aportación musical. Se centra en las técnicas que permiten la obtención de creaciones de este tipo para, primero, clasificarlas y, luego, determinar, los supuestos en que el resultado puede considerarse obra derivada. En este sentido, el profesor Sánchez Aristi entiende, en principio, que las transposiciones, transcripciones y otras operaciones meramente mecánicas no aportan suficiente originalidad a la obra como para que pueda hablarse de un nuevo objeto de propiedad intelectual. Y si esto sucede por defecto, también considera excluidas, por exceso, las variaciones. Según dice el autor deben reputarse como un caso de obras musicales independientes porque las variaciones no integran un supuesto de transformación de una obra ajena, sino simplemente de inspiración en una obra ajena, lo que a nuestro juicio es al menos discutible. En efecto, el autor de una obra que se califica como variación musical puede realizar su trabajo de dos formas: puede, como dice el profesor Sánchez Aristi, inspirarse en otra obra, tomando ésta como referencia a partir de la cual crea una obra completamente diferente y nueva. Pero también puede elaborar una variación musical a partir de una obra anterior, a la que añade una aportación original de menor entidad. En cuyo caso, y siempre que la contribución del autor de la variación musical reúna un mínimo de originalidad, habrá que hablar de obra derivada y de transformación.

Tampoco estamos de acuerdo con el profesor Rafael Sánchez Aristi, cuando, como regla general, deja fuera del régimen de las obras derivadas las transposiciones y transcripciones de obras musicales, porque a nuestro entender, la labor del transcripción o de transposición de una obra musical es equivalente a la de traducción de las obras literarias. E igual que las traducciones, sobre las que no se plantean dudas, reúnen suficiente originalidad.

Por su parte, la sección dedicada a las obras derivadas se completa con el estudio de los arreglos musicales, las ediciones críticas, la sincronización de una composición musical en una obra audiovisual, la sincronización de una composición musical en una obra multimedia, el sistema de muestreo digital, colecciones y popurrís. Por fin, este capítulo se cierra con un epígrafe dedicado a la conclusión de obras inacabadas.

Al compositor musical como sujeto titular de derechos de autor, se refiere el capítulo cuarto, que se divide en dos grandes bloques; uno sobre las obras en colaboración, y otro destinado al estudio de aquellos casos en que la incidencia de actividades o fenómenos no imputables directamente a seres humanos condiciona en alguna medida la autoría del resultado. En relación con las obras en colaboración musicales o con aportación de este tipo, el profesor Sánchez Aristi analiza las obras dramático-musicales y las obras audiovisuales. Por su parte,

aborda el tema de la música concreta, la música electrónica y la creación musical por ordenador como formas de condicionamiento de la autoría en el ámbito musical. Le preocupa en este caso averiguar en qué medida el resultado alcanzado mediante estas técnicas puede imputarse al sujeto que las pone en práctica, y en su caso, determinar la persona que pueda tener la consideración de autor.

Finalmente, para terminar el estudio de la propiedad intelectual sobre las obras musicales, el autor trata en el capítulo quinto de los límites a los derechos de los compositores. Analiza cuáles de los que, con carácter general, se recogen en la Ley de Propiedad Intelectual, afectan a los creadores de obras musicales.

Comienza con un amplio estudio de la copia privada como límite que afecta al derecho de reproducción. Al examinar los requisitos que la convierten en «uso libre de la obra», diferencia tres supuestos, que son el de reproducción de partituras a través de fotocopidora, reproducción de fonogramas a través de cintas vírgenes y reproducción de videogramas a través de cintas vírgenes. Y lo completa reflexionando sobre la reproducción con fines de investigación. Para este caso, subraya que, a diferencia de lo que sucede con las reproducciones para uso privado del copista, no está previsto expresamente en la Ley un derecho de remuneración que compense a los compositores por las ganancias que dejan de obtener.

Refiriéndose, el autor, a los límites que afectan al derecho de comunicación pública, examina en detalle cada una de las condiciones que hacen que una obra musical ejecutada en acto oficial o ceremonia religiosa no requiera de la autorización de los titulares de los derechos. Después, trata la comunicación pública de obras musicales con ocasión de informaciones de actualidad, centrándose en el entendimiento del requisito de «actualidad de la información».

El profesor Sánchez Aristi termina el estudio con los límites que afectan al derecho de transformación, donde incluye la cita y la parodia. En relación con la primera y sus requisitos tiene presente en todo momento que cabe tanto la cita de obra musical dentro de otra obra musical como en una de otra naturaleza. En relación con la parodia, sin descartarla, resalta la dificultad en la creación de la parodia estrictamente musical, es decir, introduciendo modificaciones en la parte musical de la obra y no en la letra u otros elementos.

Para concluir esta reseña, que sólo pretende dar al jurista una visión rápida y global del rico contenido de este libro, hay que destacar, de nuevo, el interés del mismo por contribuir a colmar el vacío existente en la materia y además por el modo en que el autor afronta el tema. En tal sentido, resultan especialmente útiles las definiciones incluídas en la obra sobre términos musicales (*melodía, armonía, etc.*), así como las referidas a aquellas técnicas que pueden incidir en las fases de elaboración o explotación de la obra (*sincronización, sampling digital, etc.*). Sin embargo, se echa de menos el estudio de los derechos de los intérpretes; elemento clave en la explotación de la obra musical. Y quizá, falta profundizar en otro aspecto ciertamente importante, a saber; la problemática que suscita la obra colectiva musical o con aportación musical.

Raquel DE ROMÁN PÉREZ
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Burgos

Revistas Extranjeras

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, María del Rosario DÍAZ ROMERO, María Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de la familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.—II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares de tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.— Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ALBISSETTI, A.: «Notazioni canonistiche in tema di ermeneutica giurisprudenziale», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 1-3.

Comentario a un artículo de *Alpa* sobre el recurso a la analogía en la jurisprudencia. (*Alma R. G.*)

ATIAS, Chr.: «Le Code civil nouveau», *RDS*, 1999, núm. 18, p. chr. 200.

Función de la codificación en Francia en el nuevo siglo XXI. (*R. A. R.*)

BEULHIEN, V.: «Gibt es eine organschaftliche Stellvertretung?», *NJW*, 1999, pp. 1142-1146.

¿Existe una representación orgánica?

El autor de este artículo plantea una importante cuestión conceptual. De consideraciones históricas y, sobre todo, sistemáticas deriva que el término «representación orgánica» es incorrecto. (*M. P. G. R.*)

BRUNS, A.: «Der anerkennungsrechtliche order public in Europa und den USA», *JZ*, 1999, pp. 278-287.

El orden público en el reconocimiento (de resoluciones extranjeras) en Europa y en USA.

La contribución se muestra crítica con la reciente propuesta de la Comisión europea sobre derogación del orden público como mecanismo de oposición al reconocimiento de resoluciones extranjeras. Después de una panorámica sobre su difusión en Europa y en USA se comprueba que el control del orden público autónomo por los órganos judiciales en el interior de la Unión Europea, debe ser mantenido. (*M. P. G. R.*)

CHIARLONI, S.: «Declamazione dei diritti e amministrazione della giustizia: una relazione difficile», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 19-25.

Artículo acerca de si el Derecho positivo vigente en un determinado ordenamiento responde o no a criterios de justicia. (*Alma R. G.*)

DARMON, M.: «Cour de cassation et primauté du droit communautaire, quelques réflexions à propôs de l'arrêt Société Pontoizeau du 20 octobre 1998», *GP*, 1999, núms. 162-163, pp. 4-6. (*I. S. P.*)

GIACALONE, G.: «Declaratoria di incostituzionalità e status personali -nota a Cass., sez. un., 27 novembre 1998 n. 12061», *GC*, 1999, núm. 2, pp. 402-405. (*M. R. D. R.*)

GRIDEL, J. P.: «Déclin des spécifités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen», *RDS*, 1999, núm. 13, pp. chr. 139-146.

El autor estudia el retorno a la inspiración nacional del Derecho: fuentes formales y esquemas conceptuales. Posteriormente, atiende a la alteración de las instituciones nacionales y lo relaciona con las reminiscencias históricas, para ver el contenido del derecho europeo fundamental. (*R. A. R.*)

LÜCKE, J.: «Die Drittwirkung der Grundrechte an Hand des Art. 19. abs. 3 GG», *JZ*, 1999, pp. 377-384.

La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales de la mano del artículo 19.3 de la Ley Fundamental.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales lleva al artículo 19.3 de la Ley Fundamental que declara aplicables los derechos fundamentales a las personas jurídicas en la medida en que sea posible su aplicación. Este precepto representa no sólo una habilitación de los derechos fundamentales, sino que al mismo tiempo establece un deber de respeto a los derechos fundamentales entre sujetos privados «en la medida en que le sean aplicables». (*M. P. G. R.*)

LUPOI, M.: «L'interesse per la giurisprudenza: é tutto oro?», *CI*, 1999, núm. 1, pp. 234-262.

Interpretación de la sentencia como tal y de la sentencia como precedente. Máximas de jurisprudencia. La *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. Sentencias-regla, sentencias-caso y sentencias inútiles. (*Alma R. G.*)

MARKESINIS, B.: «Privacy, Freedom of Expression, and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany», *L. Q. R.*, 1999, vol. 115, pp. 47-88.

Estudio sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de libertad de expresión e intimidad. El trabajo presta especial atención a la doctrina y jurisprudencia alemanas. (*J. M. B. S.*)

MARTIN, R.: «Les mots du droits et les choses d'ailleurs», *RDS*, 1999, núm. 21, pp. chr. 231-232.

Breve reflexión sobre el lenguaje jurídico. (*R. A. R.*)

NOTE: «Privacy, Technology, and the California "Anti-Paparazzi" Statute», *Harv. L. Rev.*, 1999, vol. 112, núm. 6, pp. 1367-1384.

La Ley californiana «*Anti-paparazzi*» entró en vigor el 29 de septiembre de 1998. La ley amplía la esfera de protección del derecho a la intimidad personal y familiar para hacer frente a intromisiones originadas por el uso de nuevas tecnologías en los medios de comunicación. (*J. M. B. S.*)

RENSMANN, Th.: «Reformdruck und Vertrauensschutz», *JZ*, 1999, pp. 168-175.

Presión reformadora y protección de la confianza.

Nuevas tendencias en la dogmática de la retroactividad del Tribunal Constitucional alemán. (*M. P. G. R.*)

ROTH, H.: «EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht», *JZ*, 1999, pp. 529-538.

Directivas comunitarias y Derecho civil.

El Derecho secundario de protección del consumidor de la CEE supone muchas veces un retroceso de la autonomía privada. El Derecho de las Directivas se funda en la presuposición de una situación de desigualdad entre las partes, con el consumidor como parte débil. Éste es el criterio que diferencia las relaciones comerciales entre profesionales y privados. La vinculación de este modelo al «consumidor» se basa en una dudosa hipótesis y conduce a la construcción de un derecho privado especial en materia de daños, con un ámbito no muy definido en el campo contractual. Problemas especiales se plantean en relación con las condiciones generales de los contratos. (*M. P. G. R.*)

VICK, D. W./MACPHERSON, L./COOPER, S.: «Universities, Defamation and the Internet», *Mod. L. Rev.*, 1999, vol. 62, núm. 1, pp. 58-78.

Estudio sobre la posible responsabilidad de las universidades por el daño causado por la difusión de material difamatorio mediante sus servidores de Internet. Examen de las políticas adoptadas por algunas universidades británicas al respecto y de su eventual conflicto con la libertad de expresión. (*A. R. G.*)

DERECHO DE LA PERSONA

BALESTRIERO, V.: «La situation de l'enfant mort-né», *RDS*, 1999, núm. 8, pp. chr. 81-84.

Análisis del problema desde el punto de vista del estado civil. El Derecho funerario. (*R. A. R.*)

BELLINI, V.: «La definitiva lettura dei limiti della differenza d'età per l'adozione dei minori», *NLCC*, 1998, núms. 5-6, pp. 1124-1153.

Comentario a la Sentencia de la Corte constitucional de 28 *settembre* 1998, n. 349, integrada en la línea jurisprudencial constitucional que evoluciona en aras de superar la rigidez normativa en tema de diferencia de edad mínima y máxima entre adoptante y adoptado, cifrada por el artículo 6.2 de la l. 4 *maggio* 1983, n. 184, entre 18 y 40 años. (*M. R. D. R.*)

BERSI, M.: «Incapacità naturale e senilità», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 49-58.

Incapacidad de entender y querer en la edad senil, sobre todo en materia contractual. (*Alma R. G.*)

BOLLING, D.: «Diffamation, prescription et suspension toujours moins...!», *GP*, 1999, núms. 171-173, pp. 2-3.

Interrupción de la prescripción y su suspensión. Nueva forma de interpretar los textos según la evolución jurisprudencial. (*I. S. P.*)

CALÒ, E.: «Sulla libertà del consenso informato», *RTDPC*, 1999, núm. 1, pp. 227-232.

Breve reflexión en torno a la Ley 31 diciembre 1996, n. 675, de «*tutela delle persone e d'altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*», sobre la disponibilidad y sus límites de los derechos fundamentales. (*M. R. D. R.*)

CASSANO, G.: «Soluzioni controverse di casi concernenti i diritti della personalità nelle trasmissioni televisive», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 141-157.

Comentario a la ordenanza del Tribunal de Roma de 21 de noviembre de 1996 sobre el conflicto entre el derecho de libertad de información de un medio y el derecho al honor y a la vida privada de un preso, a raíz de la difusión en un programa televisivo del crimen por él cometido veinte años antes. (*Alma R. G.*)

CIACCI, G.: «Internet e il diritto a la riservatezza», *RTDPC*, 1999, núm. 1, pp. 233-252.

Tutela del derecho a la intimidad en documentos, correspondencia, comunicación y tratamiento de datos personales, en el sistema de Internet, en relación a la disciplina introducida por las leyes 13 maggio 1998, n. 171, 31 dicembre 1996, n. 675 y dlgs. 9 maggio 1997, n. 123. (*M. R. D. R.*)

CIRILLO, F. M.: «La fecondazione artificiale eterologa ed il rapporto di paternità, nella filiazione legittima ed in quella naturale», *RDC*, 1998, núm. 6, parte segunda, pp. 661-680.

La incerteza normativa en torno al grave problema de la fecundación artificial y las relaciones paterno filiales, según se produzca entre cónyuges, parejas de hecho, o fuera de una relación de convivencia *more uxorio*. Filiación legítima o natural, desde el punto de vista de los intereses del menor. (*M. R. D. R.*)

DE SIERVO, V.: «Diritto all'informazione e tutela dei dati personali», *FI*, 1999, vol. 3, pp. 66-71.

Artículo dedicado a la nueva legislación sobre la tutela de los datos personales y los instrumentos de manifestación del pensamiento. (*Alma R. G.*)

DENOIX DE SAINT MARC, S.: «Les facultés conventionnelles ou légales de s'affranchir du contrat de commande», *RIDA*, núm. 179, enero 1999, pp. 3-77.

En materia de encargos de obras de arte, puede no coincidir lo deseado y encargado con el resultado de la prestación, lo que conduciría a la insatisfacción del contratante. Las circunstancias peculiares de este tipo de contratos determinan la facultad del autor de conservar el derecho de hacer pública la obra, así como el derecho de quien la encarga a renunciar a la difusión de la

misma. A juicio del autor, ese riesgo de insatisfacción justifica que una y otra parte puedan evitar las obligaciones que inicialmente nacerían del contrato. Son objeto de estudio las facultades de sustraerse a las obligaciones nacidas del contrato, facultades que pueden ser de origen legal, o bien de origen convencional. (C. J. D.)

DUFOUR, B.: «Des expositions comme oeuvres de l'esprit», *RIDA*, núm. 180, abril 1999, pp. 3-85.

El estudio se dirige a demostrar que la obra de los escenógrafos para la presentación de un espectáculo o de una obra de arte merece sin duda la protección del derecho de autor cuando reúne condiciones de originalidad. (C. J. D.)

FUCHS, A.: «Patentrecht und Humangenetik», *JZ*, 1999, pp. 597-605.

Derecho de patentes y genética humana.

La moderna biotecnología es por su potencial económico y científico una tecnología llave para el siglo XXI, pero obliga a reflexionar sobre muchos aspectos éticos y de seguridad. Especialmente la técnica genética está en el centro de algunas controversias, frecuentemente objeto de debates públicos de carácter emocional, que también se extiende a cuestiones relativas al derecho de patentes (v. gr. para los animales y plantas manipulados). Un tema esencial es el decidir si pueden ser otorgadas patentes de genes o de fragmentos de genes humanos. Este artículo trata de los presupuestos y fronteras de la patentación de la información genética de procedencia humana, con especial referencia a la Directiva de la UE sobre la protección jurídica del material biotecnológico de 1998. (M. P. G. R.)

GRANET, F.: «État civil et décès périnatal dans les États de la CIEC», *SJ*, 1999, núm. 13, pp. I-124, 613-616.

Trata sobre la naturaleza de los actos realizados por los oficiales del Registro Civil y el contenido de estos actos, tanto en el supuesto de un niño nacido vivo, pero sin vida en el momento de la declaración, como en el caso del niño nacido muerto. Resalta como las circunstancias de la muerte son aspectos que pertenecen a la vida privada. (R. A. R.)

HAGUET/VION: «Procédure abrégée: médicaments essentiellement similaires et protection des données», *GP*, 1999, núms. 167-168, pp. 18-21.

Estudio a propósito del artículo 4.8 aiii de la Directiva 65/65/CEE. Definición de la noción de medicamentos similares e interpretación. Procedimiento de autorización de la puesta en marcha de esta categoría de medicamentos esencialmente similares. (I. S. P.)

JACQUINOT, C.: «Révision de la loi sur la bioéthique», *GP*, 1999, núms. 167-168, pp. 33-34.

Prohibición del empleo de embriones humanos con fines experimentales por la Ley de 1994. Necesidad de una revisión de los textos prevista en 1999. (I. S. P.)

KOUMANTOS, G.: «Faut-il avoir peur du droit moral?», *RIDA*, núm. 180, abril 1999, pp. 87-125.

El autor, profesor emérito de la Universidad de Atenas, contrasta la protección del derecho moral en los países del *common law* y en la Europa continental,

subrayando de modo particular la poca protección que le otorgan las normas norteamericanas en comparación con las normas de otros países o las grandes Convenciones internacionales. Esto pone de manifiesto –a su juicio– *el miedo de Estados Unidos frente al derecho moral*. A partir del análisis detallado de la problemática del derecho moral y de los términos en que se plantea, el autor quiere demostrar que no está justificado ese miedo y, de este modo, reducir obstáculos para una futura armonización de los sistemas jurídicos. (C. J. D.)

MANERA, G.: «Osservazioni sulla ritenuta illegittimità del decreto che pone fine all'affido familiare dichiarando l'apertura della procedura di adottabilità senza alcuna motivazione espressa sull'pregiudizio derivante al minore dalla protrazione dell'affido -nota a Cass. 23 settembre 1998 n. 9500», *GC*, 1999, núm. 2, pp. 1446-1460. (M. R. D. R.)

MASSIP, J.: «Les décrets du 16 septembre 1997 sur l'état civil», *GP*, 1999, núms. 77-78, pp. 2-7. (I. S. P.)

PARCIALE, R.: «Notifiche e riservatezza», *NLCC*, 1998, núms. 5-6, pp. 1087-1115.

Análisis de las garantías y protección de los datos personales, tras la disposición 22 octubre 1998, con especial hincapié sobre la adecuación o no de las medidas adoptadas en materia de notificación de actos procesales, civiles, administrativos y penales, y la intimidad de los datos personales, por la l. 30 diciembre 1996, n. 675, y las perspectivas de reforma legislativa. (M. R. D. R.)

QUOY, N.: «La responsabilité en matière de contrefaçon par reproduction», *RIDA*, núm. 181, julio 1999, pp. 3-95.

El estudio se centra en la acción de responsabilidad en el sistema jurídico francés, por violación del derecho de propiedad intelectual por la reproducción total o parcial de una obra ajena. En primer lugar, el autor extrae unos principios de general aplicación, para después ilustrarlos mediante su aplicación a distintos supuestos de responsabilidad, en relación con los distintos sujetos que pueden incurrir en la misma. (C. J. D.)

REVEILHAC DE MAULMONT, Al.: «Le droit des femmes à la transmission de leur nom patronymique», *GP*, 1999, núms. 77-78, pp. 16-17. (I. S. P.)

SEYFARTH, G.: «Der Einfluß des Verfassungsrechts auf zivilrechtliche Ehrschutzklagen», *NJW*, 1999, pp. 1287-1294.

La influencia del Derecho constitucional ante las acciones civiles de protección al honor. (M. P. G. R.)

SOLARI, R./BALLI, F.: «La tutela dell'immagine del personaggio noto: un'incognita a piú variabili», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 1, pp. 122-127

Nota a la sentencia del Tribunal de Bolonia de 27 de noviembre de 1997 acerca de si la participación en un programa televisivo puede valer como consentimiento implícito a la difusión de la propia imagen. (Alma R. G.)

STANZIONE, P.: «Personalità, capacità e situazioni giuridiche del minore», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 260-270.

Artículo que se ubica dentro de la protección de los derechos de los menores. (*Alma R. G.*)

VICENT LÓPEZ, C.: «Nuevos aspectos del derecho de exposición: análisis comparativo», *RIDA*, núm. 179, enero 1999, pp. 79-141.

La autora advierte la escasez de jurisprudencia y doctrina relativa al derecho de exposición pública, y estudia el reconocimiento de este derecho en el Convenio de Berna (en el que se encuentra ausente o difícilmente presente), así como en diversas legislaciones nacionales (distinguiendo entre las que no lo reconocen y las que sí lo hacen). Por último, se realiza un análisis de la normativa de aquellos sistemas en que está reconocido el derecho de exposición, con algunas sugerencias críticas. (*C. J. D.*)

WALRAVENS, N.: «La notion d'originalité et les oeuvres d'art contemporaines», *RIDA*, núm. 181, julio 1999, pp. 97-167.

La dificultad de definir la obra de arte -ante la carencia de una definición legal en Francia- ha llevado al autor a estudiar los criterios útiles para distinguirla, a fin de que el autor pueda reclamar sus derechos. A partir de la consideración de lo que actualmente es calificado como arte, se cuestiona una noción de originalidad que sea exclusivamente subjetiva. Como inadecuada se califica también la exigencia hoy en día de que la ejecución de la obra se practique personalmente por el autor. Propone una adaptación del Derecho a la evolución del arte contemporáneo. (*C. J. D.*)

ZACCO, F.: «Tutela dei minori cosa cambia in tema di adozione di minori stranieri», *NLCC*, 1999, núm. 1, pp. 84-102.

Breve análisis de la Ley 31 diciembre 1998, n. 476, que ratifica y ejecuta la Convención de La Haya, para la tutela de menores y cooperación en materia de adopción internacional, 29 maggio 1993, y la modificación de la l. 4 maggio 1983, n.184, en tema de adopción de menores extranjeros, sobre el derecho del adoptando de recibir información y conocer la identidad de los progenitores naturales. (*M. R. D. R.*)

ZATTI, P.: «Diritti del non-nato e immedesimazione del feto nella madre: quali ostacoli per un affidamento del nascituro», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 112-117.

Comentario a la sentencia del Tribunal de menores de Trieste de 26 de noviembre de 1997, sobre capacidad jurídica del concebido y no nacido y la aplicación al feto de las medidas previstas para la tutela de menores. (*Alma R. G.*)

PERSONA JURÍDICA

DI CIOMMO, F.: «Sulle fondazioni non riconosciute», *FI*, 1999, vol. 1, pp. 348-357.

Nota a la ordenanza del Tribunal de Nápoles de 26 de junio de 1998 sobre legitimación de las fundaciones no reconocidas. (*Alma R. G.*)

KIENIGER, E. M.^a: «Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Entscheidungen der Dirección General de los Registros y del Notariado vom 31. März 1997, des Bundesgerichtshofs vom 15. Juli 1997 und des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. März 1997», *ZEuP*, 1999, pp. 355-375.

La RDGRN, de 31 de marzo de 1997, contiene una doctrina sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil, que ha suscitado las críticas de la doctrina española por contradecir postulados básicos de nuestro sistema en torno a los criterios de atribución de la personalidad jurídica. La autora analiza la Resolución y la doctrina sobre la misma y la compara con la reflejada en las sentencias del *BGH* de 15 de julio de 1997 y de la *OLG Düsseldorf* de 5 de marzo de 1997. El interés de su estudio reside, de un lado, en la importancia de conocer el concepto de persona jurídica en los Estados de la UE. De otro, en los sorprendentes resultados a los que conduce la comparación entre ambos sistemas y su reflejo en la práctica de los Tribunales. (*I. G. P.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALPA, G.: «Gli usi del termine “consumatore” nella giurisprudenza», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 4-11.

Diversos usos de la noción de consumidor en decisiones jurisprudenciales: consumidor como titular de intereses individualmente protegidos, como miembro de una asociación, como titular de intereses difusos, como titular de un interés que confluye en el interés público. (*Alma R. G.*)

BERNSTEIN, D. E.: «The Breast Implant Fiasco», *Cal. L. Rev.*, 1999, vol. 87, núm. 2, pp. 457-510.

Análisis de las reclamaciones de indemnización por daños causados por implantes mamarios de silicona. El artículo estudia distintas propuestas para adecuar el Derecho de daños a los nuevos conocimientos científicos sobre la base del estudio *Science on Trial: The Clash of Medical Evidence and the Law in the Breast Implant Case* de M. D. ANGELL (New York, W.W. Norton & Co., 1996). (*J. M. B. S.*)

BRACAGLIA, S.: «Cessione di edificio non destinato all'abitazione di edilizia agevolata - nota a Cass. 8 maggio 1998 n. 4664», *GC*, 1999, núm. 2, pp. 1549-1550. (*M. R. D. R.*)

BRODIE, D.: «A Fair Deal at Work», *Oxford J. Legal Stud.*, 1999, vol. 19, núm. 1, pp. 83-98.

Tradicionalmente, los daños resarcibles por despido improcedente han consistido únicamente en la pérdida de salario y otros beneficios derivados del contrato de trabajo. En la sentencia *Malik v. BCCI* [1998], la *House of Lords* reconoce el derecho del trabajador despedido a reclamar una indemnización por los daños derivados del estigma que el despido va a significar cuando pretenda volver al mercado laboral. Sobre la base de esta sentencia el autor propone extender también la indemnización a los daños causados a la propia estima del trabajador. (*J. M. B. S.*)

CAMILLERI, E.: «Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione», *CI*, 1999, núm. 1, pp. 98-151.

Artículo dedicado a la inscripción del contrato preliminar. (*Alma R. G.*)

CANDIAN, A.: «Appunti dubbiosi sulla "ratio" del divieto di patto commissorio», *FI*, 1999, vol. 1, pp. 175-183.

Nota a Cass. de 29 de agosto de 1998, núm. 8624, sobre la aplicación de la prohibición del pacto comisorio al negocio por el cual un tercero transfiere, o promete transferir, al acreedor un bien propio como garantía del cumplimiento de la obligación. (*Alma R. G.*)

CARSANA, V.: «Proponibilità limitata, congiunta e subordinata delle azioni di garanzia per i vizi della cosa», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 319-330.

Comentario a Cass. 4 de abril de 1998, núm. 3500, respecto a la calificación del contrato, cuyo objeto es la cesión del derecho de uso deportivo de un jugador profesional y a la aplicación de la normativa reguladora de la responsabilidad por vicios en la cosa. (*Alma R. G.*)

CECCARINI, A.: «Verso una nuova disciplina in materia di assicurazione dei crediti all'esportazione per operazione garantite a medio e a lungo termine», *NLCC*, 1999, núm. 1, pp. 123-135.

Análisis de la Directiva 98/29/CE del Consejo, de 7 de mayo de 1998, relativa a la armonización de las principales disposiciones en materia de aseguración de créditos a la exportación, en operaciones comerciales garantizadas a medio y largo plazo, para facilitar la cooperación empresarial comunitaria y garantizar la competitividad del mercado internacional: ámbito de aplicación de la Directiva, principios comunes, política aseguradora según los países y legislación italiana al respecto. (*M. R. D. R.*)

CHABAS, F.: «La loi du 19 mai 1998 et le droit commun», *GP*, 1999, núms. 127-128, pp. 13-15.

El derecho común de origen y su interpretación a la luz de la directiva de 1985 sobre los productos. (*I. S. P.*)

CHABAS, F.: «La responsabilité du médecin et du biologiste envers l'enfant en matière de procréation médicalement assistée», *GP*, 1999, núms. 127-128, pp. 16-19.

Los perjuicios resultantes de una procreación asistida. La responsabilidad de los productores. (*I. S. P.*)

CICALA, C. P.: «Uso della lingua straniera nel testo contrattuale», *CI*, 1999, núm. 1, pp. 178-208.

Artículo dedicado a la libertad de elección de la expresión lingüística en la actividad contractual, como una exigencia actual coherente con el ordenamiento constitucional y comunitario. (*Alma R. G.*)

COLLART-DUTILLEUL/DERRUPPÉ: «Loyers civils et commerciaux», *RDI*, 1999, núm. 1, pp 156-163.

Breves notas sobre la jurisprudencia más reciente en materia de arrendamientos. (*I. S. P.*)

CONTE, G.: «L'accesso alla tutela inibitoria cautelare tra le ragioni dei consumatori e le esigenze di coerenza del "sistema"», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 255-272.

Comentario a las ordenanzas del Tribunal de Roma de 2 y 22 de agosto de 1997, sobre cláusulas abusivas en contratos estipulados con consumidores. (*Alma R. G.*)

COREA, U.: «Sulla nozione di "consumatore": il problema dei contratti stipulati a scopi professionale -nota a C. Giust. Ce 3 luglio 1997», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 13-21. (*M. R. D. R.*)

COSTANZA, M.: «Dubbi sull'essistenza di cose future -nota a Cass. 27 agosto 1998 n. 8517», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 99-100. (*M. R. D. R.*)

DE MARCO, P.: «La Suprema Corte ritorna sulla problematica del rapporto tra azione di adempimento e successiva domanda di risoluzione -osservazione a Cass. 26 febbraio 1998 n. 2072», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 240-242. (*M. R. D. R.*)

DE TILLA, M.: «Qual è l'incidenza del mutamento d'uso sull'indennità di avviamento -nota a Cass. 2 ottobre 1998 n. 9789», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 753-756. (*M. R. D. R.*)

DI CIOMMO, F.: «Danno "allo" scolaro e responsabilità "quasi oggettiva" della scuola», *FI*, 1999, vol. 5, pp. 1575-1582.

Nota a *Cass.* de 26 de junio de 1998, núm. 633, sobre la responsabilidad de los profesores por los daños ocasionados por el menor durante el horario escolar. (*Alma R. G.*)

DIURNI, A.: «Il contratto con obbligazioni del solo proponente: la tutela del oblatto», *RDC*, 1998, núm. 6, parte segunda, pp. 681-714.

Revisión del negocio unilateral y tutela del obligado, en relación a la cuestión de la aceptación y a los efectos del silencio. (*M. R. D. R.*)

DOLAN, J. F./VEGTER, J. B.: «A voluntary filing system for secured financing transactions in the European Union», *ERPL*, 1998, pp. 195-224.

Los autores preconizan la adopción de un régimen de garantía mobiliaria que reposa sobre la sumisión voluntaria de los deudores a un sistema de declaración. En tal sistema, los deudores que quieran garantizar un préstamo con sus bienes muebles, pueden comunicar su sometimiento a un sistema armonizado que facilite la financiación transfronteriza. Los autores destacan que las diferencias entre los países de la UE, en lo que al derecho de propiedad se refiere, no permiten adoptar un régimen para los bienes muebles que pueda integrarse en todos los Estados miembros. Por lo que, como alternativa, proponen un sistema voluntario que encontraría su apoyo en la legisla-

ción de la Unión Europea, y que se aplicaría sólo si los prestatarios voluntariamente se someten al mismo. (*I. G. P.*)

ESPAGNON, M.: «Le paiement d'une somme d'argent sur Internet: évolution ou révolution du droit des moyens de paiement?», *SJ*, 1999, núms. 16-17, pp. I-131, 787-794.

Estudio sobre los modos de pago en Internet. Las características comunes modos y tipos de pago. En un marco jurídico no reglamentado existen, no obstante, reglas jurídicas que le son aplicables: las reglas contractuales. (*R. A. R.*)

FAVRE ROCHEX, A.: «Prestations indemnitaires? forfaitaires? ou les subtilités de l'assurance de personnes», *GP*, 1999, núms. 169-170, p. 2.

Diferenciación del régimen clásico de accidentes corporales y el nuevo en las indemnizaciones, según la sentencia de 15 de diciembre de 1998. (*I. S. P.*)

FAVRE ROCHEX, A.: «Le conducteur inconnu et les assureurs», *GP*, 1999, núms. 169-170, p. 3.

Comentario a diversas resoluciones jurisprudenciales, sobre supuestos en que el conductor que provoca el accidente no puede ser conocido. (*I. S. P.*)

FISCHER, K.: «Die Einwirkung des europäischen auf das nationale Umweltrecht», *JuS*, 1999, pp. 320-329.

La influencia del Derecho medioambiental europeo en el nacional. (*M. P. G. R.*)

FRANZONI, M.: «Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto», *CI*, 1999, núm. 1, pp. 83-97.

Artículo dedicado a la función de la equidad y de la buena fe en la integración del contrato. (*Alma R. G.*)

FRENGUELLI, M.: «Dell'azione inibitoria collettiva cautelare di cui all'art. 1469-sexies c.c. -nota a Trib. Roma 18 giugno 1998 (ord) e 28 maggio 1998 (ord.)», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 269-277. (*M. R. D. R.*)

GALLO, P.: «Changed conditions and problems of price adjustment. An historical and comparative analysis», *ERLP*, 1998, pp. 285-301.

Alteración de circunstancias y problemas de ajuste del precio. Un análisis histórico y comparativo. El autor examina el problema de la alteración sobrevenida de circunstancias y su reflejo sobre el precio desde el punto de visto histórico y comparativo. (*I. G. P.*)

GIDDENS, A.: «Risk and Responsibility», *Mod. L. Rev.*, 1999, vol. 62, núm. 1, pp. 1-10.

El autor, director de la *London School of Economics and Political Science*, señala las dificultades a las que se enfrenta el actual Estado del bienestar a la hora de gestionar los riesgos derivados de la evolución tecnológica y científica. (*A. R. G.*)

GIEMULLA, E./SCHMID, R.: «Die Einbeziehung Allgemeiner Beförderungsbedingungen in Luftbeförderungsverträge im Rahmen von Passagierflügen», *NJW*, 1999, pp. 1057-1063.

La inclusión de las condiciones generales de transporte en los contratos de transporte aéreo en el ámbito del transporte aéreo de pasajeros. (*M. P. G. R.*)

GOTTWALD, P.: «Le insolvenze trans-frontaliere: tendenze e soluzioni europee e mondiali», *RTDPC*, 1999, núm. 1, pp. 149-170.

Estudio de Derecho comparado sobre la situación de insolvencia, con especial referencia al Derecho internacional, en temas sustantivos y procesales, como reserva de propiedad, garantías, compensación, negocios fraudulentos, transacciones, reconocimiento de procedimientos extranjeros, etcétera. (*M. R. D. R.*)

GUESSE, E.: «Consentement, aléa thérapeutique et responsabilité médicale», *GP*, 1999, núms. 167-168, pp. 54-59.

Necesidad de información exhaustiva a cargo de los prácticos; carga de la prueba de la realización de esa obligación y contenido. Modo de paliar la imposibilidad aparente de indemnizar el riesgo terapéutico por vía judicial. (*I. S. P.*)

GRANTHAM, R./RICKET, C.: «Directors' 'Tortious' Liability: Contract, Tort or Company Law?», *Mod. L. Rev.*, 1999, vol. 62, núm. 1, pp. 133-139.

El artículo trata de la responsabilidad de los administradores de una sociedad por daños causados a terceros al actuar en nombre de aquélla. En concreto se estudia el fundamento de dicha responsabilidad frente al tercero. Hasta hace poco se entendía que la responsabilidad derivaba de un especial deber de cuidado asumido por el administrador. No obstante, la *House of Lords* ha afirmado que el verdadero fundamento es una promesa voluntariamente realizada por aquél, de carácter cuasicontractual. (*A. R. G.*)

GRIGOLEIT, H.: «Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung», *NJW*, 1999, pp. 900-904.

Nuevas tendencias sobre los daños por ineficacia contractual.

El derecho de información precontractual, así como la responsabilidad por inducción a error y la omisión de información, juega un papel central en la práctica del Derecho contractual. Realmente en este campo las reglas judiciales han sido acuñadas a través de un buen número de diferencias dogmáticas y cuestiones debatidas. En su decisión de 26 de septiembre de 1997, el BGH ha replanteado cuestiones sobre la responsabilidad por informaciones precontractuales, sobre todo por los daños por la ineficacia de un contrato a causa de un error provocado. Este artículo se muestra crítico con la sentencia. (*M. P. G. R.*)

GRIGOLI, M.: «Ancora in merito all'acquisto della nave in costruzione -nota a Cass. 29 aprile 1998 n. 4350», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 874-876. (*M. R. D. R.*)

GROSLIÈRE/SAINT-ALARY-HOUIN: «Promotion immobilière. Vente d'immeuble», *RDI*, 1999, núm. 1, pp. 109-118.

Decisiones jurisprudenciales más recientes sobre problemas jurídicos de las sociedades de venta inmobiliaria y los contratos de llave en mano. (*I. S. P.*)

GUARRACINO, F.: «Norme uniformi sul credito documentario e limiti dell'interpretazione formalistica», *RDC*, 1999, núm. 1, parte segunda, pp. 93-109.

Comentario a la sentencia n. 7388, *Cass. Civ. Sez. I*, 8 agosto 1997, acerca del problema de la naturaleza jurídica de las normas uniformes sobre el crédito documentado y aplicación de las reglas de hermenéutica contractual. Cláusulas de buena fe y literalidad del título de crédito. (*M. R. D. R.*)

HASSELBACH, K.: «Anwendbarkeit des Verbrauchercredit- und des Haustürgeschäftewiderrufgesetzes auf Bürgschaften», *JuS*, 1999, pp. 329-333.

Aplicación de la Ley del crédito al consumo y de la Ley de negocios celebrados fuera de establecimiento mercantil a la fianza. Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de marzo de 1998 y del Tribunal Supremo alemán de 21 de abril de 1998. (*M. P. G. R.*)

HEDLEY, S.: «Restitution—Mistake of Law—Reform in Haste, Repent at Leisure», *Cambridge L. J.*, 1999, vol. 58, pp. 21-25.

Nota sobre una innovadora sentencia en materia de cobro de lo indebido. La *House of Lords* británica ha entendido que un banco puede pedir la restitución de sumas pagadas por error de Derecho. Hedley critica la sentencia porque supone una reforma apresurada del Derecho anterior, invade tareas propias del legislador e ignora las exigencias de certeza del tráfico jurídico. (*A. R. G.*)

HEUGAS-DARRASPEN: «Le volet logement dans la loi núm. 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (accès au logement et maintien dans le logement)», *RDI*, 1999, núm. 1, pp. 1-42.

Estudio de la ley citada. El autor comienza con una breve exposición sobre su elaboración por los legisladores, para seguir analizando las diversas partes de que se compone la ley: inicio del derecho de arrendamiento, ayudas sociales, etc. (*I. S. P.*)

HOCQUET-BERG: «Les médecins sont tenus d'une obligation de sécurité-résultat», *GP*, 1999, núms. 127-128, pp. 20-25.

El recurso al concepto de obligación de seguridad y al concepto de obligación de resultado. (*I. S. P.*)

HOHMANN, H. K.: «Haftung der Softwarehersteller für das Jahr 2000 Problem», *NJW*, 1999, pp. 521-526.

Responsabilidad del fabricante de *software* a causa del efecto 2000. (*M. P. G. R.*)

JANSEN, C. J. H./VAN DER LELY, A. J.: «Haftung für Auskünfte; ein Vergleich zwischen englischem, deutschem und niederländischem Recht», *ZEuP*, 1999, pp. 229-245.

La responsabilidad por información: un estudio comparativo del Derecho alemán, inglés y holandés. El estudio trata de la información financiera pro-

porcionada a través de consultas, consejos, informes económicos, etc., proporcionada por profesionales en la materia, como pueda ser un banco que facilita información sobre la situación financiera de un empresario. Desde sus orígenes en Derecho romano (*Mandatum tua gratia*), hasta las soluciones actuales en Derecho alemán (en el ámbito de la responsabilidad contractual), Derecho inglés, que encuadra el supuesto como un supuesto de *tort of negligence*, y en el nuevo Código civil holandés. (I. G. P.)

JANSSENS, M.: «Nervous shock liability: A comparative study of the law governing the principles of nervous shock in England, the Netherlands, Germany and France», *ERPL*, 1998, pp. 77-104.

Los daños derivados de *shock*, entendido como una variedad de daños psíquicos, se contemplan en el ámbito de la responsabilidad aquiliana. El autor considera que establecer la responsabilidad de quien por negligencia ha causado este tipo de daños es una difícil tarea. Para dar lugar a la reparación, la demanda debe cumplir numerosos requisitos, que adolecen de falta de precisión y claridad. En este artículo se comparan los sistemas jurídicos de cuatro países europeos al respecto: Inglaterra, Países Bajos, Alemania y Francia. (I. G. P.)

KANG, M. S.: «Don't Tell Juries About Statutory Damage Caps: The Merits of Nondisclosure», *U. Chi. L. Rev.*, 1999, vol. 66, núm. 2, pp. 469-493.

El legislador norteamericano tiende a establecer límites legales a la indemnización de daños no patrimoniales, daños resultantes de negligencia médica o daños por lesiones corporales, entre otros. El autor se muestra partidario de que los jueces no informen a los miembros del jurado sobre la existencia de los límites (*nondisclosure issue*), con el fin de conseguir una adecuada valoración de los daños. (J. M. B. S.)

KARILA, J. P.: «Les équipements participant à un procès industriel et/ou a fonction strictement professionnelle, en relèvent pas du champ d'application des articles 1792 et suivants du code civil», *GP*, 1999, núms. 139-140, pp. 2-7.

En una primera parte estudia la posición de la doctrina y la de la jurisprudencia a la vista del problema. Pasa posteriormente al estudio del contexto fáctico en relación con el *Comité Périnet-Marquet* y sus seguimientos, por último trata la aportación de la sentencia *Smabtp/Sa Atelier Danno* y otros de 22 de julio de 1998. (I. S. P.)

KARNER, E.: «Rechtsvergleichende Überlegungen zur österreichischen Neuregelung des Ausgleichs ideeller Schäden bei geschlechtlichem Missbrauch», *ZEuP*, 1999, pp. 318-332.

El 31 de diciembre de 1996 entró en vigor la nueva redacción del parágrafo 1328 del Código civil austriaco (*ABGB*) relativo a la indemnización de daños «ideales», en supuestos de *geschlechtlichem Missbrauch* (acoso o abuso sexual). En el estudio se examina el estado de la cuestión sobre la indemnizabilidad de los daños morales antes y después de la reforma, comparando la regulación introducida con la doctrina sobre el tema en el Derecho alemán. (I. G. P.)

KATZ, A. W.: «An Economic Analysis of the Guaranty Contract», *U. Chi. L. Rev.*, 1999, vol. 66, núm. 1, pp. 47-116.

Estudio del contrato de fianza en el Derecho norteamericano. El artículo explica, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, por qué el acreedor prefiere esta modalidad a la de un préstamo con garantía, o la razón por la cual el garante no opta por realizar directamente un préstamo al deudor. (*J. M. B. S.*)

KRAMER, E. A.: «Die Gültigkeit der Verträge nach den UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts», *ZEuP*, 1999, pp. 209-228.

El autor analiza los Principios UNIDROIT relativos a la validez del contrato. Destaca que en dichos Principios no se contemplan todas las posibles causas que puedan afectar a la validez del contrato, ocupándose en particular de la disciplina de los vicios de la voluntad y de los supuestos de *gross disparity*. (*I. G. P.*)

KULLMANN, H. J.: «Die Rechtsprechung des BGH zum Produkthaftpflichtrecht in den Jahren 1997/1998», *NJW*, 1999, pp. 96-102.

Jurisprudencia del *BGH* sobre la responsabilidad por los productos en los años 1997-1998. (*M. P. G. R.*)

LACHAUD/AVELINE: «La responsabilité médicale pour défaut d'information: de l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative», *GP*, 1999, núms. 167-168, pp. 4-8.

Endurecimiento jurisprudencial de la obligación médica de informar en varios aspectos: prueba de la ejecución de la obligación; aumento del contenido y daño. Necesidad de una reforma legislativa ante la situación actual. (*I. S. P.*)

LALAUT, C.: «Le contrat et la convention européenne de droits de l'homme», *GP*, 1999, núms. 127-128, pp. 2-12.

La formación del contrato y la aplicación de la Convención Europea de derechos del hombre. Su aplicación a la ejecución del contrato. (*I. S. P.*)

LAMBO, L.: «Informazioni inesatte e responsabilità civile della banca», *FI*, 1999, vol. 2, pp. 661-669.

Nota a *Cass.* de 9 de junio de 1998, núm. 5659, sobre la responsabilidad civil de los bancos por informaciones falsas o inexactas. (*Alma R. G.*)

LANOTTE, A.: «Criteri di liquidazione del danno biologico. Il "revirement" dei giudici genovesi: dalla "livella" alle "barèmes" milanesi», *FI*, 1999, vol. 2, pp. 685-690.

Nota a la Sentencia del Tribunal de Génova de 28 de septiembre de 1998, acerca del examen doctrinal y jurisprudencial del origen del daño biológico, en especial, la evolución en cuanto a los criterios de liquidación. (*Alma R. G.*)

LAUDE, A.: «La responsabilité des produits de santé», *RDS*, 1999, núm. 18, pp. chr. 189-194.

Estudio de la Ley de 19 de mayo de 1998, sobre responsabilidad de los productos defectuosos, en la que se introduce en el Derecho francés la directiva comunitaria de 25 de julio de 1985. El autor se centra en la responsabilidad por medicamentos favoreciendo a la víctima y luego analiza las causas de exoneración de responsabilidad y sus limitaciones. (R. A. R.)

LAZARO, F.: «Limiti di forma e c.d. derogabilità nelle tipologie locative abitative», *GC*, 1999, núm. 3, pp. II, 111-121.

Breve revisión del régimen jurídico aplicable a la tipología de los arrendamientos urbanos para uso de vivienda, en relación con los límites del requisito de forma contractual y sus efectos. Referencia al «arrendamiento de hecho» o sin forma escrita. (M. R. D. R.)

LEBEAU, M.: «Responsabilité et contamination post-transfusionnelles», *GP*, núms. 167-168, pp. 35-39.

Evolución de la jurisprudencia en lo relativo a esta responsabilidad. Obligación de cada uno de los intervinientes: centros de transfusión, clínicas médicas; causas de exoneración e indemnizaciones legales. Calificación penal de la contaminación del SIDA. (I. S. P.)

LEHRBERG, B.: «Renegotiation clauses, the doctrine of assumptions and unfair contract terms», *ERPL*, 1998, pp. 265-284.

Cláusulas de «renegociación», la doctrina de la presuposición y cláusulas contractuales abusivas. El autor analiza el estado de la cuestión en el Derecho sueco. Dedicar particular atención a las cláusulas contractuales que expresamente prevén el posible cambio de circunstancias y la onerosidad sobrevenida para una de las partes. Examina igualmente su regulación en los «Principios de la Comisión Lando» y en los Principios de UNIDROIT. (I. G. P.)

LIGUORI, F.: «Il diritto uniforme della vendita internazionale: prassi e tendenze applicative della Convenzione di Vienna del 1980», *RDC*, 1999, núm. 1, parte primera, pp. 143-177.

Análisis de la expansión del ámbito de aplicación de la Convención de Viena de 1980, sobre contratos de venta internacional de bienes muebles: contratos similares, formación, validez, contenido, transmisión de la propiedad, responsabilidad, autonomía de las partes, vicios, jurisdicción competente, etcétera. (M. R. D. R.)

LO CASCIO, G.: «Cessione delle azioni revocatorie nel concordato fallimentare conassunzione -nota a Cass. 9 ottobre 1998 n. 10013», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 736-740. (M. R. D. R.)

LO IUDICE, F.: «In tema di compensatio lucri cum damnato: una conferma dalla giurisprudenza di legittimità -nota a Cass. 15 aprile 1998 n. 3807», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 226-230. (M. R. D. R.)

LOMBARDI, R.: «Risarcimento del danno da occupazione illegittima per "pubblico interesse": disparità di trattamento e dubbi di incostituzionalità -osservazione

a Trib. Benevento 6 maggio 1998», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 278-280. (M. R. D. R.)

LOSCH, B./RADAU, W.: «Die Kind als Schaden-Diskussion», *NJW*, 1999, pp. 821-827.

La discusión del «niño como daño».

Contribución a un problema de implicaciones jurídicas y morales en el que ha tomado cartas el Tribunal Constitucional alemán. (M. P. G. R.)

MAGRI, A.: «Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici», *RTDPC*, 1999, núm. 1, pp. 11-50.

Estudio de la escisión social con especial reflexión sobre su naturaleza jurídica (modificación del acto constitutivo u organización productiva), efectos (según sea la escisión total o parcial) y diferencias con la fusión, en relación al traspaso de bienes. (M. R. D. R.)

MALINVAUD, Ph.: «La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction», *RDS*, 1999, núm. 9, pp. chr. 85-92.

Campo de aplicación de la nueva ley en materia de construcción. Se distingue, respecto al constructor, entre el fabricante de los bienes muebles, el distribuidor y el incorporador de esos bienes. Respecto a los productos se diferencian los productos de construcción y los defectuosos; y, en relación a los daños se varían los daños a personas y daños en un bien distinto al producido. (R. A. R.)

MALINVAUD, Ph.: «La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction», *RDS*, 1999, núm. 10, pp. chr. 93-97.

El régimen jurídico incorporado por la nueva ley ¿supone una nueva responsabilidad para los constructores? El autor se centra en la naturaleza de la acción, prueba y causas de exoneración y limitación. Instauración de una responsabilidad por culpa. Consecuencias sobre la situación de todos los que participan en el acto de la construcción. (R. A. R.)

MALINVAUD/BOUBLI: «Architectes, entrepreneurs et techniciens», *RDI*, 1999, núm. 1, pp. 100-109.

Análisis de las últimas decisiones jurisprudenciales sobre la organización de estas profesiones, problemas sobre los contratos de obra y responsabilidad civil de los profesionales técnicos. (I. S. P.)

MELIN, Ph.: «La commission d'indemnisation des victimes d'infractions et l'appel. Perspectives de réforme», *SJ*, 1999, núm. 14, pp. I-127, 665-668.

Aboga por una clarificación de los textos relativos a las apelaciones de las decisiones del CIVI. (R. A. R.)

MOINE DUPUIS, G.: «Le droit de visite du parent incarcéré», *RDS*, 1999, núm. 23, pp. chr. 251-254.

Consideración del derecho de visita del padre como un derecho incluido en el artículo 288 CC. Apreciación delicada del interés del menor: fuentes del razonamiento y elementos del razonamiento de hecho. (R. A. R.)

MOULY, J.: «L'étendue de la responsabilité d'un moniteur de parapente. Vers l'obligation de résultat des organisateurs d'activités sportives?», *GP*, 1999, núms. 113-114, pp. 5-11.

Comentario a la Sentencia de la Corte de casación civil de 21 de octubre de 1997, en la que por primera vez se obliga a un organizador de actividades deportivas a garantizar el resultado en una obligación. (I. S. P.)

NAJJAR, I.: «La donation en possession (à propos d'un arrêt de la 1.^{er} chambre civile de la Cour de cassation du 14 janvier 1997)», *RDS*, 1999, núm. 14, pp. chr. 155-156.

Comentario a la Sentencia de la Corte de casación francesa de 14 de enero de 1997, sobre la donación de la posesión de un inmueble. (R. A. R.)

NAPOLEONI, V.: «Amministrazione straordinaria delle grandi impresa in stato di insolvenza: I chiaroscuri della riforma», *NLCC*, 1999, núm. 1, pp. 103-122.

Reflexión sobre la l. 30 luglio 1998, n. 274, en materia de actividad productiva y administrativa extraordinaria de las grandes empresas en crisis: naturaleza y fines del procedimiento concursal y la quiebra. (M. R. D. R.)

NEUMER, J.: «Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen», *JZ*, 1999, pp. 126-136.

La protección y la responsabilidad de los terceros con fundamentos contractuales.

La protección contractual a los terceros se ha extendido en la jurisprudencia y en el discurso científico de manera parcialmente peligrosa. Este artículo trata de reaccionar contra este desarrollo. Se analizan de cerca los fundamentos de la legitimación del contrato con efectos de protección frente a terceros, la liquidación de daños a terceros y la culpa *in contrahendo*, y bajo estas bases se delimitan los distintos institutos jurídicos. (M. P. G. R.)

NUSS, P.: «Le consommateur et la marque à la veille de l'an 2000», *GP*, 1999, núms. 143-147, pp. 3-6.

La evolución de los consumidores en relación a las marcas y perspectivas del año 2000. (R. A. R.)

O'SULLIVAN, J.: «Remoteness of Damage and Negligence: A Rotten Structure Collapses», *Cambridge L.J.*, 1999, vol. 58, pp. 12-15.

Crítica de una sentencia de la *Court of Appeal* británica en materia de responsabilidad civil. Un niño quedó parapléjico tras ser aplastado por una barca de madera podrida, que intentaba reparar para jugar y que se encontraba en un terreno del Ayuntamiento. El tribunal absuelve a éste de la demanda, al considerar que el daño no era razonablemente previsible. Sobre este caso puede verse también la nota publicada en *The Sun-*

day Times de 23 de junio de 1999, en: <<http://www.sunday-times.co.uk/news/pages/tim/98/06/23/timlawcoa01002.html?1266094>>. (A. R. G.)

PALMIERI, A.: «Alla ricerca degli equilibri perduti: giudici nei meandri della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori», *FI*, 1999, vol. 1, pp. 384-386.

Nota a *Pret.* de Bolonia de 6 de agosto de 1998 sobre cláusulas limitativas del derecho de desistimiento del consumidor. (*Alma R. G.*)

PALMIGIANO, A.: «Prime iniziative giudiziarie delle Associazioni dei consumatori», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 79-89.

Examen de diversas iniciativas judiciales por parte de asociaciones italianas de consumidores: requisito de la representatividad de tales asociaciones en las acciones inhibitorias, discusión sobre el carácter abusivo de determinadas cláusulas (en quinielas, en materia de transporte marítimo...). (*Alma R. G.*)

PAOLICELLI, M. L.: «Disciplina delle locazioni di immobili urbani adibiti ad uso abitativo», *NLCC*, 1998, núms. 5-6, pp. 1047-1071.

Reflexión sobre la disciplina sustancial y ámbito de aplicación del texto aprobado por el Parlamento, como l. n. 431, de 9 *dicembre* 1998, que flexibiliza el principio de autonomía privada en la celebración de contratos arrendaticios urbanos para uso de vivienda, tratando de buscar un equilibrio de posiciones entre arrendador y arrendatario. (*M. R. D. R.*)

PAPANIKOLAOU, P.: «Rebus sic stantibus und Vertragskorrektur auf Grund veränderter Umstände im griechischen Recht», *ERLP*, 1998, pp. 303-317.

La cláusula *rebus sic stantibus* y la revisión del contenido contractual por alteración de circunstancias en el Derecho griego. (*I. G. P.*)

PARLODESI, R.: «Acquisto di bene soggetto ad immissioni: una chiosa», *FI*, 1999, vol. 1, pp. 194-197.

Comentario a *Cass.* de 22 de agosto de 1998, núm. 8338, sobre la acción de garantía por vicios ocultos de que dispone el comprador de un inmueble, ante los ruidos que derivan del piso vecino. (*Alma R. G.*)

PENNEAU, J.: «Les patients face au droit de la responsabilité médicale», *GP*, 1999, núms. 51-52, pp. 8-11. (*R. A. R.*)

PINTO MONTEIRO, A./GOMES, J.: «Rebus sic stantibus- Hardship clauses en Portuguese Law», *ERPL*, 1998, pp. 319-332.

Los autores analizan las cuestiones que suscita la alteración sobrevenida de las circunstancias, así como las denominadas *Hardship clauses*; es decir, aquellas cláusulas que contemplan la posible onerosidad sobrevenida para una de las partes, a consecuencia de aquella alteración, y el deber de la otra de renegociar el contenido contractual. (*I. G. P.*)

RICCIO, A.: «La clausola generale di buona fede é, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale», *CI*, 1999, núm. 1, pp. 21-29.

Nulidad de la cláusula que establece la inversión del riesgo en el contrato de *leasing*, en cuanto supone una violación del principio de la buena fe por una de las partes contratantes. (*Alma R. G.*)

RIVET, B.: «Le yoyo du cautionnement», *GP*, 1999, núms. 79-80, pp. 2-4.

El problema de la fianza como garantía para el acreedor. La forma, el término y la obligación de información. (*I. S. P.*)

ROBLES, M.: «Aspetti sostanziali e processuali della c.d. forma *ad transcriptio-nem* (a proposito di un perdurante contrasto giurisprudenziale)», *CI*, 1999, núm. 1, pp. 152-178.

Varias cuestiones relativas a la forma en los negocios (libertad de forma y principio consensual, publicidad y proceso). (*Alma R. G.*)

ROLFS, Ch.: «Neues zur Deliktshaftung Minderjähriger», *JZ*, 1999, pp. 233-242.

Novedades sobre la responsabilidad delictual de los menores de edad. (*M. P. G. R.*)

ROLLI, R.: «Impossibilità sopravvenuta della prestazione ed embargo irakeno», *NGCC*, 1999, vol. 2, pp. 205-215.

Comentario a la Sentencia del Tribunal *Udine* de 13 de julio de 1998 respecto a los efectos suspensivos o extintivos de las obligaciones contractuales posteriores a la adopción del embargo en Irak. (*Alma R. G.*)

ROPPO, V.: «Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali», *RTDPC*, 1999, núm. 1, pp. 1-10.

Tutela constitucional y procesal del crédito y procedimiento concursal, tanto desde un punto de vista subjetivo, derecho de crédito personal, como objetivo, en relación a la función en el sistema económico, en base a diferentes sentencias de la Corte constitucional. (*M. R. D. R.*)

ROSETTI, R.: «Sulla prova del fatto negativo -osservazione a Cass. 1 febbraio 1998 n. 1557», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 251-252. (*M. R. D. R.*)

SAINT-JOURS, Y.: «De la garantie des victimes d'accidents corporels par les générateurs de risques», *RDS*, 1999, núm. 20, pp. chr. 211-214.

El autor analiza la institución del riesgo por la culpa como fundamento de la garantía de las víctimas. Posteriormente se enfrenta a la doble dimensión de la garantía: indemnización automática de los perjuicios y la prevención de los riesgos específicos. (*R. A. R.*)

SALAFIA, V.: «Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali -nota a Cass. 22 ottobre 1998 n. 10488», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 79-83. (*M. R. D. R.*)

SALAMONE, L.: «La c. d. proprietà del mandatario», *RDC*, 1999, núm. 1, parte primera, pp. 77-126.

Estudio de Derecho comparado, especialmente Derecho francés y alemán, sobre la práctica y régimen jurídico del mandato: conflictos entre las partes y entre terceros adquirentes o acreedores, inejecución parcial del contrato, en casos de inejecución parcial del mandato.

«Propiedad del mandatario» y eficacia traslativa del acto de remisión al mandante de lo recibido en ejecución del mandato. (*M. R. D. R.*)

SAMMARCO, P.: «Il contratto di edizione musicale come tipo contrattuale a sè -nota a Cass. 23 giugno 1998 n. 6239», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 174-177. (*M. R. D. R.*)

SANDULLI, G.: «Sull'obbligo di informazione del medico circa le malformazioni del feto e sulla domanda risarcitoria proposta dal padre -osservazione a Cass. 1 dicembre 1998 n. 12195», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 680-683. (*M. R. D. R.*)

SANTAGADA, F.: «Sull'efficacia della sentenza penale nel giudizio civile diverso da quello per le restituzioni ed il risarcimento del danno -nota a Cass. 22 gennaio 1998 n. 570», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 257-264. (*M. R. D. R.*)

SARGOS, P.: «L'information sur les médicaments. Vers un bouleversement majeur de l'appréciation des responsabilités», *SJ*, 1999, núm. 24, pp. I-144, 1121-1126.

Nos habla sobre las exigencias legales en materia de etiquetaje y de información de los medicamentos. De las insuficiencias en la información contenida en su etiquetado y en el prospecto. (*R. A. R.*)

SAVATIER, E.: «Le principe indemnitaire à l'épreuve des jurisprudences civile et administrative. À propos de l'indemnisation des victimes de transfusions sanguines», *SJ*, 1999, núm. 13, pp. I-125, 617-623.

La reparación de los perjuicios transfusionales por el FITH: el procedimiento indemnizador y las características de la reparación. La obtención de un complemento de indemnización ante las jurisdicciones de Derecho común. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas en este aspecto. (*R. A. R.*)

SAVAUX, E.: «La fin de la responsabilité contractuelle», *RTDC*, 1999, núm. 1, pp. 1-26.

Estudio de la evolución de la doctrina y jurisprudencia francesas en materia de responsabilidad contractual. El desorden del derecho de obligaciones como punto de partida de esa destrucción. Necesidad de una nueva organización. El concepto y contenido de los daños e intereses. (*I. S. P.*)

SCHEFOLD, D.: «Der Einfluss von EG-Währungsrecht auf nationale Zivilrechte», *ZEuP*, 1999, pp. 271-293.

El autor realiza un breve análisis de la trascendencia que la normativa monetaria europea, en lo que al euro se refiere, tiene para el Derecho civil, tanto sus repercusiones inmediatas como las mediatas. (*I. G. P.*)

SCHMIDT-RÄNTSCH, J.: «Gedanken zur Umsetzung der kommenden Kaufrechtsrichtlinie», *ZEuP*, 1999, pp. 294-302

El 23 de agosto de 1996, la Comisión de la UE aprobó la Propuesta de Directiva sobre venta y garantía de bienes de consumo. La posición común se ha alcanzado el 22 de septiembre de 1998. El autor analiza los aspectos fundamentales de la Propuesta, que no pretende una armonización de todo el Derecho de la compraventa. Además, se realiza una propuesta de transposición de la futura Directiva en el Derecho interno alemán. (*I. G. P.*)

SCODITTI, E.: «Acquisto di bene soggetto ad immissioni. Tutela reale o negoziale?», *FI*, 1999, vol. 1, pp. 189-194.

Comentario a *Cass.* de 22 de agosto de 1998, núm. 8338, sobre relaciones de vecindad y tutela del medio ambiente. (*Alma R. G.*)

SEBASTIO, F.: «Libera concorrenza, pubblicità e concorrenza sleale, decettività del marchio -nota a *Cass.* 4 novembre 1998 n. 11047», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 706-712. (*M. R. D. R.*)

SEBASTIO, F.: «Marchio, pubblicità e concorrenza -nota a *Cass.* 11 agosto 1998 n. 7861», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 779-789. (*M. R. D. R.*)

SILINGARDI, G.: «Regolamento CE n. 2027/97 e nuovo regime di responsabilità del vettore aereo di persone», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 26-35.

Origen, caracteres y objetivos del nuevo reglamento sobre la responsabilidad civil del transporte aéreo de personas. (*Alma R. G.*)

SINGER, R.: «Der Kalkulationsirrtum -ein Fall für Treu und Glauben?», *JZ*, 1999, pp. 342-349.

El error de cálculo: ¿un caso de aplicación del principio de buena fe? (*M. P. G. R.*)

SMITH, L. J.: «Neuere Entwicklungen in der Haftung der Persönlichkeitsrechtsverletzungen nach deutschem und englischem Recht -"Publish and be damned"-», *ZEuP*, 1999, pp. 303-317.

La autora realiza un breve estudio comparativo de Derecho alemán y Derecho inglés sobre la protección de la intimidad y de la imagen de personas con proyección pública. Se analizan los presupuestos de la responsabilidad de terceros por la lesión del «derecho general de la personalidad» y las consecuencias de la misma en ambos sistemas. (*I. G. P.*)

SMITH, S. A.: «Concurrent liability in Contract and Unjust Enrichment: the Fundamental Breach Requirement», *L. Q. R.*, 1999, vol. 115, pp. 245-264.

El artículo estudia la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injustificado en los casos de incumplimiento contractual en que, sin causar daños a la otra parte, el incumplidor obtiene alguna ventaja, utilidad o provecho. (*J. M. B. S.*)

STÖHR, K.: «Schadensersatzansprüche wegen verspäteter Umsetzung der EG-Pauschalreiserichtlinie», *NJW*, 1999, pp. 1063-1067.

Acción de daños a causa de la transposición tardía de la directiva de viajes combinados. (*M. P. G. R.*)

STORP, R.: «La gestion de la GmbH (SARL) en droit allemand et la responsabilité des gérants», *GP*, 1999, núms. 53-55, pp. 2-9. (*R. A. R.*)

SYMPOSIUM: «Intellectual Property and Contract Law for the Information Age: The Impact of Article 2B of the Uniform Commercial Code on the Future of Information and Commerce», *Cal. L. Rev.*, 1999, vol. 87, núm. 1, pp. 1-304.

Número monográfico de la *California Law Review* sobre el simposium organizado por el *Berkeley Center for Law & Technology* (días 23 a 25 de abril de 1998) para debatir las futuras implicaciones del proyecto de redacción del artículo 2B del *Uniform Commercial Code* norteamericano sobre las licencias y los contratos de programas de ordenador. Los distintos trabajos plantean, entre otras cuestiones, hasta qué punto la redacción propuesta, que da entrada a la autonomía de la voluntad en la regulación de licencias de programas de ordenador, colisiona con la legislación federal en materia de *copyright*. Los textos de los distintos proyectos, así como otras informaciones sobre el proceso de discusión del artículo pueden consultarse en la dirección <<http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ulc.htm>>. (*J. M. B. S.*)

TAMPONI, M.: «Contratti di subfornitura e contratti agro-industriali: due leggi a confronto», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 36-43.

Relaciones contractuales entre agricultura e industria en el ordenamiento italiano. (*Alma R. G.*)

TORIELLO, F.: «Il Consumer Protection Act 1987 al vaglio della Corte di Giustizia», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 190-193.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 29 de mayo de 1997, causa C-300/95, sobre la ley de reforma en materia de responsabilidad del productor en el ordenamiento inglés. (*Alma R. G.*)

TOURNAFOND, O.: «L'influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat», *RDS*, 1999, núm. 22, pp. chr. 237-239.

El autor observa el problema dando una solución lógica desde el punto de vista jurídico; una solución discutible desde la práctica y una solución urgente que es necesario acometer legislativamente. (*R. A. R.*)

TRAZZI, M. R.: «Responsabilità dell'avvocato per violazione dell'obbligo di informazione», *CI*, 1999, núm. 1, pp. 47-60.

Artículo dedicado a la obligación de información del abogado frente al cliente en la doctrina y en la jurisprudencia. (*Alma R. G.*)

TROCHU, M.: «Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive núm. 97-7 CE du 20 mai 1997», *RDS*, 1999, núm. 17, pp. chr. 179-183.

Estudio ante la Directiva de 20 de mayo de 1997. Protección del consumidor y formación del contrato a distancia. Posteriormente, el autor analiza la ejecución del contrato. (*R. A. R.*)

UNGARI TRASATTI, F.: «Sospensione della somministrazione di servizio telefonico e risarcimento del danno subito dal somministrato», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 156-159.

Comentario a Cass. 2 de octubre de 1997, núm. 9624, sobre la legitimidad de la suspensión del contrato de suministro y la responsabilidad de los gestores de los servicios públicos. (*Alma R. G.*)

VESTERGAARD-JENSEN/LYNGHOLM: «Publicité mensongère et trompeuse au Danemark», *GP*, 1999, núms. 143-147, pp. 13-15.

Estudian la noción de publicidad equívoca, su carácter, la publicidad comparativa y la publicidad parasitaria. (*I. S. P.*)

VIDIRI, G.: «Mancata convocazione dell'assemblea per perdite del capitale sociale e responsabilità degli amministratori -nota a Cass. 23 giugno 1998 n. 6238», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 180-184. (*M. R. D. R.*)

VISINTINI, G.: «Ai confini tra responsabilità civile e responsabilità disciplinare», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 44-47.

Artículo que pone en evidencia las semejanzas y los paralelismos entre ambos tipos de responsabilidad (civil y disciplinaria), sobre todo en el terreno de la culpa y de la valoración discrecional del juez con referencia a los *standards* de profesionalidad. (*Alma R. G.*)

WESTON, C. A. R.: «Suing in Tort for Loss of Computer Data», *Cambridge L. J.*, 1999, vol. 58, pp. 67-77.

El artículo estudia la responsabilidad extracontractual por daños, que la interrupción del suministro de electricidad o la transmisión culposa de un virus informático causan a datos informáticos, sin afectar al *hardware* del ordenador donde están almacenados. (*A. R. G.*)

ZACCARIA, A.: «L'adempimento di un debito prescritto da parte di un terzo», *RDC*, 1998, núm. 6, parte primera, pp. 753-769.

Revisión del tema de los efectos del pago por tercero en el supuesto de prescripción de la deuda. Requisitos de eficacia de la prescripción en diferentes supuestos: oposición del deudor al cumplimiento por el tercero, pago por error, capacidad, etc. (*M. R. D. R.*)

ZENO-ZENCOVICH, V.: «Per una "riscoverta" della rendita vitalizia ex art. 2057 cod. civ.», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 131-134.

Comentario a la Sentencia de apelación de Roma de 3 de marzo de 1998, sobre el pago de una renta vitalicia con motivo de los daños ocasionados a una persona. (*Alma R. G.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ALBERTINI, L.: «Il marchio "Camel" va in Cassazione (formazione "progressiva" del marchio celebre e diritto transitorio -nota a Cass. 25 agosto 1998 n. 8409», *GC*, 1999, núm. 2, pp. 1473-1486. (*M. R. D. R.*)

BLIN, O.: «La desaffectation domaniale», *RDI*, 1999, núm. 1, pp. 49-59.

La desafectación de bienes por los poderes públicos. Su capacidad para realizar tales actos. Procedimientos y condiciones para la desafectación. (*I. S. P.*)

BRACAGLIA, S.: «Cessione di edificio non destinato all'abitazione agevolata -nota a Cass. 8 maggio 1998 n. 4664», *GC*, 1999, núm. 2, pp. 1549-1550. (*M. R. D. R.*)

BUSSANI, M.: «Le droit civil des sûretés réelles. Le modèle italien», *ERPL*, 1998, pp. 23-50.

El artículo ofrece un examen del derecho italiano sobre las garantías reales, destacando los problemas suscitados por las necesidades de un número creciente de prestamistas y prestatarios. Particular atención se dedica a las garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión, al privilegio convencional y a la limitada eficacia de la hipoteca inmobiliaria. Analiza igualmente la hostilidad de la doctrina y de la jurisprudencia hacia las transmisiones de propiedad a título de garantía, y la legislación sobre los *trusts*. Por último, se contemplan las «nuevas propiedades» como posibles objetos de garantías reales. (*I. G. P.*)

CAPOULADE/GIVERDON: «Copropriété et ensembles immobiliers», *RDI*, 1999, núm. 1, pp. 141-156.

Jurisprudencia y doctrina reciente sobre la materia. (*I. S. P.*)

CHARLEZ, A.: «Le droit de chasse, le droit de propriété et l'environnement», *GP*, 1999, núms. 72-73, pp. 2-6. (*I. S. P.*)

CONTALDO, A.: «L'evoluzione normativa della TV digitale ed il superamento del limite delle frequenze», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 1, pp. 44-58.

Artículo dedicado a la evolución legislativa de las emisiones radiotelevisivas. (*Alma R. G.*)

COSTANZA, M.: «Dubbi sull'assistenza di cose future -nota a Cass. 27 agosto 1998 n. 8517», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 99-100. (*M. R. D. R.*)

DERLEDER, P.: «Die Auslegung und Umdeutung defizitärer mobiliarschanrechtlicher Überreignungsabreden», *JZ*, 1999, pp. 176-183.

La interpretación y el nuevo sentido de los acuerdos de transferencia de cosas muebles.

La seguridad y la claridad jurídicas valen en Derecho de cosas como principios básicos. Por ello sorprende la amplitud dogmática con la que se juzgan los pactos sobre cosas muebles. Este artículo trata de demostrar que solamente una estricta aplicación del contrato en el campo de las transferencias mobiliarias permite, alcanzar resultados correctos desde el punto de vista jurídico. (*M. P. G. R.*)

DURRY/LEGUAY: «Assurances», *RDI*, 1999, núm. 1, pp. 118-130.

Jurisprudencia reciente sobre los contratos de seguro en lo relativo a los inmuebles. (*I. S. P.*)

EBENROTH, Th./ZEPERNICK, J.: «Nutzungs- und Schadensersatzansprüche im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis», *JuS*, 1999, pp. 209-216.

Acciones de daños y de uso en las relaciones entre propietario y poseedor. Análisis del significado y alcance de los artículos 987 y ss. *BGB* en las relaciones entre el propietario y el poseedor. (*M. P. G. R.*)

EDELMAN, B.: «Enquête sur le droit moral des artistes-interprètes», *RDS*, 1999, núm. 22, pp. chr. 240-244.

El derecho de autor tradicional del artista intérprete. Autorización de éste en torno a la utilización de su derecho. (*R. A. R.*)

ERCOLANI, S.: «Parfums Dior c. Evora, la Corte di Giustizia Europea si pronuncia anche sul diritto di autore», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 1, pp. 161-169.

Pronunciamiento jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, acerca de si la exclusión del uso de una marca puede suponer un daño grave de la reputación del titular de la marca o del derecho de autor. (*Alma R. G.*)

FABIANI, M.: «Banche dati e multimedialità», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 1, pp. 1-11.

Artículo dedicado a la protección de los bancos de datos en los tratados internacionales y en la directiva comunitaria. (*Alma R. G.*)

FRAGOLA, A.: «Sui (non facili) rapporti tra internet e diritto di autore», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 1, pp. 12-22.

La difusión de una determinada obra en *Internet*, ¿forma parte del derecho de autor? (*Alma R. G.*)

GARCÍA CANTERO, G.: «Les différentes fonctions de la possession en droit privé», *ERPL*, 1998, pp. 363-382.

En este artículo se examinan las fundamentales manifestaciones de la posesión. Su función probatoria, el principio *en fait des meubles possession vaut*

titre, la protección del poseedor de buena fe, la usucapión y la protección interdical. Se concluye que *possessio civilis*, *possessio ad interdicta*, *usuca-pio*, *praescriptio*, etc., son términos romanos que se utilizan normalmente por los juristas de nuestro tiempo. (I. G. P.)

GILLERI, G.: «La trasformazione degli enti lirici in fondazione tra passato e futuro»; *Dir. Aut.*, 1999, núm. 1, pp. 23-28.

Dicha transformación de los entes líricos en fundaciones supone el paso de un régimen público a uno privado. (Alma R. G.)

GRIGOLI, M.: «Ancora in merito all'acquisto della nave in costruzione -nota a Cass. 29 aprile 1998 n. 4350», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 874-876. (M. R. D. R.)

GRIGOLI, M.: «Sulle garanzie per l'utilizzazione della nave pignorata -nota a Cass. 6 luglio 1998 n. 6573», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 144-146. (M. R. D. R.)

HELLER, M. A.: «The Boundaries of Private Property», *Yale L. J.*, 1999, vol. 108, núm. 6, pp. 1163-1223.

Reflexiones sobre el concepto de propiedad privada y sus límites. El autor defiende que, en determinados casos, una excesiva fragmentación de la propiedad privada es ineficiente desde un punto de vista económico y estudia la forma de limitar esa fragmentación. (A. R. G.)

IBLER, M.: «Der Grundrechtsschutz in der spanischen Verfassung am Beispiel des Eigentums», *JZ*, 1999, pp. 287-294.

La protección de los derechos fundamentales en la Constitución Española, con el ejemplo del derecho de propiedad.

Estudio de la parte que la Constitución Española dedica a los derechos y libertades fundamentales, con especial referencia al artículo 33 y a la protección constitucional del derecho a la propiedad privada. (M. P. G. R.)

LOISEAU, G.: «Nom de domaine et Internet: turbulences autour d'un nouveau signe distinctif», *RDS*, 1999, núm. 23, pp. chr. 245-250.

Estudio en torno a la dirección electrónica de Internet. Naturaleza jurídica y contenido. (R. A. R.)

LOMBARDI, R.: «Risarcimento del danno da occupazione illegittima per "publico interesse": disparità di trattamento e dubbi di incostituzionalità -osservazione a Trib. Benevento 6 maggio 1998», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 278-280. (M. R. D. R.)

MANNINO, F.: «In tema di cessione di diritti di autore per l'estero», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 1, pp. 78-81.

Artículo sobre la transferencia de los derechos de autor de un país a otro. (Alma R. G.)

MARTIN, R.: «Surendettement, exclusion et saisie immobilière», *RDS*, 1999, núm. 19, pp. chr. 205-208.

Modificaciones establecidas por el Decreto 99-65, de 1 de febrero de 1999, sobre el procedimiento de embargo de inmuebles y el abandono de las normas escritas a favor de un derecho pretoriano. (R. A. R.)

MORAND-DEVILLER/TOUVET: «Urbanism», *RDI*, 1999, núm. 1, pp. 80-85.

Crónica sobre las decisiones jurisprudenciales y doctrinales más recientes en la materia. (I. S. P.)

MOREL/HUBERT: «Expropriation», *RDI*, 1999, núm. 1, pp. 70-75.

Análisis de las sentencias de los tribunales franceses más recientes en la materia. (I. S. P.)

MORELLI, M.: «Un programma in cerca di autore (brevi note in tema di tutela dello schema di programma televisivo)», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 1, pp. 29-43.

Artículo dedicado al espectáculo radiofónico y televisivo en la disciplina del derecho de autor. (Alma R. G.)

MOULY, C.: «La publicité des sûretés réelles. Le modèle italien», *ERPL*, 1998, pp. 51-70.

La libre circulación de capitales en el seno de la UE, de los créditos y servicios bancarios requiere una mejora en el sistema de publicidad de las garantías mobiliarias. Los sistemas de garantías mobiliarias son demasiados opacos. Incluso allí donde existe una publicidad organizada, es dispersa e incompleta. El autor propone diversas medidas para mejorar la publicidad, sin imponer cargas excesivas. (I. G. P.)

MOUTOUH: «Le propriétaire et son double. Variations sur les articles 51 et 52 de la loi du 29 juillet 1998», *SJ*, 1999, núm. 25, pp. I-146,1175-1182.

Se estudia la Ley de 29 de julio 1998 y el derecho al alojamiento: contexto de la intervención legislativa y la tasa sobre los alojamientos declarados vacantes. La modernización del procedimiento de requisación de alojamientos. Continúa con un estudio sobre la propiedad privada en la vida social, un término antiguo que ha cobrado plena actualidad. (R. A. R.)

PIRONTI, F.: «Sulla revoca del decreto di nomina dell'amministratore giudiziario», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 139-141.

Nombramiento judicial de un administrador que gestiona la *res communis*. (Alma R. G.)

RAYNARD, J.: «Le tiers au pays du droit d'auteur. Publicité et opposabilité de la propriété littéraire et artistique», *SJ*, 1999, núm. 21, pp. I-138, 959-966.

Información de los terceros en el derecho de la propiedad literaria y artística la protección de los terceros por este derecho. (R. A. R.)

RINALDI, A.: «Il principio "possessione vale titolo" e i beni mobili registrati: interpretazione tradizionale e perduranti perplessità», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 176-186.

Comentario a *Cass.* 6 de octubre de 1997, núm. 9714, sobre la aplicación del principio «la posesión equivale al título» a los bienes que entran dentro de la categoría de bienes susceptibles de registro, pero que de hecho no están inscritos en los Registros públicos. (*Alma R. G.*)

SAINT-ALARY, R.: «La jouissance de biens immobiliers à temps partiel et la loi núm. 98-566 du 8 juillet 1998», *RDS*, 1999, núm. 14, pp. chr. 147-154.

El contrato de disfrute de inmuebles a tiempo parcial: régimen jurídico y protección del consumidor. Sanciones civiles y penales por su infracción. (*R. A. R.*)

SAMMARCO, P.: «Il contratto di edizione musicale come tipo contrattuale a sè -nota a *Cass.* 23 giugno 1998 n. 6239», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 174-177. (*M. R. D. R.*)

SCHOMERUS, A.: «Das spanische Teilzeit-Wohnrechtgesetz», *NJW*, 1999, pp. 167-1070.

La Ley española de multipropiedad. (*M. P. G. R.*)

SEBASTIO, F.: «Libera concorrenza, pubblicità e concorrenza sleale, decettività del marchio -nota a *Cass.* 4 novembre 1998 n. 11047», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 706-712. (*M. R. D. R.*)

SEBASTIO, F.: «Marchio, pubblicità e concorrenza -nota a *Cass.* 11 agosto 1998 n. 7861», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 779-789. (*M. R. D. R.*)

SIMLER/THERY: «Sûretés immobilières. Publicité foncière et saisie immobilière», *RDI*, 1999, núm. 1, pp. 137-141.

Crónica actual sobre la situación doctrinal y jurisprudencial en la materia. (*I. S. P.*)

SIZAIRE, D.: «La copropriété en difficulté», *RDI*, 1999, núm. 1, pp. 43-48.

Problemas de aplicación del artículo 25 de la Ley 94-624, de 21 de julio de 1994, sobre el estatuto jurídico de los inmuebles en copropiedad. Su aplicación por la jurisprudencia. (*I. S. P.*)

SPADA, P.: «La proprietà intellettuale nella reti telematiche», *RDC*, 1998, núm. 6, parte segunda, pp. 635-647.

La propiedad intelectual en el marco de las innovaciones telemáticas: marcas, obras del ingenio, productos y servicios culturales. Responsabilidad y remedios judiciales en casos de falsificación y otros medios de vulneración de los derechos de propiedad intelectual. (*M. R. D. R.*)

SPOLIDORO, M. S.: «Creazioni industriali, software e banche di dati», *Dir. Aut.*, 1999, núm. 1, pp. 59-77.

Artículo sobre la invención del *software*. Relación entre patente y derecho de autor. (*Alma R. G.*)

VADALÁ, V.: «In tema di patrimonio indisponibile e di destinazione dei c.d. beni funzionali (art. 826 cod. civ.)», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 3-8.

Comentario a *Cass.* 9 de septiembre de 1997, núm. 8743, acerca de la naturaleza de la afección de un bien a un servicio público como requisito preciso para calificar dicho bien como parte de un patrimonio indisponible. (*Alma R. G.*)

VICENTI, M.: «Attuazione della direttiva comunitaria sui contratti relativi alla c. d. multiproprietà», *NLCC*, 1999, núm. 1, pp. 45-83.

Comentario al *dlgs.* 9 novembre 1998, n. 427, que recoge la Directiva de 26 ottobre 94/47/CE, concerniente a la tutela del adquirente, en algunos aspectos del contrato relativo al derecho de goce a tiempo parcial de bienes inmuebles: documento informativo, requisitos del contrato, nulidad de cláusulas contractuales, obligaciones del vendedor, derechos de resolución, competencia territorial y derechos del adquirente en caso de aplicación de leyes extranjeras. (*M. R. D. R.*)

DERECHO DE FAMILIA

BARDI, S.: «Sullo scioglimento della comunione legale dei beni in caso di separazione personale dei coniugi», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 106-122.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de apelación de Génova, de 10 de noviembre de 1997, sobre la normativa aplicable a la extinción del régimen de comunión legal de bienes. (*Alma R. G.*)

BELLINI, V.: «La definitiva lettura dei limiti della differenza d'età per l'adozione dei minori», *NLCC*, 1998, núms. 5-6, pp. 1124-1153.

Comentario a la sentencia de la Corte constitucional 28 settembre 1998, n. 349, integrada en la línea jurisprudencial constitucional que evoluciona en aras de superar la rigidez normativa en tema de diferencia de edad mínima y máxima entre adoptante y adoptado, cifrada por el artículo 6.2 de la *l.* 4 maggio 1983, n. 184, entre 18 y 40 años. (*M. R. D. R.*)

BOULANGER, F.: «Faut-il revoir les règles d'attribution de l'autorité parentale? (examen critique de la loi núm. 93-22 du 8 janvier 1993)», *RDS*, 1999, n. 22, pp. chr. 233-236.

Estudio sobre las reglas que rigen las relaciones entre parientes en las crisis familiares y su repercusión sobre los menores. (*R. A. R.*)

BRAZIER, M.: «Réforme du divorce: Améliorer ou trahir la loi de 1975?», *GP*, 1999, núms. 157-159, pp. 8-16.

El autor reflexiona el estado actual de los procedimientos matrimoniales: exceso de procedimientos, duración y necesidad de paliar los inconvenientes de la prestación compensatoria. (*I. S. P.*)

BRUNETTI-PONS: «L'émergence d'une notion de couple en droit civil», *RTDC*, 1999, núm. 1, pp. 27-49.

La noción de pareja en la ley francesa y su aparición en época de crisis del derecho de familia. El lazo de parentesco en esa nueva noción. Responsabilidad paterna e interés del hijo en estos casos. (*I. S. P.*)

BUSNELLI, F. D.: «Postilla a Trib. Palermo, ord. 8.1.1999», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 232-235.

Artículo dedicado al *status* jurídico del embrión *in vitro*. (*Alma R. G.*)

CIANI, G.: «Ancora su eteroinseminazione e disconoscimento della paternità: una pronuncia elusiva della Corte Costituzionale», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 35-54.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 1998, núm. 347, acerca del desconocimiento del hijo nacido por medio de la fecundación artificial heteróloga. (*Alma R. G.*)

CIRILLO, F. M.: «La fecondazione artificiale eterologa ed il rapporto di paternità, nella filiazione legittima ed in quella naturale», *RDC*, 1998, núm. 6, parte segunda, pp. 661-680.

La incerteza normativa en torno al grave problema de la fecundación artificial y las relaciones paterno filiales, según se produzca entre cónyuges, parejas de hecho, o fuera de una relación de convivencia *more uxorio*. Filiación legítima o natural, desde el punto de vista de los intereses del menor. (*M. R. D. R.*)

COURCELLE, S.: «La prestation compensatoire», *GP*, 1999, núms. 77-78, pp. 10-13. (*I. S. P.*)

D'AVACK, L.: «Fecondazione eterologa assistita: l'evanescente, sibillina decisione della Consulta», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 12-20.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 1998, núm. 347, sobre el consentimiento del marido a la fecundación artificial de la mujer y posterior revocación de tal consentimiento. (*Alma R. G.*)

DI MARZIO, P.: «Lacune nella tutela normativa degli interessi del figlio minore di coniugi legalmente separati», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 166-196.

Comentario al Decreto del Tribunal de menores de Palermo de 12 de diciembre de 1997, acerca del nombramiento de un curador especial del menor y del conflicto de intereses patrimonial entre el menor y su progenitor. (*Alma R. G.*)

DI SAPIO, A.: «Fondo patrimoniale: l'alineazione dell'unico bene costituito, l'estinzione per esaurimento, lo scioglimento (volontario), il *Lar familiaris* ed il mito di *Calipso*», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 385-424.

Artículo dedicado al fondo patrimonial de la familia. (*Alma R. G.*)

FARDIN, M.: «La competenza funzionale del Tribunale per i minorenni ex art. 38 disp. att. c.c. e la determinazione dell'assegno di mantenimento a carico del

genitore naturale non affidatario: analisi e prospettive di riforma», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 97-106.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de apelación de Génova de 18 de julio de 1996, acerca de la competencia de los tribunales de menores para decidir sobre un aumento de la contribución económica debida a los hijos por el progenitor que no posee la custodia. (*Alma R. G.*)

FINOCCHIARO, M.: «Le Sezione unite e l'art. 189 c.c.: un incontro mancato -nota a Cass., sez. un., 4 agosto 1998 n. 7640», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 794-795. (*M. R. D. R.*)

FINOCCHIARO, M.: «Pretesa irretirabilità del consenso prestato dai coniugi alla domanda congiunta di divorzio -nota a Cass. 8 luglio 1998 n. 6664», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 822-824. (*M. R. D. R.*)

FINOCCHIARO, M.: «Sulla nozione di "impedimento" di uno dei coniugi, ai sensi dell'art. 182 c.c. -nota a App. Torino 18 maggio 1998 (decr.)», *GC*, 1999, núm. 2, pp. 585-586. (*M. R. D. R.*)

GALOPPINI, G.: «Qualche riflessione sui problemi dell'adozione», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 205-220.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de menores de Perugia de 20 de julio de 1998, en el que se abordan algunas cuestiones relativas a la adopción, en especial, el concepto del estado de abandono y el conflicto entre la familia biológica y la adoptiva. (*Alma R. G.*)

GEFFROY, C.: «La tutelle des pupilles de l'État. Propos critiques et propositions pour l'avenir», *SJ*, 1999, núm. 23, pp. I-142, 1071-1075.

Nos habla sobre la tutela del Estado, así como de las perturbaciones en la organización y en el funcionamiento de esta tutela pública: la emergencia de un modelo único y el mantenimiento de las tutelas públicas transformadas. (*R. A. R.*)

GRAS, R.: «La potestà parentale ed il diritto di visita e d'*hébergement* secondo la Corte di Cassazione italiana», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 77-81.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1998, núm. 317, sobre las incidencias del derecho de visita del progenitor en caso de rechazo grave de este último por el hijo menor de edad. (*Alma R. G.*)

GRIDEL, J. P.: «Deux colloques pluriprofessionnels sur le divorce, ou les limites des idées reçues», *GP*, 1999, núms. 157-159, pp. 32-37.

Los límites de la desdramatización. Ruptura patrimonial y sus limitaciones. Límites de la igualdad de sexos y carácter judicial del divorcio. (*R. A. R.*)

HEINIS, M.: «Pensions alimentaires: la notion d'état de besoin en droit fiscal», *GP*, 1999, núms. 77-78, pp. 8-9. (*I. S. P.*)

MALTESE, S.: «Libertà religiosa, separazione personale ed interesse della prole», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 157-163.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Bolonia de 5 de febrero de 1997, sobre el ejercicio de la libertad religiosa dentro del ámbito de la familia: el elemento religioso como causa de separación conyugal. (*Alma R. G.*)

MANERA, G.: «Osservazioni sulla ritenuta illegittimità del decreto che pone fine all'affido familiare dichiarando l'apertura della procedura di adottabilità senza alcuna motivazione espressa sull'pregiudizio derivante al minore dalla protrazione dell'affido -nota a Cass. 23 settembre 1998 n. 9500», *GC*, 1999, núm. 2, pp. 1446-1460. (*M. R. D. R.*)

MIRANDA, A.: «“Tragic choice” in Italy: brevi note in tema di esecuzione *post mortem* del contratto di procreazione medicalmente assistita», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 226-240.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Palermo de 8 de enero de 1999, primera decisión judicial que afronta el tema de la ejecución *post mortem*, de un contrato de fecundación médicamente asistida. (*Alma R. G.*)

MOROSINI, P.: «Fecondazione assistita eterologa e supplenza del giudice, dopo la sentenza n. 347/1998 della Corte Costituzionale», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 20-35.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 1998, núm. 347, sobre acción de desconocimiento del hijo nacido por medio de la fecundación artificial heteróloga. (*Alma R. G.*)

NIVARRA, L.: «Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissidente (ma solo sul metodo)», *FI*, 1999, vol. 5, pp. 1654-1659.

Nota a la ordenanza del Tribunal de Palermo de 8 de enero de 1999, acerca de la implantación de embriones tras la muerte sobrevenida del marido. (*Alma R. G.*)

OBERTO, G.: «Gli accordi concernenti la prole nella crisi coniugale», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 271-314.

Artículo acerca de los deberes de los progenitores para con sus hijos, tanto de carácter extrapatrimonial (derecho de visita, custodia) como de carácter patrimonial (pensión). (*Alma R. G.*)

OBERTO, G.: «Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica», *FI*, 1999, vol. 4, pp. 1306-1321.

Definición de la crisis conyugal y de la ruptura del vínculo matrimonial desde el Derecho romano hasta la actualidad. (*Alma R. G.*)

PACE, F.: «Osservazioni sulle preclusioni nei processi di separazione e divorzio -nota a Trib. Catania 30 aprile 1998 (ord.)», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 287-290. (*M. R. D. R.*)

PALMERINI, E.: «Il disconoscimento di paternità del minore nato da fecondazione eterologa», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 53-58.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 1998, núm. 347, resolución en la que se discute la acción de reconocimiento de la paternidad del marido, que consiente en un primer momento la fecundación artificial heteróloga y después del nacimiento del hijo y la separación conyugal revoca su consentimiento. (*Alma R. G.*)

PALMERINI, E.: «La sorte degli embrioni *in vitro*: in assenza di regole, il ricorso ai principi», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 225-232.

Comentario a la ordenanza del Tribunal de Palermo de 8 de enero de 1999, sobre la tutela jurídica del embrión humano. (*Alma R. G.*)

QUADRI, E.: «Concorso del divorziato col coniuge superstite e attribuzione della pensione di reversibilità», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 104-110.

Comentario a *Cass.* 12 de enero de 1998, núm. 5926, que aborda los criterios de reparto de la pensión entre el cónyuge divorciado y el cónyuge superstite. (*Alma R. G.*)

ROVINSKI, J.: «La révision de la prestation compensatoire. Les risques d'une réforme annoncée», *GP*, 1999, núms. 157-159, pp. 17-23.

El autor considera que hay una desnaturalización de la prestación compensatoria en la instancia de revisión. Atenuación de los poderes del juez cuando se plantea su revisión. (*I. S. P.*)

ROVINSKI, J.: «Le juge du divorce et les familles recomposées», *GP*, 1999, núms. 157-159, pp. 24-26.

La familia del divorciado. El derecho de visita de los no parientes. (*R. A. R.*)

SANDULLI, G.: «Sull'obbligo di informazione del medico circa le malformazioni del feto e sulla domanda risarcitoria proposta dal padre -osservazione a Cass. 1 dicembre 1998 n. 12195», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 680-683. (*M. R. D. R.*)

SCARABELLO, M.: «In tema di conseguenze patrimoniali della sentenza non definitiva di divorzio», *DFP*, 1999, núm. 1, pp. 88-97.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de apelación de Génova de 17 de julio de 1996, acerca de la extinción del derecho a la pensión en caso de una sentencia no definitiva de divorcio. (*Alma R. G.*)

SCIA, F.: «Inconsumazione del matrimonio e suo accertamento ai fini del divorzio», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 82-87.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Nápoles de 28 de abril de 1998, acerca de las condiciones precisas para pronunciar una sentencia de divorcio a causa de la no consumación del matrimonio. (*Alma R. G.*)

VIOTTI, G.: «Lo scioglimento del fondo patrimoniale e l'obbligo di reimpiego», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 216-220.

Comentario al Decreto del Tribunal de Génova de 26 de enero de 1998, concerniente al régimen patrimonial de la familia. (*Alma R. G.*)

WEBER, R.: «Gutgläubiger Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gemäß §§ 932 ff. BGB», *JuS*, 1999, pp. 1-10

Adquisición de buena fe de las cosas muebles según los artículos 932 ss. *BGB*. (*M. P. G. R.*)

ZACCO, F.: «Tutela dei minori cosa cambia in tema di adozione di minori stranieri», *NLCC*, 1999, núm. 1, pp. 84-102.

Breve análisis de la Ley de 31 de diciembre de 1998, n. 476, que ratifica y ejecuta la Convención de La Haya, para la tutela de menores y cooperación en materia de adopción internacional, 29 *maggio* 1993, y la modificación de la *l. 4 maggio* 1983, n. 184, en tema de adopción de menores extranjeros, sobre el derecho del adoptando de recibir información y conocer la identidad de los progenitores naturales. (*M. R. D. R.*)

ZANUZZI, A. C.: «I trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione consensuale», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 283-294.

Comentario a *Cass.* 15 de mayo de 1997, núm. 4306, sobre si el acuerdo de separación conyugal constituye el instrumento idóneo para celebrar negocios traslativos de derechos inmobiliarios. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

CARBONE, P.: «Dopo l'abrogazione dell'art. 17 c.c., le persone giuridiche devono accettare l'eredità con beneficio di inventario?», *CI*, 1999, núm. 1, pp. 61-72.

Tras la derogación del artículo 17 del Código civil, relativo a la autorización administrativa necesaria para la adquisición de inmuebles por medio de donaciones y herencias por parte de personas jurídico-privadas, la autora se pregunta si también debe sostenerse la derogación tácita del artículo 473 del Código civil, que establece la aceptación de las herencias a beneficio de inventario por personas jurídicas, excluidas las sociedades. (*Alma R. G.*)

CATALA, P.: «Pour une réforme des successions», *GP*, 1999, núms. 157-159, pp. 2-7.

El autor presenta una serie de ideas que han ido surgiendo tras una larga reflexión colectiva sobre el Derecho de sucesiones actual. (*I. S. P.*)

CRITCHLEY, P.: «Privileged Wills and Testamentary Formalities: A Time to Die?», *Cambridge L. J.*, 1999, vol. 58, pp. 49-58.

El testamento militar y el marítimo han sobrevivido a diversas propuestas de reforma legal. No obstante, se trata de instituciones difíciles de conciliar con las actuales condiciones sociales: algunos profesionales del riesgo -bombe-

ros, policías -o incluso civiles en caso de guerra podrían merecer el mismo trato privilegiado. (A. R. G.)

EICHENHOFER, E.: «Das Behindertentestament oder: Sozialhilfe für Vermögende?», *JZ*, 1999, pp. 226-233.

El testamento al impedido: ¿ayuda social a los acaudalados?

El artículo describe el orden legal del llamado «testamento al impedido», en el que el hijo impedido es instituido como heredero previo y el heredero sucesivo como ejecutor testamentario, criticándolo desde la perspectiva del Derecho de ayuda social y hace una propuesta para la modificación del *status quo*. (M. P. G. R.)

FINESSI, A.: «Problemi relativi alla data nel testamento olografo», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 306-314.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de *Vigevano* de 16 de mayo de 1998, relativo a los requisitos de la fecha en el testamento ológrafo. (Alma R.G.)

LELEU, Y.-H.: «Nécessité et moyens d'une harmonisation des règles de transmission successorale en Europe», *ERPL*, 1998, pp. 159-194.

Las reglas de la sucesión *mortis causa* tienen por función transmitir a los causahabientes los bienes del difunto y determinar su responsabilidad por las deudas de la herencia. La materia se encuentra estrechamente vinculada al derecho de propiedad y ofrece numerosas particularidades nacionales, lo que determina la complejidad de liquidar una sucesión internacional. La armonización parece, pues, deseable. El autor describe los principales sistemas sucesorios en vigor en los países de la UE, y propone un modelo teórico de transmisión sucesoria que pueda satisfacer los intereses en conflicto. A la vez examina el camino más adecuado para alcanzar dicha armonización a la vista del artículo 220 del Tratado de Roma. (I. G. P.)

VARIA

ABEL, R. B.: «Die Aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung zu neureren Glaubens- und Weltanschauungsgemeinschaften», *NJW*, 1999, pp. 331-337.

El desarrollo actual de la jurisprudencia en materia de sectas. (M. P. G. R.)

AMBO, K.: «Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht», *JZ*, 1999, pp. 16-24.

El caso Pinochet y el Derecho aplicable. (M. P. G. R.)

ANTOINE, S.: «La loi núm. 99-5 du 6 janvier 1999 et la protection animale», *RDS*, 1999, núm. 15, pp. chr. 167-168.

La reforma legislativa del Código civil francés, modificando los artículos 524 a 528 y del Código penal, artículo 521.1, para conseguir mayor protección de los animales. (R. A. R.)

BARBAGALLO, G./MISSORI, M.: «Il linguaggio delle sentenze», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 91-100.

Artículo dedicado al análisis del estilo de las motivaciones de las sentencias judiciales. (*Alma R. G.*)

BERGER, K. P.: «Einheitliche Rechtsstrukturen durch außergesetzliche Rechtsvereinheitlichung», *JZ*, 1999, pp. 369-377.

Estructuras jurídicas uniformes a través de la unificación jurídica extralegal. El autor analiza lo que considera un cambio de paradigma en la unificación internacional del Derecho privado, desde las tradicionales convenciones o leyes modelos hasta las técnicas más informales. (*M. P. G. R.*)

D'ADDA, A.: «Orientamenti giurisprudenziali in tema di tutela civile inibitoria definitiva», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 59-77.

Artículo sobre la evolución seguida por la jurisprudencia de legitimidad y de mérito para la aplicación general en el ordenamiento italiano de remedios inibitorios. (*Alma R. G.*)

DECKERT, M. R.: «Der 'Binnenmarkt für Juristenausbildung?: Europäische Impulse für Forschung und Lehre», *ERPL*, 1998, pp. 1-22

Europa se está convirtiendo no sólo en el mercado interno de bienes y servicios, sino también en un «mercado interno para la formación jurídica». Con base en el ejemplo del sistema alemán, el autor identifica las necesidades y *desiderata* en Europa y las compara con la situación alemana, tanto en lo que se refiere a las facultades de Derecho, como a las perspectivas de los estudiantes, nacionales y extranjeros. Lo que le conduce a diversas reflexiones: tanto la enseñanza como la investigación deben mirar hacia Europa, estudiando semejanzas y diferencias para el *ius commune* del futuro. Las facultades deben mejorar la información y la transparencia en lo que concierne a sus efectivos. Una «europeización» de la formación jurídica permite abrir nuevas perspectivas. (*I. G. P.*)

DREHER, M.: «Wettbewerb oder Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?», *JZ*, 1999, pp. 105-112.

¿Competencia o unificación de los ordenamientos jurídicos en Europa?
Este artículo se plantea la cuestión de decidir en qué relación se encuentran los fines aparentemente irreconciliables de la competencia y la unificación de los ordenamientos jurídicos europeos. (*M. P. G. R.*)

FARNSWORTH, W.: «Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgment? A Glimpse Inside the Cathedral», *U. Chi. L. Rev.*, 1999, vol. 66, núm. 2, pp. 373-436.

Tras la sentencia que pone fin a juicios sobre inmisiones, las partes no suelen renegociar la distribución de derechos llevada a cabo por el juez, aunque razones de eficiencia económica aconsejen una nueva negociación. Farnsworth apunta diversos argumentos que podrían explicar este fenómeno. (*J. M. B. S.*)

GORDLEY, J.: «Is Comparative Law a Distinct Discipline?», *Am. J. Comp. L.*, 1998, vol. 46, núm. 4, pp. 607-615.

El Derecho comparado es una herramienta para entender y clarificar el Derecho, así como un conjunto de principios generales que responden en buena medida a cuestiones idénticas en todas las sociedades modernas. Por ello, no es ni debe ser una disciplina autónoma. (A. R. G.)

GROßFELD, B.: «Europäisches Erbe als Europäische Zukunft-Systemdenken und Internationalität», *JZ*, 1999, pp. 1-9.

Herencia europea como pensamiento sistemático europeo e internacionalidad. Con el comienzo de este año se ha iniciado la Era-Euro. Con ello cambiará el futuro de Europa hacia dentro y hacia fuera. Por lo tanto es la ocasión de reflexionar sobre si la tradición jurídica europea puede permanecer y afirmarse. El autor aporta su punto de vista y es optimista al respecto. (M. P. G. R.)

GROßFELD, B./HÜLPER, M.: «Analphabetismus im Zivilrecht», *JZ*, 1999, pp. 430-433.

Analfabetismo en el Derecho civil.

El analfabetismo es un gran problema, pero que en el Derecho civil ha sido tabú. La literatura jurídico-civil no se ha preocupado prácticamente de los analfabetos. Por eso, es cuestión apremiante cómo el Derecho civil puede contribuir a una inteligente alfabetización. El analfabeto se mueve hasta aquí en un sistema que no comprende. El artículo trata de impulsar la discusión sobre este tema. (M. P. G. R.)

LEVEL, P.: «L'avocat ou le juriste d'entreprise et les procédures dites alternatives», *SJ*, 1999, núms. 19-20, pp. 1-136, 904-906.

La misión del abogado o del jurista de empresa en el análisis intrínseco del litigio: la apreciación del riesgo jurídico y la apreciación de la oportunidad de los procedimientos alternativos. La misión de este abogado o jurista en el análisis extrínseco del litigio. (R. A. R.)

LOLIVIER, M.: «Les lignes directrices révisées de la Chambre de Commerce Internationale en matière de publicité et de marketing sur Internet», *GP*, 1999, núms. 143-147, pp. 7-8. (R. A. R.)

MEMMO, D.: «I modelli di amministrazione per contratto nella giurisprudenza (ovvero alla ricerca dei diritti soggettivi perduti)», *CI*, 1999, núm. 1, pp. 30-46.

Una muestra más de la privatización del Derecho administrativo. (Alma R.G.)

MIGLINO, A.: «Tutela anticipatoria: aspetti e problematiche», *Archiv. Giur.*, 1999, 1, pp. 25-53.

El autor hace un estudio doctrinal y normativo a fin de verificar si el ordenamiento italiano y de otros países admite una función jurisdiccional que denomina «anticipatoria», que suponga una forma de tutela distinta de la de cognición, de la ejecución y de las medidas cautelares. (C. J. D.)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione- Secondo Quadrimestre, 1998», *RDC*, 1999, núm. 1, parte segunda, pp. 41-59.

Reseñas de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (M. R. D. R.)

OPPERMANN, Th.: «Der Europäische Traum zur Jahrhundertwende», *JZ*, 1999, pp. 317-326.

El sueño europeo ante el cambio de siglo. (M. P. G. R.)

REITZ, J.C.: «How to do Comparative Law», *Am. J. Comp. L.*, 1998, vol. 46, núm. 4, pp. 617-636.

El autor proporciona un conjunto de criterios que sirven para evaluar cualitativamente y mejorar el método y resultados de la investigación en Derecho comparado. (A. R. G.)

RODRÍGUEZ IGLESIAS: «Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung», *NJW*, 1999, pp. 1 ss.

Reflexiones sobre la formación de un orden jurídico europeo. (M. P. G. R.)

ROELLECKE, G.: «Das Recht von außen und von innen betrachtet», *JZ*, 1999, pp. 213-219.

El Derecho desde dentro y desde fuera. En recuerdo de N. Luhmann.
El artículo trata de analizar el significado de la Teoría del Sistema de N. Luhmann para la Ciencia del Derecho. (M. P. G. R.)

RÖTHEL, A.: «Beweislast und Geschlechterdiskriminierung», *NJW*, 1999, pp. 611-614.

Carga de la prueba y discriminación por razón de sexo. (M. P. G. R.)

RUELLAN, F.: «Les modes alternatifs de résolution de conflits: pour une justice plurielle dans le respect du droit», *SJ*, 1999, núms. 19-20, pp. I-135, 899-903.

En la primera parte nos habla de la construcción de un modelo francés de conciliación-mediación, tanto en materia civil como en materia penal. En relación a la primera pone de manifiesto la lentitud de la gestión y la escasez de los resultados y respecto a la segunda, que está prevista una revisión inmediata. En la segunda parte señala el camino hacia la búsqueda de un modelo de justicia plural. (R. A. R.)

SCHLETTE, V.: «Europäischer Menschenrechtsschutz nach der Reform der EMRK», *JZ*, 1999, pp. 219-226.

Protección europea de los derechos humanos conforme a la reforma del Convenio Europeo de derechos humanos. (M. P. G. R.)

SCHOLZ, C.: «L'accès des ressortissants français à la profession d'avocat en Allemagne», *GP*, 1999, núms. 79-80, pp. 6-8.

El problema visto desde la aplicación directa del derecho comunitario del artículo 52 y ss. del Tratado de Roma. La libertad de prestación de servicios. (*I. S. P.*)

STARCK, Ch.: «Das Grundgesetz nach fünfzig Jahren: bewahrt und herausgefordert», *JZ*, 1999, pp. 473-485.

La Ley Fundamental después de cincuenta años: conservación y modificación. Artículo de reflexión sobre el valor de la Ley Fundamental de Bonn, en el que también se hace referencia al tema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. (*M. P. G. R.*)

SYMPOSIUM: «New Directions in Comparative Law», *Am. J. Comp. L.*, 1998, vol. 46, núm. 4, pp. 597-783.

Este volumen contiene diversos trabajos presentados en un simposio sobre Derecho comparado, celebrado recientemente en los Estados Unidos de América con el título «Nuevas orientaciones en el Derecho comparado». El objetivo principal del mismo es estimular la reflexión sobre aspectos básicos de la metodología de esta disciplina en aquel país. (*A. R. G.*)

VV.AA.: «1958-1998: Journées Paris V-Droit 1998. La Constitution de la Ve. République à l'épreuve de quarante ans de construction européenne», *RDS*, 1999, núm. 12, pp. chr. 115-128.

Distintos estudios cortos a propósito de la función actual de la Constitución de la Va. República y su proyección hacia el futuro. (*R. A. R.*)

ZENO-ZENCOVICH, V.: «The European Civil Code, European legal traditions and neo-positivism», *ERPL*, 1998, pp. 349-362.

El autor parte de un artículo del profesor Legrand en contra de un Código civil europeo. Analiza y rebate los argumentos en contra así como las perspectivas de futuro. (*I. G. P.*)

ZIEKOW, J.: «Einheit in Freiheit- 50 Jahre Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland», *JuS*, 1999, pp. 417-423.

Unidad y libertad: 50 años de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana. (*M. P. G. R.*)

ZIPPELIUS, R.: «Über die rationale Strukturierung rechtlicher Erwägungen», *JZ*, 1999, pp. 112-116.

Sobre la estructura racional de la reflexión jurídica. (*M. P. G. R.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BUCCI, S.: «Applicazione del d. legis. n. 74/1992 alle figure di “*product placement*” ed orientamento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e del T.A.R. del Lazio», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 274-278.

Comentario a T.A.R. *Lazio*, de 19 de febrero de 1997, que ha repropuesto el problema de la calificación del *product placement* y ha apuntado su supresión a través de las reglas concernientes a la publicidad engañosa. (*Alma R. G.*)

GUOTAY, Ph.: «La notion de valeur mobilière», *RDS*, 1999, núm. 21, pp. chr. 226-230.

Necesidad de utilizar un criterio funcional para el concepto. La dimensión económica del valor mobiliario. Su financiación a largo plazo. El autor prosigue con la necesidad de utilizar un criterio orgánico para descubrir su dimensión jurídica: cualidad del derecho cedido y su movilidad. (*R. A. R.*)

MÖLLERS, Th.: «Verkehrpflichten des Händlers beim Vertrieb von gefährlichen Produkten», *JZ*, 1999, pp. 24-29.

Deberes del tráfico del comerciante en las empresas de productos peligrosos. A diferencia de lo que sucede con los deberes del fabricante, los deberes del comerciante en el ámbito de los productos peligrosos ha sido hasta ahora escasamente tratado. Incluyendo la nueva Ley de Seguridad de los Productos, el artículo analiza estos deberes y da cuenta de dos recientes sentencias del *BGH* en las que se rechaza la pretensión de daños solicitada. (*M. P. G. R.*)

NAPOLEONI, V.: «Amministrazione straordinaria delle grandi impresa in stato di insolvenza: I chiaroscuri della riforma», *NLCC*, 1999, núm. 1, pp. 103-122.

Reflexión sobre la *l. 30 luglio 1998*, n. 274, en materia de actividad productiva y administrativa extraordinaria de las grandes empresas en crisis: naturaleza y fines del procedimiento concursal y la quiebra. (*M. R. D. R.*)

PAILLUSSEAU, J.: «Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports?», *RDS*, 1999, núm. 15, pp. chr. 157-166.

El autor comienza analizando la relación entre la sociedad y la empresa, para después entrar en la relación entre los accionistas y los asalariados. (*R. A. R.*)

SANDULLI, G.: «Aiuti di stato per le grandi imprese in crisi e normativa comunitaria - c. Giust. Ce, sez. V, 1 dicembre 1998, causa C-200/97», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 623-627. (*M. R. D. R.*)

SANTOS, C. DE LOS: «Mesures visant à assurer l’efficacité de l’actions intentée sur la base de la loi sur la concurrence déloyale en droit espagnol», *GP*, 1999, núms. 143-147, pp. 16-18.

Las normas de procedimiento contenidas en la Ley 3/1991, sobre la competencia desleal, se estima que no contienen las garantías necesarias. (*I. S. P.*)

VALENTI, R.: «Una controversa pronuncia della Suprema Corte sulla tutela concorrenziale dei prodotti modulari: il caso Lego», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 12-31.

Comentario a *Cass.* 9 de marzo de 1998, núm. 2578, en materia de imitación servil. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

ALTMPEPEN, H./WILHELM, J.: «Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH», *NJW*, 1999, pp. 673-681.

Daños de cuota, daños individuales y legitimación para recurrir por la dilación del proceso de insolvencia del patrimonio de una sociedad limitada. (*M. P. G. R.*)

DE MARI, M.: «L'incidenza dell'omologazione sugli effetti delle deliberazioni modificative dell'atto costitutivo», *RDC*, 1999, núm. 1, parte primera, pp. 61-92.

Comentario a las Sentencias de 29 agosto 1995, n. 9066, y 12 giugno 1996, n. 5416, sobre la eficacia de la deliberación modificativa del acto constitutivo de una sociedad y la necesidad de ratificación judicial. (*M. R. D. R.*)

DELLACASA, M.: «Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori», *CI*, 1999, núm. 1, pp. 209-233.

Contribución al estudio de la responsabilidad civil de los administradores. (*Alma R. G.*)

GALGANO, F.: «False comunicazioni sociali e bilancio consolidato», *CI*, 1999, núm. 1, pp. 1-20.

Reflexión a propósito de una Sentencia del Tribunal penal de Turín de 9 de abril de 1997, sobre si el balance consolidado redactado por los administradores sociales puede subsumirse dentro del concepto de comunicación social. (*Alma R. G.*)

LAMBERTUCCI, P.: «Scissione societaria e trasferimento di azienda -nota a Cass. 6 ottobre 1998, n. 9897», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 747-750. (*M. R. D. R.*)

MAGRI, A.: «Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici», *RTDPC*, 1999, núm. 1, pp. 11-50.

Estudio de la escisión social con especial reflexión sobre su naturaleza jurídica (modificación del acto constitutivo u organización productiva), efectos (según sea la escisión total o parcial) y diferencias con la fusión, en relación al traspaso de bienes. (*M. R. D. R.*)

MONTAGNANI, C.: «Il diritto di informazione dei soci cooperatori», *RDC*, 1998, núm. 6, parte segunda, pp. 635-647.

Los derechos de información y control del socio de sociedad cooperativa, desde la Ley de 31 de enero de 1992, núm. 59. (*M. R. D. R.*)

NAPOLEONI, V.: «Amministrazione straordinaria delle grandi impresa in stato di insolvenza: I chiaroscuri della riforma», *NLCC*, 1999, núm. 1, pp. 103-122.

Reflexión sobre la *l. 30 luglio 1998*, n. 274, en materia de actividad productiva y administrativa extraordinaria de las grandes empresas en crisis: naturaleza y fines del procedimiento concursal y la quiebra. (*M. R. D. R.*)

NAZZICONE, L.: «Principi consolidati sulla riduzione del capitale per perdite», *FI*, 1999, vol. 3, pp. 1028-1041.

Nota a la Sentencia del Tribunal de Nápoles de 25 de febrero de 1998, que estudia varias cuestiones relativas a la reducción del capital por pérdidas. (*Alma R. G.*)

SALAFIA, V.: «Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali -nota a Cass. 22 ottobre 1998 n. 10488», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 79-83. (*M. R. D. R.*)

SALAFIA, V.: «In tema di competenza per la modifica della clausola di prelazione nel trasferimento delle azioni, di irregolare convocazione del consiglio di amministrazione della s.p.a e di delega per l'espressione di voto nell'assemblea, nota a Cass. 26 novembre 1998 n. 12012», *GC*, 1999, núm. 2, pp. 414-419. (*M. R. D. R.*)

SCARSO, A. P.: «La vendita non garantita di partecipazioni sociali», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 123-138.

Artículo sobre la adquisición de participaciones sociales, sobre todo a raíz del aumento internacional de los mercados y la rápida evolución en los tráficocos comerciales. (*Alma R. G.*)

VAIRA, M.: «Limiti impliciti alla trasformazione di una società partecipata da altra società», *NGCC*, 1999, núm. 1, pp. 141-153.

Comentario a varios decretos de tribunales italianos sobre transformación de sociedades y la participación de una sociedad de capital en una sociedad comanditaria simple. (*Alma R. G.*)

VIDIRI, G.: «Mancata convocazione dell'assemblea per perdite del capitale sociale e responsabilità degli amministratori -nota a Cass. 23 giugno 1998 n. 6238», *GC*, 1999, núm. 1, pp. 180-184. (*M. R. D. R.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

BASEDOW, J.: «Perspektiven des Seerechts», *JZ*, 1999, pp. 9-15.

Perspectivas del Derecho del mar. (*M. P. G. R.*)

HEYMANN, E. V.: «Die neuere Rechtsprechung zur Bankenhaftung bei Immobilien-Kapitalanlagen», *NJW*, 1999, pp. 1577-1586.

La nueva jurisprudencia sobre la responsabilidad bancaria en inversiones de capital en forma de inmuebles.

El artículo analiza la problemática judicial planteada por la inversión de capital en forma de inmuebles en los nuevos *Länder*, como consecuencia de las ventajas fiscales que ello conlleva. (M. P. G. R.)

KAISER, D.: «Reform des Kaufmannsbegriffs- Versicherung des Handelsverkehrs?», *JZ*, 1999, pp. 495-502.

Reforma del concepto de comerciante. ¿Aseguración del tráfico mercantil? Reflexión sobre el valor de la modificación del concepto de comerciante operada por la reforma del Código de comercio de 1 de julio de 1998. (M. P. G. R.)

KÜMPEL, S.: «Elektronisches Geld (cyber coins) als Bankgarantie», *NJW*, 1999, pp. 313-320.

El dinero electrónico como garantía bancaria. (M. P. G. R.)

PFEIFFER, Th.: «Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmensverkehr», *NJW*, 1999, pp. 169-174.

Del tráfico comercial al tráfico empresarial.

La modificación de la Ley de condiciones generales a través de la reforma del Derecho mercantil.

En el centro de la discusión sobre la Ley de modificación del Derecho mercantil están cuestiones como la modificación del concepto de comerciante o la liberalización del Derecho de sociedades. Se modificaron asimismo los §§ 24 y 24a de la *AGB Gesetz*. En este artículo se afrontan cuestiones planteadas por ambas modificaciones. (M. P. G. R.)

STÜSSER, J.: «Bankenhaftung bei gescheiterten Immobilien-Treuhandmodellen», *NJW*, 1999, pp. 1586-1591.

Responsabilidad del banco en modelos fiduciarios inmobiliarios frustrados. El artículo analiza la problemática planteada por prácticas negociales que, sobre la base de los incentivos fiscales que poseen las inversiones en inmuebles situados en la antigua *DDR*, captan a numerosos pequeños ahorradores que en muchas ocasiones ven frustradas unas operaciones en las que participan un número amplio de sujetos (banco financiador, sociedades creadas *ad hoc* para las operaciones, intermediarios, etc.). (M. P. G. R.)

CONTRATOS MERCANTILES

BOCHICCHIO, F.: «Contratto di agenzia e mancata iscrizione nel ruolo dei rappresentanti e degli agenti di commercio: effetti civilistici. Il ruolo della nullità nell'attuale ordinamento», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 163-168.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE 30 de abril de 1998, causa C-215/97 concerniente a la disciplina de la actividad del agente y del representante de comercio. (*Alma R. G.*)

CHINDEMI, D.: «Polizza furto di autovettura di proprietà di terzi, stipulata dal possessore del veicolo in proprio: assicurazione per conto altrui o nell'interesse proprio?», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 170-173.

Comentario a la Sentencia de apelación de Milán de 18 de marzo de 1998, relativo al derecho a percibir por parte del poseedor del vehículo, no propietario del mismo, la indemnización de la compañía aseguradora por hurto. (*Alma R. G.*)

LAMBO, L.: «Appunti sulla responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile al falso legittimato», *FI*, 1999, vol. 3, pp. 800-815.

Nota a *Cass.* de 9 de febrero de 1999, núm. 1098, sobre la diligencia del banco en la identificación del portador de un cheque transferible. (*Alma R. G.*)

LESAGE, F.: «Confrontation droit commun-droit spécial au moment de la révision des règles de l'assurance construction», *GP*, 1999, núms. 46-48, pp. 2-7. (*R. A. R.*)

DERECHO CAMBIARIO

OPPO, G.: «Tramonto dei titoli di credito di massa ed esplosione dei titoli di legittimazione», *RDC*, 1998, núm. 6, parte primera, pp. 645-655.

Breve análisis del dlgs. 1998, n. 213, sobre la introducción del euro, y l. 1997, n. 433, artículo 10, sobre el poder conferido al Gobierno para tutelar la posición del emitente y poseedor de títulos de crédito y asegurar el regular desenvolvimiento de las operaciones de compensación, liquidación, garantía y pago, con especial referencia a los títulos al portador y la contratación en masa de títulos de crédito: régimen del contrato y del documento, y necesidad de la inscripción en el Registro como requisito de legitimación para ejercitar el derecho por el titular. (*M. R. D. R.*)

DERECHO CONCURSAL

CHINDEMI, D.: «Fallimento dell'appaltatore: garanzie assicurative ed effetti del fallimento sulla polizza fideiussoria a garanzia di appalti pubblici», *NGCC*, 1999, núm. 2, pp. 143-148.

Efectos de la quiebra sobre el contrato de arrendamiento. (*Alma R. G.*)

LO CASCIO, G.: «Cessione delle azioni revocatorie nel concordato fallimentare con assunzione -nota a *Cass.* 9 ottobre 1998 n. 10013», *GC*, 1999, núm. 3, pp. 736-740. (*M. R. D. R.*)

RÉMÉRY, J.P.: «La déclaration des créances. Délégation de pouvoirs et mandat», *SJ*, 1999, núm. 7, pp. I-113, 365-367.

Estudia la declaración de los créditos por el acreedor, tanto cuando se realiza de forma personal como cuando se hace por un representante o por un tercero. Hace un estudio desde el punto de vista del mandato. (*R. A. R.*)

ABREVIATURAS

Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Archiv. Giur.	Archivio Giuridico
BB	Betriebs Berater
BBTC	Banca, Borsa e Titoli di credito
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contrato e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il diritto di famiglia e delle persone
Dir. Aut.	Il Diritto de autore
ERPL	European Review of Private Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
LC	Loyer et Copropriété
L. Q. R.	The Law Quarterly Review
Mod. L. Rev.	The Modern Law Review
NGCC	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le nuove Leggi Civili Commentate
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d'auteur
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrechts und Wirtschaftsrechts
Yale L. J.	Yale Law Journal

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 1998

A cargo de **Encarna ROCA TRÍAS** (Universidad de Barcelona)

Colaboran **Ramón CASAS VALLÉS, Guillem GUARDIA VIDAL, Ana LATORRE ARMERO, Isabel MIRALLES GONZÁLEZ, Mònica VILASAU SOLANA**

STC 11/1998, de 13 de enero («BOE» de 12 de febrero).

RA.

Ponente: González Campos.

Estimado.

Conceptos: Derecho a la libertad sindical. Derecho a la libertad informática.

Preceptos de referencia: Artículos 18.4 y 28.1 CE.

Esta sentencia es la primera de una larga serie de pronunciamientos, dictados este año, sobre el derecho a la libertad sindical y a la libertad informática. Todos ellos se basan en unos mismos hechos: la empresa Renfe descontó, del salario de algunos de sus trabajadores, las cantidades correspondientes a un día de huelga. Para realizar tal operación se limitó a utilizar el dato de la afiliación sindical en su sistema informático, presumiendo que las personas afiliadas a los sindicatos convocantes habían secundado el paro laboral. Ante las quejas de algunos trabajadores, a los que se les descontó injustamente parte del salario (bien porque se habían negado a participar, bien porque su horario laboral no coincidía con el horario de la huelga), se arbitró un procedimiento para la devolución de las cantidades descontadas. En todas estas sentencias (STC 35/1998, 45/1998, 60/1998, 77/1998, 94/1998, 104/1998, 105/1998, 106/1998, 123/1998, 124/1998, 125/1998, 126/1998, 158/1998, 198/1998 y 223/1998), que resuelven casos sustancialmente idénticos y que, por tanto, comparten argumentos y fallo con la presente, el Tribunal Constitucional considera que la actuación de la compañía es contraria a los derechos fundamentales a la libertad sindical e informática.

En relación al derecho a la libertad sindical se reproduce la doctrina de la STC 70/1982 que define su «contenido esencial» como «el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñen el papel y las funciones que les reconoce el artículo 7 CE, de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores» (FJ 4). Advirtiéndose, por otro lado que la enumeración de los derechos concretos que integran el genérico derecho a la libertad sindical no tiene carácter exhaustivo, y no agota el contenido de dicha libertad.

El Tribunal Constitucional acomete también la tarea de definir el contenido esencial del derecho a la libertad informática del artículo 18.4 CE. Y respecto al

mismo distingue una doble función. La primera es la de recoger un mecanismo específico para la protección de los derechos del individuo. Se le configura como «instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad» (STC 254/1993, FJ 6) o como «un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, entre los que se encuentra, desde luego, la libertad sindical» (STC 123/1998, 124/1998, 125/1998 y 126/1998, FJ 2).

La segunda función es autónoma en sí misma y se concreta en el derecho a conocer y controlar los datos que, sobre la propia persona, se encuentran introducidos en programas informáticos. Según el Tribunal Constitucional «la llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención» (STC 254/1993, FJ 4), afirmándose también en otro grupo de sentencias que «Este no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, como ha quedado dicho, sino que además consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona –a la privacidad [...]– pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad» (STC 123/1998, 124/1998, 125/1998 y 126/1998, FJ 2).

En definitiva, el artículo 18.4 CE presenta una doble dimensión desde el punto de vista constitucional: Se muestra como un derecho instrumental para la protección de otros derechos también protegidos y también como un derecho autónomo a controlar la información automatizada existente, lo que ha venido llamándose *habeas data*.

En el caso que nos ocupa el dato informático de la afiliación sindical fue obtenido por la empresa Renfe legítimamente y de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.2 LOLS. Sin embargo, el uso que se hizo del mismo se consagró a una finalidad radicalmente distinta: la de deducir la parte proporcional al salario relativa al periodo de huelga. Ello ya de por sí se considera contrario al artículo 18.4 CE, pero además, el TC entiende que la actuación de la empresa supone una vulneración del derecho a la libertad sindical, pues se trata de una decisión empresarial que perjudica al trabajador por razón de su adscripción a un determinado sindicato. El Tribunal aquí, suscribiendo los mismos argumentos que el Fiscal (Antecedente 5.^o), considera que, «la medida puede neutralizar la ventaja que para el sindicato significa el régimen recaudatorio establecido en el artículo 11.2 LOLS, en cuanto asegura el ingreso puntual y regular de las cuotas sindicales» (FJ 4).

STC 42/1998, de 24 de febrero («BOE» de 31 de marzo).

RA.

Ponente: Ruiz Vadillo.

Denegado.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Ejecución de hipoteca y contrato privado de subarriendo.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE y artículos. 131 y 132 LH.

Estamos ante una sentencia que se suma a los ya múltiples pronunciamientos realizados por el TC en torno a la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario previsto en los artículos 131 y 132 de la LH (ejecución hipotecaria).

La legitimación activa corresponde, en esta ocasión, a quien en su simulada condición de subarrendatario de la finca objeto de la ejecución, alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al habersele causado indefensión. Del supuesto de hecho se desprende que el procedimiento de ejecución hipotecaria es promovido por una entidad bancaria, que no ha visto satisfecho el crédito hipotecario que tenía contra una sociedad mercantil.

Como en otras ocasiones, existe un deudor (entramado societario) que con ánimo defraudatorio y a la vista de una inminente ejecución de la hipoteca que ha de concluir con la pérdida del inmueble, simula un contrato por el que otorga la posesión a un tercero, que pueda obstaculizar el procedimiento.

La doctrina constitucional que parte de la STC 41/1981, en un primer momento, se había limitado a justificar las escasas posibilidades de oponer excepciones que ofrece dicho procedimiento, por entender que el derecho a la tutela judicial efectiva de los terceros poseedores y demás interesados, quedaba suficientemente garantizado por la remisión efectuada en el artículo 132 LH, al proceso declarativo correspondiente. Sin embargo, a partir de la STC 6/1992 experimenta una evolución, matizando lo afirmado con anterioridad con objeto de ajustarse a las exigencias del artículo 24 CE. Esta nueva doctrina del TC se ve reflejada en posteriores sentencias (21/1995 y 69/1995) pero especialmente en la STC 158/1997, a cuya fundamentación nos remite para la resolución de esta controversia (FJ 3). Por ello nos ha parecido adecuado reproducir aquí las afirmaciones realizadas en aquella ocasión: «Sin embargo, la STC 6/1992, aún sin apartarse de aquella afirmación central, es decir, la de que las peculiaridades del procedimiento de los artículos 131 y 132 LH no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 CE, ya que queda abierta a los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, formuló una importante puntualización respecto de aquellos concretos supuestos de hecho que dieron lugar a esos pronunciamientos. Puntualización que vino, en síntesis, a consistir en la exigencia de que el desalojo y lanzamiento de la recurrente de la vivienda que ocupa requiera como exigencia constitucional, que sea oída y vencida en un procedimiento contradictorio con igualdad de armas entre las partes y con todas las garantías procesales establecidas en las leyes, porque, como en la misma se razona, el derecho fundamental resulta perjudicado, al verse despojado, sin posibilidad de contradicción, de un derecho nacido de una relación contractual que merece una protección específica. [...] La exigencia implícita en el artículo 24 CE puede alcanzarse propiciando una interpretación y aplicación del artículo 132 LH que elimine aquellos efectos no queridos, al menos en contradicción flagrante con el derecho fundamental a la defensa [...], dado que el lanzamiento coloca a la arrendataria –sin ser oída en juicio– en posición notoria y gravemente discriminada para una eficaz defensa de sus derechos» (STC 158/1997 FJ 4).

Tras reconocer la posibilidad de que los poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y lanzamiento, puedan exhibir su título, para oponerse a la ejecución señala con relación a esta doctrina que «[...] nace para garantizar el derecho de defensa de aquellos que *prima facie* ostentan un legítimo y aparente título, que les legitima para poseer la finca que es objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria, no puede ser aplicada indiscriminadamente a todo poseedor u ocupante afectado» (STC 158/1997, FJ 4). «[...] Porque será en el examen de cada caso donde el órgano judicial competente podrá apreciar, según las singulares características de la situación posesoria, si ésta debe subsistir» (STC 158/1997, FJ 5 y STC 42/1998, FJ 3).

Al margen, de las singulares características del caso, el TC desestima el recurso por entender que no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, ni se ha producido indefensión, ya que la demandante se personó en el procedimiento tras serle notificada la providencia, en la que se ordenaba la toma de posesión de la finca hipotecada a favor del adjudicatario (entidad bancaria) y, por tanto, tuvo oportunidad de exhibir su título, con independencia de cual fuera la decisión del juez en cuanto a la subsistencia o no de la situación posesoria.

STC 46/1998, de 2 de marzo («BOE» de 31 marzo).

RA.

Ponente: Gabaldón López (voto particular de Vives Antón).

Denegado.

Conceptos: Derecho a la libertad de expresión. Conflicto con el derecho al honor.

Preceptos de referencia: Artículos 18 y 20.1 a) CE.

El recurso de amparo se dirige contra las sentencias que condenan a un Abogado, como autor del delito de desacato por razón de unas manifestaciones, realizadas en el curso de una entrevista periodística, de contenido vejatorio. Se trata, una vez más, de ponderar el conflicto que a menudo surge entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor. El Tribunal Constitucional comienza reconociendo la legitimidad que ampara a las críticas realizadas contra las resoluciones judiciales, pues «aun reconociendo la posición de algún modo singular de los titulares de los órganos jurisdiccionales, sus actuaciones, en cuanto personas públicas, no pueden permanecer inmunes al ejercicio del derecho de crítica» (FJ 3).

Son muchos los criterios que encontramos en la sentencia y que se utilizan para la ponderación. Por un lado, se distingue si la crítica tenía lugar respecto de los actos o resoluciones, o en relación con la persona misma de quien ellos procedían. Por otro, si las expresiones manifestadas pueden calificarse de crítica o por sus características se trata simplemente de expresiones o informaciones dirigidas al desmerecimiento de la persona. Las expresiones «supone una falta de conocimiento supino de la Ley», «su desconocimiento es además reiterado» y «los ciudadanos no tienen por qué sufrir a Jueces que desconocen mínimamente el Derecho» se estiman atentatorias contra el honor de la Magistrado, pues se trata de una serie de descalificaciones que ni explican ni fundamentan por qué la resolución criticada era merecedora de ese rechazo, y muy al contrario, se convierten en un ataque personal. En definitiva, no se halla justificación para manifestaciones como las proferidas en el derecho a la libertad de expresión.

El voto particular, coincide con la opinión de la mayoría en tanto afirma que en el presente caso se han rebasado los límites de la libertad de expresión. Sin embargo, concluye que los hechos relatados no pueden sancionarse con la pena criminal grave que se impone, pues «semejante instrumento represivo conlleva un efecto de desaliento sobre la libertad de expresión, incompatible con la tutela del derecho fundamental». Además se afirma que las exigencias de tipicidad, deben extremarse cuando de limitar la libertad de expresión se trata. En definitiva, el autor del voto particular admite que «nada hubiera tenido que objetar a la

sentencia si nos hallásemos ante una sanción meramente disciplinaria o ante la condena a una reparación civil».

STC 52/1998, de 3 de marzo («BOE» de 31 de marzo).

RA.

Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera.

Denegado.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Notificación al deudor de la fecha, lugar y hora de la subasta del bien hipotecado en el marco del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH.

Preceptos de referencia: Artículos 24 CE y 131.7 LH.

Aunque la controversia vuelve a estar inserta en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, en esta ocasión no se discute la constitucionalidad del mismo, sino la forma en que se ha llevado a cabo la notificación de la fecha, lugar y hora de la subasta, así como la naturaleza de dicho acto.

La recurrente en amparo obtuvo un préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda y en la escritura de constitución del mismo hizo constar su domicilio, que en aquel momento estaba situado en lugar distinto al del inmueble hipotecado. Posteriormente, se traslada a este último sin notificar a la entidad bancaria su nueva localización. A esta circunstancia se une el hecho de que como consecuencia de una modificación urbanística, la calle donde estaba ubicada la finca pasó a tener una nueva denominación. Ante la falta de pago de las mensualidades devengadas, la entidad bancaria inicia un procedimiento de ejecución hipotecaria que se tramita *inaudita parte debitoris*, ya que el previo y extrajudicial requerimiento de pago fue efectuado en el domicilio que constaba en la escritura de constitución del préstamo, y según la actora nunca tuvo conocimiento de la providencia que le comunicaba el lugar, día y hora de la subasta. La notificación de esta última se llevó a cabo por la comisión del Juzgado en la finca objeto de la ejecución, mediante entrega de una cédula al portero de la misma, aunque la dirección que constaba en la misma era la original.

Conocida por otros medios la celebración de la subasta, la actora se personó ante el Juzgado donde le informaron que la vivienda ya había sido adjudicada, ante lo que solicitó nulidad de actuaciones que fue desestimada. Posteriormente interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que también fue desestimado por entender el Tribunal que no se había acreditado que la notificación hubiese sido realizada en lugar equivocado, a lo que añade que, aunque así fuere, el desconocimiento del lugar, fecha y hora de la subasta no puede provocar indefensión, por tratarse de un acto de información que no puede dar lugar a participación activa del deudor.

Aunque el TC desestima el recurso por entender que «[...] la actividad del Juzgado fue suficiente para que la deudora hipotecaria conociera con antelación la celebración de la subasta» (FJ 4), lo que sí hace es combatir la argumentación realizada por la Audiencia Provincial: «El Auto cuestionado [...] contiene una tesis que no puede ser compartida, a saber, que el desconocimiento por parte del deudor sobre el lugar, día y hora de celebración de la subasta de la finca en el marco del procedimiento de ejecución regulado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria».

tecaria, no puede en ningún caso provocar la indefensión de aquel, al tratarse, se dice expresamente, de un acto cuya realización es procesalmente inexorable y en el que (el deudor a quien ha de dirigirse la notificación) no tiene ninguna participación activa [...] lo que configura a dicha notificación en lo que es en sí misma: un acto de información, pero del que no constituye presupuesto alguno para el ejercicio de derechos procesales. [...] Sea suficiente con señalar que la notificación al deudor de los requisitos de lugar y tiempo de celebración de la subasta de la finca hipotecada, notificación que imperativamente exige el artículo 131.7 de la Ley Hipotecaria, *in fine*, permite a aquél poder satisfacer el importe de lo adeudado con anterioridad a la adjudicación del bien (argumento ex art. 1498 LEC), además de posibilitar su intervención en orden a oponerse a cualquier posible irregularidad que pudiera acaecer en el procedimiento de apremio. De ahí que la Sala Primera del Tribunal Supremo haya podido declarar que la omisión del trámite que tratamos, no sólo representa una infracción procedimental, sino un vicio esencial respecto a las garantías que han de presidir el desarrollo, del procedimiento judicial sumario» (STS 1 de junio de 1995, FJ 3).

STC 67/1998, de 18 de marzo («BOE» de 22 abril).

RA.

Ponente: García Manzano (votos particulares discrepantes de Jiménez de Parga y Cabrera y otro de Mendizábal Allende al que se adhiere Gabaldón López).

Estimado parcialmente.

Conceptos: Derecho a la igualdad ante la Ley. Filiación no matrimonial, discriminación por razón de nacimiento. Principio de tipicidad.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 25.1 y 39.2 CE; artículo 55.2 LOTC y artículo 487 bis CP de 14 de septiembre de 1973.

Se plantea recurso de amparo contra sentencia de la Audiencia por considerar que se habían vulnerado los artículos 14 y 24 CE. La recurrente en amparo interpuso demanda en base al artículo 487 bis CP (actualmente derogado), contra el padre de su hija por impago reiterado de la prestación de alimentos a favor de esta última. Dicho precepto sin embargo sancionaba únicamente el impago de pensiones establecidas en convenios judicialmente aprobados o en resoluciones judiciales en los supuestos de separación legal, divorcio o nulidad. El tribunal de instancia consideró inaplicable el precepto invocado, ya que la pensión no fue establecida mediante los procedimientos previstos en el artículo 487 bis CP, ya que no existía matrimonio entre los progenitores.

El TC analiza en primer lugar la alegada violación del artículo 24 CE y considera que no existe tal vulneración ya que según el TC, los tribunales de instancia ofrecieron a la actora una respuesta judicial motivada, sin que exista, como ya declaró el propio TC «un pretendido derecho fundamental a obtener la condena penal de otra persona ni, por lo tanto, sea posible instrumentalizar la acción constitucional del amparo, remedio ideado para la defensa de los derechos fundamentales, con el fin de prolongar procesalmente el ejercicio del ius puniendi del Estado» (SSTC 199/1996 y 41/1997, FJ 2).

Entra a continuación el TC a analizar la supuesta violación del artículo 14 CE, en cuanto prohíbe el tratamiento discriminatorio por razón de nacimiento. El artícu-

lo 487 bis CP tiene como finalidad proteger el derecho de los hijos a ser asistidos por sus padres y sin embargo, dado el tenor literal de este precepto, se otorgó dicha protección exclusivamente a los hijos matrimoniales, con exclusión de los extramatrimoniales.

Esta problemática ya se planteó en el supuesto resuelto por la STC 74/1997 y el TC declaró que la sentencia de instancia no vulneró el artículo 14 CE (y ello a pesar de que el artículo 487 bis CP chocaba frontalmente con el artículo 14 CE), ya que el juzgador no podía más que aplicar estrictamente el artículo 487 bis CP, por mandato del propio artículo 25 CE. Sin embargo, el TC, en la presente sentencia analiza, si ante las particularidades del caso, debía o no haberse otorgado el amparo. El TC estima que el artículo 487 bis CP origina una discriminación por defecto, por no incluir en el ámbito de su protección a los hijos no matrimoniales. El legislador es libre de proteger o no penalmente a los hijos y garantizar de esta forma el deber de los progenitores de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, sin embargo, una vez ha optado por esta posibilidad lo que no podía era excluir a los hijos no matrimoniales. Además, el juzgador de instancia no podía aplicar analógicamente el precepto penal, por impedírsele el artículo 25 CE. Los órganos judiciales, sometidos al imperio de la Ley, y especialmente al principio de legalidad penal, se limitaron a constatar que la conducta denunciada no se hallaba dentro del tipo regulado en el mencionado precepto del CP, dictando consecuentemente la correspondiente resolución absolutoria. De hecho, sólo instrumentalmente, a través del fallo absolutorio, se produjo una lesión actual y efectiva del derecho a la igualdad del hijo de la demandante de amparo (FJ 6).

El TC constata la lesión del mencionado derecho fundamental y estima el recurso de amparo, sin que considere que proceda el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. En primer lugar porque el invocado precepto del CP ya ha sido derogado y en segundo lugar porque, en la hipótesis de declararse inconstitucional dicho artículo del CP, las personas por él discriminadas en ningún caso podrían obtener un pronunciamiento condenatorio por impedirlo el artículo 25 CE.

Por todo ello el TC declara que «esta sentencia no puede otorgar el amparo en los términos solicitados por la demandante de anular las resoluciones judiciales impugnadas, porque éstas, como razonan en sus fundamentos jurídicos, no podían subsumir los hechos en el tipo penal del artículo 487 bis CP y, por tanto, en sí mismas, no han vulnerado el derecho fundamental invocado. En consecuencia, nuestro pronunciamiento no puede ser el previsto en el artículo 55.1.a) LOTC. No obstante, y dada la patente discriminación por filiación que contenía el citado precepto del CP, tampoco debe este Tribunal desconocer en la sentencia tal circunstancia, dictando un fallo desestimatorio del recurso de amparo que como tal no reflejaría la vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 39.2 CE, en la que incidía. De ahí que, conforme autoriza el artículo 55.1.b) LOTC, nuestro pronunciamiento haya de limitarse al otorgamiento del amparo en los términos estrictamente declarativos, que señala dicho artículo: «reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado» (FJ 7). En consecuencia el TC otorga parcialmente el amparo solicitado y declara que ha sido vulnerado el derecho de la recurrente a no ser discriminado por razón de nacimiento.

Voto particular formulado por el Magistrado Jiménez de Parga y Cabrera. Dicho Magistrado considera que debería haberse estimado el recurso de amparo con los siguientes pronunciamientos: i. Declaración de vulneración del artículo 14 CE.–ii. Nulidad de las sentencias impugnadas.–iii. Planteamiento de auto-cuestión ex. artículo 55.2 LOTC.

Voto particular formulado por el Magistrado Mendizábal Allende al que se adhiere el Magistrado Gabaldón López. Este Magistrado considera que el fallo

debería haber sido idéntico al de la STC 74/1997, desestimando totalmente la pretensión de amparo, sin más. La raíz de esta sentencia, según el Magistrado discrepante, no es otra que la inexistencia de un derecho fundamental vulnerado por la Audiencia Provincial. Nada puede el principio de igualdad contra el de legalidad en el ámbito penal. Por ello en el fallo de la sentencia se elude cuidadosamente cualquier indicación de quién haya vulnerado el derecho fundamental «fantasmagórico». Es más, se reconoce que la actuación del juez fue irreprochable.

En consecuencia, la declaración que hace el TC deja intocada la sentencia de instancia, viciando así de incongruencia el fallo que, en definitiva no ampara, ni restituye ni repara. Se trata de un fallo abstracto que en el fondo intenta enmascarar una declaración de inconstitucionalidad del artículo 487 bis CP (FJ 4).

STC 84/1998, de 20 de abril («BOE» de 20 de mayo).

RA.

Ponente: García-Mon y González-Regueral (voto particular discrepante de Mendizábal Allende al que se adhiere Gabaldón López).

Estimado parcialmente.

Conceptos: Derecho a la igualdad ante la Ley. Filiación no matrimonial, discriminación por razón de nacimiento. Principio de tipicidad.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 25.1 y 39.2 CE; artículo 55.2 LOTC y artículo 487 bis CP de 14 de septiembre de 1973.

Esta sentencia se pronuncia en el mismo sentido que la STC 67/1998. De acuerdo con el artículo 55.1.b) LOTC se otorga el amparo en los términos estrictamente declarativos, esto es «reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado».

Voto particular formulado por el Magistrado Mendizábal Allende. Este Magistrado se pronuncia también en el mismo sentido en que lo hizo en la STC 67/1998.

STC 121/1998, de 15 de junio («BOE» de 17 de julio).

RA.

Ponente: Vives Antón.

Denegado.

Conceptos: Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Escuchas telefónicas.

Preceptos de referencia: Artículos 18.3 y 24 CE.

El recurrente en amparo fue condenado por la AP de Madrid por un delito contra la salud pública y otro de contrabando. La escucha, judicialmente autorizada, de las conversaciones telefónicas mantenidas desde un locutorio permitió a la policía conocer que se estaban enviando a Madrid diversas cantidades de cocaína, ocultas en paquetes postales. Las informaciones así obtenidas dieron lugar a las correspondientes interceptaciones de los envíos postales que se venían realizando, procediéndose a la detención del recurrente. Este considera en primer

lugar que ha sido vulnerado su derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), ya que en el juicio oral no fueron oídas las cintas donde se grabaron las escuchas. El TC pone de manifiesto que esta es una alegación nueva, y en cualquier caso la vulneración del derecho fundamental se debe a la propia pasividad del recurrente, que no propuso la práctica de dicha prueba.

El recurso de amparo se basa principalmente en que a juicio del recurrente, la sentencia condenatoria ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia y al secreto de las comunicaciones, debido a la forma en que el resultado de la intervención telefónica de que fue objeto, se incorporó a las actuaciones sumariales. El TS estimó que efectivamente se produjeron irregularidades en la incorporación al sumario de las grabaciones practicadas, y determinó la invalidez del resultado de la intervención telefónica. Sin embargo dicho Tribunal declaró que la apreciada invalidez no obsta para que la intervención telefónica, al ser constitucionalmente válida, dé lugar a una investigación policial cuyo resultado podrá probarse por los mismos medios que cualquier otra diligencia del mismo carácter (FJ 4). Por contra, el demandante de amparo considera que las irregularidades denunciadas y apreciadas por el TS invalidan también el resto de pruebas valoradas en el juicio oral, dada su conexión causal con la intervención telefónica.

El TC establece que no existe lesión del derecho fundamental cuando las irregularidades denunciadas no se realizan en la ejecución del acto limitativo sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado. La restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, llevada a cabo por los funcionarios policiales en los que se delegó su práctica, se ha mantenido dentro de los límites de la autorización. En el presente supuesto la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de las grabaciones no permitió convertir las mismas en prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia. Sin embargo, al ser tales irregularidades procesales posteriores a la adquisición del conocimiento cuya prueba funda la condena, no impide que «lo conocido gracias a las escuchas puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido, por ejemplo, mediante las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas. Y desde luego, lo conocido puede ser objeto de posterior investigación y prueba por otros medios que legítimamente accedan al juicio oral» (FJ 5).

En definitiva, las irregularidades denunciadas no lesionaron el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, ni las pruebas sobre las que se fundó la sentencia condenatoria se hallan ligadas en modo alguno a tales irregularidades y, por lo tanto, el TC procede a desestimar el amparo solicitado.

STC 143/1998 de 30 de junio («BOE» de 30 de julio).

RA.

Ponente: Rodríguez Bereijo.

Estimado.

Conceptos: Tutela judicial efectiva. Notificación edictal.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.

El recurso de amparo se presenta contra la sentencia recaída en Primera Instancia y la totalidad de las actuaciones practicadas en una causa de separa-

ción matrimonial, que fue resuelta sin la presencia de una de las partes. Un matrimonio español estableció su domicilio conyugal en Alemania, tras lo cual el marido abandonó a su mujer e hija regresando a España, donde presentó demanda de separación en la que falsamente hizo constar que la recurrente en amparo se encontraba en ignorado paradero, por lo que fue emplazada en la mencionada causa mediante edictos, quedando en situación de rebeldía. La sentencia recurrida declara la separación matrimonial, quedando la hija menor al cuidado de su padre y sujeta a su patria potestad y se establece que la esposa habrá de contribuir al mantenimiento de la niña con una cantidad mensual.

Con ocasión de este recurso de amparo el TC vuelve a plasmar su doctrina en relación al carácter prioritario del emplazamiento personal y a la subsidiaridad de la citación mediante edictos, ya que sólo el primero garantiza plenamente el derecho contenido en el artículo 24.1 CE, lo que hace necesario que los Tribunales agoten todas las posibilidades que razonablemente estén a su alcance, para que el interesado tenga conocimiento del proceso que se sigue. En este sentido afirma: «La citación es algo más que un requisito de forma y, por ello, se hace preciso, desde el punto de vista de la garantía del artículo 24.1, que el órgano judicial asegure, en la medida de lo posible, su efectividad real. [...] Más concretamente, por lo que se refiere a la modalidad de notificación por edictos, se ha afirmado que ésta requiere, por su cualidad de último medio de comunicación, no sólo el agotamiento previo de las otras modalidades que aseguren en mayor grado la recepción por el destinatario de la correspondiente notificación, así como la constancia formal de haberse intentado practicar, sino también que el acuerdo o resolución judicial que considera a la parte en ignorado paradero se funde en criterios de razonabilidad que lleven a la convicción o certeza de la inutilidad de aquellos otros medios normales de citación» (FJ 3). «No resulta suficiente desde una perspectiva constitucional la constatación del cumplimiento de las formas procesales, cuya aplicación automática no excluye *per se* la eventual vulneración constitucional, pues como se afirmó en esa misma STC 242/1991, el deber de emplazamiento directo tiene su origen en la Constitución y no en la Ley y el derecho de acceso a la justicia garantizado en el artículo 24.1 CE impone a los Jueces y Tribunales la obligación de promover, por encima de interpretaciones formales, la efectividad de aquel derecho, entendiendo siempre las normas procesales en el sentido más favorable a su ejercicio» (FJ 4).

En el caso concreto el TC estima el recurso por entender que se disponía de datos suficientes en las actuaciones, como para entender que era posible la comunicación personal: «No obstante, el Juzgado no utilizó ninguno de estos datos aportados al proceso ni investigó en modo alguno el paradero concreto de la demandada a fin de posibilitar su efectiva intervención en la causa, limitándose a dar por buena la afirmación del demandante y a proceder a la notificación por edictos [...]» (FJ 4).

STC 144/1998, de 30 de junio («BOE» de 30 de julio).

RA.

Ponente: García Manzano.

Denegado.

Conceptos: Derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz. Requisitos de la información veraz. Conflicto entre el derecho a comunicar información y el derecho al honor. Prevalencia de este último en el presente supuesto de hecho.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1 d) CE.

El semanario *Interviú* publicó un reportaje en el que se relataba la vinculación de algunos miembros de la delegación oficial española en los Países Bajos con el tráfico de armas, automóviles y drogas, así como con una serie de atentados contra los agentes diplomáticos y edificios oficiales de España, reivindicados por la organización terrorista ETA. Una de las personas mencionadas en dicho reportaje interpuso demanda por vulneración de su derecho al honor y el TS falló a su favor. El autor, director y la empresa propietaria de la publicación interponen recurso de amparo ante el TC por considerar que ha sido vulnerado su derecho a comunicar información ex artículo 20.1.d) CE.

El TC parte una vez más de la distinción entre la libertad de expresión y el derecho a comunicar información, ya que mientras que la opinión no es susceptible de contraste, no ocurre lo mismo con la información que se comunica, que sí puede ser valorada bajo parámetros de exactitud. Sentado esto, recuerda que en el conflicto existente entre el derecho al honor y el derecho a la libre emisión de información, prevalece esta última, dada su doble dimensión de libertad individual y de garantía de la opinión pública, si se cumplen los requisitos de *relevancia de la información* y de *veracidad*. Analiza estos requisitos para determinar qué derecho debe prevalecer en este caso.

Entre los elementos a tener en cuenta a la hora de apreciar la *relevancia pública* de la información se valora: la materia objeto de información, el interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre, así como la persona objeto de la información (FJ 2). El reportaje en cuestión, tanto por los hechos a los que se refería como por el personaje involucrado (Cónsul General de España) es considerado de relevancia pública por el TC (FJ 3).

En cuanto al requisito de *veracidad*, este no debe entenderse como exigencia de total exactitud entre lo acontecido y el objeto de publicación, sino que lo que se pretende es evitar que en la tarea de transmitir información se actúe de forma negligente e irresponsable. Es importante la puntualización que hace el TC en cuanto al grado de diligencia que debe desplegarse en función de si el informador se limita a transmitir la información que publica otro medio de comunicación (se presenta como una comunicación neutra), o bien si se trata de una información asumida por el autor como propia. En este último caso, el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no justifica atenuación o flexibilización alguna. En el presente caso el TC determina que nos hallamos ante un reportaje del segundo tipo, se ha utilizado una información en origen ajena y ha sido asumida y elaborada como propia por *Interviú*. Ello se deduce del hecho de que dicha revista envió a Holanda reporteros y asimismo del giro dado a la noticia (FJ 5). El TC analiza si la diligencia desplegada por los reporteros en

este caso es la exigible y si la información ofrecida fue suficientemente contrastada para que el reportaje pueda ser calificado como veraz.

El núcleo del reportaje publicado por *Interviú* gravita en torno a la conexión de ETA con los bajos fondos holandeses con los que también estaría vinculado cierto diplomático español. Dicha información, según el TC, no ha sido suficientemente contrastada; ni con las fuentes diplomáticas españolas, ni tampoco con la redacción del diario holandés que elaboró el reportaje en parte asumido por *Interviú*. Por ello el TC considera que el reportaje en cuestión se basa en simples sospechas de sus autores. A ello debe añadirse que la información utilizada por la revista *Interviú* había sido rotundamente desmentida, tanto por la oficina de información diplomática como por la policía española, antes de ser publicado el reportaje, sin que en este se hiciera referencia alguna a estos desmentidos.

En este caso, la vulneración del derecho al honor resulta especialmente relevante, si se tiene en cuenta que la trascendencia de la misma se extiende más allá de la persona del afectado, dada la condición de representante diplomático español. Las *circunstancias presentes* en este caso exigían de los informadores el despliegue de una *máxima diligencia*, para contrastar la veracidad de los hechos atribuidos al diplomático español. El TC concluye que la libertad de expresión en este supuesto no puede hacerse valer sobre el derecho al honor, una vez realizado el juicio de ponderación de los derechos constitucionales en conflicto y por ello deniega el amparo solicitado (FJ 6).

STC 145/1998, de 30 de junio («BOE» de 30 de julio).

RA.

Ponente: García Manzano.

Estimado.

Conceptos: Proceso civil y el derecho a obtener la tutela efectiva.

Preceptos de referencia: Artículo 24 CE.

El proceso se inicia con el ejercicio de un retracto. Conocido por los titulares del derecho la posibilidad de ejercitar el retracto de comuneros, interpusieron ante el Juzgado correspondiente la demanda. Pero a la vista de que desconocían el importe de la venta de la finca, se procedió a prestar aval bancario que garantizara en su momento el pago. Los demandados se opusieron a la misma alegando que el importe de la venta era conocido, ya que el mismo constaba en el registro de la Propiedad y que por tanto sólo se cumplía el requisito recogido en el artículo 1618.2 de la LECiv con la consignación del precio en el Juzgado.

Cuando el Juzgado acoge esa interpretación, el actor interpone recurso (contra cuya decisión se recurrió en amparo) en el que señala que los órganos judiciales realizan una interpretación excesivamente rígida, al no admitir el aval bancario ofrecido, puesto que ese medio de garantía satisface la finalidad de seriedad perseguida por la norma procesal. En el recurso se destaca asimismo que conforme a la doctrina constitucional las normas y requisitos procesales deben interpretarse y aplicarse del modo que sea mas favorable a la efectividad del derecho fundamental.

El fondo que late en la argumentación del recurrente en amparo es la apreciación de que ciertas interpretaciones legales, quizá por excesivo rigor, pueden pro-

vocar indefensión en la parte. En el caso de autos, el problema como hemos visto, se centraba en si la garantía bancaria podía sustituir la consignación del dinero. En otras palabras si puede ser considerado un aval bancario un medio seguro de pago.

Hora es ya de que los tribunales se decidan a modernizar los «sistemas de pagos». Un aval bancario no equivale a una oferta de entregar. Un aval, cuando es el tiempo del pago, es equivalente a un pago. Esta es la interpretación que ha acogido al TC cuando señala que *«cuando es excesivamente onerosa para el demandante la consignación en metálico del precio del retracto, y en tanto ese precepto no sea modificado por el legislador, resulta incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, negar al demandante que ejercita la acción de retracto, la posibilidad de que cumpla dicho requisito legal mediante la constitución ante el Juzgado de fórmulas sustitutivas o alternativas de idéntica finalidad garantizadora, atendidas las circunstancias del caso y la solvencia del medio sustitutorio ofrecido»* (FJ 5).

En definitiva, lo que debe quedar de esta sentencia es que los requisitos procesales, cuando son excesivos, deben ser interpretados conforme al artículo 24 de la CE y por tanto en el sentido mas favorable a la producción de los efectos, efectivamente buscados por la norma que se debe aplicar.

STC 150/1998, de 2 de julio («BOE» de 30 de julio).

RI.

Ponente: Mendizábal Allende.

Estimado.

Conceptos: Competencia del Estado en materia civil. Titularidad de los bienes vacantes y sin dueño conocido.

Preceptos de referencia: Artículos 149.1.5, 149.1.6 y 149.1.8 CE, en relación con ciertos artículos de la Ley de la comunidad autónoma de Castilla y León 14/1990, de 28 de noviembre, de Concentración Parcelaria.

El recurso de Inconstitucionalidad se plantea por el Presidente del Gobierno en relación con determinados preceptos de la Ley 14/1990, de 28 de noviembre, de Concentración Parcelaria, aprobada por la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Entre otros asuntos que fueron objeto de recurso, interesa –a nuestros efectos– destacar y detenerse en dos. El primero es el tema de la distribución competencial y en concreto el contenido del artículo 149.1.8 de la CE. En él, como se recordará, se atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo del mismo por parte de las CC.AA. que tuvieran previamente derecho civil propio. No es este el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y, por consiguiente, la norma autonómica, que atribuye la propiedad de los bienes sin dueño a la propia autonomía, es declarada inconstitucional y para ello el TC utiliza el siguiente razonamiento *«Habida cuenta de que la competencia en dicha materia corresponde al Estado, [sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí*

donde existan] (art. 149.1.8 CE), deberá ser una ley estatal quien realice tal atribución, pues en caso contrario la legislación de las Comunidades Autónomas que se atribuyera dichos bienes dejaría vacía de contenido en este punto concreto la competencia del Estado» (FJ 3).

El segundo tema que interesa destacar es el de la competencia en materia de Administración de justicia. El precepto que se impugna, repitiendo normas estatales, atribuye a los Jueces de Primera Instancia ciertas competencias en materia de concentración parcelaria. A juicio del TC «la Comunidad Autónoma carece de competencia para integrar a los Jueces de Primera Instancia en las Comisiones Locales de Concentración Parcelaria, sin que tal tacheta quede obviada por la circunstancia de que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que es una norma estatal, contenga un mandato idéntico» (FJ 2).

Es pues el Estado quien, en virtud de la atribución que a este efecto realiza el artículo 149.1.5, es titular exclusivo de la competencia sobre la administración de Justicia. Luego a él corresponde determinar las funciones que hayan de desempeñar los Jueces y Magistrados, sin que con ello como concluye el propio TC «la exclusividad y la independencia de la función jurisdiccional queden menoscabadas» (FJ 2).

STC 155/1998, de 13 de julio («BOE» de 18 de agosto).

RA.

Ponente: Viver Pi-Sunyer (voto particular de Gabaldón López).

Estimado.

Conceptos: Igualdad ante la ley. Unión de hecho y derecho a la vivienda arrendada.

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE.

En 1973 y mientras seguía –ante la inexistencia de divorcio– en situación legal de casado, el señor Pérez inició una relación extramatrimonial. Durante los seis años que duró su convivencia «*more uxorio*», la pareja convivió en una vivienda arrendada por el señor Pérez con la finalidad evidente de servir de domicilio a la pareja. Cuando la unión entre ambos se rompió, el señor Pérez dejó la vivienda que hasta ese momento habían compartido, que continuó siendo ocupada de modo exclusivo e ininterrumpido por la mujer, hasta que en 1988 (es decir transcurridos más de ocho años desde la ruptura de la pareja), el propietario instó la resolución del contrato, basándose en que, al haber abandonado el arrendatario de vivienda en cuestión, se había producido una situación de cesión o de subarriendo inconstituidos.

El recurso se plantea contra la decisión de la Audiencia que, en contra de lo resuelto por el Tribunal de Instancia, entendió que la convivencia «*more uxorio*» era irrelevante a efectos jurídicos.

El TC, después de declarar nuevamente que la aplicación del artículo 14 de la CE no es una simple operación mecánica que debe en todo caso y circunstancia generar para todos los mismos derechos y obligaciones, entiende que en la sentencia objeto del recurso se ha vulnerado, no obstante, el artículo citado ya que: «en lugar de partir de la necesaria igualdad de trato constitucional exigida en atención a la imposibilidad de contraer matrimonio, funda su decisión única

y exclusivamente en la premisa de que la unión de hecho formada por los arrendatarios está ayuna por completo de los derechos y deberes de toda índole, incluidos los de carácter sucesorio y por supuesto de los de naturaleza patrimonial, que conforman el régimen matrimonial...». (FJ 4)

El TC no entra a determinar las consecuencias jurídicas, que en relación con la continuidad o no del arrendamiento habían de producirse, por el hecho de que el arrendatario hubiera abandonado el domicilio arrendado. La decisión del Constitucional se limita a señalar que la decisión impugnada mantuvo un criterio no ajustado a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad. En efecto *«los convivientes more uxorio no pudieron contraer matrimonio mientras duró su relación porque en aquel momento no existía en nuestro ordenamiento posibilidad alguna de que el conviviente arrendatario consiguiese el divorcio [...] al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron more uxorio lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, deben reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial»* (FJ 4).

El voto particular, que formula el magistrado Gabaldón López, destaca que en la sentencia de cuyo razonamiento él discrepa se aplica el criterio de igualdad al derecho de continuación del arrendamiento, como si en el momento de plantearse la cuestión judicial la relación de convivencia persistiera y persistiera también la imposibilidad de contraer matrimonio, cuando lo cierto es que tanto la una como la otra habían desaparecido. En opinión del disidente se ha asimilado el abandono del domicilio conyugal al cese de la convivencia, seguida del abandono del domicilio, olvidando que *«no subsistía una situación de hecho que permitiera la equiparación [de efectos] por haber sido disuelta años antes»*.

STC 165/1998, de 14 de julio («BOE» de 18 de agosto).

RA.

Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera.

Denegado.

Conceptos: Emplazamiento edictal. Legitimación pasiva en el interdicto de recobrar la posesión.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 CE y 1652 LEC.

El recurrente en amparo había realizado obras en un local comercial situado en los sótanos de una finca, transformando y alterando elementos comunes de la misma. Ante esta situación la Comunidad de Propietarios interpone un interdicto de recobrar la posesión, que fue resuelto sin la intervención del demandado en el proceso, ya que tras ser citado en dos ocasiones en el domicilio que constaba en la demanda y una vez más a través de edictos fue declarado en rebeldía.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en su integridad la demanda, declarando haber lugar al interdicto y condenando al demandado a ejecutar determinadas obras, a fin de reponer a la actora en la posesión. La sentencia fue notificada mediante edictos. Posteriormente, la parte actora manifiesta ante el Juzgado que ha tenido conocimiento del verdadero domicilio del demandado y pide la ejecución de las medidas acordadas en la sentencia. Tras la notificación de la sentencia

en el nuevo domicilio, el demandado se personó ante el Juzgado apelando la sentencia por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva al no haber tenido ocasión de defenderse en el proceso y pidiendo que se suspendiera la ejecución de la sentencia por no tener él ni la propiedad ni la posesión del inmueble, que pertenecía a una Sociedad Mercantil. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso, por entender que fue citado correctamente por edictos, ya que la actora, en la fecha en que tuvieron lugar los actos de despojo, no podía conocer quién era el verdadero titular del local pues aún no había sido inscrito como tal en el Registro de la Propiedad y porque el demandado asistía a las reuniones comunitarias en calidad de propietario. Admitido a trámite el recurso de amparo contra las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial, dos son las cuestiones principales sobre las que se pronuncia el TC y que están conectadas entre sí:

1. Constitucionalidad del emplazamiento por edictos, en cuanto puede generar indefensión y vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Esta cuestión ya ha sido planteada en múltiples ocasiones, en concreto hemos de hacer referencia a la ya comentada STC 143/1998, por lo que cuenta con una doctrina ampliamente consolidada, que en esta ocasión y debido a las especiales circunstancias del supuesto de hecho, el TC se ve obligado a matizar: «Constituye doctrina de este Tribunal que el emplazamiento por edictos, aún sin ser en sí mismo contrario a las exigencias del artículo 24.1 CE, constituye un modo supletorio de llamada de los interesados al proceso. En consecuencia, el órgano judicial debe emplear previamente todos los medios a su alcance para garantizar el emplazamiento personal». [...] «Es evidente que sobre los Tribunales no puede pesar la carga de llevar a cabo largas y arduas pesquisas ajenas a su función [...], pero sí tienen la obligación de dar la debida relevancia jurídico-procesal a los datos obrantes entre ellos y, observando la diligencia mínima que les es exigible, localizar a los interesados que, como tales, aparecen identificados en el proceso» (FJ 3).

En el caso concreto, el TC entiende que el Juzgado actuó correctamente ya que citó al demandado en el único domicilio que constaba en autos y sólo ante el resultado negativo de los dos intentos efectuados se acordó la citación edictal del demandado. Por otra parte, no existía obligación de realizar ningún tipo de averiguación adicional, ya que los hechos probados indican que fue el demandado el que realizó las obras objeto del interdicto y que éste había manifestado, con evidente mala fe, ser él el propietario del local.

2. Legitimación pasiva en el interdicto de recobrar la posesión.

Aunque se trata de una cuestión, que a primera vista parece tener escasa trascendencia constitucional, lo cierto es que una incorrecta identificación de la persona que ha de ser llamada al proceso puede vulnerar los derechos reconocidos en el artículo 24. CE y generar indefensión. Es por ello que el TC cuando resuelve la cuestión planteada en el punto número 1 se ve obligado a pronunciarse sobre este extremo señalando: «Y respecto a la obligación del Juzgado de acudir al Registro de la Propiedad para la verificación del titular del inmueble, procede recordar que la legitimación pasiva en el interdicto de recobrar no se determina por la titularidad dominical o la posesión de la cosa, sino que el artículo 1652 LECiv se limita a exigir, en los supuestos de actos de despojo, que en la demanda se haga constar si dichos actos fueron ejecutados por la persona contra quien se dirige la acción interdictal. En el caso presente, el interdicto se dirigió contra el hoy quejoso como autor del despojo» (FJ 4).

STC 173/1998, de 23 de julio («BOE» de 18 de agosto).

RI.

Norma recurrida: Ley vasca 3/1988 de Asociaciones.

Ponente: Viver Pi-Sunyer (voto particular discrepante de Jiménez de Parga y cuatro más).

Estimado parcialmente.

Conceptos: Derecho de asociación. Competencias estatal y autonómica. Reserva de LO y distribución de competencias. La distinción entre «el derecho» y su «régimen jurídico». El contenido fundamental del derecho de asociación. Condiciones básicas para la igualdad de los españoles en relación con él.

Preceptos de referencia: Artículos 22, 81.1, 149.1.1 y 149.1.6 CE. Artículo 10.3 EAPV.

Esta extensa sentencia resuelve el recurso que planteó el Gobierno contra la Ley vasca 3/1988, de Asociaciones, por entender que en ella se llevaba a cabo una «regulación general del derecho de asociación reconocido en el artículo 22 CE», desbordando las competencias de la Comunidad Autónoma y violando la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE. Se partía así de una distinción entre el género asociación (cuya regulación competiría al Estado) y los distintos tipos o especies sobre los que la Comunidad tiene estatutariamente competencias (y sobre cuyas particularidades podría legislar). En este sentido, siempre según el recurso, de los artículos 22, 81.1, 149.1 y 139.1 CE resultaría una reserva al Estado para establecer «los elementos generales definidores de las asociaciones en cuanto institución civil, es decir, los elementos correspondientes al género común de asociación, mientras que el título competencial previsto en el artículo 10.3 del EAPV, al referirse a tipos concretos de asociaciones, ceñiría la competencia de la Comunidad Autónoma a la regulación concreta de las especificidades resultantes del carácter docente, cultural, artístico, benéfico o asistencial de las asociaciones de este tipo». Corresponderían así al Estado las reglas «relativas a los requisitos determinantes del nacimiento de una asociación como persona jurídica; a la determinación del régimen jurídico básico por el que ha de regirse; a la fijación de los elementos mínimos configuradores de sus órganos (determinación, composición, reglas básicas de funcionamiento y adopción de acuerdos); al régimen de capacidad y responsabilidad de la asociación y de responsabilidad de los asociados y a las causas y efectos de la extinción de aquella» (FJ 2).

El TC empieza por precisar que el artículo 10.3 EAPV (que otorga a la CA competencia exclusiva sobre «asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en el País Vasco») no es «un título competencial para regular todas las asociaciones de derecho común, ni menos aún todas las uniones de personas que resultan del ejercicio del derecho de asociación, en sus muchas manifestaciones y modalidades». La competencia se limita a «un elenco de asociaciones caracterizadas por atender a unos fines y desarrollar unas actividades específicas» (FJ 3). Ahora bien, ese sería precisamente, a juicio del TC, el alcance de la Ley atacada: «Por declaración expresa de la propia Ley, ésta se limita a regular las asociaciones a las que se refiere el artículo 10.3 del EAPV», sin que a ello

obste lo genérico de su título o lo equívoco de sus rúbricas y su Preámbulo, carentes de valor normativo (FJ 4).

En relación con las asociaciones a que se contrae la ley, la competencia de la CA, como exclusiva que es, no se limita a los aspectos administrativos. También incluye «*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).

La competencia exclusiva de la CA está, sin embargo, limitada por las normas constitucionales. Concretamente por dos límites fundamentales (FJ 6): 1.º) La CA «*no puede entrar a regular el desarrollo directo de los elementos esenciales del derecho fundamental de asociación*», reservado al Estado ex artículo 81.1 CE. Lo que la CA puede regular es «*no el derecho de asociación en cuanto a tal, sino el régimen de las asociaciones que surgen del ejercicio de ese derecho*». 2.º) La CA debe respetar las competencias exclusivas del Estado en materias tales como legislación civil, procesal, penal, etc. A partir de aquí, la sentencia se estructura en torno a los preceptos constitucionales invocados en el recurso: artículos 81.1 (reserva de LO), 149.1.1 (condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles), 139.1 (igualdad de derechos y obligaciones de los españoles) y 149.1.6 (legislación procesal). Su atención se centra, no obstante, en los dos primeros.

1) La reserva de Ley Orgánica ex artículo 81.1 CE.–En relación con ella, el TC elude la polémica teórica sobre su naturaleza: «*Lo más relevante [...] no radica tanto en la distinción entre la naturaleza jurídica de la reserva de ley y las reglas de competencia, cuanto en la delimitación del alcance material de la reserva de Ley Orgánica y en la determinación de en qué medida esta delimitación debe hacerse o no a partir del sistema de distribución de competencias*» (FJ 7). A este respecto, el TC progresivamente ha ido estableciendo pautas. Ante todo, «*la necesidad de aplicar un criterio estricto o “restrictivo” para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término “desarrollar” como a la “materia” objeto de reserva*» (FJ 7). La LO debe quedar limitada al desarrollo directo de la Constitución. Más difícil es, admite el TC, «*la cuestión relativa a la fijación del ámbito de la reserva de LO en función o no de los títulos competenciales atribuidos al Estado por el artículo 149.1 y 3 CE*». Con todo, añade, hay algunos criterios fundamentales (FJ 7): 1.º) «*Que el ámbito de la reserva de LO no es coextenso al de las competencias atribuidas al Estado*»; y 2.º) «*Que la fijación del alcance de la reserva debe cohererarse con el contenido de los preceptos del llamado bloque de la constitucionalidad que distribuyen las competencias entre el Estado y las CCAA*». A ellos se añadiría la distinción entre el derecho (de asociación) y la materia (el régimen jurídico de las asociaciones): Ex artículo 81.1 CE, se reserva al Estado «*la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o “en cuanto tal”*». Por el contrario «*la “materia” sobre la que se proyecta el derecho*» corresponde al «*legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma*» (FJ 7).

El TC no deja de admitir que «*entre la regulación del derecho de asociación y la del régimen jurídico de las asociaciones existe una zona de difícil delimitación*». Pero insiste en que ese es el criterio del que hay que partir para «*delimitar lo reservado a la LO y lo que corresponde a los títulos competenciales relaciona-*

dos con la materia de asociaciones y muy especialmente lo que corresponde al legislador ordinario, sea estatal o autonómico» (FJ 7). El problema se acrecienta porque hasta la fecha no existe ninguna norma genérica de desarrollo directo del artículo 22 CE (la Ley 191/1964, de Asociaciones, parcialmente vigente, «no cumple la función de desarrollar el derecho de asociación como género, estableciendo una regulación que haya de ser respetada por las leyes especiales que incidan en el ámbito del derecho», cfr. STC 67/85, FJ 5).

Dado que la ubicación en el ámbito de «el derecho de asociación» (LO) o en el de «el régimen jurídico de las asociaciones» (ley ordinaria) dependerá «del grado más o menos intenso de proximidad con uno u otro» (FJ 7), es preciso analizar las características propias de aquel. Se trata de un derecho fundamental que es «en esencia, un derecho de libertad frente a posibles “interferencias de los poderes públicos» (STC 56/1995)». Su contenido fundamental se manifiesta en tres dimensiones o facetas complementarias: «La libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; y, finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas». A este triple contenido, se añade «una cuarta dimensión, esta vez inter privados, que garantiza un haz de facultades de los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenecen –o, en su caso, a los particulares respecto a las asociaciones a las que pretenden incorporarse» (FJ 8).

En aplicación de la doctrina expuesta, el TC entiende reservada a LO y, por tanto, al Estado: «La delimitación de “los aspectos esenciales del contenido del derecho” en lo tocante a la titularidad, a las facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes (STC 101/1991. FJ 2), 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 [...] 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 las 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» (FJ 8).

2) El artículo 149.1.1 CE.–Conforme a él, el Estado es competente para establecer «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». Se trata de un título competencial con contenido propio, no residual (STC 61/1997). El Estado puede «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». Sin embargo, añade, «en tanto que esa legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, ya que el artículo 149.1.1 CE, más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las CC.AA., lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione [...] el ejercicio de esas competencias autonómicas» (FJ 9). Sin descartar que alguno de los preceptos vigentes de la Ley de Asociaciones de 1964, o del Código Civil, o de otras leyes, pueda «inferirse alguna pauta», hay que entender que «el legislador estatal podrá considerar “condiciones

básicas” ex artículo 149.1.1 CE, tanto lo que podríamos denominar la definición del concepto legal de asociación, como aquellos aspectos concretos de lo que hemos llamado el 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 ejercicio del derecho de asociación» (FJ 9).

A partir de esta doctrina, el TC aborda el análisis de los preceptos impugnados, que ordena en tres grupos.

1.º) *Principios generales* (art. 2).—No es inconstitucional afirmar que la constitución de asociaciones y el ingreso en las mismas es libre. Tampoco declarar que la condición de miembro de una determinada asociación no puede ser motivo de discriminación. Con ello nada se añade a lo que ya resulta del artículo 22 CE. Sí que es inconstitucional, en cambio, la afirmación de que *«la organización y funcionamiento [...] será democrática»*. El motivo: *«Constituye un desarrollo directo de un elemento esencial para definir la libertad de autoorganización de las asociaciones»*. Está, por tanto, reservado a Ley Orgánica decidir *«si las asociaciones deben organizarse y funcionar democráticamente o, por el contrario, los estatutos de la asociación pueden establecer libremente otros modos de organización y funcionamiento»* (FJ 13).

2.º) Aspectos relacionados con el *régimen externo* de las asociaciones: constitución, efectos de la inscripción registral, régimen de responsabilidad, facultades reconocidas a las asociaciones y causas y efectos de su disolución (FJ 14).— A este respecto, partiendo de que la CA tiene competencias, se trata de contrastarlas con la que al Estado atribuye el artículo 149.1.1 CE:

a) En relación con la constitución e inscripción [art. 4.a)], *«la falta de referencia a la normativa estatal no merece tacha de inconstitucionalidad si se interpreta que ese silencio no es sinónimo de una exclusión»*.

b) La definición de la asociación (entidad organizada para la consecución de fines mutuos o generales, con un esfuerzo común y abierta a terceros) y la exigencia de un mínimo de tres personas del artículo 5 son constitucionales. La definición *«no se aparta de las condiciones básicas que pueden deducirse del concepto de asociación utilizado por el legislador estatal»* y, además, *«se refiere exclusivamente a las asociaciones docentes, culturales, artísticas, benéficas y asistenciales que son competencia del País Vasco»*. En cuanto al número, tampoco se opone a ninguna determinación del legislador estatal *«ni puede considerarse que introduce un requisito excesivo, limitador del derecho de asociación»*.

c) El artículo 5.2 establece quiénes pueden constituir y ser miembros de asociaciones. Incluye a las personas jurídicas. El artículo 3 de la Ley de 1964, dice el TC, sólo alude a las naturales. Pero ello no excluye otras posibilidades. La admisión de las jurídicas *«no se opone al concepto legal de asociación hoy reconocido»*.

d) La exigencia de formalización documental (*«documento público o privado»*) debe entenderse como una remisión a la legislación estatal (ordenación de los instrumentos públicos), en cuyo caso es constitucional.

e) No es inconstitucional regular la inscripción *«a los solos efectos de publicidad»*. Sí lo es, en cambio, habilitar el cauce del procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales en caso de denegación o retraso en la inscripción (art. 149.1.6: legislación procesal).

f) No es inconstitucional la afirmación de que la inscripción *«hace pública la constitución y estatutos de las Asociaciones y es garantía tanto para los terceros [...] como para sus propios miembros»*. Tampoco lo es el régimen de responsabilidad, tanto de las Asociaciones inscritas como de las no inscritas.

g) En cuanto a las facultades de las personas jurídicas para cumplir sus fines, el Estado podría fijar condiciones básicas para asegurar la igualdad de los españoles (art. 149.1.1). *«Estas condiciones se hallan en la actualidad en los artículos 36 y 37 del Código Civil y el artículo 16 de la Ley 3/1988 en nada los contradice»*.

h) Tampoco es inconstitucional la normativa sobre disolución (pérdida de la personalidad jurídica). La remisión al artículo 39 del Código Civil es un reenvío formal: no al contenido preciso sino a la norma que en cada caso regule esta cuestión. Nada que objetar tampoco a la afirmación de que la disolución puede derivar de sentencia o de acuerdo.

3.º) Aspectos relativos al *régimen interno* de las asociaciones (FJ 15).—Tienen, dice el TC, *«una relación más remota con la reserva de LO y [...] no plantean problemas respecto a las competencias estatales ex artículo 149.1 CE, salvo, en algunos casos, con la competencia estatal sobre legislación procesal»*.

Las disposiciones impugnadas y que el TC considera constitucionales se refieren a: determinación de la normativa aplicable (ley, estatutos, acuerdos...); estatutos, contenido y modificación; organización y funcionamiento de la asociación; derechos y deberes mínimos de los socios. También se incluyen en este apartado las que tratan de uniones de asociaciones, asociaciones de alumnos y de padres de alumnos, cuyas impugnaciones se rechazan.

Finalmente, el TC analiza las impugnaciones relativas a la competencia estatal sobre legislación procesal, que se estiman.

El *voto particular*.—Parte de *«una concepción diferente del tratamiento que la CE efectúa del derecho de asociación»* y llega a conclusiones de las que resulta la inconstitucionalidad de numerosos preceptos de la ley recurrida. En síntesis, los puntos de discrepancia son:

1.º) La Ley vasca *«no se limita a establecer unas normas complementarias para aquellas asociaciones concretas respecto a las que posee competencia»*. Al contrario: *«Se proyecta sobre las Asociaciones, en general»* y pretende *«desarrollar un derecho fundamental»*.

2.º) Es erróneo el enfoque de la sentencia, que parece considerar autosuficiente el título competencial del artículo 10.13 EAPV, desterrando a la periferia —como límite o condicionante— las competencias que la Constitución atribuye al Estado.

3.º) En relación con la reserva de LO, la sentencia *«no deslinda con precisión los conceptos de “desarrollo” y “regulación del ejercicio” (que confunde con algo tan oscuro como “la regulación de la materia sobre la que se proyecta el derecho”, cuando de lo que se trata es, precisamente, de regular el derecho antes de que éste se proyecte sobre todos los ámbitos —no sobre materias— del ordenamiento)»*. El artículo 81.1 CE *«es, de manera previa a la establecida luego en el artículo 149.1.1 y 3 CE, y de modo indirecto, una norma atributiva de competencias a favor del Estado»*.

4.º) Sentado lo anterior, *«no es preciso recurrir al artículo 149.1.1 CE para conferir al Estado competencias de homogeneización que, en el campo de los derechos fundamentales, ya le atribuye el artículo 81.1 CE»*.

STC 194/1998, de 1 de octubre («BOE» de 30 de octubre).

RA.

Ponente: Gabaldón López (voto particular discrepante de Gimeno Sendra).

Denegado.

Conceptos: Colegiación obligatoria. Igualdad. Libertad negativa de asociación. Profesores de educación física en colegios privados.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 22 CE.

El problema tiene su origen en la condena de un profesor de educación física titulado, ejerciente en un colegio privado, como autor de una falta de intrusismo del derogado artículo 572.2.º del Código Penal de 1973, por no haberse colegiado (el deber de colegiación resultaba de la Ley de Colegios profesionales de 1974 y de los Estatutos de los Colegios de Profesores de Educación Física). Firme la sentencia, el afectado la recurre en amparo alegando que con ella se habría violado: 1.º el derecho a la igualdad, ya que la colegiación para quienes estén al servicio del Estado (colegios públicos) no es forzosa sino voluntaria y 2.º el derecho de asociación en su vertiente negativa (en el recurso se citaba el derecho de sindicación, pero el TC reinterpreta la alegación en el sentido indicado).

El TC en su sentencia razona (con cita de la STC 131/1989) que la diferencia de trato prevista en la norma estatutaria no es discriminatoria, pues en el caso de los educadores al servicio del Estado es la Administración la que asume la tutela de los fines públicos que concurren en el ejercicio de las profesiones colegiadas. *«La obligación de incorporación a un Colegio para el ejercicio de la profesión se justifica no en atención a los intereses de los profesionales, sino como garantía de los intereses de sus destinatarios»* (FD 3).

En cuanto a la compatibilidad entre colegiación obligatoria y libertad negativa de asociación, el TC reitera la doctrina de la STC 89/1989. La exigencia de adscripción forzosa a un Colegio supone, en efecto *«una limitación al principio general de libertad y, más en concreto, del libre ejercicio de la profesión y de otro, una excepción a la regla general de libertad negativa de asociación que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del artículo 22 CE»* (FD 5). Por ello: 1.º han de existir *«fines públicos constitucionalmente relevantes»* y 2.º debe ser el legislador quien tome la decisión.

En el caso planteado, la exigencia de colegiación venía establecida en normas infralegales. Pero entiende el TC que ello es irrelevante, por tratarse de normas preconstitucionales *«que no devienen nulas por el hecho de que, posteriormente, la Constitución haya exigido un determinado rango para la regulación de tales materias, pues la reserva de ley del artículo 36 o del artículo 53.2 no puede aplicarse retroactivamente»* (FD 6).

Por lo demás, *«respecto a la exigencia de cumplimiento de fines públicos relevantes, una mera lectura del elenco de funciones asignadas a los Colegios Profesionales de Profesores y Licenciados de Educación física por el artículo 3 de los Estatutos evidencia que la adscripción forzosa se configura [...] como un instrumento necesario para que el Colegio asuma la responsabilidad de velar sobre las actividades desarrolladas en ámbitos educativos privados o referidos al libre ejercicio de la profesión por los Profesores de Educación Física»*. Hay que recordar, añade el TC, que *«la propia Constitución contiene un mandato a los poderes públicos para que fomenten “la educación física y el deporte”*

(art. 43.3 CE) y que ambas actividades aparecen, por otra parte, estrechamente vinculadas a la salud» (FD 7).

El voto particular discrepa frontalmente del fallo. Primero, en aplicación del principio de legalidad, por entender que la conducta del recurrente había sido ya despenalizada por el Código vigente (que sólo castiga a quien «se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posee»). Segundo, por infracción del derecho negativo de asociación. En pocas palabras, de lo que discrepa Gimeno es de la pretendida necesidad de crear un Colegio Profesional de Profesores y Licenciados de Educación física y, sobre todo, de los supuestos fines constitucionalmente relevantes del mismo. A este respecto, dice el discrepante, «no basta una invocación genérica de la “educación física y el deporte” [...] ni que esta profesión esté vinculada con la “salud”. Su conclusión es que: «En lo sucesivo y de conformidad con esta peligrosa doctrina que inicia la presente sentencia, para justificar la colegiación obligatoria será suficiente que el colectivo profesional concernido invoque genéricamente cualquier bien o interés constitucional para poder obtener, incluso por la vía penal mediante el tipo del intrusismo, dicha colegiación forzosa». [...]«Se abren, así, las puertas a la expansión de un tipo penal que la doctrina de la STC 111/1993 había circunscrito a las clásicas profesiones liberales que inciden en derechos fundamentales, como es el caso de los médicos, arquitectos, abogados e ingenieros».

STC 200/1998, de 14 de octubre («BOE» de 18 noviembre).

RA.

Ponente: Gabaldón López (voto particular de Vives Antón, se adhiere González Campos).

Estimado parcialmente.

Conceptos: Derecho a comunicar y recibir libremente información.

Conflicto con el derecho al honor.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1 a) y d) CE.

El núcleo fundamental de este recurso de amparo se encuentra en la invocación del artículo 20. 1 a) y d), porque se considera que la Sala Segunda del Tribunal Supremo estimó constitutivos del delito de injuria una serie de expresiones e informaciones publicadas por los recurrentes y consecuentemente conculcó sus derechos a la libre información y expresión. Tales informaciones y expresiones se referían a una supuesta relación adulterina de un personaje público.

Para pronunciarse sobre la cuestión, se trae a colación la doctrina que, sobre estas cuestiones, ha ido manejando el Tribunal Constitucional a lo largo de numerosas sentencias. Los criterios expresamente recogidos aquí son: el interés y la relevancia de la información divulgada y la necesidad de que la información sea veraz, aunque se advierte que ello no equivale a una realidad incontrovertible de los hechos, sino a exigir una especial diligencia que asegure la seriedad del esfuerzo informativo.

El Tribunal Constitucional reconoce que la problemática no se plantea respecto de los datos informativos en sí mismos, sino en relación con la versión que dan de los hechos y con las calificaciones vertidas sobre determinados aspectos de las conductas de los ofendidos, así como de las expresiones utilizadas.

El Tribunal considera que algunas de las informaciones y expresiones publicadas rebasan los límites de la crítica admitida contra los personajes de relevan-

cia pública, «pues aun sin constituir meros insultos dictados por la enemistad, si se muestran como evaluaciones de alguna actuación concreta de las personas que son su objeto». Por otro lado, se constata que el Tribunal se muestra más sensible a los derechos de personas sin esa relevancia pública y manifiesta que aún es más ilegítima la actuación de los periodistas «respecto de dos personas distintas de las que genera el interés informativo».

El voto particular discrepa de la mayoría en la concreta ponderación de los derechos a la libertad de expresión y al honor. Se afirma, en primer lugar, la importancia que para el Estado de Derecho tiene la libertad de expresión. Además se entiende que la veracidad de las informaciones constituye el único dato relevante en el caso en cuestión: «Si se trata de personas y hechos con relevancia pública y las informaciones se han obtenido lícitamente, el único criterio que determina su protección constitucional es la veracidad».

STC 204/1998, de 26 de octubre («BOE» de 12 de diciembre).

RA.

Ponente: García-Mon.

Denegado.

Conceptos: Tutela judicial. Arrendamientos urbanos. Consignación de rentas para apelar. Revisión de oficio.

Preceptos de referencia: Artículo 148.2 LAU (TR 1964) y artículo 24.1 CE.

Se trata de un caso más relativo a la exigencia legal de que, para apelar, las rentas adeudadas se consignen dentro del plazo previsto legalmente para la interposición de la apelación. El problema se suscita porque, en el caso, el arrendatario consigna inicialmente una suma inferior a la adeudada, dándole el Juzgado de instancia un nuevo plazo para consignar la diferencia, cosa que hace. En la vista de la apelación, no obstante, la Audiencia declara mal admitido el recurso por incumplimiento del artículo 148.2 LAU. El arrendatario acude entonces al TC por entender que la interpretación de este precepto es rigurosa en exceso y, como tal, contraria al artículo 24.1 CE. En su fallo denegatorio y con cita de su abundante jurisprudencia anterior, el TC no hace sino confirmar su propia doctrina: «*El requisito del pago o consignación de las rentas vencidas al tiempo de la interposición del recurso, o de las que vayan venciendo durante su tramitación, que se establecía en el derogado artículo 148 LAU y que, en la actualidad, se regula en los artículos 1566 y 1567 LEC (en la redacción dada por la Ley 29/1994), no constituye un formalismo desproporcionado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos. Por el contrario, representa una exigencia esencial para el acceso y la sustanciación de los recursos, cuya finalidad es asegurar los intereses del arrendador que ha obtenido una sentencia favorable para evitar que el arrendatario se valga del sistema de recursos que la ley le concede, como medio para continuar en el goce o uso del inmueble arrendado sin satisfacer la contraprestación obligacional de la prestación locativa, convirtiendo el recurso en una maniobra dilatoria del lanzamiento en perjuicio del arrendador*». Por lo demás se trata de una «*materia de orden público*» cuyo cumplimiento «*debe ser controlado y revisado de oficio por los Tribunales*» (FD 2).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

La responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio del virus del SIDA a través de transfusión de sangre [comentario a la STS (Sala 1.^a) de 28 de diciembre de 1998]

VIRGINIA MÚRTULA LAFUENTE

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho civil.
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. *Hechos y doctrina de la sentencia.* II. *Comentario.* 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Concurrencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual: crítica a la solución adoptada por el TS. 3. La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos. 4. Las últimas reformas legislativas y la jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por los daños ocasionados por la asistencia sanitaria.

I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

Los hechos objeto de autos de la sentencia que vamos a comentar traen causa de la transmisión del virus VIH a una mujer, con ocasión de una transfusión de sangre efectuada en un hospital dependiente del Servicio Andaluz de Salud el día 22 de septiembre de 1984. La inoculación del virus infectante provocó que la mujer contrajera el SIDA y muriera algún tiempo más tarde, no sin antes haber producido la muerte de un hijo nacido prematuramente como consecuencia, asimismo, de la enfermedad que le había transmitido la madre durante la gestación. La sangre utilizada en la transfusión fue proporcionada por el Servicio de Hematología y Hemoterapia al Hospital «V. de las N.», que a su vez servía al hospital donde se practicó la transfusión, y fue obtenida de una persona que más tarde se demostró que era portador del virus VIH.

La muerte de la mujer infectada se produjo después de dictada la sentencia de Primera Instancia, en el proceso iniciado por ella. El marido, una vez acaecido el fallecimiento de su esposa, se personó en el procedimiento actuando por sí y en beneficio de su hija menor. La Audiencia Provincial de Granada, en sentencia de 20 de octubre de 1993, desestimó el recurso de apelación, confirmando la

sentencia del Juzgado, desestimatoria de la demanda. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el marido de la fallecida, casa y anula la sentencia de la Audiencia y, estimando en parte la demanda, condena al Servicio Andaluz de Salud a que pague al recurrente la suma de 10.000.000 de pesetas por la muerte del hijo de dos meses de edad, marcado desde el nacimiento con la enfermedad del SIDA, y la suma de 5.000.000 de pesetas por los daños morales que supone la noticia de que la madre había sido infectada por el virus VIH y que había desarrollado la enfermedad del SIDA, más los intereses legales de dichas sumas a partir de la interposición de la demanda.

La doctrina de esta sentencia del Tribunal Supremo, al igual que los hechos, aparecen en su Fundamento de Derecho Primero, que resuelve sobre el único motivo del recurso de casación alegado por la parte recurrente: la infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil por parte de la sentencia recurrida, en relación con el artículo 1692.4 de la LEC. De ella destacamos los siguientes puntos, vertebradores de la decisión de la Sala:

1. *La tendencia hacia la responsabilidad objetiva por parte de la jurisprudencia del TS:* es incuestionable que la jurisprudencia del TS, en concreto la de la Sala 1.ª, sobre todo la más actual, tiende hacia el establecimiento de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902 del Código Civil. Esta jurisprudencia ha sido influida por un sistema de vida acelerado y de enorme interacción y por la tendencia a maximizar la cobertura en lo posible de las consecuencias dañosas de la actividad humana. Pero esta objetivación de la responsabilidad nunca la ha realizado la Sala «hasta entronizar dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical» (como ejemplo de esta doctrina cabe reseñar la sentencia de 16 de diciembre de 1988).

2. *La regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado:* el artículo 1903.5 del Código Civil ha sido derogado por la Ley 1/1991 de 7 de enero, y se puede asegurar que la responsabilidad patrimonial del Estado en la actualidad se encuentra regulada en la Constitución (art. 106.2) y en la legislación administrativa. Así, la nueva Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regula en su título X la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio, y en concreto en su artículo 139.1 se proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de 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 normal o anormal de los servicios públicos.

3. *Jurisdicción competente para conocer de los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración:* como reconoce la Sala en esta sentencia, «la jurisdicción competente para exigir el cumplimiento de la obligación de reparar el daño puede ser, en principio, la contencioso-administrativa; sin embargo, con respecto a este punto competencial, hay que decir, que la jurisdicción civil ha aceptado y resuelto casos, y en el presente así lo va a hacer, en base fundamentalmente a la *vis atractiva* de la jurisdicción civil y para evitar un “largo peregrinaje” a través de distintas jurisdicciones. Y así se soporta en la Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 1997».

4. *Alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio del virus del SIDA.* Esta responsabilidad es objetiva y además directa.

En este sentido la Sala considera que la graduación de los conocimientos sobre la enfermedad del SIDA y los cuidados para evitar tal infección están dentro del riesgo que configura esta responsabilidad, no quedando exentas de responsabilidad las donaciones realizadas antes de 1985, fecha a partir de la cual se disponía en algunos centros hospitalarios de técnicas precisas para detectar el virus del SIDA en la sangre de los donantes. Lo que lleva a proclamar en el caso de autos la responsabilidad patrimonial «cuasi-objetiva» derivada de actos dañosos efectuados por la Administración Pública a través de sus autoridades y demás personal, recogida en los artículos 145 y 146 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992.

5. *El principio de la llamada «unidad de culpa civil»:* «otra faceta planteada en el presente caso cuando se habla de la responsabilidad patrimonial antedicha, se refiere a la extracontractual, perfectamente ejercitable, en el presente caso, con autonomía propia o relacionada con la responsabilidad contractual, del artículo 1104 del Código Civil, pues no puede haber duda que en un caso de tanta gravedad como el que nos ocupa, el núcleo del mismo constituye el incumplimiento de una obligación, así como, al tiempo, un acto ilícito, por lo que el perjudicado puede utilizar expresa o tácitamente en su pretensión el ejercicio de dichas acciones, pues el grave incumplimiento del contrato de servicios lleva consigo la lesión de derechos del paciente, que justifica la aplicación de las normas extracontractuales».

En este sentido la Sala recuerda la última doctrina relativa a la «unidad de culpa civil» en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual (STS de 1 de febrero de 1994).

6. *Aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios:* en el caso de autos el TS considera perfectamente aplicable a la estimación del motivo que se estudia lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 28.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que proclaman el derecho que tienen el consumidor y usuario de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de los que suministran o facilitan dichos productos o servicios. Aunque hoy por hoy, en el momento en que se resuelve la cuestión, dichos artículos están modificados, concretados y enriquecidos por la Ley 22/1994 de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que introduce en nuestro Derecho la Directiva 374/1985 de la CEE, del Consejo, de 25 de junio de 1985.

II. COMENTARIO

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Para comprender adecuadamente el alcance de la problemática derivada del contagio del virus VIH a través de las transfusiones sanguíneas resulta preciso empezar enmarcando el tema dentro de lo que han sido los avances científicos en la materia. De esta forma hay que señalar que los orígenes del SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida) se sitúan en el año 1981 en el Estado de Cali-

fornia (EE.UU.), donde se empezó a detectar la existencia de una enfermedad, en aquellos momentos de origen desconocido, que ocasionaba múltiples fallecimientos y que parecía propagarse por el resto de los países del mundo ¹.

A principios de 1983, se conocía ya que la transmisión del SIDA se producía por contacto sexual, por la sangre (por vía de transfusiones y por intercambio de jeringas contaminadas con sangre), así como de madre a hijo en el período perinatal. La elaboración de los primeros test dirigidos a detectar en la sangre donada anticuerpos asociados al virus del SIDA y su puesta en circulación en países próximos al nuestro, tuvo lugar durante el inicio del año 1985. Sin embargo, la obligatoriedad legal de practicar en todo el territorio español estas pruebas en la sangre donada no se produjo —como recuerda la sentencia que comentamos— hasta la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 18 de febrero de 1987 («BOE» de 20 de febrero de 1987, núm. 44) ². Hasta este momento y, con carácter general, los donantes se limitaban a rellenar un cuestionario para saber si presentaban síntomas y signos de «padecer o haber padecido la enfermedad» del SIDA o bien pertenecían a alguno de los grupos de población con riesgo de su transmisión —toxicómanos, homosexuales y hemofílicos— (según consta en los apartados 5.1.2 y 5.1.3 de la Orden de 4 de diciembre de 1985 del M.º de Sanidad y Consumo, que desarrolla el RD de 9 de octubre núm. 1945/85, regulador de la hemodonación y los Bancos de Sangre).

En el lapso de tiempo que va desde principios de 1983, cuando ya se conocía que la transmisión del virus del SIDA se producía a través de la sangre, hasta febrero de 1987, resultaron contagiados en nuestro país numerosos enfermos que necesitaban el suministro periódico de productos hemoderivados (como los hemofílicos) o bien una transfusión sanguínea como consecuencia de una operación o del tratamiento de su enfermedad, entre ellos la esposa de la parte recurrente del presente recurso de casación.

La existencia de una normativa legal, prescribiendo la obligatoriedad de las pruebas para la detección en la sangre donada de anticuerpos del virus VIH, ha suscitado la cuestión sobre la antijuridicidad de las conductas anteriores a la citada normativa. En este sentido hay que decir que lo antijurídico, a efectos del Derecho de daños, no se limita —como se desprende de la sentencia que nos ocupa— a la no adecuación de la conducta del sujeto agente a lo preceptuado en la norma, sino que va más allá, pudiendo considerarse antijurídica la simple causación del daño, cuando con arreglo a los criterios derivados de la responsabilidad civil exista un sujeto imputable al que se le pueda atribuir el daño causado.

¹ Los inicios y el desarrollo de esta enfermedad vienen claramente recogidos en la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo en materia de contagio de SIDA por transfusión: la sentencia de la Sala 2.ª de fecha 18 de noviembre de 1991 (RAJ, núm. 9448 y comentada por DE VEGA RUIZ, J. A., *Tratamiento jurídico del S.I.D.A.*, Madrid, 1992, pp. 63 ss.).

² Algunas Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivos territorios, se adelantaron al legislador nacional, tomando medidas para el control en la sangre donada, como es el caso del País Vasco (Orden de 10 de septiembre de 1985, «B.O. País Vasco», de 21 de septiembre de 1985, núm. 192, R.L.CC.AA., núm. 2574), Navarra (Decreto Foral de 23 de octubre de 1985, núm. 205/85 «B.O. Navarra», 1-11-1985, núm. 132, R.L.CC.AA., núm. 2925-); Aragón (Orden de 3 de diciembre de 1985 —R.L. CC.AA., núm. 3320—) y Cataluña (Orden de 10 de octubre de 1986 —R.L.CC.AA., núm. 3058—).

2. CONCURRENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL: CRÍTICA A LA SOLUCIÓN ADOPTADA POR EL TS

La transmisión del virus VIH por vía transfusional se produce generalmente en un centro sanitario cuando el paciente recibe una transfusión de sangre o cualquier otro producto que de ella derive, como ocurre en el supuesto que estudiamos. En este estado de cosas, se plantea el problema de calificar la relación que une a ese paciente con el sujeto responsable del daño sufrido.

Teóricamente la responsabilidad puede recaer tanto en el médico que prescribe la transfusión, cuando no ha informado al paciente de los riesgos que aquella comporta o de otras posibles alternativas, como en el propio centro hospitalario al que pertenece; o bien en el Centro de Transfusiones o Banco de Sangre que no ha realizado el cribaje de la sangre de forma adecuada o no ha sido cuidadoso en la selección de los donantes ³.

La amplitud con que la jurisprudencia de nuestro país viene interpretando las normas contenidas en el Código Civil relativas a la llamada responsabilidad civil extracontractual (arts. 1902 ss.), así como también el carácter objetivo que presentan ciertas leyes, como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o algunas Leyes especiales que protegen al consumidor por los daños causados por productos o servicios, favorecen que el perjudicado alegue antes la infracción de este tipo de normas en su demanda de reclamación por el daño sufrido, que aquellas que tienen su sede en el ámbito de la responsabilidad contractual.

En el caso de autos, nuestro Tribunal Supremo, conforme a la llamada «unidad de culpa civil», soluciona el problema de la posible concurrencia de ambos tipos de responsabilidad (la contractual y la extracontractual) en un mismo hecho dañoso, admitiendo la posibilidad por parte del perjudicado de optar por una o por otra vía, en aplicación de su última doctrina, que afirma que la *causa petendi* que junto al *petitum* configuran la pretensión procesal se define por el relato de los hechos y no por la fundamentación jurídica. Para estimar la posible concurrencia de acciones, la Sala argumenta que «no puede haber duda que en un caso de tanta gravedad como el que nos ocupa, el núcleo del mismo constituye el incumplimiento de una obligación, así como al tiempo, un acto ilícito, por lo que el perjudicado puede utilizar expresa o tácitamente en su pretensión el ejercicio de dichas acciones, pues el grave incumplimiento del contrato de servicios lleva

³ Los Bancos de Sangre son entidades con fines sanitarios, públicas o privadas, sin ánimo de lucro y que, previa autorización de la Administración Sanitaria competente, se encargan de la obtención, preparación, conservación, almacenamiento y suministro de sangre humana a los propios hospitales y a los laboratorios que producen productos hemoderivados (como puede ser la antitrombina III, el hemofactor o la albúmina). Sus funciones reúnen los caracteres de un servicio público, puesto que estamos ante la obtención de un bien de interés general y gratuito como es la sangre. De ahí que el artículo 2 del Real Decreto de 9 de octubre de 1985, núm.1945, que regula la hemodonación y los Bancos de Sangre («BOE», 24-10-1985, núm. 255), declare sujetos al control y dirección de las Administraciones Públicas estas actividades, sin perjuicio de la responsabilidad profesional de los facultativos por las decisiones o actos médicos en los que intervengan.

consigno la lesión de los derechos del paciente, que justifica la aplicación de las normas extracontractuales».

En verdad, tal argumentación, no del todo clara, pero sí empleada en ocasiones similares ⁴, simplifica en exceso el problema que se plantea con carácter general en esta materia, y particularmente en este caso, ya que la sangre transfundida por el centro hospitalario declarado responsable del daño había sido proporcionada por el Servicio de Hematología y Hemoterapia de otro hospital. Tomando precisamente como causa del daño el suministro de sangre contaminada, como hace el Tribunal Supremo, podemos constatar que la naturaleza de la relación paciente-centro hospitalario, como fuente del daño y de la obligación de indemnizar, resulta difícil de justificar desde un punto de vista puramente contractual, por cuanto o bien no existe ninguna obligación contractual incumplida por parte del centro hospitalario o bien ésta recae sobre un tercero, o bien la obligación incumplida no se debe al simple suministro de sangre contaminada.

La experiencia de nuestro país vecino Francia, donde la contaminación del virus del SIDA a través de transfusiones sanguíneas ha adquirido un especial dramatismo, nos sirve como punto de referencia obligado para analizar la cuestión suscitada. La jurisprudencia francesa responsabiliza en supuestos análogos al que aquí analizamos a los Centros de Transfusiones de sangre por la vía de la responsabilidad contractual, admitiendo que la persona que recibe el producto sanguíneo es parte del contrato de venta o suministro, junto a la clínica que ha adquirido el producto para suministrarlo a sus clientes. A juicio de los tribunales franceses, el suministro de sangre engendra, como la venta de una cosa, una obligación a cargo de los Centros de Transfusión de entrega y de garantía contra los vicios ocultos que le podrían afectar y, sobre todo, una *obligación de seguridad* respecto de los daños causados por la sangre suministrada que estuviera contaminada. Con ello se pretende extender al receptor de la cosa transmitida las mismas garantías que hubiera disfrutado el contratante directo, haciendo responder al Centro de Transfusión del cumplimiento de una *obligación de resultado*, de la que tan sólo se podrá exonerar en caso de incumplimiento mediante la prueba de una causa extraña que no le fuera imputable (art. 1147 del CC francés). A este respecto los Tribunales franceses consideran que cualquier vicio interno de la sangre, incluso si era indetectable en ese momento, no constituye para el organismo suministrador una causa de exoneración ⁵.

⁴ Vid. aquí la STS (Sala 1.ª) de 18 de febrero de 1997 (RAJ, núm. 1240), donde en un caso parecido el TS, siguiendo los razonamientos de la Audiencia, afirmó la responsabilidad contractual del Instituto Catalán de la Salud (aunque la actora se había apoyado en su demanda en las normas de responsabilidad extracontractual), basándose en el principio inspirador de la jurisprudencia acerca de la llamada «unidad de la culpa civil». Para atribuir el carácter contractual a la relación centro-paciente, la Sala atendió a la libertad que tiene el enfermo afiliado de acudir o no a la Seguridad Social, pero sobre todo a las llamadas relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conducta social típica como fuente de obligaciones (como es el caso de la utilización de transportes o de servicios públicos). A partir de ahí, el Tribunal basó su decisión en la infracción del deber de protección que emana de la buena fe y que obligaría a los responsables de los centros médicos a reducir el uso de transfusiones a los supuestos de riesgo vital o de graves consecuencias para la salud del paciente (cuando no existiera método alternativo); o bien a informar al enfermo de los posibles efectos graves que para su salud podría dar lugar la transfusión, ya conocidos en el año 1983 (fecha de la transfusión).

⁵ En este sentido, vid. Cass. 1.º civ., 12 de abril de 1995, JCP, Ed. G., J., núm. 22467, pp. 287 ss. con nota de P. JOURDAIN. Hay que señalar que la línea jurisprudencial iniciada

La oportunidad de esta vía presenta problemas en todos aquellos casos, la mayoría, donde no existe un contrato concluido directamente entre la víctima transfundida y el Centro de Transfusión sanguínea. Los tribunales franceses admiten para estos supuestos la responsabilidad contractual sobre la base o fundamento de la estipulación a favor de tercero (art. 1121 del *Code*).

Intentando superar el carácter artificial que presenta esta construcción, en la medida en que se apoya en voluntades no expresadas y, por lo demás, inciertas, un sector de la doctrina francesa ha pretendido fundar la acción de reclamación del perjudicado en la existencia de una cadena o grupo de contratos unidos por un fin común⁶. En este sentido se afirma que las ventas sucesivas de un mismo objeto (sangre) constituye una cadena de contratos que entablan una relación contractual directa entre los vendedores y compradores sucesivos en función de la realización de ese fin común: el suministro de sangre humana.

A nuestro juicio, tanto el recurso a la estipulación a favor de tercero, como la teoría de la cadena de contratos, resultan criticables porque, al fin y al cabo, lo único que se pretende conseguir con estas construcciones es eludir las normas de la responsabilidad extracontractual, que en el país vecino resultan más rigurosas, sobre todo en materia de prueba de la culpa del autor del daño, máxime si tenemos en cuenta el retraso producido en la incorporación de la Directiva comunitaria sobre daños causados por productos defectuosos, incorporada recientemente tras la adopción de la Ley núm. 98-389, de 19 de mayo de 1998. En este sentido hay que tener presente también, según el parecer mayoritario de la doctrina, que las obligaciones de seguridad, que son obligaciones con un contenido distinto de la obligación principal consistente en asegurar la persona o los bienes del deudor, precisan de un contrato entre las partes. Para responsabilizar a los Centros de Transfusión más sencillo hubiera resultado, en nuestra opinión, considerar que todo incumplimiento imputable de un contrato (como puede ser no realizar las pruebas de detección de anticuerpos o simplemente proporcionar sangre contaminada), que, a su vez, produce daños a un tercero debe ser suficiente para considerar cumplido el requisito de la llamada culpa extracontractual o cualquier otro criterio de imputación aplicable.

La experiencia francesa nos lleva a concluir que resulta erróneo alegar las normas de responsabilidad contractual para responsabilizar al centro hospitalario de un daño que tiene su origen en una sangre contaminada por el virus del SIDA y que fue proporcionada por un tercero (Centro de Transfusiones). En efecto, cuando sólo es demandado el centro hospitalario donde el paciente ha recibido la transfusión causante del daño, resulta preciso buscar un criterio de imputación propio y distinto del que corresponda al Banco de Sangre o Centro de Transfusio-

por la *Cour de cassation* con esta sentencia junto con otra de la misma fecha separa la responsabilidad de los Centros de Transfusión de una parte y la de las clínicas u hospitales de otra, por cuanto el contrato de suministro de productos sanguíneos que une a los Centros de Transfusión y hospitales con el paciente genera una obligación de seguridad (de resultado) a cargo de los primeros, mientras que para los segundos origina una simple obligación de medios. De esta manera el riesgo de la contaminación recae claramente en los Centros de Transfusión (*vid.* BERGÉ, J. S., «Risque et faute dans la contamination transfusionnelle», *Gaz. Pal.*, 1996, núm. 4, doct., pp. 737 ss.; VINEY, G., «Responsabilité civile», *JCP*, ed. G., 1995, I, núm. 3893, pp. 510-511).

⁶ Entre otros, MORANÇAIS-DEMEESTER, M.-L., «Contamination par transfusion du virus du SIDA: responsabilités et indemnisation», *D.*, 1992, Chro. pp. 189-190.

nes, que son los organismos encargados de la extracción de sangre, de su preparación, conservación, almacenamiento y suministro a los hospitales, tanto públicos como privados y que responderán por el propio defecto del producto, en su caso.

El centro hospitalario puede responder del daño causado cuando éste sea debido a las condiciones de organización y funcionamiento del propio hospital; o bien a la actuación de un facultativo que omite la información sobre los riesgos que entraña el suministro de sangre o productos hemoderivados o el empleo de otras terapias alternativas menos peligrosas ⁷. Dentro de estos casos, el perjudicado podría alegar las normas derivadas de la responsabilidad contractual (arts. 1101 ss. del CC) en relación con el contrato de prestación de servicios médicos que le une al centro médico cuando éste fuera de titularidad privada y el paciente pagase un precio a cambio del servicio prestado. Más dudoso resulta la aplicación de este tipo de normas cuando estamos ante un centro público, por cuanto éste desarrolla un servicio público como es la asistencia sanitaria, dirigido tanto a las personas que cotizan a la Seguridad Social como a todas aquellas que no tienen recursos económicos suficientes ⁸. Sin embargo, como indicábamos con anterioridad, la sentencia de 28 de diciembre de 1998 no ha visto ningún inconveniente para ello, afirmando *obiter dicta* la posible concurrencia de responsabilidades.

3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El único motivo del recurso de casación del cual trae causa la sentencia de 28 de diciembre de 1998 lo residencia la parte recurrente en el artículo 1692.4 de la LEC, ya que considera infringidos, por parte de la sentencia recurrida los artículos 1902 y 1903 del Código Civil.

Tomando como base dichos preceptos, de base fundamentalmente subjetivista, el Tribunal Supremo acaba afirmando, sin embargo, la aplicación al caso de normas administrativas, como son los artículos 139.1, 145 y 146 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), que llevan a una responsabilidad

⁷ A este respecto habría que tener en cuenta que el uso de plasma para la transfusión se debe adecuar en todo caso a criterios de eficacia demostrada. La obligación del médico en este caso consistirá en ser extremadamente prudente cuando prescribe una transfusión, asegurándose de que ésta es verdaderamente necesaria y que no existen otras terapias alternativas. En este sentido, debemos señalar que siempre que sea posible, el médico que establezca la indicación de una transfusión recabará, después de explicarle los riesgos y beneficios de esta terapéutica, la conformidad del paciente (art. 22 del RD 1854/1993, de 22 de noviembre). La falta de información del médico al paciente puede, llegado el caso, ser fuente de responsabilidad, en tanto el consentimiento informado es un presupuesto y un elemento integrante de la *lex artis ad hoc*.

⁸ Vid. en este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F., *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, 1995, pp. 20 y 45; CUETO PÉREZ, M., *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Valencia, 1997, pp. 162 ss.

objetiva y directa de la Administración (aunque lo correcto, por razón de la época, hubiera sido la aplicación del art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957) ⁹.

El carácter administrativo que tradicionalmente se ha atribuido a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de la Administración no ha impedido, sin embargo, a este tribunal civil su aplicación al caso concreto, aunque no hubieran sido alegadas expresamente por la parte recurrente. La razón para ello no es otra que la unidad de base y fundamento que guían tanto a la citada Ley como a los artículos 1902 y siguientes del Código civil: en cualquier caso se busca la reparación del daño causado, si bien en el primer supuesto por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ¹⁰.

Entrando en el fondo del asunto, esto es, en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por el contagio del virus VIH como consecuencia de una transfusión realizada en uno de sus centros hospitalarios, resulta preciso analizar el alcance del artículo 139.1 de la LRJ-PAC que, recogiendo lo dispuesto en el artículo 106.2 de la CE y en el anterior artículo 40 de la LRJAE, proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de *fuera mayor*, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En primer lugar, hay que señalar que el carácter objetivo y directo de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, que deriva del artículo 40 de la LRJAE, del artículo 106.2.º de la CE y de la posterior LRJ-PAC, facilita que ésta haya sido la vía más frecuentemente utilizada para reclamar con éxito por los daños causados como consecuencia de una transfusión o el suministro de un producto hemoderivado, si bien no tanto en el orden civil como en el orden contencioso-administrativo. La razón de ello hay que buscarla, por un lado, en el carácter directo de la responsabilidad de la entidad pública (INSALUD o Entidad Gestora respectiva), que hace innecesaria la difícil prueba de la culpa o negligencia del personal médico a cargo del centro hospitalario o del Banco de Sangre por haber transfundido sangre contaminada. Y, por el otro, se encuentra el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, que sólo admite como causa de exoneración del daño causado por el funcionamiento normal o anormal del servicio público la prueba de que éste fue debido a *fuera mayor*.

El alcance de esta causa de exoneración en la materia que nos ocupa es muy escaso, porque si por *fuera mayor* hay que entender todo suceso que esté fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable [conforme dice la STS (Sala 4.ª) de 3 de noviembre de 1998]; o bien simplemente un acaecimiento realmente insólito y extraño al campo normal de previsiones típicas de la actividad o servicio que genera un riesgo, podemos afirmar que la Administración no se ve exonerada de responsabilidad en todos aquellos casos de contagio del virus del SIDA producidos des-

⁹ No está de más señalar que en algún caso análogo la Sala no ha dudado en aplicar el artículo 1902 del CC, justificando la actuación culposa o negligente del INSALUD en la falta de medios adecuados que hubieran permitido a los médicos detectar la presencia de anticuerpos del virus dañoso (STS –Sala 1.ª– de 26 de febrero de 1998 –RAJ, núm. 1169–).

¹⁰ *Vid.* en este sentido la STS (Sala 1.ª) de 24 de junio de 1997, RAJ, núm. 5208.

pués del conocimiento de la existencia de esta enfermedad y de sus vías de transmisión, como reconoce con buen criterio el TS en esta sentencia ¹¹.

En la medida en que desde principios de 1983 ya se conocía que la enfermedad del SIDA podía transmitirse por la sangre y que existían determinados grupos de riesgo (como los homosexuales, hemofílicos y drogadictos), debieron extremarse las precauciones a través de una anamnesis detallada del donante (técnica basada en la selección de los donantes a través de un profundo análisis sobre su historial médico mediante un adecuado interrogatorio, incluyendo cuestiones tales como si presenta síntomas o signos de padecer o haber padecido la enfermedad del SIDA o pertenece a alguno de los grupos de riesgo). El hecho de que no existieran test adecuados para detectar la presencia del virus contaminante en la época en la que se realizó la transfusión (septiembre de 1984) no exonera de responsabilidad a la Administración, en cuanto encargada del servicio público de obtención y suministro de sangre a través de los Bancos de Sangre o simplemente de la prestación de un servicio sanitario que conlleva como tratamiento la transfusión.

En otras palabras, el contagio del virus del SIDA a través de transfusiones no puede considerarse un evento externo al ámbito de riesgo al que se aplica el régimen objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, no es un daño producto de un accidente, por cuanto es precisamente aquélla la encargada de la extracción de sangre, su manipulación y suministro. El administrado no tiene el deber jurídico de soportar el daño consistente en la inoculación de un virus infectante que deriva de la prestación de un servicio público (como es el suministro de sangre o productos hemoderivados o, con carácter general, de la prestación sanitaria). De la antijuridicidad de esta acción, unido a la imputación (objetiva) de la Administración de la Seguridad Social y a la relación de causalidad entre el actuar y la lesión producida, surge el deber de reparar. La responsabilidad de la Administración en este caso no debería cerrar el camino de una posible acción de repetición contra quien elaboró y vendió el producto terapéutico defectuoso ¹².

¹¹ Explica la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 5 de junio de 1991 (*RAJ*, núm. 5131), que la eventualidad de que la sangre transfundida estuviera infectada constituiría un caso fortuito, excluyente de culpa, pero no de responsabilidad objetiva. Además, siguiendo la argumentación realizada por la misma Sala (FD 7º), la fuerza mayor, como causa de exclusión de la responsabilidad, solamente cabría apreciarla cuando el daño causado por el tratamiento prestado es intrínseco al tratamiento como tal y no cuando el tratamiento médico produce el daño porque en su realización se introducen circunstancias que lo desnaturalizan y que son ajenas a la constitución individual del enfermo, esto es, cuando la transfusión de sangre, necesaria para el tratamiento, estuviera contaminada con el SIDA, al no ser este virus componente necesario de la sangre.

¹² Es muy interesante a este respecto la sentencia del TS (Sala 3.ª-secc. 6.ª) de 6 de febrero de 1996 (*RAJ*, núm. 989). Los hechos del caso se remontan a una intervención practicada el día 15 de noviembre de 1984 en un Hospital de titularidad pública y a resultados de la cual al paciente se le practicó una transfusión de hemofactor. Nuestro TS no apreció el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía que condenaba a la Junta de Andalucía y a su servicio de Salud a indemnizar con la cantidad de 20.000.000 de pts., porque consideró que para que la responsabilidad patrimonial del Estado, contenida en el artículo 40 de la LRJAE, pueda hacerse efectiva se exige tan sólo la prueba de la causa concreta que determinó el daño, es decir, la conexión entre la actuación administrativa (transfusión realizada al paciente en el Hospital público) y el daño real ocasionado (transmisión del virus VIH).

Estos razonamientos no se han visto alterados por la nueva Ley 4/1999 de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («BOE», 14-1-1999, núm. 12). En ella se incluye una modificación del artículo 141 de la Ley 30/1992 en el sentido de considerar que: «*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*». Evidentemente la nueva regulación trata de excluir los llamados riesgos de desarrollo del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En particular, trata de salvaguardar al Estado frente a las reclamaciones por contagio del virus del SIDA producidas en el sistema sanitario público antes de la obligatoriedad de las pruebas de detección de anticuerpos en la sangre de los donantes. Todo ello sin perjuicio de las ayudas concedidas para los afectados, que se encuentran en estos casos recogidas en el Real Decreto-Ley de 28 de mayo de 1993 («BOE», 14-1-1999, núm. 12).

Sin embargo, la Ley en su nueva redacción no consigue este efecto, en primer lugar, porque toma como momento para concretar el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica el de la *producción del daño*, y no el de la puesta en circulación del producto, lo cual se podría interpretar en el sentido de situar el momento de la responsabilidad en la época en la que el paciente conoce que ha contraído la enfermedad en cuestión. Por lo tanto, cubriría aquellos casos en los que el SIDA ha sido inculcado cuando todavía no eran obligatorias las pruebas de su detección¹³. En segundo lugar, habría que estar al cuidado y diligencia en la elección de los donantes llevado a cabo por la Administración (a través de Bancos y Centros de Transfusión de Sangre), en orden a valorar si el daño se podía haber evitado, por cuanto desde principios de 1983 ya se conocía que la transmisión del SIDA se producía por vía transfusional.

En otro orden de cosas, debemos destacar también que la Sala afirma, *obiter dicta*, en la sentencia que es de nuestro interés que, además de ser aplicable en este caso la Ley 30/1992, lo son los artículos 25, 26 y 28.1 y 2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que proclaman el derecho que tiene el consumidor y usuario de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizado por parte de los que suministran o facilitan dichos productos o servicios, comprendiendo tanto los servicios sanitarios públicos como privados. Hasta tiempos muy recientes, el Tribunal Supremo ha sido bastante reticente a la hora de considerar que la actividad de la Administración, como suministradora de servicios, le hace ser sujeto responsable a efectos de la LCU, al margen de la responsabilidad que pueda

Los demás elementos del caso, como es la existencia en el mercado farmacéutico de un producto debidamente registrado: el hemofactor de «Laboratorios Grifols», en el que se contenía el VIH provocador de la infección, no es causa de exoneración en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

¹³ Como advierte GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español», AC, 1998, p. 867.

corresponderle en base a otras normas más específicas relativas a su responsabilidad patrimonial.

La responsabilidad por la prestación de un servicio sanitario defectuoso, según se desprende del artículo 28.1 de la LCU, tiene un marcado carácter objetivo. De ahí que el supuesto contenido en el artículo 28.2 de la citada Ley resulte de aplicación, en lo que ahora más directamente nos atañe, no sólo en todos aquellos casos en los que no se haya podido identificar al donante de la sangre transfundida, o bien, de forma más general, se haya incumplido la normativa legal sobre el control de la sangre, sino también y principalmente cuando el perjudicado pueda demostrar la conexión entre los resultados anómalos derivados de la prestación del servicio sanitario (como lo es la transfusión que ha producido el contagio del virus contaminante) y el daño efectivamente sufrido, con las limitaciones señaladas en el artículo 28.1 respecto de los llamados riesgos de desarrollo. Esto es, el centro hospitalario no respondería de aquellos resultados que en el momento de la producción o suministro del bien o servicio no se pudieron conocer de acuerdo con el nivel de conocimientos existente en ese momento (o como dice la Ley, «en condiciones objetivas de determinación»).

La limitación de la exención de responsabilidad de los riesgos de desarrollo por parte de la LCU hace que nos planteemos la oportunidad de su aplicación en el caso que nos ocupa, pues no debemos olvidar que nos encontramos ante un supuesto de contaminación del virus del SIDA producido con anterioridad a la existencia de test fiables que permitieran detectar en la sangre donada la presencia de anticuerpos de esta enfermedad. Sin embargo —como hemos indicado con anterioridad—, este hecho no empece a que la Administración, a través de los Bancos y Centros de Transfusión de Sangre, hubiera llevado especial cuidado y diligencia en la elección de los donantes, evitando posibles riesgos de contagio a través del control de los donantes pertenecientes a los llamados grupos de riesgo, etc. Sólo en aquellos casos en los que la Administración pudiera demostrar esta circunstancia se vería exonerada de su responsabilidad a efectos de la LCU y para casos análogos al estudiado.

4. LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS Y LA JURISDICCIÓN COMPETENTE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LA ASISTENCIA SANITARIA

La competencia para el conocimiento de las reclamaciones relativas a los daños ocasionados por la asistencia sanitaria pública ha sido reconocida por parte de los Tribunales civiles, laborales y contencioso-administrativos. Cada uno de ellos se ha declarado competente en base a distintas razones y fundamentos que tenían en común la ausencia de una norma legal que atribuyera a uno de estos órdenes con carácter previo y exclusivo la competencia sobre la materia.

Entre los distintos argumentos empleados frecuentemente por la jurisdicción civil para declarar su competencia, es bien conocido la proscripción del llamado «peregrinaje de jurisdicciones», en orden a evitar que el conocimiento de un

asunto que ha llegado hasta la última instancia se atribuyera a otro orden jurisdiccional distinto y el perjudicado se viera obligado a iniciar un nuevo proceso, con el posible quebrantamiento que ello ocasionaría al derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 de la CE). Pero quizás el argumento más usado haya sido la *vis atractiva* que le reconoce el artículo 9.2 de la LOPJ de 1985 respecto de todas aquellas materias que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. En particular, el orden civil se declara competente para evitar riesgos de fallos contradictorios cuando, junto a la Administración sanitaria, se demanda a personas físicas o jurídicas (como el personal sanitario, compañías aseguradoras, etc.), lo que no encaja en absoluto con el esquema del procedimiento contencioso-administrativo, dirigido a enjuiciar la actuación de la Administración y sus funcionarios.

Las últimas reformas legales producidas han querido terciar claramente en este debate competencial y lo han hecho a favor de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en todos aquellos casos en los que se exija la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, incluso cuando junto con aquéllas se demanda a un sujeto privado, como puede ser la compañía aseguradora del centro médico o el laboratorio que fabrica productos hemoderivados.

En este sentido, la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuye expresamente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la competencia del conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con «*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social*» [art. 2.e)].

En concordancia con este cambio, se ha procedido a la modificación de la redacción de ciertos artículos de la LOPJ, a través de la LO 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la LOPJ, referidos a las previsiones competenciales de la jurisdicción contencioso-administrativa, que dejan sin valor el argumento de la *vis atractiva* a favor de la competencia civil. Así, el nuevo artículo 9.4 establece en su último inciso que, cuando en las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas hubieran concurrido en la producción del daño sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La última reforma legislativa en esta línea de unificación jurisdiccional se ha producido de la mano de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que añade una nueva Disposición adicional duodécima a la Ley 30/1992, atribuyendo expresamente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo los asuntos referentes a la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los servicios sanitarios concertados con ellas, por los daños causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria.

La claridad de estas reformas no dejan lugar a dudas sobre la competencia exclusiva y excluyente del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para

conocer los asuntos en los que se reclame una indemnización frente a la Administración por el daño sufrido con ocasión de la prestación de un servicio sanitario, incluso cuando junto aquélla se demanda a un particular. Esto debería de llevar, en línea de principios, al orden civil a declararse incompetente cuando se sometan a su conocimiento asuntos donde se reclame exclusivamente la responsabilidad directa de la Administración sanitaria, como así entendió la sentencia de la Sala 1.ª de 16 de diciembre de 1998 (AC, 1999, núm. 325) en un caso similar al que aquí analizamos.

Sin embargo, en el presente caso la Sala, a través de una argumentación un tanto contradictoria, afirma que la responsabilidad aplicable es objetiva y directa, por aplicación de una norma administrativa como es el artículo 139.1 de la Ley 30/1922, «y que incluso la jurisdicción competente para exigir el cumplimiento de la obligación de reparar el daño puede ser, en principio, la contencioso-administrativa». Pero aun así se declara competente, alegando los tradicionales argumentos de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil y la evitación del «largo peregrinaje» de jurisdicciones. Argumentos que carecen de justificación con las nuevas reformas legislativas, por cuanto resulta claro, por un lado, que la *vis atractiva* de la jurisdicción civil tan sólo se justifica cuando no hay una norma que se pronuncie sobre la jurisdicción competente para conocer una determinada materia, lo que no ocurre en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Y, por el otro, que la declaración de incompetencia de jurisdicción, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), tiene el sentido de una primera resolución que no impide al actor acudir a otra que decida sobre sus derechos e intereses legítimos, como tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁴. Resulta fundamental a este respecto una jurisprudencia clara por parte de la Sala 1.ª del TS sobre la incompetencia para conocer todas aquellas materias en las que se reclama una responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de un servicio público, como es el sanitario y el de extracción y suministro de sangre humana.

El problema, por tanto, no hay que situarlo ahora en la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad de la Administración, sino en la normativa a aplicar por parte de los Tribunales contenciosos para el conocimiento de estos asuntos cuando, junto con la Administración, se demandan también a sujetos particulares. En este sentido se puede observar que el espíritu de unificación jurisdiccional que ha acompañado a las últimas reformas, no ha tenido su correspondiente reflejo en reglas procesales que contemplen expresamente las distintas vicisitudes que se pueden producir por la concurrencia de sujetos privados en el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, el cual viene precedido de un procedimiento administrativo previo.

En todo caso cabría pensar que la atribución del conocimiento al orden contencioso de todas aquellas cuestiones relativas a los daños producidos con o por ocasión de la asistencia sanitaria pública, no debería implicar la aplicación por parte de sus órganos judiciales de normas sustantivas administrativas, dejando a un lado preceptos de carácter civil. En definitiva se trata de reparar un daño en el que pueden concurrir varios sujetos responsables y que tiene una fuente y un fundamento común de acuerdo con los principios generales del Derecho de daños.

¹⁴ Vid. en ambos sentidos, PANTALEÓN PRIETO, F., *op. cit.*, pp. 17 y 28-9.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, M.ª Carmen CRESPO MORA, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Antonio JIMÉNEZ CLAR, Andrea MACÍA MORILLO, Virginia MÚRTULA LAFUENTE, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Áurea RAMOS MAESTRE**

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

DERECHO DE LA PERSONA

1. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la colisión entre los derechos al honor y a la intimidad y los de libertad de información y expresión.—En relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y expresión, del otro, la jurisprudencia del TC se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, se exponen a continuación: —que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos—, —que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20. 1. d) CE, en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen—, —que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de

la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad—, —que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad de una parte, y la libertad de información, de la otra—, —que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, sean cuales fueron los usos sociales del momento— y —que información veraz debe significar información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa. (SS, entre otras, de 23 de marzo y 26 de junio de 1987, 12 de noviembre de 1990, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 28 de abril y 4 de octubre de 1993 y 7 de julio de 1997.) La doctrina constitucional expuesta resulta coincidente con lo que ha venido y viene manteniendo esta Sala en torno a la colisión entre los referidos derechos fundamentales, destacando la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí, que no pueda hacerse abstracción, en absoluto, del elemento intencional de la noticia. Asimismo, la doctrina jurisprudencial de la Sala ha venido reiterando que el derecho fundamental referido en el artículo 1º.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se encuentra integrado por dos aspectos relacionados ineludiblemente: el de «inmanencia o mismidad», representada por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de «trascendencia o exterioridad», constituido por el reconocimiento que los demás hacen de la propia dignidad, y es por ello, por lo que el ataque y, en su caso, la lesión al honor, se desenvuelven tanto en el marco interno de la intimidad y de la familia, como en el externo del ambiente social y, por tanto, profesional en el que cada persona se desenvuelve.

Elementos que descartan la intromisión ilegítima: veracidad y general interés de la noticia publicada. Exigencia de comprobación media por parte del profesional.—Sabido es y así se deduce de la doctrina jurisprudencial existente, que uno de los principales elementos que sirven para configurar la presencia de una intromisión ilegítima llevada a cabo por medio del ejercicio del derecho de información es el de la «inveracidad», ahora bien, la veracidad que se exige a la información no requiere los caracteres de absoluta y total, al ser bastante y suficiente una comprobación profesionalmente razonable. En este punto, resulta fuera de toda duda que el contenido propiamente dicho del reportaje fue substancialmente veraz al recoger, transcribiéndolas, las manifestaciones vertidas por la persona entrevistada, pero dado que la misma aludió al resultado de la autopsia practicada al niño, cupiera pensar que la periodista debiera haber investigado tal particular para una posterior valoración, sin embargo, es evidente que ello hubiera representado un excesivo y escrupuloso quehacer profesional que excedería de la comprobación media a exigir a un periodista en el campo informativo, por lo cual, en el punto antedicho es de concluir que el reportaje no estuvo desprovisto de veracidad. Como elemento vinculado al de la veracidad está el concerniente al relevante y general interés de la noticia publicada, el que, desde luego, concurrió,

asimismo, en el reportaje, en razón a la naturaleza de lo informado y al medio inmediatamente geográfico en que se produjo, así como a las posibles personas a que afectaba, componentes de un determinado servicio médico en un concreto centro sanitario de la capital.

Inexistencia de intromisión ilegítima, aunque se expresara que era un caso de negligencia médica. Apreciación aislada y conjunta de las expresiones divulgadas.—Dentro de la colisión entre los respectivos derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, y a la libertad de información y expresión, en el presente caso la preferencia se decanta, en principio, por los segundos, y de aquí, que el problema que resta por estudiar y resolver es el de si los datos de atribución exclusiva a la autora del reportaje son susceptibles o no de incardinarse en la intromisión ilegítima prevenida en el apartado 7 del artículo 7.º de la Ley Orgánica 1/1982: divulgación de expresiones que difamen a una persona o la hagan desmerecer en la consideración ajena. De una detenida y meditada lectura de los textos que integran la cabecera del reportaje y su inciso final, apreciados en su totalidad y tomados en consideración, tanto aisladamente, como en su relación conjunta entre sí, no se desprende, de ningún modo, que contengan expresiones capaces de encuadrarles dentro del precitado apartado, pues el texto de la cabecera se refiere a la no constancia desde hace tres años de denuncias por negligencias médicas o errores imputables al personal sanitario, dando como explicación la existencia de un miedo cerval a pleitear contra la clase médica, y el del inciso final alude al fuerte corporativismo del sector sanitario que impide, en muchos casos, acceder a la verdad y al fondo de muchas supuestas negligencias poco claras, o sea, que en ninguno de los dos textos figuran expresiones difamatorias o desmerecedoras que merezcan calificarse de atentatorias al honor y a la dignidad profesional, y aquellas, aisladas o relacionadas entre sí, la única repulsa que admitirían sería la equiparable a la de una crítica a la clase médica de Ciudad Real y, en particular, a los médicos y personal adscritos a la Residencia de Ntra. Sra. de Alarcos de esa capital, pero sin posibilidad de concederles mayor relevancia. Por lo que respecta al título del reportaje, *Dos casos de negligencia médica*, es indudable que comportan una significación negativa de superior grado, pero dichas expresiones tampoco exceden o rebasan el marco de una crítica a la profesión médica, además, no cabe olvidar al respecto que el reportaje fue esencialmente veraz y que semejantes expresiones fueron puestas en boca de la entrevistada, e independientemente de ello, su utilización, por más alcance negativo que se les concediera, no permite encajarlas dentro del supuesto tipificado en el repetido apartado. (STS de 28 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Un médico especialista en pediatría de un Hospital público interpuso demanda incidental por lesión del derecho al honor y a la propia imagen contra una periodista, el director y el redactor-jefe de una revista en la que se había publicado un artículo con el título *Dos casos de negligencias médicas*. Este trabajo periodístico reproducía una entrevista efectuada por la periodista a una mujer, en la que ésta narraba que había dado a luz después de 44 semanas de gestación y que el recién nacido fue trasladado a nidos, donde no cesó de llorar, lo que alarmó a su madre, que pidió que averiguasen la causa de ese sufrimiento. Después de transcurrir cinco horas en esa situación, el pediatra se dio cuenta de la gravedad del estado del niño, que murió poco después pese a los intentos por salvarlo realizados por parte del profesional. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estima-

ron la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del médico, condenando a la periodista y al director de la revista a indemnizar los daños causados. El TS casó la sentencia, declarando la inexistencia de intromisión ilegítima, pues se cumplen los requisitos de veracidad e interés general de la noticia que la excluyen. (L. F. R. S.)

2. Dualidad de aspectos en el concepto de honor.—Tal como expresa la S de esta Sala de 24 de enero de 1997, el honor, protegido como derecho fundamental (o de la personalidad, desde el punto de vista del Derecho civil) por el artículo 18. 1 de la Constitución, carece de definición legal. El artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, más que definir el honor, da un concepto negativo, al expresar lo que constituye una lesión o intromisión ilegítima; cuyo texto, aunque no su sentido, ha sido modificado por la DF 4.^a de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. En la doctrina, se ha aceptado unánimemente la definición procedente de la italiana: dignidad personal reflejada en la consideración de las demás y en el sentimiento de la propia persona. La cual ha sido, a su vez, aceptada y seguida por esta Sala, que, desde la S de 23 de marzo de 1987, reitera que el honor se integra por dos aspectos, el de la immanencia representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de trascendencia, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad.

La protección del derecho al honor se extiende a las personas jurídicas.—El honor, fama o prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible; no se puede ofender a una persona física ni tampoco a una jurídica; una persona jurídica que es atacada en su buena fama, su prestigio o su honor, tiene indudablemente acción para su protección, sea persona jurídica de tipo personalista (*universitas personarum*), sea de tipo patrimonialista (*universitas bonorum*). El problema que se plantea es si este honor, fama o prestigio entra en el ámbito de derecho fundamental que reconoce el artículo 18.1 CE, desarrollado por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo y con la normativa procesal de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, o bien queda fuera del mismo y su protección se halla en el ámbito general de la llamada responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 CC que se ejercita por el proceso declarativo ordinario que corresponda según la cuantía.

La doctrina de esta Sala, en este momento, es clara y sigue la que había iniciado la S de 9 de diciembre de 1993 y desarrolla la del TC 139/1995, de 26 de septiembre, que deniega el recurso de amparo que se formuló contra la anterior. Esta sentencia del TC expone una doctrina que se resume así: ninguna norma constitucional ni de rango legal impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de los derechos fundamentales; la Constitución contiene un reconocimiento de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones; aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a su propia estimación no es patrimonio exclusivo de las mismas; el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas; la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena. Siguiendo esta doctrina, la S de esta Sala de 14 de marzo de 1996 dice (FJ 3.º, núm. 3.º, subap. a): la persona física y, por extensión constitucional, la persona jurídica, son merecedoras de esta tutela (se refiere al honor) y la de 20 de marzo de 1997 dice: en lo que

respecta a la cuestión de si las personas jurídicas puedan ser protegidas a través del ejercicio del derecho al honor, superando el brocado que especifica que «las personas jurídicas tienen prestigio pero no honor». Efectivamente, aunque en la CE no se contiene pronunciamiento alguno acerca de la titularidad del derecho al honor en relación a las personas jurídicas, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que proclama que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas. Sin embargo a partir de la doctrina sentada a partir de la STC de 26 de septiembre de 1995, se puede afirmar que de la propia sistemática constitucional el significado del derecho ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas.

Prevalencia de las libertades de información y de expresión cuando concurren la veracidad y el interés general.—La alegación de infracción ilegítima en el derecho al honor cede ante la libertad de información —referida a hechos— y a la libertad de expresión —relativa a opiniones— cuando en el reportaje concurren los elementos de veracidad e interés general. Ambos se dan en el presente caso y así se desprende del párrafo transcrito de la sentencia impugnada. La veracidad no ha sido ni siquiera discutida, aunque sí se alega —en autos y en el motivo de casación— que no hubo veracidad plena. Pero en la publicación de un amplio reportaje no se exige la veracidad absoluta o plena, sino que caben errores o desviaciones que no alteren la veracidad esencial de la información. El interés general es indudable y no ha sido discutido. La jurisprudencia sobre la prevalencia de las libertades de información y de expresión proclamados en el artículo 20 CE cuando concurren la veracidad y el interés general es muy reiterada; por citar tan sólo las más recientes SS: 6 y 18 de abril, 10, 11 y 26 de julio; 25 de noviembre de 1995; 6 de febrero; 12 y 26 de marzo, 15 de julio; 4, 16 y 28 de septiembre; 24 de octubre de 1996; 20 de marzo y 10 de abril de 1997.

Para calificar una expresión de insultante, vejatoria o despectiva debe analizarse el contexto en que se insertan. El empleo de la palabra «corrupción».—Se trae también a revisión casacional, en este motivo, el uso de expresiones insultantes, vejatorias o despectivas. Es cierta la doctrina jurisprudencial que se alega en este motivo: la S de 31 de junio de 1992 decía que la libertad de expresión no comprende expresiones injuriosas o vejatorias y la de 10 de junio de 1993 insiste: el derecho de expresión e información no puede ser el vehículo intelectual de la difamación y de la lesión a la dignidad personal; más recientemente, la de 28 de marzo de 1996 dice que la libertad de expresión deberá ejercitarse con la debida asepsia en las palabras o en los módulos de expresión utilizados, esto es, sin que en caso alguno se contengan alusiones que pudieran ser injuriosas o vejatorias; en el mismo sentido se han manifestado otras SS, como las de 13 de julio y 5 de octubre de 1992 y 24 de mayo de 1994.

Pero junto a ello, también debe tenerse en cuenta el contexto en que se insertan las expresiones. La S de 28 de octubre de 1996 dice (en su F 2.º): para calificar de intromisiones ilegítimas en el honor de una persona determinada expresiones o frases a ella referidas, éstas han de ser examinadas dentro del contexto del lugar y ocasión en que fueron vertidas (S de 28 de mayo de 1990), ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y las motivaciones determinantes de la utilización de las mismas (S de 12 de diciembre de 1991). Tal como dice también la S de 31 de enero de 1997, esta Sala, en la S de 6 de abril de 1995 dijo: las palabras empleadas no pueden extraerse de su contexto, y ser juzgadas independientemente del mismo, prescindiendo de esta forma de las circunstancias concurrentes que les han servido de antecedente; doctrina ésta pacíficamente sentada por esta Sala en abundantes sentencias. Esta importancia del

contexto ya había sido resaltada en SS anteriores: la de 7 de septiembre de 1990, relativa a una polémica por elecciones a Presidente de un club de fútbol, la de 9 de enero de 1991, que dice que las expresiones no pueden interpretarse en su individualidad, extrayéndolas y aislándolas del contexto; la de 6 de junio de 1992 insiste en la misma idea de que no se puede ante supuestas ofensas al honor inferidas por medio de expresiones verbales o escritas, el absolutizarlas mediante extraerlas y desligarlas del contexto.

En el presente caso, la expresión «corrupción» es desafortunada e inadecuada, pero puesta relación con el contexto, no se considera suficiente para fundamentar el concepto de intromisión al honor de la entidad demandante. El reportaje se explaya en una actuación irregular y, utilizando una expresión en sentido vulgar, lo califica de «corrupción», lo que es inapropiado, pero no atentatorio al derecho al honor, poniéndola en relación con el contexto. (STS de 9 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Una Caja de Ahorros presentó demanda sobre protección del honor contra un periodista y director de un diario y contra la editora de éste. En el diario se había publicado bajo el título *La Caja de la corrupción* un reportaje en primera plana titulado *La Caja de R. perdonó al P. créditos por valor de 311 millones* y en páginas interiores se decía que «los pasó al concepto de fallidos es decir no cobrables, sin antes haber estado clasificados de morosos y sin haber formulado reclamación o haber llegado a la convicción de que eran personas o asociaciones insolventes». Las dos instancias y el TS rechazaron que tales expresiones y publicación de noticias constituyeran un ataque contra el derecho al honor de la Caja de Ahorros, si bien el TS admitió que las personas jurídicas tienen honor. (L. F. R. S.)

3. Doctrina del TC sobre la colisión entre los derechos al honor y a la intimidad y los de libertad de información y expresión.—En relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y expresión, de otro, la jurisprudencia del TC se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, se exponen a continuación: —que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos—, —que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1. d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen—, —que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad—, —que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebida—

mente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de la otra-, —que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobadas a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento— y —que información veraz debe significar información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa (SS, entre otras, de 23 de marzo y 26 de junio de 1987, 12 de noviembre de 1990, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992 y 28 de abril y 4 de octubre de 1993)—. La doctrina constitucional expuesta resulta coincidente con lo que ha venido y viene manteniendo esta Sala en torno a la colisión entre los referidos derechos fundamentales, destacando la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí, que no pueda hacerse abstracción, en absoluto, del elemento intencional de la noticia.

Informaciones que no constituyen supuestos de intromisión ilegítimas en los derechos al honor y a la intimidad.—Atendiendo a la totalidad de los datos publicados y apreciándoles en su conjunto, las únicas imputaciones claras e inequívocas respecto a la menor objeto de los reportajes periodísticos se referían a haber tenido malas amistades y estar alguna de ellas metidas en el mundo de la prostitución y la droga, lo cual, no puede, evidentemente, calificarse como un supuesto de intromisión ilegítima, ni, tampoco, aquella relativa a su localización por efectivos policiales anti-droga en el curso de una redada en un piso habitado por gitanos, y por lo que respecta a las imputaciones concernientes a la prostitución, las expresiones utilizadas son de todo punto equívocas e hipotéticas y, desde luego, su lectura no permite deducir que la menor se dedicara activamente a semejante actividad, sino, a lo sumo, que podría ser una víctima u objeto de la misma. (STS de 11 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Desaparecida de casa una menor, de 13 años de edad, sus padres contrataron a unos detectives privados para que la localizaran. La búsqueda adquirió relevancia pública debido a la colocación de carteles por toda la ciudad. Sin que los padres lo autorizaran, los detectives privados formularon unas declaraciones en un periódico, en las que revelaban los resultados de sus pesquisas y, en concreto, que la menor había tenido malas amistades y estar alguna de ellas metidas en el mundo de la prostitución y la droga, y que fue localizada por efectivos policiales anti-droga en el curso de una redada en un piso habitado por gitanos. Los padres demandaron en sus nombres y en el de la hija común a los detectives y a la sociedad a la que prestaban sus servicios, reclamando una indemnización pecuniaria. La demanda fue desestimada en las dos instancias y por el TS, que no apreciaron la existencia de intromisión ilegítima. (L. F. R. S.)

4. Intromisión ilegítima en el derecho al honor: requisito de la «divulgación» de los hechos difamatorios. Inexistencia de «neutralidad» en el reportaje que reproduce, extractándolas, manifestaciones de un tercero sin realizar valoraciones sobre ellas.—Elemento imprescindible para que pueda apreciarse intromisión ilegítima en el derecho al honor es la divulgación y así se recoge en la S de esta Sala de 24 de enero de 1997, que cita las de 18 de julio de 1989 («la acción nuclear estriba en la divulgación»), 30 de diciembre de 1991 («sin divulgación no hay imputabilidad»), 6 de junio de 1992 («exige una divulgación... lo que entraña una idea de publicidad»), 23 de marzo de 1993 («como requisito ineludible, la concurrencia de divulgación en orden a apreciar la existencia de una intromisión al honor») y 15 de febrero de 1994 (hubo una «divulgación por el propio interesado»). En el caso que nos ocupa, esa divulgación, a la que iban destinadas las manifestaciones innecesarias del Sr. O., se realizó también de modo innecesario e improcedente por quienes hoy recurren.

Tal como recoge la S recurrida, la del TC 232/93, de 12 de julio, estableció que tratándose del requisito de la relevancia pública de la información, el medio de comunicación debe observar el mismo cuidado y diligencia que es exigible cuando, lejos de reproducir declaraciones de un tercero, suministra informaciones propias; y en ambos casos, si el contenido de la información es, en principio, lesivo del honor de una persona ha de guardarse de darle difusión.

Precisamente por tomarse el reportaje de una grabación anterior, el periodista, igual que suprimió cuanto le pareció accesorio, pudo suprimir el ataque innecesario al honor de un tercero; y tal como se recoge en las SS de 22 de abril de 1992, 30 de abril y 23 de julio de 1990, ha de aplicarse el artículo 65-2 de la Ley de Prensa e Imprenta, de 18 de junio de 1966, para la responsabilidad directa y solidaria entre el autor material del reportaje, director y editor del «medio», pues que, como dice la primera de las citadas sentencias, ha sido expresamente admitida su constitucionalidad por la STC 172/90, de 12 de noviembre, que reconoce la aplicabilidad de dicho artículo y Ley fundándose en la culpa del director del medio periodístico o del editor, dado que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información que el periódico difunde, sin que el director pueda quedar exonerado al tener derecho de veto sobre todos los originales del periódico, considerándose al referido precepto «pieza legal destinada a garantizar la efectiva restitución del honor e intimidad de las personas, bienes jurídicos también amparados por la CE que resulten ilícitamente vulnerados por informaciones periodísticas vejatorias, difundidas fuera del ámbito protector del derecho de información».

Si, pues, el contenido vejatorio y de ataque al honor era innecesario para el reportaje, carecía en sí de relevancia pública, se pudo suprimir y no se hizo, se incumplieron los cánones profesionales para comprobar la información y la atribución del vicio se ratificó prácticamente con la carta del Sr. O. dos semanas después, sin que hubiere corrección alguna, ni estamos ante situación de reportaje neutro, ni en situación de amparo en el artículo 20.1.d) CE, pues se produjo un ejercicio constitucionalmente inadecuado de las libertades de expresión e información que no justifican el sacrificio innecesario del Sr. G. O. (STS de 27 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La revista *Cambio 16* publicó una entrevista al ex-campeón olímpico de esquí Francisco Fernández Ochoa en el curso del cual realizó éste manifestaciones descalificatorias sobre el esquí español, en general, y dos concretos esquiadores, en particular. En carta

posterior a la revista el Sr. Fernández Ochoa se disculpaba pero mantenía las afirmaciones vertidas: «Sólo me limité a llamar las cosas por su nombre». Interponen demanda de protección civil de su derecho al honor los dos esquiadores aludidos y el Juzgado sólo estima una de ellas. Apelan el Sr. Fernández Ochoa y el autor de la entrevista junto con director y editor de *Cambio 16*. La Audiencia desestima el recurso de apelación. La misma suerte corre el recurso de casación interpuesto por los apelantes. (R. G. S.)

5. Procedimiento adecuado para resolver la expulsión y cesación de militancia en un partido político.—Se aporta este primer motivo para combatir la declaración de la sentencia recurrida que decretó inadecuación de procedimiento para resolver la cuestión de la expulsión y cesación definitiva de los recurrentes en la condición de militantes del partido político *Centro Democrático y Social*. A tal efecto se aportan como infringidos los artículos 1 y 11 a 15 de la Ley de 26 de diciembre de 1978, de protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, artículo 7 LOPJ y artículos 53, 25-1, 24-2 y 14 CE.

La decisión del tribunal de instancia se apoya en una sola sentencia de esta Sala, pronunciada en fecha de 21 de mayo de 1992 —que no conforma doctrina jurisprudencial—, la que parte de un supuesto fáctico distinto al presente, ya que se trataba de la secesión de un grupo político y la ruptura unilateral de pacto confederal y, por tanto, del apartamiento voluntario de los afiliados que adoptaron tales acuerdos, con referencia al artículo 6 CE (que reconoce los partidos políticos), y no encontrarse dicho precepto comprendido dentro de los derechos protegibles de la Ley de 26 de diciembre de 1978, «su posible vulneración», que indudablemente no afecta a la libertad de asociación proclamada en el artículo 22 CE, con lo que se decide si el acuerdo de separación de ciertos miembros del partido político en cuestión había sido adoptado con sujeción o no a sus normas estatutarias, cuestión que no podía dilucidarse por el cauce del procedimiento especial de la referida Ley 62/1978, sino a través del proceso declarativo ordinario.

Centrando la cuestión del debate, en este caso se trata de la expulsión directa, que se denuncia como arbitraria, de los militantes que demandaron y en este sentido hay que tener en cuenta, que si bien resulta respetable el derecho de cada persona a integrarse o no en una determinada asociación, si trasciende a tal derecho cuando se produce la expulsión impuesta de la misma. Los partidos políticos caben ser encuadrados en el amplio espacio del derecho asociativo, y con sus consecuencias inherentes, sin perjuicio de las peculiares representan efectiva asociación de personas, y así se deduce de la Ley de 4 de diciembre de 1978, asistiéndoles una finalidad bien precisa y determinada que es la participación democrática en la vida política del país, al jugar papel importante y decisivo en los regímenes políticos democráticos pluralistas. No se configuran como órganos estatales, lo que garantiza su independencia, sino más bien como instrumentos colectivos organizados para posibilitar alcanzar y ejercer el Gobierno (S de 26 de julio de 1993), por el cauce constitucional de la actuación y participación electoral. La jurisprudencia civil posterior, en la línea jurídica que contienen los artículos 7 LOPJ, 53 CE y 1 y 11 (que autoriza a impugnar actuaciones relativas a los derechos fundamentales de la persona), de la Ley de 26 de diciembre de 1978, ha estimado correcta la vía procesal especial que esta normativa establece, en los supuestos en los que se combate la expulsión de un socio de asociaciones de diversos tipos —SS de 26 de octubre de 1995, 27 de diciembre de 1996 (entre otras)—, así como la de 24 de marzo de 1992 que declara que los derechos funda-

mentales pueden ser conculcados o violados no sólo por los poderes públicos, personas y funcionarios a sus órdenes, sino también por las personas físicas y jurídicas (STC de 11 de octubre de 1988), a cuyos efectos hay que tener en cuenta que los partidos políticos están dotados de personalidad jurídica reconocida, conforme al artículo 2 de la Ley de 4 de diciembre de 1978.

Con referencia concreta a la aptitud del procedimiento incidental, que establece el artículo 13 de la Ley 62/1978, para resolver la cuestión debatida respecto a la expulsión definitiva de los socios del partido *Centro Democrático y Social*, las recientes SS de 13 de junio y 21 de septiembre de 1996, estiman adecuada la vía procesal de que se deja hecha referencia.

Contenido del derecho de asociación.—El derecho de asociación (art. 22 CE), lleva inherente el derecho a no ser expulsado arbitrariamente del grupo asociativo en que se halle integrado el excluido. (STS de 12 de mayo de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Cien afiliados al partido político *Centro Democrático Social* fueron expulsados como consecuencia de haber dirigido a la dirección una carta crítica —que fue objeto de divulgación por distintos medios informativos— sobre la situación del partido. La Comisión Provisional de Conflictos instruyó expedientes disciplinarios que terminaron con el acuerdo de expulsión de la formación política. Impugnan judicialmente los afectados estas resoluciones por estimar que vulneran sus derechos de asociación y participación en la vida pública, libertad de expresión, a ser informados de la acusación formulada, a la presunción de inocencia y el principio de legalidad. El Juzgado estima parcialmente la demanda interpuesta. Es acogida la apelación de los demandados, declarando la Audiencia —entre otros pronunciamientos— la inadecuación del procedimiento seguido en la instancia. Recurren en casación los demandantes declarando el TS haber lugar en parte. (R. G. S.)

6. Incapacitación: concepto, extensión y naturaleza.—La incapacitación, como privación de la capacidad de obrar de la persona por sentencia, como dispone el artículo 199 CC, es un estado civil en el que se coloca al sujeto en un grado de incapacidad que viene determinado en la sentencia, como prevé el artículo 210 CC.

La base fáctica de la incapacitación, las «causas fijadas en la ley», como dice el artículo 199 CC, son las «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma», como precisa el artículo 200 CC y como matiza la jurisprudencia de esta Sala, es la «decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse, dice la S de 31 de diciembre de 1991, en lo que insiste la de 31 de octubre de 1994 y reitera la de 19 de febrero de 1996, que destaca que la enfermedad o deficiencia ha de ser constante, entendida como “permanencia hacia el futuro”».

El artículo 200 CC señala la base fáctica en que debe basarse la sentencia que constituye a una persona en el estado civil de incapacitación. La jurisprudencia, tanto la S de 31 de diciembre de 1991, como otras, como las de 20 de mayo y 31 de octubre de 1994 y 19 de febrero de 1996, desarrollan aquel precepto, esta última dice literalmente: «la capacidad de las personas físicas es atributo de la personalidad, no obstante cabe su restricción y control por disposición expresa de la ley en supuestos como el que se estudia, mediante las que han sido llamadas

circunstancias modificativas de la capacidad, al presumirse siempre la capacidad mental, mientras no quede demostrado lo contrario, pues los medios procesales legales arbitrados, observancia de las garantías constitucionales, y con base a pruebas concluyentes y rotundas en contrario, que conforman probanzas directas, dada la trascendencia de la resolución en cuanto priva a una persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial».

La incapacitación es un estado civil indisponible, regulado por normas de *ius cogens*, que se refieren a la persona y al patrimonio (no sólo a éste) y que da lugar al sistema de guarda que en este caso es la tutela, y ésta, tras la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma del Código civil, es una tutela de autoridad, que se constituye y controla judicialmente.

Procedimiento para la constitución de la tutela.—El artículo 210 CC ordena que la sentencia de incapacitación determine «la extensión y los límites de ésta» y fije «el régimen de tutela o guarda», sin constituir las, ya que esto corresponde al expediente de jurisdicción voluntaria que se inicia tras la firmeza de aquélla; a estos extremos se han referido, en el sentido expuesto, las SS de 22 de julio de 1993 y 27 de enero de 1998. (STS de 19 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. Q. F. formula demanda de incapacitación contra su hermana —aquejada de una demencia senil y la enfermedad de Alzheimer— quien comparece en autos para oponerse. El Juzgado de Primera Instancia resuelve constituyendo a la demandada en el estado civil de incapacitación. Apela ésta oponiéndose a la apelación el actor y el Ministerio Fiscal. La Audiencia confirma íntegramente la sentencia del Juzgado. Interpone la demandada recurso de casación oponiéndose nuevamente actor y Ministerio Fiscal. El TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

7. Cosa juzgada. Identidad exigida por el artículo 1252 CC.—El TS tiene establecido en una amplia jurisprudencia (entre otras, SSTS de 1 de octubre de 1991, 31 de marzo de 1992, 27 de noviembre de 1993 y 30 de julio de 1996) que la concurrencia del requisito de identidad de cosa, causa y persona que establece el artículo 1252 CC se observa realizando un juicio comparativo en lo relativo a la relación jurídica controvertida entre lo resuelto por la sentencia anterior y las pretensiones del ulterior proceso.

Cosa juzgada material. Significado.—Establece el TS (STS de 20 de septiembre de 1996) que la cosa juzgada tiene dos vertientes. La vertiente negativa impide que una contienda ya resuelta por sentencia firme se pueda volver a plantear (se trata del principio jurídico de *non bis in idem*). Por otra parte, el aspecto positivo de la cosa juzgada significa una obligación que se impone al juzgador de respetar lo declarado en proceso anterior que verse sobre la misma controversia.

Sentencia firme. Impugnación.—El TS considera que la única forma de atacar la firmeza de una sentencia es la interposición de demanda de revisión.

Estado civil. Eficacia de cosa juzgada.—Conforme al artículo 1252.2 CC, dispone el TS que en materia de estado civil la cosa juzgada es oponible a terceros aunque no hubiesen litigado en el proceso. Se trata de un principio esencial a la existencia de los tribunales y a la seguridad jurídica que han de producir sus resoluciones.

Cambio legal en materia de estado civil. Cosa juzgada.—A pesar de la evolución legal, desde la entrada en vigor de la Constitución, de la materia del estado civil y a pesar de los avances científicos en lo que respecta a la prueba de

paternidad. estima el TS que las sentencias sobre estado civil ya firmes adquieren de forma indubitada *erga omnes* y *ex lege* el valor de cosa juzgada. Consiguientemente, no es posible su ataque a través de un nuevo proceso en que se haya de resolver en sentido contrario a lo que en su día se decidió en el que produjo la sentencia firme. (STS de 19 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don M. F. P. L., soltero y con cuatro hermanos, fallece en 1967 sin haber hecho testamento. Se entabla procedimiento contra los hermanos del mismo y la herencia yacente, a raíz del cual se declara que don M. C. C. es hijo natural del difunto y heredero del mismo, anotándose tal pronunciamiento en el Registro Civil. Poco después, y de forma independiente, se entabla un segundo procedimiento, por el cual se declara que doña M. T. L. P., es hija natural del difunto y heredera también del mismo; pronunciamiento que se inscribe en el Registro Civil. Ambos hijos naturales proceden de madres diferentes. Los hijos naturales declarados herederos otorgan escritura de partición hereditaria en 1979.

Tres años después, los hermanos de don M. F. P. L. interponen demanda solicitando la declaración de que don M. C. C. y doña M. T. L. P. no son hijos naturales de su difunto hermano, así como la rectificación a estos efectos del Registro Civil. Solicitan igualmente que se les declare a ellos herederos de su hermano y la declaración de nulidad de la escritura de partición de la herencia realizada por los demandados. Esta demanda es desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, que considera que se ha de aplicar la excepción de cosa juzgada. Igualmente desestima el recurso de apelación la Audiencia Provincial sobre la misma base. Interpuesto recurso de casación por los demandantes que consideran que no hay identidad de cosas, causas y personas, el TS lo desestima. (A. M. M.)

8. La inhabilitación del quebrado no funciona en el intervalo que va desde la declaración de quiebra hasta el nombramiento de los síndicos, siempre que su intervención pueda beneficiar los intereses de sus acreedores.—La sentencia de la Audiencia con observancia de la línea doctrinal de la STS de 30 de junio de 1978, respecto al alcance de la inhabilitación de los quebrados, argumenta que ésta tiene su fundamento en la protección de los intereses de los acreedores afectados por su situación, pues tal estado no incapacita al quebrado, sino que sólo lo inhabilita, y, como expresa la citada STS, se origina una cuasi-incapacitación orientada a la protección de los acreedores, la cual encuentra su *ratio* en la conveniencia de evitar que el quebrado realice actos de naturaleza patrimonial en perjuicio de ellos; la referida STS sentaba asimismo que, en el ámbito jurídico, nada impide el reconocimiento de capacidad procesal al quebrado para el ejercicio de los derechos no afectados por esa limitación de su poder patrimonial.

Es preciso señalar que, en el momento en que fue dictada la sentencia impugnada, no existía constancia sobre el nombramiento de los síndicos, y ante esta circunstancia, ninguna traba legal se oponía a la permanencia de la compañía *Embutidos Maiso, S. A.*, en el juicio pese a su condición de quebrada; los razonamientos de dicha resolución sobre lo injustificable de la paralización del proceso en contra de la voluntad de la quebrada —«a) ésta conserva su capacidad procesal en la medida que no requiera restricción el buen fin de la ejecución general; b) interesa a los acreedores, en tanto los síndicos no actúen en los términos que establece el artícu-

lo 1091 del Código de Sáenz de Andino que este proceso siga su curso normal en previsión de una sentencia que, de ser confirmatorio de la recurrida, provocará un incremento de la masa en provecho de todos ellos; c) en el artículo 9 LEC no aparece regulada la declaración de quiebra como causa de extinción del poder del Procurador, y d) tampoco aparece prevista en el artículo 323 de dicha Ley como causa de suspensión de la vista—, son técnicamente impecables, y unidos a los precisados en el párrafo precedente, aportan validez a la respuesta permisiva de la aptitud procesal de la quebrada en este caso.

En efecto, la inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes (art. 878.1 CCO) y que le priva de capacidad para comparecer en juicio en relación a los mismos, por lo que necesita de los síndicos para suplirla, no funciona en el intervalo que va desde la declaración de quiebra hasta el nombramiento de los síndicos, en cuyo espacio temporal, para los juicios en trámite, aquél conserva la necesaria habilidad procesal siempre que su intervención, como en el supuesto del debate, pueda beneficiar los intereses de sus acreedores. (STS de 26 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Después de dictarse sentencia por el Juzgado de Primera Instancia condenando a la demandada a pagar una cantidad a la actora, y de interponer la condenada recurso de apelación, ésta presentó un escrito en la Audiencia en el que manifestaba que un Juzgado había acordado la quiebra necesaria de la demandante y dispuesto la inhabilitación de sus administradores, alegando que la declaración de quiebra impedía que el actor litigara en defensa de los bienes que integran la masa. La Audiencia Provincial y el TS rechazaron las pretensiones del demandado y recurrente. (L. F. R. S.)

9. Competencia jurisdiccional por sumisión tácita.—Este motivo de casación debe ser desestimado, en primer lugar, porque la parte codemandada y recurrente en casación *Jamón Aneto, S. A.*, se aquietó ante aquella desacertada sentencia que no resolvió la cuestión de competencia y, no sólo no la recurrió, sino que al contestar la demanda mostró su propia sumisión tácita al órgano jurisdiccional de Valladolid y, en segundo lugar, cuando el Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en el proceso principal y es apelada por la parte demandante, la recurrente en casación, codemandada, *Jamón Aneto, S. A.*, ni formula recurso de casación ni se adhiere al formulado.

Doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de las personas jurídicas.—El segundo y tercer motivo de casación, formulados al amparo de lo dispuesto en el núm. 4.º del artículo 1692 LEC son tratados conjuntamente, pues ambos se refieren a la verdadera cuestión clave, que es la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona *disregard* y de la germana *Durchgriff*, que tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice la S de 28 de mayo de 1984, verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las SS de 6 de julio, 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 de junio, 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993. La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o

extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como dice la S de 3 de junio de 1991 se proscriben la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros, lo que reiteran las de 16 de marzo, 24 de abril de 1992, 16 de febrero de 1994, y la de 8 de abril de 1996 que resume la doctrina jurisprudencial (en su F 2.º, párrafo 2.º). Por último, las tres sentencias más recientes reafirman y resumen la doctrina jurisprudencial; son las de 31 de octubre de 1996, 10 de febrero y 24 de marzo de 1997. La primera dice (F 1.º, párrafo 5.º): la teoría del «levantamiento del velo» —*lifting the veil*— creación de la jurisprudencia norteamericana con intención de averiguar lo real en una evolución de determinada persona jurídica que pueda implicar una frustración de los derechos de terceras personas sean físicas o jurídicas, está, hoy por hoy, plenamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia españolas, y a través de la misma se pretende evitar una simulación, en la constitución de una sociedad, que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato, así como la burla de la ley como protectora de derechos. Y en esa dirección hay que destacar la emblemática sentencia de esta Sala, de fecha 28 de mayo de 1984, cuando en ella se dice que «se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 CC), la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar ya intereses públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC). La segunda reitera y reproduce la doctrina que exponen las SS de 28 de mayo de 1984 y 1 de diciembre de 1995. La tercera reitera la misma doctrina, con base en la misma S de 28 de mayo de 1984 y en la de 12 de febrero de 1993; su texto literal es: en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la CE (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 CC), la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal —de respeto obligado, por supuesto— se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los «derechos de los demás» (art. 10 CE).

Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo cuando una persona física es propietaria de la mayor parte del capital de dos sociedades.—Reconociendo, lo que es indiscutible, la personalidad jurídica de ambas sociedades demandadas, la sentencia recurrida no ha infringido la Ley de Sociedades Anónimas, ni el artículo 7.2 CC, sino que ha aplicado correctamente la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de la persona jurídica, partiendo de los hechos que reconoce como acreditados. La novedad y especialidad con la que se enfrenta la presente sentencia es que tras el velo de la codemandada *Jamón Aneto, S. A.*, se halla una determinada persona física y esta misma es la que se halla tras el velo de la codemandada *Dimpasa*; es decir, el levantar el velo descubre —como expresa como probado la sentencia recurrida— la verdadera situación en orden a la personalidad, que da lugar a una apariencia que no es

social ni éticamente sostenible y produce un daño a tercero que había contratado de buena fe. (STS de 15 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Un acreedor demandó a dos sociedades en reclamación de cantidad alegando la doctrina del levantamiento del velo y pidiendo que se condenara solidariamente a las demandadas a pagar la deuda. El Juzgado de Primera Instancia condenó a una sociedad pero absolvió a la otra. Sin embargo, la Audiencia Provincial y el TS aplicaron la doctrina del levantamiento del velo y condenaron solidariamente a las demandadas al pago de la deuda, pues se acreditó que una determinada persona física era propietario de la mayor parte del capital de ambas sociedades, que existían dependencia y extresijos entre ambas y las relaciones comerciales, de dependencia («o al menos inexplicables en el tráfico mercantil») de una a otra. La recurrente en casación alegaba que la sentencia de instancia no había resuelto la cuestión de competencia formulada antes de contestar la demanda, pero el TS rechazó ese motivo, al considerar que existía competencia jurisdiccional por sumisión tácita. (L. F. R. S.)

10. Levantamiento del velo jurídico. Los órganos judiciales pueden penetrar en el interior de las personas jurídicas cuando ello sea preciso para evitar el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.—Esta Sala tiene reiteradamente declarado, aparte de otras, en SSTS de 28 de mayo de 1984, 24 de septiembre de 1987, 4 de marzo de 1988, 20 de junio de 1991 y 13 de diciembre de 1996, que en el conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, valores consagrados en la CE, se ha decidido, prudencialmente y según los casos y circunstancias, la aplicación, por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1 CC), de la práctica de penetrar en el substrato personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con la finalidad de evitar que, al socaire de esa ficción de forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC), y así se admite la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (levantamiento del velo jurídico) en el interior de esas personas jurídicas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE); es decir, del mal uso de la personalidad, o lo que es lo mismo, de un ejercicio antisocial de su derecho. La sentencia dictada por el Juzgado, asumida, como ya se ha precisado, por la de la Audiencia, parte de la certeza de que las compañías *Pirotecnia Golpe, S. A.*, y *Pirotecnia Zaragozaana, S. A.* son independientes y de que el trabajador fallecido no se encontraba vinculado laboralmente con la última reseñada, pero después de un minucioso examen de la prueba practicada, llega a la conclusión de que ambas sociedades constituyen una sola empresa. Los motivos han de ser desestimados porque la doctrina general sobre el «levantamiento del velo», tras el minucioso examen de la prueba practicada en autos y las conclusiones fácticas alcanzadas en las instancias, justifica la condena de *Pirotecnia Zaragozaana, S. A.*, sin que quepa ahora la realización de un nuevo análisis demostrativo, que convertiría la casación en una tercera instancia. (STS de 25 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El marido de una señora con cuatro hijos muere en un accidente laboral en la pirotecnia en la que trabajaba. La viuda demanda, en su propio nombre y como representante legal de sus hijos meno-

res de edad, a la sociedad para la que trabajaba el marido y a otra íntimamente relacionada con ella, reclamando una indemnización. Tanto la sentencia de instancia como la de apelación estiman parcialmente la demanda. Una de las sociedades demandadas y condenadas interpone el recurso de casación que es desestimado. (*L. F. R. S.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

11. Contrato atípico de utilización de autopista. Específicos deberes de cuidado de la empresa concesionaria.—Ninguna razón se aporta para invalidar, con lógica, la correlación que establece la sentencia recurrida entre ambos conceptos, ya que el primero expresa la reciprocidad de las prestaciones, canon que paga el usuario y utilización por el mismo de las instalaciones viarias (art. 14-1.º: «el concesionario podrá percibir de los usuarios, el peaje que corresponde por aplicación de las tarifas aprobadas») y el segundo, las condiciones en que ha de prestarse el servicio de utilización de la vía [art. 27-1.º y 2.º a): «1.º el concesionario deberá conservar la vía, sus accesos, señalización y servicios reglamentarios en perfectas condiciones de utilización; 2.º La continuidad en la prestación del servicio le obligará, especialmente, a facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de la vía salvo que la adopción de medidas obedezca a razones de seguridad o de urgente reparación»]. Por ello, debe reputarse acertada la calificación que otorga la sentencia recurrida, a la relación jurídica entre usuario y concesionario, considerándola contrato atípico «a través del cual, y mediante el pago de un peaje a cargo del usuario, la empresa concesionaria viene obligada a garantizar a éste una circulación fluida, rápida y sin riesgo de ningún tipo pues se espera que el concesionario lo haya eliminado».

Relación de causalidad entre el daño y la omisión de diligencia.—La doctrina jurisprudencial indica, con razón, la sentencia impugnada, ha acentuado el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1104 CC, definidor de la culpa o negligencia, que no se elimina siquiera con el puntual cumplimiento de las precauciones y prevenciones legales y reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, exigiéndose como normativa la exigencia de «agotar la diligencia».

Colisión con animal. Inexistencia de caso fortuito.—La parte demandada —hoy recurrente— ha alegado, basándose en el artículo 1105 CC la existencia de caso fortuito, dada la imposibilidad del suceso o su inevitabilidad, pese a la previsibilidad del mismo y ha argumentado, en abstracto, sobre la imposibilidad de prever la conducta de un ser irracional (como un perro) o sobre el carácter de la «valla de cerramiento»... Cabe deducir a la vista de los desperfectos observados que las vallas requieren constante vigilancia, en toda su extensión, y que puede existir en cualquier momento una abertura lo suficientemente grande para introducirse un perro, sin que pueda asegurarse que la procedencia del perro el día de autos fuera de las entradas y salidas, ello, sin perjuicio, de que la práctica justifica la necesidad de extremar medidas de vigilancia en la misma, encontrándonos ante hechos previsibles como lo demuestran los diversos procedimientos incoados por daños originados por la irrupción de perros en la autopista, remitiéndonos a lo expresado por la doctrina jurisprudencial anteriormente recogida, «si

todas las medidas utilizadas se revelan insuficiente para la evitación del riesgo, se exige agotar las diligencias». Hasta tanto ello no se haga, el suceso no se puede reputar sea imprevisible, insuperable o irresistible y, en definitiva, sea hecho fortuito como invoca la parte recurrente; el riesgo de la explotación debe asumirlo la concesionaria. (STS de 5 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La presencia de un perro que, procedente de sitio ignorado, se había internado por la autopista fue causa del accidente que originó lesiones y secuelas a un motorista y daños al propietario del vehículo. Los perjudicados dirigieron su acción sobre reclamación de cantidad contra la entidad *Autopistas del Mare Nostrum, S. A.* La demanda fue estimada íntegramente en primera instancia, siendo recurrida la sentencia pronunciada por el Juzgado ante la Audiencia Provincial de Sevilla —sección sexta— que la revocó en cuanto a la indemnización por daños materiales y abono de las costas. El TS confirmó la imputación de responsabilidad a la empresa concesionaria de la autopista.

De entre las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciable, condicionantes del fallo emitido, conviene destacar, de una parte, que no se pudo asegurar que el perro se introdujera por la zona de penetración que carece de control, y de otra, que, examinado el estado de las vallas de cerramiento existentes en el tramo de autopista entre el punto de colisión y la salida más inmediata, se observaron diversos agujeros y trozos de valla totalmente nuevos, comprobándose, en general, el remiendo de las mismas con cables nuevos.

NOTA.—El TS mantiene, en la sentencia que nos ocupa, el criterio de que la cuestión sometida a debate debe enjuiciarse a la luz de la Ley 8/1972, de 10 de mayo sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. A la vista de sus preceptos, la Sala afirma la existencia de un contrato atípico concertado entre el concesionario y el usuario de tales vías, que condiciona la naturaleza de la responsabilidad de la compañía concesionaria, que habrá de ser valorada conforme a los criterios de responsabilidad por culpa contractual vigentes en el Código civil.

La sentencia comentada se inserta dentro del grupo de pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal en los que la conservación de las instalaciones de la autopista en debidas condiciones para una conducción segura se incluye dentro de las prestaciones que en el ámbito contractual corresponden al concesionario. Desde esta perspectiva, la aparición de un elemento extraño en la autopista, como sucede en el caso enjuiciado con el perro, que altera la normalidad del servicio garantizada por la empresa concesionaria, no se valora como un evento calificable de caso fortuito, sino como una circunstancia de acaecimiento previsible en el marco contractual, y, por tanto, capaz de generar una obligación reparadora del daño a cargo de quien no ha demostrado haber utilizado todos los mecanismos necesarios para evitar el riesgo en cuestión.

No hay que olvidar, sin embargo, que el propio TS ha reconocido que dentro de una relación contractual pueda surgir una responsabilidad extracontractual, conforme al artículo 1902 CC, siempre que la negligencia no se refiera al cumplimiento estricto de lo pactado. Por

ello, aun admitiendo que la concesionaria está obligada a facilitar la prestación del servicio en condiciones de absoluta normalidad, no siempre la presencia de un animal en la calzada implicará incumplimiento del contenido contractual. La obligación referida no puede llevarse al extremo de que la entidad tenga que mantener de continuo presencia de operarios en cada punto de la vía para evitar el súbito acceso de semovientes a la zona. Parece necesario que el animal deambulara por la vía con una antelación suficiente para que pudiese haber sido detectado por los empleados encargados del mantenimiento, pues cabría también la posibilidad de que sus propietarios lo hubieran abandonado negligentemente dentro del recinto.

Ninguna de las partes plantea la posible responsabilidad del dueño del perro con el que se colisiona, sobre cuya identidad no se aporta ningún dato, no pudiendo, por tanto, ser identificado. (A. R. M.)

12. Reconocimiento de deuda: artículos 1277 y 1275 CC.—Conforme al artículo 1277 CC, se presume existente y lícita la causa de las relaciones contractuales, favoreciendo de esta forma al acreedor, al desplazarse sobre el deudor la carga de probar su inexistencia o ilicitud (art. 1275 CC) a fin de destruir la presunción legal, y si lo logra ocasionaría la ineficacia del negocio.

En cuanto al reconocimiento de deuda, como negocio causal que es, la Sala, afirma (siguiendo a las SS de 28 de marzo de 1983, 16 de febrero de 1988, 25 de enero y 6 de noviembre de 1990, 27 de noviembre de 1991 y 3 de septiembre de 1993) que se trata de «un contrato de fijación válido y lícito y afecta a quien lo admite, pudiendo tener como objeto exclusivo facilitar a la otra parte interesada un medio de prueba o considerar la deuda como realmente existente y de cargo de quien efectúa la declaración reconocitiva, lo que le vincula con efecto constitutivo por representar causa justificada». En el caso de que en el reconocimiento de deuda no resultara precisada la causa o la misma se ignore —sigue la Sala—, «no por eso pierde eficacia, al revestir naturaleza contractual, que se rige por el artículo 1277 y asimismo le es aplicable el 1275, lo que se traduce en una abstracción meramente procesal —no material— de la causa, cuyo efecto consiste en la inversión de la carga probatoria, ya que la causa subyace en el reconocimiento de la deuda practicada (SS de 3 de febrero de 1977, 20 de noviembre de 1992, 11 de marzo de 1993, 21 de julio de 1994 y 22 de julio de 1996)».

Doctrina sobre el enriquecimiento injusto.—Es constante y reiterada la doctrina del TS que afirma que el enriquecimiento injusto «no se genera cuando concurre causa contractual justa, entendiendo por tal aquella situación jurídica que autoriza al beneficiario de un bien a recibirlo (S de 19 de diciembre de 1996), y también al acreedor a percibir la deuda reconocida, bien porque existe una disposición legal en este sentido o porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz y cuya nulidad e ineficacia no se ha logrado demostrar, por lo cual cuando no se da carencia de causa justificativa de la ventaja económica denunciada ni se acredita que representa supuesto de beneficio económico adquirido, desprovisto de total relación negocial, se excluye el enriquecimiento injusto (SS de 13 de diciembre de 1991, 6 de febrero y 5 de diciembre de 1992, 19 de mayo de 1993, 17 de febrero de 1994 y 8 de junio de 1995)».

Responsabilidad ganancial: artículos 1362-4.º y 1365-2.º.—Serán a cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por la explotación regular de los negocios o por el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge (art. 1362-4.º) y lo es el pago del precio de un camión por parte del cónyuge

ge transportista, estableciéndose en el artículo 1365-2.º la responsabilidad ganancial directa para su pago de los bienes que tienen tal condición. (STS de 29 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El pleito objeto de autos trae causa de un documento privado firmado entre el demandado don Crescencio M. M. y la actora, *Transportes Mandiola, S. A.*, en virtud del cual aquél reconoce adeudar a esta última la cantidad líquida y vencida de 8.257.284 pesetas como consecuencia de la detallada liquidación de cuentas contenida en el propio documento, donde se hacía una fijación precisa de la causa que generó dicha situación contable. En particular, la deuda se refiere al precio de la compra de un camión (al haberse operado subrogación en un contrato de arrendamiento financiero y asumir el demandado la obligación de satisfacer a la citada mercantil los pagos correspondientes al *leasing* concertado y el precio del mismo) y a los arreglos del vehículo pagados por la actora.

Interpuesta demanda de juicio declarativo de menor cuantía por la mercantil *Transportes Mandiola, S. A.*, frente a los demandados, don Crescencio M. M. y su esposa doña Ramona M. G., el Juzgado de Primera Instancia de Durango, apreciándola en su integridad, condena a los demandados a pagar la cantidad solicitada de 8.257.284 pesetas con sus intereses legales desde la fecha de presentación en este juzgado de la solicitud de embargo preventivo de los bienes de los demandados. Tanto el recurso de apelación como el de casación, incoados por los demandados, fueron desestimados por sendas sentencias de la Audiencia Provincial de Bilbao y el TS. (V. M. L.)

13. La interpretación contractual es función de los órganos de instancia y su resultado debe mantenerse en casación si no resulta ilógica o vulneradora de las normas legales.—A la vista de ello, ha de traerse a colación la doctrina de esta Sala, harto reiterada en innumerables sentencias, según la cual es función de los órganos de instancia la interpretación contractual, cuyo resultado ha de mantenerse en casación mientras no se demuestre que es ilógica o vulneradora de las normas legales.

La naturaleza jurídica del precontrato exige que se halle prefigurada en él una relación jurídica con todos sus elementos básicos, cuya efectividad se deja a voluntad de una o ambas partes. Es el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos.—En el caso que nos ocupa, la Audiencia ha adoptado la doctrina más autorizada en nuestra civilística sobre la naturaleza jurídica del precontrato, que exige que en él se halle prefigurada una relación jurídica, con sus elementos básicos, cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de una de las partes o de ambas, por lo que aquellos vicios están ausentes obviamente. El precontrato, en tal sentido, es el final de los tratos preliminares, no una fase de ellos. Confrontado el documento de «intenciones» origen de este litigio con estos rasgos definitorios del precontrato, se percibe inmediatamente que en él no se encuentran los elementos que han de constar en la escritura de constitución de sociedad anónima exigidos expresamente por el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, por lo que faltan los elementos básicos del contrato proyectado por las partes, salvo que fuesen completados por nuevos acuerdos entre ellas, con lo cual nos salimos de la configuración general del precontrato que antes se ha hecho. El documento, en suma,

no sería más que un punto de partida para seguir negociando, no traza un contrato de sociedad anónima y no se puede pedir el otorgamiento de la escritura pública de constitución de tal sociedad, pues sería pedir una prestación de cumplimiento legal imposible porque el precepto citado lo impediría. Si se considerase que aquella construcción doctrinal del precontrato no abarca a todos los convenios que en el curso de una negociación contractual pueden alcanzarse, el resultado no sería distinto para la solución de este litigio. El «acuerdo de intenciones» al que han llegado las partes sería demostrativo de un acuerdo entre ellas sobre determinados extremos, que les impediría retractarse, pero han de seguir negociando los restantes hasta la configuración de la sociedad anónima proyectada, sin que su libertad contractual para alcanzar acuerdos posteriores se vea mermada porque se seguiría dentro de la zona de los tratos preliminares, que no obligan a la celebración del contrato por su propia naturaleza. En fin, no otra solución se alcanzaría si se volviese a la antigua doctrina que vio en el precontrato una obligación de celebrar un contrato. Si los elementos básicos de éste no están determinados en aquél, no se ve la manera de eludir otro convenio sobre los mismos, ni hay razón para estimar derogada la autonomía de la voluntad en ese trance (perfeccionar el contrato o no).

Cuando no están determinados en el documento los elementos básicos del contrato proyectado, se está en el ámbito de la formación progresiva del contrato y no en el del precontrato. La autoridad judicial no puede sustituir una voluntad negocial inexistente o incompleta.—En realidad, cuando los elementos básicos del contrato proyectado no están determinados en el llamado precontrato, se está dentro del ámbito de la formación progresiva del primero, que no existe jurídicamente mientras. En tal ámbito, las partes son libres de llegar a acuerdos vinculantes para ellas, pero no para exigirse obviamente el cumplimiento de lo que todavía no existe, y pueden desistir de sus tratos, que es lo que la sentencia recurrida da a entender que se produjo, al resaltar la abstención de las partes entre la firma del documento y la demanda (más de dos años) para llevar a cabo «sus intenciones». Aunque subsistiese la voluntad de cumplir con lo acordado en el documento (no es ésta la posición de los demandados), lo que no puede hacer la autoridad judicial es suplir lo que al «acuerdo de intenciones» le falta para que pudiese otorgarse escritura pública de constitución de sociedad anónima. No puede construir una voluntad negocial sobre elementos básicos de acuerdo con el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, pues se extralimitaría en su papel de emisora de una declaración de voluntad ya formada sobre aquellos elementos, pero no para crearla. Por todas estas razones los motivos del recurso se desestiman. (STS de 3 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Un señor había firmado junto con otros dos un documento que calificaron como «compromiso de intenciones», en el que los firmantes se comprometían a constituir una sociedad anónima para la explotación de una serie de naves industriales, y, en primer lugar, para la construcción por parte de uno de los socios, el demandante, en un solar propiedad de uno de los demandados. La obra y el suelo constituirían sus respectivas aportaciones a la proyectada sociedad. Tras algo más de dos años sin que se hubiera cumplido nada de lo proyectado en dicho documento, el aportante de la construcción demandó a los otros dos firmantes pidiendo el cumplimiento del contrato aludido y el otorgamiento de la escritura pública correspondiente a la constitución

de la sociedad anónima. Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación desestimaron la demanda y el recurso, por estimar que el documento en cuestión no es precontrato. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

14. Cláusula de sumisión expresa impuesta al adherente en un contrato de publicidad. Carácter abusivo.—El TS considera, en el presente caso, que el contrato de publicidad es un contrato de adhesión. Con la aprobación de la Directiva comunitaria núm. 93/13, de 5 de abril de 1993, que define y declara la ineficacia de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados con los consumidores, ha surgido una nueva doctrina jurisprudencial (SSTS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio y 14 de septiembre de 1996), en virtud de la cual se consideran abusivas las cláusulas que, de forma unilateral y sin posibilidad de modificación por parte de los consumidores, se incluyen en un contrato de adhesión causando un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Es por ello por lo que el TS considera abusiva una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Madrid, pues provoca un desequilibrio para los adherentes interesados en la publicidad ofertada por la *Compañía Telefónica*, obligándoles a defenderse y litigar en los Tribunales de Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad ahora demandante, al centralizar todas sus reclamaciones judiciales en los Tribunales de Madrid. Mantiene el TS que a este criterio interpretativo se llega también por aplicación de la doctrina del abuso del derecho y los criterios de la LGDCU. (STS de 27 de abril de 1998.)

HECHOS.—En junio de 1995 se suscribe un contrato de publicidad en las llamadas «Páginas Amarillas» entre la *Compañía Telefónica Nacional de España, S. A.*, y la entidad *Academia Albia, S. L.* Posteriormente, en julio de 1996, la *Compañía Telefónica Nacional de España, S. A.*, interpone demanda, ante los Tribunales de Madrid, contra la entidad *Academia Albia, S. L.*, reclamando el pago de determinada cantidad de dinero. La parte demandada insta, ante los Tribunales de Bilbao, una cuestión de competencia por inhibitoria. El Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Madrid desestima la inhibitoria planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao, dando lugar a una cuestión de competencia ante la Sala 1.ª del TS.

Declara el TS que la competencia territorial para conocer del litigio planteado corresponde al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación añade una DA 1.ª a la LGDCU. El núm. 27 de la mencionada DA declara abusivas las cláusulas que contengan «la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble, ...».

Otra cuestión que nos planteamos es si la entidad *Academia Albia, S. L.*, puede ser considerada un consumidor. Si la respuesta fuera negativa, entonces parece que no sería aplicable la legislación que se recoge en la sentencia. (M. J. P. G.)

15. Cláusula de sumisión expresa a los tribunales de una determinada localidad contenida en un contrato de mantenimiento de ascensores. Carácter abusivo. Nulidad.—El contrato de mantenimiento de ascensores es considerado un contrato de adhesión. Debido a la legislación comunitaria, en concreto, la Directiva núm. 93/13, de 5 de abril de 1993, ha surgido una nueva doctrina jurisprudencial (SSTS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio y 23 de septiembre de 1996), en virtud de la cual se consideran abusivas las cláusulas que, de forma unilateral y sin posibilidad de modificación por parte de los consumidores, se incluyen en un contrato de adhesión causando un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Es por ello por lo que el TS considera abusiva una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Madrid, pues provoca un desequilibrio para los consumidores que teniendo su domicilio en diversos lugares de la geografía española se ven obligados a litigar en Madrid, mientras que para la parte que ha impuesto dicha cláusula, al tener negocios en diversos lugares, supone una ventaja poder centralizar todos los asuntos judiciales en los Tribunales de Madrid. Afirma el TS que a idéntico criterio interpretativo se llega por aplicación de la doctrina del abuso del derecho y los criterios de la LGDCU.

Cláusula abusiva. Ley de Condiciones Generales de la Contratación.—La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación realiza la transposición de la Directiva antes mencionada al Derecho interno español. Dicha Ley añade una DA 1.^a a la LGDCU. El núm. 27 de la mencionada DA declara abusivas las cláusulas que contengan «la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble, ...». (STS de 4 de mayo de 1998.)

HECHOS.—Se suscribe un contrato de mantenimiento de ascensores entre la entidad *Zardoya Otis, S. A.*, y la Comunidad de propietarios de un edificio sito en la localidad de Denia (Alicante). En el mencionado contrato existía una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Madrid. La entidad *Zardoya Otis, S. A.* interpone demanda, ante los Tribunales de Madrid, contra la citada Comunidad de propietarios, reclamando el pago de determinada cantidad de dinero. La parte demandada promueve, ante los Tribunales de Denia (Alicante), cuestión de competencia por inhibitoria, al entender ineficaz la cláusula de sumisión expresa contenida en el contrato. El Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Madrid desestima el requerimiento por inhibitoria realizado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Denia (Alicante). Ello dio lugar a una cuestión de competencia ante la Sala 1.^a del TS.

El TS decide la cuestión de competencia territorial en favor del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Denia (Alicante). (*M. J. P. G.*)

16. Contrato de crédito al consumo. Cláusula de sumisión expresa a los tribunales del domicilio del prestatario. Validez.—Declara el TS que no puede calificarse como abusiva una cláusula de sumisión expresa a los tribunales del domicilio del prestatario, pues beneficia a éste litigar en el lugar de su propio domicilio.

Cuestión de competencia por inhibitoria. Plazo para promoverla.—El TS (entre otras, STS de 17 de julio de 1996) afirma que el hecho de que uno de los

Tribunales, cuya competencia se discute, haya dictado sentencia, no es obstáculo para estimar la cuestión de competencia por inhibitoria en favor del otro órgano judicial, siempre que la parte interesada haya promovido en plazo hábil la inhibitoria [antes de que se dictase sentencia firme (art. 76 LEC)]. (STS de 20 de mayo de 1998.)

HECHOS.—Se celebra el 4 de abril de 1994 un contrato de crédito al consumo entre la entidad *Cofigasa* y don P. C. F. En las condiciones generales (que no están firmadas por nadie) de dicho contrato existe una cláusula por la que se establece la sumisión expresa a los tribunales del domicilio del prestatario (don P. C. F.).

Posteriormente, la entidad *Cofigasa* interpone demanda contra don P. C. F. ante los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, en reclamación de cantidad. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Marín (Pontevedra), lugar del domicilio del prestatario, tramita una cuestión de competencia por inhibitoria, a solicitud del demandado, don P. C. F. El Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid informa al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Marín que no ha cursado la inhibitoria planteada por haberse dictado ya sentencia. Ello dio lugar a una cuestión de competencia ante la Sala 1.^a del TS.

Declara el TS que la competencia territorial para conocer del litigio planteado corresponde al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Marín (Pontevedra).

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que la presente sentencia se ocupa de un contrato de crédito al consumo anterior a la entrada en vigor de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo. Asimismo, debe recordarse que la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación ha modificado la redacción del artículo 10 LGDCU. (*M. J. P. G.*)

17. La cláusula por la que las partes se someten a determinada jurisdicción es una cláusula de adhesión que contradice la regla instaurada por el artículo 62 LEC.—La solución a la cuestión de competencia depende de la significación y calificación que merezca la cláusula de «sumisión» contenida en la solicitud-contrato de la tarjeta «American Express» del Banco de Santander que, firmada por el Sr. V.N., constituye el documento fundamental de la reclamación formulada por dicha sociedad (documento núm. 1 presentado con la demanda de cognición), pues bien, el examen de ese documento evidencia por su formato y texto impreso que se trata de un típico contrato de adhesión y dentro de él figura un apartado o recuadro titulado *Resumen de condiciones contractuales*, en que se detallan, sin separación alguna, ni numeración que las distinguiese, una serie de estipulaciones o cláusulas, entre ellas (casi al final del resumen) la del siguiente tenor: «Las partes se someten a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Madrid, siendo la legislación aplicable la Ley Española», y, asimismo, se observa que el tipo de letra en que está redactado el recuadro del «Resumen» es de tamaño diminuto y más pequeño que el de los restantes apartados de la Tarjeta, hasta el punto que el repetido «Resumen» ofrece cierta dificultad en su lectura, y al respecto, no cabe duda que la reseñada cláusula sumisoria vino a contradecir la regla normal que, en materia de competencia, se preconiza en la del artículo 62 LEC: «En los juicios en que se ejerciten acciones personales, será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la

obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado, o el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento». También se observa que la Tarjeta, al parecer, fue firmada en la localidad de Villena.

A partir de la directiva de la CEE núm. 93/13, de fecha 5 de abril de 1993, hay que entender ineficaces las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. A tenor de dicha directiva es abusiva una cláusula no negociada individualmente que suponga para el consumidor obstáculos a la hora de ejercitar judicialmente sus derechos.—Es cierto que, en un primer momento, la jurisprudencia de la Sala, constituida, entre otras, por las SS de 31 de mayo de 1991, 18 de junio y 22 de julio de 1992 e, incluso, 29 de junio de 1995, se orientó en el sentido de aplicar taxativamente la literalidad de las cláusulas de sumisión expresa que se convenían contractualmente, pero semejante criterio cambió, de todo punto, en la doctrina jurisprudencial declarada en las SS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994 y 12 de julio y 14 y 23 de septiembre de 1996, viniéndose a decir en las de 12 de julio y 23 de septiembre que: «En aquel tiempo los Tribunales españoles no disponían de un apoyo legal, para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida, aunque supusiera un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. El panorama legal ha sufrido una importante modificación a partir de la Directiva de la CEE núm. 93/13, de fecha 5 de abril de 1993, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como Jueces Comunitarios. En el artículo 3 de la misma se definen las cláusulas abusivas de la siguiente forma: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» y «El anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas... Q) 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 cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición..., etc. Artículo 6. 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..., etc.».

El criterio ahora sustentado por la Sala viene anticipado por el artículo 10.c.3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y no procede modificarlo.—Asimismo, en la S de 14 de septiembre se establecía que: «El criterio ahora sustentado por la Sala aparece anticipado en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los consumidores y Usuarios (art. 10.c.3)», así como que: «Es llano que no procede modificar la nueva orientación, más conforme con el artículo 3.1 CC y la Resolución 47, adoptada por el Comité de Ministros el 16 de noviembre de 1976, durante la 262 Reunión de los Delegados de los Ministros de la CEE, relativa a las “cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores”, resolución en la que se recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que “creen ins-

trumentos adecuados jurídicos y de otro tipo, para corregir dichos abusos”». (STS de 30 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—En el impreso de solicitud-contrato de una tarjeta de crédito, figuraba una cláusula de adhesión por la que las partes se sometían a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Madrid. Ante el impago de una deuda con cargo a la tarjeta en cuestión, la sociedad a la que ésta pertenecía, reclama la cantidad correspondiente ante un Juzgado madrileño, pero el demandado interpone ante el Juzgado correspondiente a su domicilio cuestión de competencia por inhibitoria, que es finalmente resuelta por el TS en sentido afirmativo pues se considera abusiva la cláusula de adhesión que priva al demandado de su derecho al Juez correspondiente al lugar en el que debe cumplirse la obligación. (M. C. B.)

18. El principio *in illiquidis non fit mora* decae cuando con anterioridad a la resolución judicial, la cantidad adeudada ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor. En estos casos, la sentencia es meramente declarativa del derecho a la indemnización y no constitutiva.—Sería hasta reiterativo demostrar el ya superado criterio literalista y omnicompreensivo del *in illiquidis non fit mora* que, en casos como el presente, decae cuando la suma de condena era ya debida desde el momento en que se constata la procedencia de la reclamación de su importe por el acreedor, siguiendo, entre otras, la S de 21 de marzo de 1994: «... las consecuencias del principio *in illiquidis non fit mora* ha sido ya materia de examen por esta Sala que en sentencias relativamente recientes ha atenuado el aparente automatismo aplicativo del expresado principio con la introducción de importantes matizaciones, en especial en relación con las deudas dinerarias. Ya, en efecto, la S de 5 de abril de 1992, señalaba en torno al alcance que debe darse al mencionado brocardo que «junto a la consideración de la condena al abono de intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad, una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos —léase frutos civiles o intereses—, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor. Tal razonamiento cobra mayor fuerza si tenemos en cuenta que, por regla general y salvo algunos supuestos, como pueden ser aquellos en los que las relaciones que unen a deudores y acreedores pueden ser calificados como de cuentas corrientes en los que sólo la fijación, en su caso judicial, del saldo, atribuye al acreedor derecho a su cobro, y si se quiere, aquellos otros en los que la complejidad de las relaciones habidas entre las partes litigantes excluyen la fácil determinación de la cantidad realmente adeudada, en los restantes debe subrayarse que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que, por el contrario, tiene carácter meramente declarativo, lo que permite concluir que, a través de la misma, no se hace sino declarar un derecho —bien sea real o bien de crédito— a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía

haberle sido atribuida al acreedor... »; en este sentido, habrá de admitirse el recurso.

En casación ha de estarse a los hechos declarados probados por las sentencias de instancia. El incumplimiento de los contratos es una cuestión fáctica, y para que se produzca no es precisa una voluntad deliberadamente rebelde, sino la mera frustración de las legítimas expectativas de las partes.—La Sala perfectamente distingue que los defectos relevantes a los fines de su reparación son los relativos en la decoración, según se razona en el FJ 8.º, de la sentencia, confirmada por la de segunda instancia, y es sabido que, en materia de cumplimiento de los contratos, prevalece el criterio de la Sala sentenciadora en los términos que en S de 9 de diciembre de 1997, se expone: «... Siendo jurisprudencia de esta Sala respecto a quien dejó de cumplir el contrato que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por adecuada vía; el problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho, impugnabile por el núm. 4 del artículo 1692 LEC (tras la reforma de la Ley 10/92, de 30 de abril, como error de derecho en la apreciación de la prueba) pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (STS de 10 de marzo de 1983), pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión “voluntad deliberadamente rebelde”, que sería tanto como exigir dolo (STS de 18 de noviembre de 1983), bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (SS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985); se reitera en definitiva el incumplimiento acreditado por la sentencia de la Sala *a quo* auténtica *quaestio facti* que debe prevalecer por todo lo razonado...». (STS de 20 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad demanda a otra por el impago de una serie de trabajos de reparación y conservación en un buque propiedad de la demandada. Ésta, a su vez, reconviene, solicitando que se declare incumplido el contrato suscrito, con la indemnización correspondiente. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente ambos pedimentos, decisión que fue apelada por ambas partes y parcialmente revocada por la Audiencia Provincial. La demandada interpone el recurso de casación ante el TS. (M. C. B.)

19. El anatocismo no pactado (art. 1109 CC).—En la presente sentencia nuestro TS viene a afirmar que para que se puedan producir intereses sobre los intereses ya vencidos y no pagados es preciso un pacto de las partes en este sentido, no procediendo el anatocismo (contenido en el art. 1109 CC) cuando éste no se puede apoyar en los pactos contenidos en el documento (en el presente caso de reconocimiento de deuda), ya que no se trata de una práctica que deba reputarse de obligatoria realización por vía de la aplicación del artículo 1109 CC. (STS de 7 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Jaime A. J. T. promueve ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de los de Barcelona demanda de juicio ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, solicitando se dicte sentencia por la que se condene al demandado a pagar la suma de 7.167.236 pesetas (de las cuales 4.764.361 pesetas lo son en concepto de principal y 2.402.875 pesetas en concepto de intereses), incrementada con los intereses que se generen desde la presentación de la deman-

da hasta la fecha de la sentencia, según resulta de un reconocimiento de deuda contraído con el demandado.

Con fecha 28 de febrero de 1994, recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que, confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, estima la demanda y desestima la reconvencción planteada por el demandado. El recurso de casación planteado por este último prosperó parcialmente en el sentido de condenar al demandado a que abone al actor en concepto de intereses la cantidad de 2.084.407 pesetas más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

NOTA.—El anatocismo se presenta como la conversión de una deuda de intereses no pagados en una deuda de capital que genera a su vez nuevos intereses. En este sentido el artículo 1109 CC, siguiendo lo previsto en el artículo 1108 CC para las obligaciones pecuniarias, dispone que «los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto». El fundamento de esta conversión hay que buscarlo en la cierta independencia que goza la obligación de pagar intereses respecto de la principal a la que se encuentra genéticamente unida. Sin embargo, esta independencia no puede ser entendida en el sentido de que la obligación de pagar intereses pueda quedar al margen de lo que son las reglas generales aplicables al resto de las obligaciones pecuniarias, que exigen un título para devengar intereses. De esta forma, como bien ha interpretado nuestro TS en la presente sentencia, cuando las partes han pactado tan sólo un tipo de interés a devengar sobre una cantidad determinada, debemos entender que se trata de un tipo de interés (retributivo), sobre el que sólo cabe devengar nuevos intereses cuando las partes así lo han acordado expresamente en el contrato o bien desde que son judicialmente reclamados, como ocurre en el presente caso. La única particularidad relevante que presenta el anatocismo respecto de los llamados intereses moratorios del artículo 1108 CC es que el interés del interés vencido sólo se debe desde que este último es reclamado judicialmente y no extrajudicialmente, como ocurre con los intereses moratorios. La razón de esta particularidad hay que verla, además de en la protección del deudor respecto del conocimiento de la carga de su deuda, en el hecho de que la sentencia, al liquidar judicialmente los intereses, hace que éstos pierdan la cualidad de tales y que ellos mismos formen un capital sobre el que devengar intereses. La retroactividad de la capitalización efectuada al momento de la demanda se debe al conocido principio procesal según el cual el tiempo de la *litis* no debe devenir en daño del vencedor. (V. M. L.)

20. Acción pauliana: artículo 1111 CC. Requisitos.—En la presente sentencia nuestro TS interpreta el significado y requisitos de la acción pauliana o revocatoria. De esta forma afirma que dicha acción tiene por objeto, a través de ciertas anulaciones de determinados negocios jurídicos, el asegurar el cumplimiento de las obligaciones, siempre que el mismo se haya eludido por actuaciones fraudulentas del deudor con la colaboración de terceras personas, que por ello deben entrar en el campo jurídico de dicha acción de origen romano. Los requisitos *sine qua non* exigidos para el éxito de la acción pauliana o revocatoria

están establecidos en los artículos 1111, 1291-3 y 1294 CC, y están constituidos por el carácter subsidiario de dicha acción y por la existencia de un fraude de acreedores o fraude en el derecho de los mismos (conforme reconoce la STS de 16 de marzo de 1989).

Ahora bien, también es doctrina jurisprudencial de esta Sala (SS de 28 de junio de 1912, 22 de octubre de 1931, 31 de marzo de 1965, 17 de marzo de 1972, 30 de enero de 1986, 16 de marzo de 1989 y 13 de febrero de 1992, entre otras), la que determina que tanto la existencia del fraude como la realidad o no de bienes suficientes en el patrimonio del deudor son puras cuestiones de hecho, sometidas a través de la valoración de la prueba, a la exclusiva competencia del Tribunal de instancia, cuyas apreciaciones deben respetarse en casación. (STS de 14 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, a través de juicio de menor cuantía, solicita que se declare la rescisión de ciertos contratos de compraventa celebrados por los demandados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta y declara no haber lugar a la rescisión de los contratos celebrados. La Audiencia Provincial en S de 5 de marzo de 1993 desestima el recurso de apelación presentado por el *Banco C. H.* Igual suerte corrió el recurso de casación ante el TS. (V. M. L.)

21. Cesión del contrato inconstituida.—La figura jurídica de la cesión de contrato, tiene acogida en el artículo 1255 CC en relación al 1091 y ocasiona que al tercero, que se incorpora a la relación creada, se le van a atribuir los efectos y consecuencias del contrato objeto cedido, quedando el cedente —que asume posición de parte intermedia— desligado del negocio, al ocupar el cesionario subrogado su lugar, exigiéndose la necesaria concurrencia consensual de los interesados, por ser determinante de la eficacia de la transmisión (SS de 4 de febrero de 1993 y 5 de marzo de 1994). Esta convergencia de voluntades no se ha producido en el supuesto que nos ocupa, al faltar el consentimiento de los vendedores demandados, que quedaron marginados, por lo que conservaron intactos sus derechos frente a la sociedad compradora, que continúa integrada en la compraventa llevada a cabo, con todos sus efectos y consecuencias.

Resolución del contrato de compraventa: artículos 1124 y 1504 CC.—Conforme reiterada jurisprudencia (SS de 6 de noviembre de 1991, 1 de junio de 1992, 26 de octubre de 1995 y 7 de noviembre de 1996, entre otras muchas) la resolución del contrato está suficientemente probada y hace aplicable el artículo 1124 en relación al 1504 CC, cuando se incurre en un incumplimiento voluntario del contrato al no haber satisfecho injustificadamente el precio que se aplazó y que se deja reseñado, con lo que se frustró el contrato en perjuicio de la parte vendedora. Para los supuestos de resolución, el artículo 1124 CC autoriza acción indemnizatoria de resarcimiento de daños y perjuicios, que los recurrentes concretan en el presente caso en los cuatro millones de pesetas recibidos en el momento de la celebración del contrato. Pero conviene tener en cuenta a estos efectos que cuando la compraventa celebrada no produjo desplazamiento de la posesión de la finca a favor de los compradores, ni el propio contrato prevé las consecuencias del incumplimiento y además faltan pruebas suficientes sobre la realidad de los daños y perjuicios reclamados, se impone la conclusión decisoria de que la vendedora debe devolver la cantidad recibida (4.000.000 de pesetas), puesto «que no actuaron precisamente como arras confirmatorias —*rectius*, arras

penitenciales o de desistimiento— (art. 1454 CC), integrados en el precio de la venta, ya que el término señal cabe ser interpretado como anticipo o parte del precio del contrato (SS de 31 de julio y 28 de septiembre de 1992, 28 de marzo y 17 de octubre de 1996)». (STS de 19 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Por documento privado de fecha 12 de enero de 1990 se celebró contrato de compraventa sobre solar y obra de nueva creación entre las partes de este pleito. La compradora (*Inverlar, S. L.*) entregó a su firma 4.000.000 de pesetas, que fueron recibidos por la vendedora como señal y parte del pago del precio, debiendo satisfacer el resto de la parte adeudada (18.000.000 de pesetas) antes del 15 de junio de 1990. Ante el impago de esta cantidad en la fecha señalada, la vendedora practicó requerimiento notarial el 28 de junio de 1990 por medio del cual dio por resuelto el contrato.

La compradora (*Inverlar, S. L.*) incoó juicio declarativo de menor cuantía frente a la parte vendedora solicitando la resolución del contrato de compraventa celebrado el 12 de enero de 1990; la devolución por parte de los demandados de los 4 millones de pesetas más sus intereses legales; y otros daños y perjuicios que se fijan en ejecución de sentencia. Los demandados a su vez reconvenían solicitando que se dicte sentencia declarando resuelto el contrato de venta el día 28 de junio de 1990 por falta de pago de la entidad compradora; y su derecho a retener la cantidad entregada como señal y parte del pago. Resulta relevante también al caso, según se recoge en la propia demanda, el hecho de que la mercantil *Inverlar, S. L.*, había cedido los derechos de compra del solar celebrado con los demandados a favor de un tercero el 16 de febrero de 1990, quien no fue parte en el pleito.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando en parte la reconvencción y en parte la demanda, declara resuelto el contrato de compraventa de fecha 12 de enero de 1990 y condena a los demandados a devolver los 4 millones de pesetas recibidos a su firma. La Audiencia Provincial de Córdoba, estimando la excepción de falta de legitimación activa formulada por los demandados, los absuelve y desestima a su vez la reconvencción formulada por éstos. El TS declara haber lugar al recurso de casación formalizado por la mercantil *Inverlar, S. L.*, y casa y anula la sentencia de la Audiencia en el sentido de declarar que dicha entidad está asistida de legitimación activa necesaria y declara resuelta la compraventa llevada a cabo en documento privado de 12 de enero de 1990, debiendo hacer devolución los demandados de los 4.000.000 de pesetas recibidos. (*V. M. L.*)

22. Saneamiento por evicción.—Para que proceda la evicción contra el vendedor es preciso que haya recaído sentencia firme que le prive de la cosa, y aquí la única sentencia firme que existe es la pronunciada en el interdicto de obra nueva promovido por la comunidad de propietarios contra los recurrentes, que no les impide a éstos demandar a la comunidad en proceso declarativo para obtener el reconocimiento de su pretendido derecho a la ampliación de la terraza del apartamento comprado. La STS de 4 de marzo de 1996 señaló que la privación de un derecho anterior a que se refiere el artículo 1475 CC no comprende la posesión que pueda perderse en virtud de interdicto, juicio que permite dilucidar, en otro posterior, el derecho de propiedad y si esto es así tratándose de un interdicto

posesorio por el que el tercero recobra la cosa (que fue vendida al vencido en el interdicto), con mucha más razón lo es en un caso como el litigioso, en el que el interdicto fue de obra nueva para impedir que el comprador ampliara la terraza de la vivienda que había adquirido, para lo cual se consideraba facultado por el contrato de compraventa de la vivienda. No hay ninguna pérdida de la cosa adquirida, sino obstáculo además puesto por la comunidad de propietarios al ejercicio del derecho que cree pertenecerle, obstáculo además que no es definitivo mientras que no exista sentencia firme dictada en el juicio declarativo pertinente. Mientras, el comprador no puede accionar de evicción contra el vendedor por pérdida de la cosa, pues no existe. (STS de 8 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Doña L. B. G. C. y su esposo don J. L. V. V. vendieron por escritura pública una vivienda el 4 de enero de 1990 a don A. L. A. En documento privado de la misma fecha, los vendedores hacían constar que la vivienda se entendía transmitida *con el permiso de apertura de terraza que en su día otorgó la comunidad de propietarios*; que ellos habían iniciado las obras, paralizándolas por falta de medios económicos; que el Ayuntamiento había autorizado la realización de las mismas; y que cedían la licencia municipal al comprador, obtenida para obras *de ampliación de terrazas, azulejar baño y cocina y derribo de tabiques*. La comunidad de propietarios del edificio en que se ubica la vivienda comprada interpuso interdicto de obra nueva contra los vendedores y el comprador, alegando que éste intentaba aprovecharse del tejado que cubre el edificio, previa destrucción del mismo y construcción de una terraza. El Juzgado de Primera Instancia, en S de 13 de marzo de 1991, dio lugar al interdicto de obra nueva, ratificando la suspensión de la obra. El comprador formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de los de San Sebastián, sobre rescisión contractual y acción de saneamiento, que estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial (Sección 2.^a) de San Sebastián admitió parcialmente el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

23. Venta en garantía (*fiducia cum creditore*).—El TS afirma que este negocio tiene por finalidad que el acreedor ostente frente a terceros la propiedad de las cosas, apartándolas del patrimonio del deudor, para garantizar así el cobro de la deuda.

Procedimiento para hacer efectiva la garantía.—Señala el TS que en la transmisión de la propiedad con fines de garantía, ante la falta de todo convenio de las partes sobre la realización de los bienes, el acreedor ni puede apropiárselos porque incurriría en la prohibición de pacto comisorio, ni puede determinar el procedimiento de realización forzosa de su crédito, sino que debe acudir a las normas de procedimiento legalmente establecidas que son derecho imperativo. Es por ello por lo que el TS afirma que el acreedor no está autorizado, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, cuando nada se ha pactado por las partes, a proceder unilateralmente a la venta en subasta notarial de los bienes objeto de la garantía. Niega el TS que el artículo 1872 CC resulte aplicable en este tipo de supuestos. (STS de 13 de mayo de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don L. A. A. en garantía de una deuda contraída frente a la *Caja Rural de Bonanza, Entidad Cooperativa de Crédito* (posteriormente denominada *Caja Rural del Mediterráneo y Caja de Aho-*

ros de Murcia) transmitió a ésta la propiedad de una finca rústica; con la misma finalidad de garantía entregó a la mencionada entidad de crédito unas joyas. Al no satisfacer don L. A. A. su deuda, la citada entidad de crédito procedió a enajenar en subasta pública ante notario los mencionados bienes.

Posteriormente, don L. A. A. interpuso demanda, entre otros, contra la *Caja Rural del Mediterráneo*, suplicando, entre otras cosas, que se declarase nula la subasta de los bienes, así como la declaración de nulidad de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El TS estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto. (*M. J. P. G.*)

24. Donación. Perfección. Contradicción entre los artículos 623 y 629 CC.—

La jurisprudencia de esta Sala no ha abordado la cuestión directamente como *thema decidendi* específico y no ha decidido definitivamente la problemática jurídica de la prevalencia y aplicación del artículo 623, que acentúa la *perfección* de la donación, en cuanto exige que el donante conozca o llegue a saber la aceptación del beneficiario de la liberalidad, respecto al 629, que atiende a su *obligación y eficacia*, que se produce desde el momento de la aceptación por el donatario (como señalan las SS 16 de abril de 1910, 8 de abril de 1926, 22 de enero de 1930, 1 de diciembre de 1948, 1 de diciembre de 1964 y la de 6 de abril de 1979). En trance de decir e interpretar casacionalmente la cuestión suscitada, la Sala parte de que la donación surge a la vida jurídica por consecuencia de un acto de liberalidad unilateral de quien la otorga (art. 618), aunque en su dinámica se someta a la normativa que disciplina las relaciones contractuales (art. 621 CC).

Con referencia al caso que nos ocupa, el TS entiende que *debe prevalecer el artículo 629*, ya que la sentencia recurrida sienta como hecho probado firme que los padres (donantes) llegaron a tener noticia de que la donataria había aceptado la donación que le habían efectuado. Ello no obstante, sigue su argumentación jurídica la Sala, justificando la prevalencia de este precepto sobre el artículo 623. Para ello atiende, en primer lugar, a los *antecedentes históricos*, que así lo ponen de manifiesto. El Anteproyecto del Código civil y Proyecto de 1851, como la primera edición —art. 623—, refieren que la donación resultaba irrevocable desde que se producía la aceptación del donatario y se participaba al donante. Fue en la segunda edición del Código cuando se produjo la mutación de la redacción del referido precepto, al sustituir al adjetivo «irrevocable» por el verbo transitivo «perfecciona». Por ello la doctrina científica mayoritaria alcanza la conclusión de que el artículo 623 ha de entenderse en el sentido de que desde el momento en que el donante conoce la aceptación de la donación, la misma se hace irrevocable, ya que la donación existe y tiene consistencia jurídica eficaz, encontrando la revocabilidad justificación al tratarse de un acto de generosidad estrictamente gratuito y al que se pone fin cuando el donatario expresa y transmite suficientemente su voluntad de aceptar lo que se le donó. Esta posibilidad de revocación subsiste durante la vida de los donantes, pero acaba con su fallecimiento, ya que la facultad revocatoria no se transmite a los herederos y por tanto éstos carecen de legitimación para dejarla sin efecto y con ello contradecir la voluntad de los otorgantes. Por todo lo cual ha de prevalecer y respetarse la voluntad decidida y nunca desistida de los progenitores de beneficiar por partes iguales a sus cuatro hijos con la donación de la finca que llevaron a cabo.

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta –sigue la Sala– que «*la donación controvertida* no se trata de obligacional, sino efectuada como *traslativa de la propiedad* y así se hace constar en la escritura de 17 de junio de 1983, en la que los donantes ceden la nuda propiedad del inmueble, que hacen suyo los cuatro hijos beneficiados por cuartas partes indivisas, por lo cual resulta concurrente, de modo bien expresado, la voluntad de transmitir y la de adquirir generada por la aceptación de los destinatarios del bien transferido, que ingresó de este modo en el patrimonio de los mismos, con lo cual los donantes quedaron vinculados y el acto jurídico de donar resulta plenamente eficaz por la cesión patrimonial llevada a cabo a medio de la escritura pública en la que consta».

En tercer lugar, una interpretación de las normas ajustada a lo dispuesto en el artículo 3.1 CC favorece al donatario y hace respetar la voluntad de igualdad del donante respecto a los donatarios (sus hijos), que persistió durante toda su vida. Entenderlo de otra manera podría desencadenar una situación de posible abuso de derecho: la aplicación férrea del artículo 623, cuando el donador adopta una postura rehuyente, o impeditiva u obstativa al recibir la aceptación del donatario, y al no sentirse obligado le facilitaría la disponibilidad de los bienes objeto de la donación que libremente instauró. (STS de 17 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Los padres de los litigantes mediante, escritura notarial de fecha 17 de junio de 1983, hicieron donación, pura, simple y gratuita, de la nuda propiedad de un trozo de terreno, con vivienda familiar construida, ubicado en la parroquia de Somió (Gijón), a favor del actor, don Marcelino y sus tres hermanas, doña Carmen, doña Josefa y doña Ángela, por cuartas partes indivisas. Doña Carmen, parte demandada, aceptó la donación en escritura otorgada el 19 de julio de 1983. Cuatro años después, esto es, el 10 de agosto de 1987, falleció el padre de los litigantes y el 28 de marzo de 1992 lo hizo la madre.

Don Marcelino formalizó juicio declarativo de menor cuantía, solicitando la declaración de inexistencia o nulidad de la donación hecha por sus padres a su hermana Carmen y de cuantas inscripciones se hubieran practicado como consecuencia de dicha donación, en base a que ella no comunicó a sus progenitores la aceptación de la donación efectuada en la escritura de 19 de julio de 1983, con lo que no se cumplió la exigencia que establece el artículo 623 CC para que la donación pueda tenerse por perfeccionada. La demandada, además de oponerse a la demanda, planteó reconvencción solicitando una indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia de Gijón desestimó la demanda y la reconvencción formulada. La Audiencia Provincial de Oviedo desestimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (V. M. L.)

25. Donación inoficiosa si perjudica la legítima estricta de los herederos. Extralimitación del auto de ejecución por basarse en la legítima amplia.—La declaración de inoficiosidad de la donación por perjudicar a la legítima amplia de los herederos, realizada en ejecución de sentencia por la Audiencia Provincial, se considera una extralimitación del órgano judicial que ejecuta la sentencia, pues en ésta se disponía que la donación se consideraría inoficiosa sólo si afectaba a la legítima estricta de los herederos.

Ejecución de sentencia. Contradicción con lo ejecutoriado.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 26 de octubre de 1987, 24 de febrero de 1989 y 4 de diciembre de 1992) afirma que existirá extralimitación o contradicción con lo ejecutoriado, con evidente exceso en las actividades ejecutivas realizadas para el cumplimiento, cuando se decida sobre extremos que no sean consecuencia natural, lógica e ineludible de la situación jurídica examinada en el litigio, o no se produzcan los efectos propios de la sentencia; asimismo, señala (SSTS de 23 de octubre de 1967, 27 de febrero de 1971, 11 de marzo de 1972 y 17 de abril de 1979) que el juzgador que ejecuta el fallo no se extralimita cuando esclarece dudas, salva antítesis u obtiene todas las consecuencias de las premisas sentadas. (STS de 25 de junio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta demanda sobre declaración de nulidad de compraventa, se declara la inexistencia del contrato de compraventa por simulación y la existencia de una donación de los que aparecían como vendedores en favor de los supuestos compradores, ordenándose la anulación de dicha donación para el caso de que, en ejecución de sentencia, resulte inoficiosa por perjudicar a la legítima estricta de las demandantes.

En fase de ejecución de sentencia, el Juzgado de Primera Instancia, mediante auto, acordó no anular la donación por no ser inoficiosa, al no perjudicar los derechos hereditarios de las demandantes. Interpuesto recurso de apelación contra dicho auto judicial, la Audiencia Provincial lo estimó, declarando inoficiosa la donación por vulnerar la legítima amplia de los herederos. El TS declaró haber lugar al recurso de casación, casando la resolución de la Audiencia Provincial y confirmando el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia. (*M. J. P. G.*)

26. Requisitos para que se produzca la compensación judicial.—La pretendida compensación no procede, según reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 20 de junio y 16 de noviembre de 1993, 1 de febrero y 15 de junio de 1995), ya que sólo tiene lugar y actúa como forma de pago abreviado por retorno y reciprocidad (S de 26 de noviembre de 1991), cuando se da efectiva y, a ser posible, expedita concurrencia de créditos-deudas a favor de las partes relacionadas, que han de tener condición de principales, aunque en la compensación judicial no se precise que las deudas compensadas sean líquidas y exigibles en el momento de plantear el litigio, pero sí resulta imprescindible la realidad del crédito de los recurrentes frente a la actora y, a su vez, que la dualidad de los créditos sujetos a compensación ha de referirse a fuentes asimismo duales, por lo que opera cuando concurren créditos y títulos recíprocos, lo que aquí no sucede. El motivo peca, ya que la única compensación que procede es la correspondiente a la fianza retenida, que como queda dicho, la sentencia que se combate tuvo en cuenta, al atribuirle condición de crédito efectivamente compensable.

Cláusula penal con función liquidatoria. Moderación de la pena por los tribunales. Indemnización por posesión injustificada.—El artículo 1152 CC autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios (SS de 28 de junio de 1991, 7 de marzo de 1992, 12 de abril de 1993 y 12 de

diciembre de 1996), lo que aquí ha tenido lugar. El Tribunal de instancia hizo uso de la moderación equitativa que autoriza el artículo 1154 CC, sin dejar en el olvido, como ya quedó dicho, que los recurrentes han venido comercializando el negocio más allá del tiempo de duración del arriendo, en contra de la voluntad de la arrendadora (S de 16 de noviembre de 1992). En estos supuestos surge la obligación de indemnizar por posesión injustificada (art. 1561 CC), conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada para estos casos sobre prolongación indebida del uso posesorio (SS de 24 de mayo de 1993 y 30 de diciembre de 1995).

Interpretación literal del contrato y por los actos coetáneos y posteriores.—La literalidad clara, reiterativa y constante del contrato arrendaticio suscrito se impone por aplicación del artículo 1281-1.º CC y determina que efectivamente lo que se arrendó fue la industria de café-bar con el local donde se desarrolló tal actividad negocial. A la misma conclusión se llega teniendo en cuenta los actos coetáneos y posteriores (art. 1282 CC), ya que el vencimiento del contrato se pactó para el 15 de octubre de 1986, sin necesidad de aviso ni de requerimiento alguno a cargo de la parte arrendadora, y la continuidad contractual tuvo lugar en virtud de las prórrogas anuales pactadas, que figuran incorporadas al texto del documento, por lo que no se trataba de situación de prórroga forzosa y hace inaplicable el artículo 57 LAU de 1964, entonces vigente.

Diferencia entre arrendamiento de industria y arrendamiento de local de negocio.—La jurisprudencia mantenida de esta Sala de casación civil viene proclamando que los arrendos de locales para negocio se diferencian de los propios de industria, en que en los primeros lo que se cede es el elemento inmobiliario, en cambio, en los segundos (arrendamientos negociales), el objeto contractual está determinado por una doble composición integradora; por un lado, el local, como soporte material, y, por otro, el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, conformando un todo patrimonial autónomo, sin que sea preciso que el arrendador aporte necesariamente todos los enseres y menajes para la comercialización de la actividad negocial a desarrollar, pues pueden ser ampliados o mejorados con los que aporte el arrendatario, incluso ser sustituidos, sin que ello afecte a la calificación y naturaleza del contrato como de locación industrial (SS de 20 de septiembre de 1991, 19 de mayo de 1992, 17 de abril y 10 de mayo de 1993 y 22 de noviembre de 1994).

Efectos de la cosa juzgada en juicio de desahucio.—La cosa juzgada, aparte del efecto negativo o preclusivo, genera otro positivo (vinculante prejudicial), que actúa en el sentido de no poder decidir en proceso posterior una cuestión o tema litigioso de manera distinta o contraria como fue resuelto en pleito contradictorio precedente (SS de 26 de febrero de 1990, 21 de marzo y 20 de septiembre de 1996).

Con respecto a los juicios de desahucio la jurisprudencia ha admitido los efectos de la cosa juzgada en otro litigio declarativo, pues si bien en un principio y dada la naturaleza sumaria de aquellos procesos especiales, no pueden producir efectos de cosa juzgada, no es menos cierto que, conforme doctrina consolidada, la eficacia de la referida excepción se tiene en cuenta cuando la cuestión litigiosa actual viene a coincidir con lo que ya fue objeto de discusión entre las mismas partes y alcanzó resolución judicial firme (SS de 28 de febrero de 1991, 27 de noviembre de 1992 y 16 de junio de 1994). (STS de 8 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El antiguo arrendador de una industria destinada a café-bar reclamó al ex-arrendatario el pago de las rentas correspon-

dientes a los meses en que éste indebidamente continuó ocupando la industria hasta el lanzamiento definitivo, después de que se resolviera judicialmente el contrato por expiración del plazo contractual. También reclamaba el demandante el pago de una indemnización contemplada en la cláusula penal del contrato de arrendamiento, así como el abono del valor de determinados bienes y enseres de la industria que no fueron recuperados, con deducción del importe de la fianza arrendaticia. Se opuso el demandado alegando que se trataba de un arrendamiento de local de negocio, con derecho de prórroga forzosa, solicitando en reconvencción la rehabilitación del arrendamiento. El Juzgado de Primera Instancia admitió sustancialmente la demanda y rechazó la reconvencción. La Audiencia Provincial y el TS confirmaron dicho pronunciamiento. (L. F. R. S.)

27. La cláusula impugnada cumple una función «tranquilizadora» de los subarrendatarios, pero no plantea un problema de interpretación literal de un contrato, sino que encubre un pacto en perjuicio de terceros.—El contenido de dicha cláusula que, de acuerdo con su tenor literal, el que propicia la recurrente no significa prácticamente nada, pues lo que afirma es que se podrán establecer nuevos acuerdos con los subarrendatarios en condiciones económicas aceptables (esto es, una cláusula inútil), cumple, sin embargo, una función «tranquilizadora» o de «apaciguamiento» cara a aquéllos, haciéndoles ver la posibilidad de un entendimiento con el propietario, tras el reconocimiento en favor de los arrendadores «como compensación por la resolución pactada» de la cantidad de sesenta y cinco millones de pesetas (65.000.000) y previa manifestación de conocimiento sobre los contratos de subarriendo existentes, realizados porque los arrendadores estaban facultados para ello y para establecer todas sus cláusulas. Así pues, no se plantea, en absoluto, un problema de interpretación literal de un contrato, sino las razones que encubren unos pactos en su conjunto lícitos, junto a otros que permiten la catalogación que efectúa la sentencia respecto de los acuerdos «en perjuicio de terceros». Por ello, el motivo sucumbe.

El propietario no es ajeno al incumplimiento del contrato de subarriendo por parte del arrendatario-subarrendador cuando conocía y consentía el subarriendo y cuando pactó con aquél la extinción de su derecho en perjuicio de los terceros subarrendatarios.—En efecto, la doctrina y la jurisprudencia siguen reconociendo excepciones al principio general de la eficacia relativa del contrato, entre otras, el supuesto en que al celebrar un contrato y por causa de su celebración los contratantes originen un daño a un tercero, o sea, a un no contratante, cuando tal daño se concreta, como ocurre en el caso, en la lesión de derechos subjetivos concretos como eran los dimanantes de las limitaciones a que se sujetaba el arrendador, en concreto, para la ejecución del derecho del propietario. La responsabilidad civil del arrendatario-subarrendador está en función del incumplimiento del contrato, con el subarrendatario, al establecer al margen pactos que le benefician, pero sin tomar en cuenta los perjuicios que origina al menoscabar el tenor de las obligaciones asumidas. Responde, pues, en razón de lo dispuesto en el artículo 1101 CC. El propietario arrendador no respondería si fuera desconocedor de la situación perjudicial que se origina a los subarrendatarios, pero cuando, como ocurre en el presente caso, tal situación es conocida, incluso se establecen cláusulas «apaciguadoras» como la ya reseñada, también responde solidariamente de los daños, sea por extensión de los efectos del artículo 1101 CC. sea como mantiene un sector

doctrinal *ex* artículo 1902 CC. En suma, los motivos examinados perecen. (STS de 14 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad propietaria de unos locales pacta con los arrendatarios de los mismos, que a su vez habían procedido a subarrendarlos, la renuncia por parte de estos últimos al contrato de arrendamiento a cambio de una cuantiosa indemnización. Los subarrendatarios, que ven cómo se extingue su derecho sin que se haya contado con ellos, impugnan el acuerdo entre las partes anteriormente mencionadas demandándolas solidariamente y solicitando la nulidad de la renuncia por haberse hecho en perjuicio de terceros; subsidiariamente que se reconociera la confusión en la persona de la propietaria de las condiciones de arrendador y arrendatario y, para el caso de no estimarse ninguno de estos pedimentos, se solicitaba la indemnización de todos los daños y perjuicios derivados para los subarrendatarios de la extinción de su derecho. La demanda es desestimada en primera instancia y parcialmente revocada por la Audiencia Provincial en apelación. La sociedad propietaria de los locales interpone el recurso de casación que es desestimado. (M. C. B.)

28. Cuando no es posible individualizar las respectivas cuotas indemnizatorias, el modo de proporcionar efectiva tutela judicial es la condena solidaria al pago de las indemnizaciones.—El motivo primero del recurso interpuesto por la representación de la empresa *Construcción Santa Cruz y Centro Parque, S. A.*, por el cauce del núm. 4 del artículo 1692 LEC, denuncia infracción del artículo 1591 CC y jurisprudencia que lo interpreta, sosteniendo en el cuerpo del motivo que la jurisprudencia sólo aplica la solidaridad de la condena cuando no sea posible individualizar las respectivas cuotas, y seguidamente analiza todas las pruebas practicadas para obtener la subjetiva conclusión de que cabe la individualización. El motivo se desestima, porque siendo cierto el contenido de la jurisprudencia invocada, ella es inaplicable al caso, en el que paladinamente se ha declarado que no cabe singularizar el grado de contribución a los daños, y en consecuencia, la condena solidaria es el medio de dar tutela judicial efectiva, según constante criterio de la Sala absolutamente conocido.

La prueba pericial se realiza según las reglas de la sana crítica y su apreciación corresponde al órgano jurisdiccional de instancia.—El motivo segundo cae por su base sólo con recordar que la prueba pericial se aprecia según reglas de la sana crítica, que no constan en ninguna norma escrita, la apreciación la efectúa el órgano jurisdiccional de instancia siendo su criterio prevalente, salvo que se demuestre que es ilógico, arbitrario o absurdo, defectos de los que no adolece la sentencia, pues las conclusiones son la natural consecuencia de los hechos probados. No cabe por ello admitir que se hayan violado los artículos 632 LEC y 1243 CC, que son los apoyos del motivo.

El presidente de la Comunidad, que la representa en juicio y fuera de él, representa también a los comuneros, cuando éstos le autorizan para defender sus intereses.—Reiteradísima jurisprudencia acepta que el presidente, que representa en juicio y fuera de él a la comunidad en los temas que le afectan, representa también a los comuneros, cuando éstos en Junta le autorizan para defender cuestiones que afectan además a propietarios individuales (SS de 1 y 14 de julio de 1989, 29 de mayo de 1984 y 4 de noviembre de 1992).

En casación no cabe alterar la apreciación de la prueba ni la base fáctica del fallo impugnado.—En casación no cabe apreciar de nuevo las pruebas, ni alterar hechos no impugnados por vía hábil (infracción de ley valorativa de prueba), por ello, la consecuencia es el rechazo del motivo y mantener la solidaridad de la condena a todos los causantes del daño constructivo, cuya delimitación no se ha podido practicar y cuya decisión no conculca los preceptos invocados. (STS de 2 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La representación legal de una comunidad de propietarios interpuso demanda contra las diversas sociedades constructoras de sus viviendas y los arquitectos implicados en las obras, reclamando la reparación de los graves desperfectos que éstas sufrían, o su realización a costa de los demandados. Tanto la sentencia de instancia como la posterior de apelación fueron conformes de toda conformidad y estimaron íntegramente las peticiones de la comunidad de propietarios. Los demandados interpusieron sendos recursos de casación, que son desestimados por el T S. (M. C. B.)

29. No es incongruente conceder menos de lo pedido.—Es doctrina reiterada que no supone incongruencia la concesión de menos de lo pedido, ya que ello supone, simplemente, una estimación parcial de la demanda.

El incumplimiento por parte de la dueña de la obra de las obligaciones que le correspondían a tenor del contrato le priva de poder demandar la resolución del mismo, cuando no ha habido previo incumplimiento por la otra parte. Las cantidades adeudadas por el cumplimiento del contrato habrían de pagarse aun en el caso de declararse la resolución.—Declarado por la sentencia recurrida que la sociedad comitente incumplió su obligación de pago del precio de la obra ejecutada, lo cual fue reconocido por ella al ofrecer a la constructora como liquidación del precio adeudado, en acta notarial de 26 de septiembre de 1990, la cantidad de 11.111.836 pesetas, sin que tal declaración fáctica haya sido desvirtuada, es claro que tal situación de incumplimiento por la sociedad dueña de la obra respecto a su principal obligación de pago del precio, le privaba, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial, de la facultad de instar la resolución del contrato no estando probado que ese incumplimiento obedeciese a un previo y principal incumplimiento por el contratista de sus obligaciones, por lo que procede desestimar el motivo, al igual que ha de serlo el segundo en que, por el mismo cauce procesal, se alega infracción del artículo 1599, en relación con los artículos 1161 y 1166, todos del CC; aparte de no ser aplicables al caso los dos últimos artículos del Código civil, no se da la infracción denunciada; acreditada la ejecución de la obra en los términos que recoge la sentencia recurrida, viene el dueño de la misma obligado al pago de la obra ejecutada y ello aun en el supuesto de que se hubiese dado lugar a la resolución del contrato postulada por la ahora recurrente.

Las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato impiden que se ejercite la *exceptio non adimpleti contractus* cuando los defectos de la obra no sean de suficiente entidad para hacerla insatisfactoria para el comitente, y puedan subsanarse mediante su reparación o ser objeto de indemnización. Igualmente contraría la buena fe permitir al comitente retener el pago cuando ello no trae causa de los defectos habidos en la obra.—En el motivo tercero, por igual cauce procesal que los anteriores, se alega infracción de la doctrina legal y jurisprudencial (*sic*) que aplica tanto la *exceptio non adim-*

pleti contractus como la *non rite adimpleti contractus*, citándose varias resoluciones de esta Sala, todo ello en relación, se dice, con el artículo 1591 CC. Aparte la inaplicabilidad al caso del artículo 1591 CC al no ser objeto de este litigio acción alguna para exigir la responsabilidad decenal en aquél regulada, el motivo no puede prosperar. Como dice la S de 13 de mayo de 1985 «si el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la finalidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alegada cuando lo cual realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada u ofrecida, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de conservación del contrato no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1124 CC y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio –SS de 21 de noviembre de 1971, 15 de enero de 1975, 15 de marzo y 3 de octubre de 1979–». Esta última solución es la acogida por la sentencia *a quo* al valorar la importancia y entidad del incumplimiento imputado al contratista que declara no es de suficiente entidad como para estimar que el interés del comitente queda totalmente insatisfecho, valoración que es compartida por esta Sala y que impide la resolución del contrato, vedada, además, por el incumplimiento por el dueño de su principal obligación de pago, como se ha dicho más arriba; igualmente sería contrario a las reglas de la buena fe contractual a que se refiere el artículo 1258 CC permitir al comitente retener el precio de la obra ejecutada por la existencia de defectos en ella de insuficiente entidad cuando esa falta de pago no trae causa en tales defectos sino que supone un reiterado incumplimiento de la obligación de pago en la forma pactada, como ocurre en este caso.

Los preceptos en que se basan los motivos de casación deben citarse concretamente, sin que sea admisible aludir a ellos genéricamente.—Es doctrina reiterada de esta Sala la inadmisibilidad de citar en un motivo de casación los preceptos que se consideran infringidos con fórmulas tales como la aquí utilizada, «el artículo 1585 y ss. CC», por no ser función de la Sala el indagar cuál de esos artículos aludidos en bloque es el conculcado por la sentencia recurrida, sino que ha de ser la parte quien cite concretamente cada una de las normas o artículos de las mismas que considere ignorados, en uno u otro sentido, por la Sala *a quo*.

El pago al arquitecto realizado por la sociedad contratista no es un caso de cobro de lo indebido, sino de pago por tercero, ya que estos honorarios son de cuenta del comitente.—Por otra parte, no son aplicables al caso los artículos 1895 y ss. CC que se citan, ya que no nos encontramos ante un supuesto de cobro de lo indebido sino de pago por un tercero, previsto en el artículo 1158 CC; declarado probado que la sociedad contratista abonó al arquitecto sus honorarios nacidos del contrato de arrendamiento de servicios o de obra que le ligaba con la sociedad comitente, aquélla se encuentra legitimada para reclamar frente al verdadero deudor esas cantidades a cuyo pago éste ha sido condenado, tal reclamación surge de la obligación que la Ley fiscal impone al contratista, como se reconoce en la S de 9 de abril de 1992 que cita la de instancia. Por todo ello, procede la desestimación del motivo. (STS de 12 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad contratista de unas obras demanda a la sociedad comitente solicitándole el pago de las obras realizadas y la

indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento de la demandada le ha ocasionado. La sociedad demandada interpone entonces demanda de resolución del contrato de obras, a lo que la contratista responde con una reconvencción en la que solicita se reconozca que la comitente desistió unilateral y voluntariamente del contrato en cuestión. La sentencia del Juzgado ante el que se sustanciaron los autos acumulados estimó parcialmente ambas demandas y desestimó la reconvencción, pronunciamiento que fue revocado por la sentencia de apelación, que estimaba parcialmente la demanda de la contratista y desestimaba tanto la de la comitente, como la reconvencción. Ambas partes interpusieron recursos de casación que se deciden en sentido negativo en esta sentencia del TS. (*M. C. B.*)

30. Responsabilidad contractual del promotor de un edificio. Compatibilidad con la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC.—El TS (SSTS de 13 de julio de 1987, 1 de octubre de 1991, 4 de diciembre de 1992, 21 de marzo y 24 de septiembre de 1996) afirma que el promotor, al margen de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, responde contractualmente, por la vía del artículo 1101 CC, del incumplimiento del contrato de compraventa, al no ser la cosa apta por los vicios de la construcción, para la finalidad con que es adquirida. (**STS de 8 de junio de 1998**; ha lugar.)

HECHOS.—El presidente de una comunidad de propietarios de un edificio interpone demanda contra los constructores-promotores, el arquitecto y el aparejador de dicho edificio, suplicando, entre otras cosas, la declaración de que los demandados son responsables solidarios de la ruina total o parcial del citado edificio, la obligación de los demandados de subsanar, de forma solidaria, la ruina del edificio, así como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, condenando, de forma solidaria, a todos los demandados. (*M. J. P. G.*)

31. Responsabilidad decenal (art. 1591 CC). Solidaridad. Litisconsorcio pasivo necesario.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 12 de marzo de 1985, 6 de junio de 1986, 27 de octubre de 1987, 22 de marzo de 1993 y 13 de octubre 1994) afirma que en materia de responsabilidad por ruina de los edificios (responsabilidad decenal) resulta aplicable el principio de responsabilidad solidaria cuando no puede individualizarse la responsabilidad de cada uno de los intervinientes (promotores, contratistas, arquitectos y aparejadores). Ello significa que en los supuestos de responsabilidad del artículo 1591 CC no resulta aplicable la figura procesal del litisconsorcio pasivo necesario, pudiendo el perjudicado, a su elección, demandar a todos o sólo a alguno de los responsables solidarios. (**STS de 8 de junio de 1998**; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de las viviendas de la urbanización «La Mina» interponen demanda contra la entidad *Conslamina, S. A.*, y contra los arquitectos don C. C. O. y don T. G. P., suplicando se declare la existencia de vicios de la construcción, así como la condena de los demandados a que, con carácter solidario o en la proporción que a

cada uno pueda corresponder, ejecuten las obras necesarias para la subsanación de los defectos existentes.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. El TS declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos. (M. J. P. G.)

32. Responsabilidad médica: formulación del deber de información como elemento de la *lex artis ad hoc*.—El substrato de todo contrato de arrendamiento de servicios médicos está constituido por lo que doctrinalmente se denomina *lex artis ad hoc*, que no significa otra cosa que los criterios médicos a tomar han de ceñirse a los que se estimen correctos para una situación concreta, siempre con base a la «libertad clínica» y a la prudencia, entre otras palabras, como dice la sentencia de esta Sala de 25 de abril de 1994 que la *lex artis ad hoc* es tomar en consideración el caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del actor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo—, o exógenos —la influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica médica normal requerida.

Ahora bien, un elemento esencial de esa *lex artis ad hoc* o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, es el de la obligación de informar al paciente, o en su caso, a los familiares del mismo.

Para definir qué es lo que se puede estimar como información correcta, hay que recurrir al artículo 10.5 de la Ley 14/86, General de Sanidad, de 25 de septiembre, que especifica que el paciente o sus familiares tienen derecho a que en términos comprensibles a él y a sus familiares allegados, se les dé información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. En resumen, que el consentimiento prestado por el enfermo o sus parientes ha de ser un consentimiento informado.

Incluso en la ya mencionada sentencia de esta Sala de 25 de abril de 1994, especifica que tal información comprenderá el diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y de los riesgos del mismo.

Para que se produzca la responsabilidad extracontractual del empresario por hechos de sus dependientes es requisito indispensable la negligencia o incumplimiento por parte de éstos.—Visto el fracaso de la tesis casacional fundamentada en los artículos 1101 y 1104 CC, es obvio declarar que la actuación del artículo 1903 de dicho cuerpo legal deviene en inane, pues para su aplicación es requisito indispensable la negligencia o incumplimiento por parte de los dependientes para poder implicar a la empresa. (STS de 2 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras la muerte de su hijo, de 14 años, los padres demandaron a los médicos que le trataron y a la entidad propietaria del Hospital, alegando que los demandados incumplieron el deber de información en cuanto a la naturaleza y duración del tratamiento a realizar en la persona del paciente. El TS da por reproducidos los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia, esto es, que los recurrentes fueron informados de que, ante la gravedad de la enfermedad, el trata-

miento consistía en administrar dosis altas de quimioterapia, así como del trasplante de células regeneradoras de médula ósea, y además fueron informados sobre la técnica de trasplante antes de que comenzara dicho tratamiento con alta dosis de quimioterapia y que el mismo se admitió por los demandantes. También manifiesta el TS que, efectivamente, en lugar de los veinte o veinticinco días que se pronosticó de duración, el tratamiento antedicho se prolongó durante ochenta días, hasta el fallecimiento del enfermo; y que hubo implante a los treinta días, aunque más tarde desaparecieron sus efectos por causa difícil de discernir. Se apreció, por último, que el padre del enfermo durante este proceso estuvo realizando preguntas y tomando anotaciones en un cuaderno. En consecuencia, se desestimó la pretensión de los demandantes en las dos instancias y en el TS.

NOTA.—Para entender este pronunciamiento y su sentido, por parte del TS, debe tenerse en cuenta que los hechos nos cuentan que el enfermo padecía una gravísima enfermedad. Ya se temía por su vida cuando los padres acuden a los profesionales médicos para intentar la curación, que, desgraciadamente, no llegó a producirse. De los hechos probados se infiere que hubo cumplimiento del deber de información por parte de los médicos y que hubo consentimiento informado a cargo de los demandantes. Sin embargo, lo cierto es que el tratamiento fracasó y el niño falleció «por causa difícil de discernir», según los términos empleados por la sentencia que anotamos. Esta última frase es la que nos produce cierta desazón, pues ha habido casos anteriores, como el resuelto en la STS de 4 de noviembre de 1992, en los que no se pudo averiguar la causa del fallecimiento, también de un niño en un hospital, y se condenó a los titulares del Centro Hospitalario a indemnizar los daños causados. En esta ocasión, para que pueda responder extracontractualmente el empresario por los hechos de sus dependientes, el TS exige que se acredite la negligencia o incumplimiento por parte de éstos, lo que supone la afirmación de la responsabilidad subjetiva de los médicos y, por lo tanto, de los empresarios de los que dependen. Esta decisión disiente del parecer de autores como Rubio García-Mina (*La responsabilidad del empresario*, Madrid, 1971), que afirma que el empresario no responde por la negligencia, ni por el nombramiento, ni por inspección, ni de ninguna otra clase, sino sencillamente porque lo es; porque la ley remite sobre su patrimonio el daño causado en el desempeño del negocio; o de Ragel (*Manual de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Cáceres, 1997, pp. 284 y 285), para quien el artículo 1904.I CC viene a demostrar que la responsabilidad del empresario tiene más bien una función de garantía, muy cercana a la responsabilidad objetiva. Ciertamente, la enfermedad del niño era muy grave y su fallecimiento previsible; pero no debe olvidarse que se trataba de una reputadísima clínica privada universitaria y que el tratamiento pudo ser muy costoso para los padres; si hubo fracaso y las causas del mismo no estaban perfectamente aclaradas, no parece infundada la reclamación, que acaso hubiera prosperado si se hubiera esgrimido la responsabilidad objetiva del artículo 28 LGDCU. (M. C. B.)

33. Naturaleza jurídica de la sociedad irregular.—Según reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTs de 3 de abril de 1991 y 21 de junio de 1983), para determinar el carácter civil o mercantil de una sociedad, hay que tener en cuenta la naturaleza de las operaciones o actividades que tal sociedad haya de desarrollar, y en consecuencia, existe una sociedad de naturaleza mercantil desde el momento en que dos contratantes se obligan a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro. Declara, asimismo, que la condición de irregular de una sociedad no transforma a ésta en sociedad civil, por lo que su extinción deberá regularse en primer lugar por lo pactado en el contrato, en su defecto por las normas del CCO para las sociedades colectivas y, finalmente, por las establecidas en el CC para la comunidad de bienes y partición de la herencia.

Incongruencia de la sentencia.—A juicio del TS (SSTs de 20 de abril y 29 de junio de 1983, 27 de noviembre y 3 de diciembre de 1987), el ajuste del fallo a las pretensiones de las partes no ha de ser literal, sino racional y flexible, bastando para mantener la congruencia que el fallo resuelva las pretensiones de las partes, aunque al hacerlo agregue extremos accesorios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conduzcan a su efectividad en trámite de ejecución. (STS de 30 de marzo de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En sentencia de 16 de junio de 1981 se declara la existencia de una sociedad mercantil irregular entre los hermanos don Francisco y don Benjamín R. B. El patrimonio de la citada sociedad es de carácter ganancial para cada uno de los socios, correspondiendo a ambos los mismos derechos y obligaciones, así como la administración en general. Años después, don Benjamín R. B. junto a los herederos testamentarios de su difunta esposa, demanda a su hermano (don Francisco) y a su cónyuge, solicitando que, con mantenimiento de la sociedad, se declare la titularidad por mitad de todos los bienes y que se ponga a su nombre la mitad de los mismos. Los demandados formulan reconvencción en la que solicitan la disolución y liquidación de la sociedad irregular conforme a las normas del Código civil sobre extinción de comunidad y partición de herencia.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente tanto la demanda como la reconvencción. Posteriormente, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y confirma la sentencia dictada en primera instancia. El TS admite parcialmente el recurso de los actores. (M. C. C. M.)

34. La costumbre como fuente del Derecho procesal.—El TS afirma que la costumbre no es fuente del Derecho procesal: no hay una *opinio iuris seu necessitatis* del juez ni de las partes, ni hay usos jurídicos que tengan tal consideración. Si la costumbre que se alega es *contra legem* es indiscutible su no aplicación al proceso; si además no se prueba, ni siquiera es alegable.

Liquidación de las sociedades irregulares.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTs de 14 de abril de 1998 y 6 de octubre de 1990) aplica a la disolución de las sociedades irregulares las reglas de disolución y liquidación de las sociedades colectivas. Por otra parte, el TS afirma que la disolución de la sociedad irregular no consiste en el reparto de cosas materiales o en la rendición de cuentas del que ha administrado el negocio; lo que la disolución provoca es la liquidación del activo y del pasivo de la sociedad, y el reparto del saldo resultante a partes iguales entre los socios. (STS de 13 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan José C. J. y don Juan L. A. formaron una sociedad irregular dedicada a la explotación de un taller mecánico. Para desarrollar esta actividad mercantil, adquirieron maquinaria y un determinado solar. Desde 1976 don Juan José C. J. era el administrador único. Finalmente, la sociedad se extingue de común acuerdo.

Con posterioridad a la extinción, don Juan José C. J. promueve juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Juan L. A. y don Juan L. C. en el que solicita la disolución y liquidación de la sociedad irregular.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en la que estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de primera instancia. El TS da lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante, aunque estima parcialmente la demanda formulada en su día por el mismo. (M. C. C. M.)

35. La rendición de cuentas: artículo 1720 CC.—La rendición de cuentas, afirma la Sala en la presente sentencia, es el efecto último a que se contrae el tracto sucesivo de la buena gestión de los intereses ajenos en que se mueve la relación mandante/mandatario. La práctica de la rendición procederá una vez terminada esa gestión, o bien durante los períodos que fijen las instrucciones del mandante. En ella el mandatario expone los resultados económicos de su gestión, especificando tanto el activo como el pasivo y, en su caso, el saldo resultante que deberá —en el supuesto de que sea favorable a los mandantes— reintegrar en los términos convenidos, por lo que su abono sólo procederá en el caso de que efectivamente lo haya. Al mismo tiempo la Sala aprovecha para recordar la jurisprudencia que afirma que ni las relaciones familiares entre mandante y mandatario, ni la convivencia entre ambos dispensan de la obligación de rendir cuentas (SS de 18 de marzo de 1959 y 28 de octubre de 1969).

La indemnización de daños y perjuicios a cargo del mandatario: artículo 1718 CC.—La responsabilidad por daños y perjuicios causados por el mandatario por la no ejecución del mandato (art. 1718 CC) procede si tales daños y perjuicios han sido acreditados, lo que no sucede, como afirma la propia Audiencia, cuando las actoras basan los perjuicios en los informes elaborados por peritos, en los que partiendo de consideraciones especulativas, se trata de averiguar lo que las fincas debieron producir. Esta prueba, reitera el TS, no puede tener efecto para determinar que el demandado no cumplió el mandato con la diligencia de un buen padre de familia, que es la causa determinante de los daños y perjuicios, por lo cual, al no estar acreditados los mismos, no procede dicha indemnización. (STS de 1 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Formulada demanda de juicio declarativo de menor cuantía, se solicita por la parte actora que el demandado venga obligado a rendir cuentas de toda la actividad desarrollada como administrador de unas fincas rústicas, procedentes de la herencia del marido y padre respectivamente de las demandantes, durante los años 1982 a 1985. Al mismo tiempo se solicita la entrega de cuantas facturas o documentos respalden las cargas de dicha explotación; el abono del saldo resultante a favor de las actoras con sus intereses desde que cesó en la gestión (el 27 de mayo de 1986); y demás daños y perjuicios irrogados como consecuencia de su negligente administración.

El demandado don Enrique N. M., hijo y hermano a su vez de las actoras, además de solicitar la desestimación de la demanda, reconveniona pidiendo, entre otras cosas, que se declare que la rendición de cuentas se ha hecho con anterioridad y es repetida en el momento de la contestación de la demanda en base a la documentación aportada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial de Valladolid, en sentencia de 2 de febrero de 1994, apreciando en parte la reconvenición planteada, revoca la sentencia de instancia, considerando cumplida la rendición de cuentas en el presente juicio, al presentar el demandado los documentos que respaldan los apuntes contables de la explotación de las fincas, y condena a éste a entregar a las actoras las cantidades que resultaron de la prueba pericial practicada más los intereses legales devengados por dichas sumas desde el 10 de agosto de 1991 (fecha del requerimiento notarial realizado por las actoras para la rendición de cuentas) hasta su pago. Recurrída en casación la sentencia de la Audiencia por las demandantes, el TS declaró no haber lugar al recurso. (V. M. L.)

36. Validez de la sumisión a arbitraje en cláusula estatutaria.—Pese a la oposición de cierto sector doctrinal, el TS sostiene la validez del convenio arbitral incluido en los Estatutos de una sociedad mercantil. A su vez, ratifica un argumento utilizado con anterioridad por la DGRN (R de 19 de febrero de 1998) al declarar que el convenio arbitral si se configura como estatutario y se inscribe, vincula a los socios presentes y futuros.

Aplicación de la Ley de Arbitraje de 1988 a un convenio arbitral anterior a la misma.—Aunque el convenio arbitral sea anterior, la Ley de Arbitraje aplicable es la vigente y no la de 1953, por surgir el presente procedimiento arbitral con posterioridad a su entrada en vigor (DT de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre). Sin embargo, esto no significa que la Ley de 1988 sea retroactiva.

Objeto del arbitraje.—Pese a que en un principio el TS admitió la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de los acuerdos sociales (SSTS de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907), posteriormente cambió el criterio y negó aquella posibilidad (STS de 15 de octubre de 1956). Con la presente sentencia el TS confirma la última doctrina (SSTS de 27 de enero de 1968, 21 de mayo de 1970 y 15 de octubre de 1971) o vuelve a la más antigua, al estimar que no quedan excluidas del arbitraje ni la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales, por ser éstas materias de libre disposición. (STS de 31 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don Eudaldo M. B. impugna los acuerdos adoptados el 7 de septiembre de 1989 por la junta de accionistas de la sociedad *Sugem, S. A.* Por su parte, la sociedad demandada opone excepción dilatoria de falta de competencia por sumisión a arbitraje. Según la misma, el artículo 16 de los Estatutos de la sociedad somete al arbitraje de equidad regulado por la Ley de 22 de diciembre de 1953 cualquier duda, cuestión o discrepancia que pudiera plantearse por asuntos sociales, tanto durante la vida de la compañía como en el periodo de liquidación.

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción y absuelve a la demandada. La Audiencia Provincial desestima la excepción de

sumisión a arbitraje y, entrando en el fondo, estima la demanda. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la sociedad anónima. (M. C. C. M.)

37. La responsabilidad *ex artículo 1902 CC* no puede tratarse absolutamente como objetiva: doctrina general.—El artículo 1902 CC, así como sus concordantes, establece y regula la obligación surgida de un acto ilícito, y se le puede estimar como uno de los preceptos emblemáticos del Código civil del cual surge la figura de la responsabilidad o culpa extracontractual —y también *aquiliana* por haber sido introducida por la Lex Aquilia del siglo III a. de C.—; figura que, en el fondo y forma, está sufriendo una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia, y ello debido a dos datos remarcables, como son: *a)* un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación, y *b)* la tendencia a maximizar la cobertura en lo posible de las consecuencias dañosas de la actividad humana; todo lo cual lleva inexorablemente a objetivar la responsabilidad, perdiendo importancia, en el campo sustantivo, la teoría culpabilista, y en el campo procesal, la imposición de la inversión de la carga de la prueba; pero es más, dicha atenuación culpabilista e, incluso, de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación *in vigilando* y a un *plus* en la diligencia normalmente exigible. Es incuestionable que la jurisprudencia del TS, en concreto la de esta Sala, sobre todo la más actual, tiende hacia el establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, y así, como epítome de una doctrina jurisprudencial pacífica y ya consolidada, hay que reseñar la STS de 16 de diciembre de 1988. Pero ello no es causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta ser por aplicación de los principios de la justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica, *que no se puede hablar de una responsabilidad indemnizable que se puede reprochar a un tercero.*

Lesiones causadas a menor que utiliza batidora: culpa *in vigilando*.—En el presente caso no se está en presencia de una responsabilidad objetiva, al hablarse de culpa *in vigilando* en las lesiones producidas a un menor que utiliza una batidora, al que no se le habían dado instrucciones sobre su uso, ni había medidas de seguridad, ni persona interpuesta que dirigiera el trabajo, con lo cual la *ratio decidendi* quedaba dentro de los parámetros que establece la doctrina jurisprudencial de esta Sala, y no se basaba en la responsabilidad objetiva.

Motivación de la sentencia.—La motivación como labor intelectual del juzgador a través de la exposición de las razones y argumentos que llevan o conducen al fallo de la sentencia, ha adquirido rango constitucional al ser plasmado en el artículo 120.3 CE, y ser recogido en el artículo 248 LOPJ; dicha exigencia aparece explicitada en STS de 10 de abril de 1984, cuando se dice que las sentencias deben ser motivadas, exponiendo las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, aunque a ello no se opone la parquedad o brevedad de los razonamientos; en el presente caso ni siquiera se puede hablar de parquedad en la motivación ya que es amplia y suficiente en cuanto a los razonamientos que en ella se

hacen sobre la fijación del *quantum* de la indemnización. (STS de 7 de abril de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Sorprenden dos cosas en la S extractada: la socorrida invocación a la evolución de la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS en la interpretación del artículo 1902 CC, para concluir que la S recurrida no se sale de los parámetros jurisprudenciales, por lo cual aquella invocación viene a ser así, de hecho, *obiter dictum*, y, sobre todo, no ya la *parquedad* sino casi la *opacidad* con que los hechos básicos se ocultan en la S. Se dice sólo que el lesionado es un menor que manejaba una batidora sin instrucciones, ni vigilante, y que las indemnizaciones solicitadas y concedidas son relativamente elevadas (se reclaman más de 34 millones de pesetas, el JPI otorga algo más de 28, y la AP reduce la indemnización a 18 millones de pesetas), siendo rechazado el recurso de casación. Por lo demás, se ignora el resto. Como he dicho, la invocación de la *doctrina general* sobre evolución de la doctrina jurisprudencial viene poco a colación; en cambio, la *motivación fáctica* de la S de casación es, a todas luces, insuficiente. (G. G. C.)

38. Culpa extracontractual: responsabilidad del lanzador de cohetes: lesiones causadas a menor que recoge artefacto no explotado.—El lanzamiento de artefactos explosivos de pirotécnica ante una concurrencia de personas es una actividad creadora de riesgo, tanto para quien los lanza como para quienes la presencian, y ello exige extremar en su ejecución las medidas de diligencia tendentes a evitar accidentes causantes de daños materiales o corporales; ello no puede desconocerlo quien, como el demandado, se dedica profesionalmente a tal actividad; además la conducta de este profesional pirotécnico ha de calificarse de negligente, ya que no comprobó, o no comprobó adecuadamente, que todos los artefactos lanzados habían explotado en el aire, y que ninguno había caído a tierra sin hacerlo, como así ocurrió.

Concurso de culpas: interferencia causal del menor lesionado.—Hay un concurso de culpa por parte del niño en el hecho de guardar durante varios días, y manipular ulteriormente, el artefacto explosivo, cuya peligrosidad, dada su edad de trece años, no podía desconocer; y si bien la conducta del menor lesionado no es bastante para destruir el nexo causal existente entre la del demandado y el resultado lesivo acaecido, ello permite moderar la responsabilidad, como acertadamente ha hecho la Sala.

Prueba de presunciones.—El lanzamiento del artefacto tuvo lugar el 8 de septiembre de 1991, con motivo de las fiestas locales de la Virgen de los Remedios, y el menor lesionado recogió una bomba sin explotar guardándola hasta el 24 del mismo mes, fecha en la que intentó mostrársela a un amigo, explosionándole en las manos; para llegar a esta conclusión la AP utiliza, sin decirlo, la prueba de presunciones partiendo de las circunstancias existentes en los autos, prueba que no ha sido impugnada, quedando improbadada la alegación de que el menor recogió el artefacto en las fiestas de otro pueblo distante 15 kilómetros de su residencia, sin que haya constancia del desplazamiento del menor ni de que allí se hiciera demostración pirotécnica alguna.

Irresponsabilidad del Ayuntamiento.—La Orden de 20 de octubre de 1988 regula la manipulación y uso de artificios en la realización de espectáculos de fuegos artificiales, pero su artículo 1.º, párrafo 3.º, excluye su aplicación a los meros lanzamientos de cohetes. la realización de salvas con bombas u otras utili-

zaciones de artificios pirotécnicos que, por su pequeña entidad, no constituyan espectáculos públicos por sí mismos, que es el caso aquí contemplado como se prueba por el pequeño importe de los artefactos lanzados (67.000 pesetas) y la no solicitud de autorización al Gobierno Civil; se da una falta de relación de causalidad en la conducta imputada al Ayuntamiento demandado, que no venía obligado por la concesión de autorización para la celebración de la fiesta, a comprobar el correcto y eficaz ejercicio de su actividad por el pirotécnico contratado por la Comisión organizadora de las fiestas, no dependiente del Ayuntamiento, ni a vigilar si todos los artefactos lanzados habían explotado antes de su caída; por todo ello procede la absolución de dicho Ayuntamiento. (STS de 21 de abril de 1998; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

39. Culpa extracontractual: muerte de menor por tocar cables de alta tensión: culpa exclusiva de la víctima.—La serie de actos desencadenantes del siniestro son bien elocuentes de la culpa exclusiva de la víctima, y que son determinantes del proceso desencadenante de su culpabilidad; en primer lugar, coger del suelo sin autorización unos tubos que el municipio tenía destinado para riego; en segundo lugar, empalmar los mismos hasta conseguir una altura de 11,90 metros; en tercer lugar, elevarlos más de un metro del suelo, con la previsible intención de conectar con el cable de alta tensión que se alzaba a 13 metros; por todo lo cual y con independencia de que la instalación eléctrica, cuya altura de 13 metros, era, sin lugar a dudas, la reglamentaria y de que los tubos estaban en un lugar público, estos hechos no deben influir para desvirtuar que la causa determinante de la muerte fue ese proceso concatenador de conductas verdaderamente imprudentes del propio menor.

Relación de causalidad. Doctrina jurisprudencial.—Según STS de 30 de diciembre de 1995, esta Sala se basa en la doctrina de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión y el daño o perjuicio resultante, optando decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive como consecuencia necesaria el efecto dañoso, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones y circunstancias que el buen sentido señale en cada caso, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal. (STS de 2 de abril de 1998; ha lugar.)

NOTA.—No parece del todo convincente la argumentación que conduce al TS al rechazo de la demanda de indemnización por muerte debida a electrocución, de un menor de edad, al tocar voluntariamente los cables de alta tensión que, carentes de protección, estaban tendidos sobre la plaza pública de la pequeña localidad riojana de C. En ambas instancias se condena tanto a la empresa eléctrica, como al Ayuntamiento, si bien estimando la concurrencia de culpa en la víctima; no coincide, sin embargo, la suma indemnizatoria concedida en aquéllas ya que reclamada 25 millones, el Juzgado de Primera Instancia concede ocho, y la AP doce millones. Hay, sin duda, un evidente proceder negligente por parte del menor (no se dice su edad) quien, con la ayuda de un compañero, empalma dos tubos propiedad del Ayuntamiento, depositados en el paseo, y con ellos se alza hasta tocar los cables de alta tensión. Pero, a mi juicio, no pudiendo exonerarse de culpa a la

víctima tampoco se puede exculpar del todo a la compañía eléctrica propietaria de la instalación, a pesar de cumplir parcialmente los requisitos de una vieja normativa de 1968 (Reglamento de Líneas aéreas de alta tensión de 28 noviembre), caída en desuso según informe pericial, pues ahora se hacen instalaciones subterráneas, dada su enorme potencial de 13.200 voltios. Tampoco debe quedar exento de responsabilidad –acaso minorada respecto de aquélla– el Ayuntamiento, quien debe adoptar, en todo momento, las precauciones necesarias para evitar daños a los ciudadanos en un lugar público, previendo incluso las acciones despreocupadas e irreflexivas de los menores de edad (el recurso de casación las califica, con bastante acierto, de *gamberradas*). En resumen, aunque los Tribunales se reservan soberanamente la facultad de determinar la existencia del nexo causal, caben aducir no pocos casos similares en los que el TS ha condenado a indemnizar argumentando que el mero cumplimiento de normas administrativas no sirve de excusa, normas que en este caso, y a mayor abundamiento, se consideran anticuadas y caídas en desuso para las nuevas instalaciones. (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: tetraplejía causada a mayor de edad que se lanza erróneamente a piscina infantil cerrada reglamentariamente: culpa exclusiva de la víctima.—La exigencia de responsabilidad no puede tener lugar cuando se trata de un adulto que, libremente y de manera consciente, franquea los obstáculos que se le presentan para acceder a la piscina, y, sin conocer el medio en el que se desenvuelve, se tira – no se cae– de cabeza, con el resultado lesivo manifestado; según STS de 27 de mayo de 1982, la culpa de la víctima exonera a cualquier otro agente cuando es único fundamento del resultado, rompiendo el nexo causativo, pues por manifiesto ha de tenerse que en tal supuesto no autorizan la condena de otro el artículo 1902 CC, la equidad, ni la lógica; la doctrina del riesgo no es aplicable a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios, y, por otro lado, en el presente caso el riesgo no sobreviene con motivo de la explotación sino por un proceder negligente de la propia víctima; en materia de accidentes de circulación la responsabilidad queda excluida cuando aparece probada la culpa exclusiva de la víctima, y tal doctrina es aplicable al presente caso.

Relación de causalidad: doctrina general.—La determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal, valorando en cada supuesto cuál sea el acto antecedente del que se derive el daño producido, atendiendo no sólo a las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino también al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar también cuál sea el agente al que haya de exigirse el cuidado, atención y perseverancia apropiados y la reflexión necesaria para evitar los perjuicios. (STS de 13 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—En la madrugada del 12 al 13 de julio de 1990, el actor, de veintú años de edad, se personó en el Bar-Restaurante sito en el Polideportivo Municipal de G., donde se celebraba una fiesta de cumpleaños, y al poco tiempo accedió a las piscinas de la planta baja, y

confundiendo la de adultos con la infantil, se tiró de cabeza a ésta produciéndosele tetraplejia; el hecho ocurrió fuera del horario de funcionamiento de las piscinas, habiéndose colocado por personal del Ayuntamiento en la rampa de acceso una valla amarilla de color amarillo; las piscinas estaban aisladas mediante tubos galvanizados y malla de nylon, y carecían de iluminación aunque llegaba la de la primera planta.

Me parece que la doctrina de la S es correcta (la demanda se había rechazado en ambas instancias), ya que el hecho desgraciado es imputable exclusivamente a la víctima que, con su propia actuación, creó libremente el riesgo. A mi juicio no hay en este caso identidad total de circunstancias con la S de 2 de abril de 1998 antes extractada; en efecto, no puede requerirse la misma madurez de conducta a un menor de edad y a un mayor, y en el presente caso, tanto la actuación del propietario del Bar como la del Ayuntamiento, responsable de las piscinas, es la adecuada a las circunstancias, pues hay que suponer de conocimiento general el horario de cierre de las mismas, circunstancia que se corrobora con la ausencia de iluminación propia y por estar colocada la valla de cierre. (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: lesiones a menor por caída en corte profundo de cantera: excavación no vallada, ni iluminada, situada a seiscientos metros del pueblo en que se celebra romería: responsabilidad de la empresa.—El accidente debe imputarse también a la negligencia de la empresa dueña de la cantera, pues en el lugar del suceso no existía ningún cartel anunciador del peligro, y, menos aún, se prueba que estuviese la cantera suficientemente cerrada o vallada, tratándose de zona oscura y sin ningún tipo de iluminación, habiendo un terraplén de cuarenta metros de caída vertical, situado a seiscientos metros del pueblo, lugar concurrido en que se celebraba una romería; debe entenderse que falta la diligencia de la empresa, cuya omisión influyó en el riesgo o peligro creado, que no dista tampoco de la denominada responsabilidad de la empresa por el riesgo derivado de su propia actividad; la STS de 31 de diciembre de 1996 observa que en la responsabilidad por riesgo no puede decirse en muchos casos que haya una ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata en el hecho productor de los daños, de modo que en esta actuación voluntaria, mediata o indirecta, se halla el fundamento de esta responsabilidad que impide caer en una responsabilidad primitiva por el mero resultado, y que en el presente caso se origina por el descuido, o falta de control o vigilancia, del paraje donde ocurrieron los hechos.

Culpa de la víctima.—La víctima —un menor de quince años— contribuyó con su propia imprudente actuación a la causación del resultado dañoso, al adentrarse en un paraje agreste, y sin luz, accediendo a la cantera y precipitándose al vacío; propiamente las culpas nunca se compensan, sino que cuando varias conductas concurren, sólo procede computar en el resarcimiento, su tanto de culpa o coautoría, y, por ende, disminuir el porcentaje adecuado en el parámetro de 100; en el presente caso procede asignar el 50 por 100 a cada parte. (STS de 13 de abril de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Es curioso comprobar que el mismo ponente que en el caso de la S de 2 de abril de 1998, antes extractada, estima el recurso y absuelve a la empresa eléctrica y al Ayuntamiento de la reclamación

por causa de la electrocución sufrida debida a una actuación imprudente de la víctima (que se considera causa exclusiva del accidente), en el presente caso condena a la empresa propietaria de la cantera (aunque concurriendo la culpa de la víctima) por el riesgo que supone no señalar, ni iluminar, la existencia de un corte vertical de 40 metros. Cabe pensar en un paralelismo de hechos y actuaciones que debieran conducir a idéntico resultado jurídico. ¿Es más o menos peligroso la instalación de cables de alta tensión a trece metros del suelo, y sin cubrir, que dejar accesible el paso a una cantera con un precipicio de 40 metros, y en ambos casos sin anunciarlo oportunamente? ¿Ha sido más decisiva la imprudencia del menor que, por juego o diversión, alza tubos de riego hasta tocar los cables, que la de otro que se interna en paraje oscuro y sin iluminar? La S, ahora anotada es de la misma fecha –pero de otro ponente– que la que absuelve por los daños causados a mayor de edad que se tira de cabeza por error, a piscina de niños, reglamentariamente cerrada; caso que yo veo sustancialmente diferente, en sus circunstancias fácticas, con las dos anteriores. (G. G. C.)

42. Responsabilidad por accidente ferroviario: doctrina general: no basta el cumplimiento de normas reglamentarias.—Según STS de 25 de marzo de 1996, en supuestos de accidentes ferroviarios, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que, sin tener que acudir a la inversión de la carga de la prueba, ni a la responsabilidad por el riesgo, teorías que conducen hacia una objetivación de la responsabilidad extracontractual, es suficiente con atender al elemento subjetivo o psicológico de la culpabilidad del agente que, en mayor o menor medida y pese a la expresada tendencia, condiciona todo reproche culpabilístico, teniendo en cuenta, por otro lado, que para que la conducta del agente pueda ser calificada de diligente y exenta de toda connotación de antijuridicidad, no basta que se haya adaptado a las exigencias que reglamentariamente le vengan impuestas, sino que ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que le vengan impuestas por las circunstancias de personas, tiempo y lugar, concurrentes en cada caso concreto para evitar la producción del resultado dañoso.

Responsabilidad de RENFE por lesiones causadas a viajero por arranque inopinado del tren.— Se reclama indemnización por las lesiones causadas a viajero, afecto de gran invalidez (pues debido a amputación del brazo derecho portaba brazo y antebrazo ortopédico), ocasionado por el mal funcionamiento de la megafonía de la estación de partida del tren expreso, y al precipitado y veloz arranque de éste, lo que determinó con nexo causal, el daño sufrido por la víctima, quien ponía su pie en el estribo y se sujetaba, sin lograrlo, a la barandilla metálica, originando la caída de éste produciéndose lesiones que tardaron en curar ciento ochenta y cuatro días, con secuelas consistentes en la amputación del miembro inferior izquierdo a nivel del tercio medio del muslo y del primer dedo del pie derecho. La responsabilidad de la RENFE se basa en el artículo 1903, párrafo 4.º CC, de naturaleza directa, fundada en la *culpa in vigilando* o *in eligendo*, y se apoya en la actuación del empleado que ha realizado el acto dañoso, existiendo nexo causal entre el acto y el daño.

Concurrencia de culpas.—En la causación del resultado lesivo se produjo cierto grado de negligencia en el propio autor, en tanto que debió de estar más atento a la salida del tren y máxime cuando por su minusvalía tenía más dificultades que otras personas para subir al mismo.

Intereses moratorios: doctrina general y su evolución: no proceden por ser ilíquida la suma debida.—Dentro de los intereses legales se distinguen los moratorios y los ejecutorios; y como estos últimos, determinados por el artículo 921 LEC, se han concedido al actor por la sentencia de instancia, hay que resolver el recurso sobre los moratorios. Para aplicar éstos la doctrina tradicional exigía que estuvieran predeterminadas exactamente o pendientes de una simple operación aritmética las sumas debidas, según el brocardo *in iliquidis non fit mora* (así SS de 12 de julio de 1988 y 19 de mayo de 1991); pero actualmente se entiende que deben abonarse los intereses de la cantidad que determina la sentencia aunque sea menor que la reclamada (SS de 17 y 18 de febrero de 1994 y 1 de abril de 1997); sin embargo, se mantiene aquella regla cuando para fijar lo debido ha sido preciso un proceso judicial (S de 7 de abril de 1995), o cuando la cantidad realmente debida no es conocida hasta que se fija en la sentencia (S de 24 de mayo de 1994), o cuando ha sido necesaria la interposición de juicio contencioso para determinar y precisar la deuda (S de 19 de junio de 1995); este último es el caso de este pleito pues el actor dirigió un requerimiento notarial a RENFE en 1990, reclamando 20 millones de pesetas, y en la demanda solicita 31.472.000 pesetas, siendo desestimada íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia, mientras que la Audiencia Provincial, estimando el recurso de apelación, la fijó en 7.104.000 pesetas, todo lo cual implica que precisaba un proceso para determinar, no sólo si era debida, sino la cantidad, en principio desconocida, que era debida; en consecuencia, no cabe fijar otros intereses que los ejecutorios. (STS de 3 de abril de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—¿Puede estimarse concurrencia de culpas en el presente caso? ¿Es circunstancia jurídicamente desfavorable para determinar la culpabilidad del accidente, que la víctima sea minusválido por haberle sido declarada anteriormente gran invalidez? En el FD 1.º se dice que el tren expreso Costa Cálida estaba parado en la estación del Carmen de la ciudad de Murcia, con destino a Albacete y Madrid, no saliendo a la hora fijada, y, en vista del retraso que sufría, el actor entró en la cantina en espera de que dieran el aviso de la próxima salida del tren; pero el 13 de noviembre de 1987 no funcionó adecuadamente el servicio de megafonía y el tren salió a velocidad inusual, al dar el Jefe de Estación la orden de marcha al maquinista, sin cerciorarse de que la víctima y otras personas se dirigían por el andén al tren, ocurriendo el accidente. Ante estos hechos probados parece razonable sostener que la RENFE es la única responsable del accidente, aunque esta clase de hechos —desgraciadamente— se repitan a diario; los sufridos usuarios sabemos por experiencia que, ante un retraso —cualquiera sea su causa— no se informa a los viajeros ni de su causa, ni de su probable duración; añádase que la megafonía no funcionó adecuadamente ese día en la estación de partida del expreso. No se indica el tiempo en que permaneció parado el tren, pero cabe deducir que fue de alguna duración a la vista de la velocidad a que arrancó el maquinista, sin duda, para aminorar el retraso. A mi juicio hay violación del deber de información, negligencia culpable al no sustituir inmediatamente la megafonía por otro sistema similar, y descuido evidente en el Jefe de Estación que, sabedor de lo anterior, no extrema el cuidado al dar la salida. El retraso del tren no debe privar al viajero del goce de todos sus derechos, como parte negocial del contrato de transporte de personas y también como consumidor.

Por otro lado, me parece que imputar al lesionado su circunstancia personal de llevar un brazo ortopédico, con la finalidad de reducir, en su perjuicio, el *quantum* indemnizatorio, aparte de constituir un sarcasmo, representa un desconocimiento de los derechos de la personalidad del minusválido que el artículo 49 CE les garantiza, y que obliga a ser tratado y respetado como tal (la figura del empleado que acude solícito para ayudar al impedido a subir al tren parece en la S como algo quimérica, o perteneciente a otra galaxia, o, al menos, de otro país). (G. G. C.)

43. Responsabilidad de la RENFE por atropello de obrero ferroviario en su lugar de trabajo: paso mal iluminado con existencia de cables paralelos a las vías: situación de riesgo.—Está fuera de duda la concurrencia de una notoria situación de riesgo manifestada en los datos siguientes: existencia de una línea de cables a una altura de 30 centímetros en situación paralela a las vías, y falta de una adecuada iluminación, y de un punto fijo con entarimado para pasar sin riesgos de un lado a otro de la vía, por tratarse del lugar de trabajo de la víctima; factores todos ellos que suponían un riesgo añadido al propio de la profesión ferroviaria, comportando la concurrencia de un reproche culpabilístico para la empresa, al haber descuidado las debidas condiciones de seguridad en punto a procurar y conseguir para sus empleados el paso por las vías con el menor peligro dentro de sus posibilidades.

Negligencia del maquinista.—Se ha acreditado que el Ayudante del maquinista percibió a la víctima al tiempo de ser alumbrado por el foco de la máquina, lo que induce a pensar que el maquinista no prestó a la conducción la suficiente atención, y que la velocidad a que circulaba no era la acomodada a las circunstancias de la zona, pues de no ser así hubiera estado en disposición de detener la marcha a su debido tiempo, lo que comporta un reproche culpabilístico *in vigilando* a la empresa.

Culpa exclusiva de la víctima: carga de la prueba.—Dentro del mecanismo probatorio aplicable a la culpa extracontractual, hubiera correspondido a RENFE la probanza de haberse debido el accidente al comportamiento exclusivo de la víctima, con observancia por aquélla de la diligencia requerida para el caso de autos, lo cual no ha acontecido. (STS de 23 de abril de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte. Barcala y Trillo-Figueroa) cuyo supuesto de hecho es el típico de los accidentes de trabajo, con clara negligencia de la empresa. No se trata, genéricamente, de accidente ferroviario, sino de un específico accidente laboral dentro de la RENFE. El accidente ocurre en la estación de Córdoba el 20 de octubre de 1988, a las seis de la mañana (por tanto, antes del amanecer). Sorprende la escasez de medidas de seguridad en el trabajo (trajes reflectantes, lámparas portátiles, etc.). El Centro de Seguridad e Higiene en el Trabajo insiste en su informe que los cables de señales se sitúen bajo el nivel del suelo para evitar tropiezos y que, en lo posible, se establezcan zonas de paso para el personal ferroviario, convenientemente señalizadas, libres de obstáculos y con el piso lo más uniforme para lo cual, y si es necesario disponer entarimados, que así se haga. Todo lo cual permite deducir la penuria de medidas de seguridad en el trabajo, adoptadas por la empresa. Una vez más hay que destacar que la sentencia se pronuncia al cabo de diez años de producirse la muerte

del esposo y padre de dos hijos; reclaman 30 millones de pesetas y van a recibir 16 con el mencionado retraso. (G. G. C.)

44. Muerto en accidente ferroviario: responsabilidad de la RENFE: automovilista que, por avería, se apea de su vehículo y se adentra en las vías, muriendo atropellado: concurrencia de culpas.— El 2 de febrero de 1986, sobre las 21,30 horas, siendo de noche cerrada, conducía la víctima el vehículo de su propiedad por una avenida de Santander, cuando, a consecuencia de hallarse inundada la calzada, se le paró el vehículo, y apeado de éste y con el fin de no ser salpicado por el agua que, al atravesar la zona inundada, lanzaban los demás usuarios de la vía, se retiró al sur de ésta hasta introducirse dentro del espacio de recorrido de la línea de ferrocarril explotada por RENFE, en lugar no autorizado para el paso de peatones por la vía, siendo golpeado por un vagón de un tren que en aquel momento circulaba, causándole heridas que determinaron su casi inmediato fallecimiento; en aquel lugar la vía del tren se encontraba a la altura aproximada de un metro por encima del nivel de la calzada, y la distancia del raíl a la pared vertical que delimita la zona de ferrocarril y lo separaba del arcén era aproximadamente de tres metros; desde este muro hasta la capa de asfalto de la carretera había una distancia aproximada de un metro, y otro más hasta la línea continua que separaba la calzada del arcén; además el basalto sobre el que se asentaba la vía del ferrocarril tenía un talud incluido de unos 30 grados; entre la vía del tren y la calzada no existía valla, ni elemento de cierre o separación alguno. Es gravemente imprudente la conducta de quien, sin ninguna razón seria para ello, se sitúa en el espacio de la vía férrea, en una noche cerrada y oscura, no pudiendo dejar de advertir la peligrosidad del lugar en que se colocaba por haber tenido que salvar previamente el citado desnivel y dada la composición del suelo sobre el que se colocó, el basalto de la caja de la vía férrea, todo ello sin percatarse de la proximidad del tren contra uno de cuyos vagones fue a colisionar frontalmente; apreciada una concurrencia de culpas y considerando de una mayor gravedad la de la víctima que la de la empresa ferroviaria, procede desestimar el recurso basado en la violación de los artículos 1902 y 1903 CC.

Responsabilidad del MOPU y del Ayuntamiento: ausencia de relación de causalidad.—Cualesquiera que fueran las omisiones imputadas a estos entes en su obligación de conservación de las vías públicas, era absolutamente imprevisible el resultado acaecido, atendiendo el curso normal de los acontecimientos, ni de esa conducta se deriva como consecuencia necesaria el daño producido.

Segunda instancia: consentimiento del pronunciamiento absoluto.—Según STC de 15 de enero de 1996, en nuestro sistema procesal la segunda instancia se configura como una *revisio prioris instantiae*, en la que el Tribunal superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en cuanto a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas (*quaestio iuris*), para comprobar si la sentencia recurrida se ajusta, o no, a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius* y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*). (STS de 30 de abril de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—La S extractada parece querer agotar las razones que conducen a declarar la —por lo demás, evidente— conducta imprudente de la víctima, pero da la impresión de olvidarse de explicar la culpabili-

dad de la RENFE en este caso; quizá se encierra en la siguiente frase: *entre la vía del tren y la calzada no existía valla ni elemento de cierre o separación alguno*. Si resultara que aquí se encerraba el fundamento de la responsabilidad de aquélla, habría que concluir que en la inmensa mayoría de accidentes producidos cuando van paralelamente la carretera y la vía férrea, tendría que ser condenada la empresa ferroviaria por carecer de adecuada separación. Es cierto que la cuantía de la indemnización concedida en definitiva a la esposa, es casi simbólica (se solicitan nueve millones, el Juzgado de Primera Instancia otorga cuatro, y la Audiencia Provincial 1.800.000 pesetas), y que la S firme ha recaído a los doce años de ocurrir el accidente. En realidad los hechos tan minuciosamente analizados en la S podrían conducir a la desestimación total de la demanda, pues la responsabilidad de RENFE queda prácticamente diluida en las circunstancias que rodean la producción del accidente. La víctima, por razón de residencia, debe presumirse que conoce la peligrosidad del lugar, y ello se corrobora indirectamente por la situación del lugar del accidente, al tener que realizar un notable ejercicio físico para superar el desnivel existente. *Sibi imputet.* (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual: responsabilidad de empresa fabricante de cerveza por muerte de operario en actuaciones de limpieza de un tanque: artículo 1903 CC.—El inciso final del artículo 1903 CC establece una presunción de culpa para los supuestos que contempla, obedeciendo a criterios de riesgo y al propósito de objetivar la responsabilidad extracontractual, llevando a las últimas consecuencias la *inversión de la carga de la prueba*; en este caso, la empresa propietaria del tanque incurrió en una doble omisión, no advertir del peligro de explosión con ocasión de la operación de limpieza del tanque y no proporcionar al operario fallecido un equipo de protección personal; se ha probado, además, que el fallecido era una persona experimentada que llevaba 25 años en la empresa, sin que conste que la limpieza reseñada se efectuara de modo distinto al habitual ni que la víctima hubiera procedido a encender el mechero que portaba, existiendo en la empresa carteles anunciadores de la prohibición de fumar; existe relación de causalidad, pues la explosión se produjo por la originación de hidrógeno en el proceso de limpieza unido a un factor térmico, que debe enmarcarse dentro de la noción de riesgo imputable a la propia actividad empresarial.

Intereses moratorios: sentencia que reduce el quantum indemnizatorio solicitado: atenuación del brocardo *in iliquidis non fit mora*.—La *mora solvendi* está regulada en el artículo 1108 CC, en relación con los artículos 1100 y 1101 CC, en tanto que la norma del artículo 921, párrafo 4.º LEC, tiende a evitar y sancionar, en su caso, una manifestación de *contumacia procesal*, por lo cual ambas clases de intereses no se interfieren entre sí, y son susceptibles de aplicación autónoma e independiente y, en algunos supuestos, sucesiva. En cuanto a los intereses moratorios conviene puntualizar que si bien puede considerarse como indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, también cabe atender al significado y alcance de las deudas de valor, según el cual no basta con entregar lo que se debe, sino lo que en el momento de la entrega debe representar tal suma. El brocardo *in iliquidis non fit mora* ha sido atenuado, en su aparente automatismo, por la relativamente reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala al introducir importantes matizaciones en su aplicación, que se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues se declara un derecho a la obtención de

una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial. (STS de 21 de mayo de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—El accidente ocurre el 18 de julio de 1991, se solicita una indemnización de 20 millones de pesetas para la viuda e hijos del accidentado, el Juzgado de Primera Instancia otorga cinco, y la Audiencia Provincial eleva al doble la indemnización. La S es plenamente de aprobar. Obsérvese que no se aplica de oficio la incompetencia de jurisdicción civil, que recientemente han aplicado las SSTS de 10 de febrero y 20 de marzo de 1998 (Pte. Martínez-Calcerrada y Gómez, que también integra la Sala que dicta la S ahora anotada, pero cuyo Pte. es Barcala y Trillo-Figueroa), al tratarse de accidente de trabajo producido exclusivamente por inobservancia de las medidas de seguridad, y todo ello conforme a la doctrina mantenida por la Sala de Conflictos del TS en Autos de 23 de marzo de 1993, 4 de abril de 1994 y 10 de junio de 1996. En cambio, hay una continuada doctrina jurisprudencial que acepta la competencia de la Sala 1.^a en esta materia (todavía últimamente STS de 11 de diciembre de 1997). Quizá se ha atendido a la fecha en que el accidente se produjo en la que prácticamente era unánime la doctrina de la Sala 1.^a.

En cuanto a los intereses moratorios, la doctrina reitera y amplía la contenida en STS de 3 de abril del mismo año (Pte. O'Callaghan Muñoz) en cuanto a la atenuación del brocardo *in iliquidis non fit mora*, si bien en esta última resolución no se conceden (probablemente porque la S del Juzgado de Primera Instancia había desestimado la demanda por indemnización de daños y perjuicios, y existía indeterminación no sólo en el *quantum* sino también en el *an* de lo debido). (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: lesiones causadas al extraer cerumen del oído por rotura de jeringuilla: irresponsabilidad del Servicio Vasco de Salud.—El defecto de la jeringuilla no era detectable antes de su uso, sino que es durante el mismo cuando sobreviene el accidente; por ello no es correcta la imputación de responsabilidad al Servicio Vasco de Salud, pues no es lógico que tenga que montar un servicio de control de calidad de todos y cada uno de los instrumentos que le suministran los fabricantes para el desarrollo de sus actividades, asumiendo las obligaciones que a ellos compete, ni tiene tampoco lógica alguna que sea la Administración la responsable de que aquéllos no cumplan o cumplan incorrectamente el control de calidad de sus productos; en la vía civil elegida por la actora en esta *litis* no corresponde la declaración de responsabilidad, si la hubiera, por los daños causados en la prestación de un servicio público.

Costas impuestas en primera instancia por el codemandado absuelto.—En primera instancia la actora demanda a quien es absuelto y a quien es condenado por una estimación parcial de la demanda; respecto del primero hay un rechazo total a las peticiones de la demanda, que obligan a imponer las costas a la actora conforme al artículo 523 LEC, salvo que el Juez hubiese estimado circunstancias excepcionales para no hacerlo, pero no para imponérselas a la codemandada no absuelta. (STS de 17 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—En la demanda se pide la condena solidaria del médico que realizó la intervención y del Servicio Vasco de Salud al pago de

algo más de diecinueve millones de pesetas; en primera instancia se absuelve al médico y se condena al Servicio al pago de siete millones y medio de pesetas; en apelación se incrementa la indemnización a algo más de diez millones de pesetas, se confirma la absolución del médico y se condena al referido Servicio a todas las costas causadas en primera instancia; en casación se estima íntegramente el recurso interpuesto por éste, en base a los dos motivos recogidos, absolviendo a ambos demandados y poniendo a cargo de la parte actora todas las costas de primera instancia.

NOTA.—Sorprende la no aplicación del artículo 28 LGDCU, que si se invoca junto a la responsabilidad de particulares (el médico en este caso) y en el marco de la prestación de servicios médicos prestados a particulares, no parece inadecuada utilizar, para su reclamación, la vía civil (véase *infra* la STS de 9 de junio de 1998). Frente a los argumentos lógicos que hace valer la S extractada parece que deben predominar las exigencias que derivan de un precepto expreso e imperativo. En sentido condenatorio, véanse SS de 6 y 9 de junio de 1998 (extractadas *infra*) con base en el artículo 28 LGDCU, aunque no debe olvidarse la línea jurisprudencial contraria representada por SS de 29 de julio de 1994, 11 de febrero y 27 de junio de 1997. Por otra parte, no existe en esta sentencia constancia exacta de la fecha en que se produjeron los hechos (la S del Juzgado de Primera Instancia es de enero de 1993, por lo que cabe suponer que ocurrieron antes de promulgarse la Ley de 1992). (G. G. C.)

47. Culpa extracontractual: asistencia deficiente al parto: secuelas irreversibles: deficiente funcionamiento del vacuo-extractor: derecho transitorio: responsabilidad del Servicio Andaluz de la Salud.—La demanda se basa en la deficiente atención prestada a la esposa durante el parto ocurrido en 1989, lo que motivó que el niño naciese con padecimiento de atrofia cerebral y gravísimas secuelas de carácter irreversible, que hacen inviable el valimiento por sí mismo del menor afectado, necesitando de forma constante, continua y permanente la presencia de una persona para cuidado, sin la cual ni siquiera podría realizar las funciones más primarias; el parto se presentó de forma normal y fue durante el mismo cuando se produjo el sufrimiento fetal agudo, provocado por un retraso en la expulsión, sin que los facultativos intervinientes pudiesen aligerarlo, ante el deficiente funcionamiento del aparato vacuo-extractor, cuya campana se escapó dos veces, y otra más al ser sustituida, sin que alcanzara la presión suficiente y sin que dicho aparato, único para todas las paritorios, se revisase preventivamente por el equipo de mantenimiento, ni por la supervisora de obstetricia, ni por los médicos hasta el momento de ser empleado. La STS de 26 de mayo de 1997, por idéntico motivo, declaró que aunque el órgano demandado no sea el Insalud, sino el Servicio Andaluz de Salud, se trata en todo caso de responsabilidad por daños, derivada de culpa extracontractual, producida en el ámbito del derecho privado, resultante influyente la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, que es la competente para conocer de esa situación, en razón del tiempo histórico en que los hechos tuvieron lugar, toda vez que la ley autonómica 8/1986, sobre el régimen jurídico de la entidad recurrente, adscrita a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, se remite a la ley de 21 de julio de 1983, la que en su DT 1.^a, para lo no previsto, hace aplicación de la LRJA de 1957 que implantó el sistema de la dualidad jurisdiccional, conforme a

sus artículos 40 y 41, que autorizan y justifican la competencia del orden civil; se está ante una relación fuera del Derecho público, siendo de aplicación la doctrina de esta Sala respecto del Insalud, al encontrarse en idéntica posición el Servicio Andaluz de Salud, y converge su actuación en la procura de la salud de los enfermos, con el fin principal y objeto primordial de su actuación, de tal manera que cualquier actuación desviada de la correcta aplicación del arte y ciencia médica entra en la órbita civil.

Evitación del «peregrinaje de jurisdicciones».—Según la doctrina contenida en SS de 18 de febrero y 23 de diciembre de 1997, la evitación del *peregrinaje de jurisdicciones* es un principio procesal basado en la *vinculación más fuerte*, la *vis atractiva* (art. 9.2 LOPJ), el principio de economía procesal, la falta de normas procesales coordinadas que sanen *in radice* y con carácter previo el presupuesto referido al orden jurisdiccional competente, y la no extensión del *ius imperii* a actividades que pueden ser ejercitadas por sujetos privados dependiendo de razones de política legislativa; por ello, y para la presente contienda, la evitación del peregrinaje procesal es una de las consecuencias más claras del Derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial efectiva.

Responsabilidad por los dependientes.—La responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud nace de modo directo de la negligencia de sus empleados o dependientes, aunque se presente de modo difuso cual sea la persona determinada, de no serlo la Administración, a quien achacar la culpa en concreto, pues lo que se presenta con claridad meridiana es que hubo de ser persona del ámbito del Servicio Andaluz de Salud. (STS de 30 de abril de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda se estima íntegramente en ambas instancias, y el recurso de casación se desestima con base en los argumentos de derecho transitorio que se extractan (en el FD 2.º se dice que al mismo letrado y en la misma representación se dijo lo mismo en S de 26 de mayo de 1997). La negligencia del Servicio Andaluz de Salud es evidente y clamorosa, siendo de notar que en la sentencia de la AP se añade que los 60 millones a cuyo pago se condena a aquél serán ingresados en valores seguros o en cualquier otra inversión de análoga clase, sin que se pueda disponer de dicha cifra hasta que el menor llegue a la mayoría de edad con plena capacidad, salvo autorización judicial; cláusula de estilo cuya inserción en esta clase de condena va generalizándose. En la rotundidad de los términos en que se expresa el TS puede haber influido el transcurso de diez años desde que los hechos se produjeron. No debe olvidarse, por otra parte, la transitoriedad de esta doctrina jurisprudencial. (G. G. C.)

48. Culpa extracontractual: daños causados a niño prematuro por aplicación de oxígeno en incubadora: fibroplasia retrolental: pérdida 95 por 100 de la visión: responsabilidad del Insalud: artículo 28 LGDCU.—El niño prematuro nacido en 1986 permaneció durante 56 días en la incubadora con una insuficiente vigilancia oftalmológica, recibiendo abundante dosis de oxígeno, que constituyen un factor de riesgo de la enfermedad contraída, lo cual propició, cuando no causó, la enfermedad que aqueja al menor y que ha causado la pérdida práctica de la visión, por lo que hay causa bastante para atribuir al Insalud la responsabilidad directa que lleva a su condena para indemnizar el daño causado; condena que también se justifica con base en el artículo 28 LGDCU, pues corres-

ponde al empresario –en este caso, el Insalud– responder de los daños causados en el correcto uso y consumo de los servicios sanitarios, salvo que aquellos daños estén originados por la culpa exclusiva del dañado o de las personas de las que debe responder, lo que no ocurre aquí.

Doctrina de la unidad de la culpa civil: no procede aplicar la prescripción anual cuando los hechos pueden considerarse además violación contractual.—Aunque hay razones para admitir que la relación que une al Insalud con los enfermos atendidos en sus clínicas y hospitales tiene un componente contractual, y concretamente de arrendamiento de servicios, ha de tenerse en cuenta que la moderna jurisprudencia ha acuñado la doctrina de la unidad de la culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución, ni indefensión de los demandados, en determinadas ocasiones, y siempre que los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, admitir una u otra acción, siquiera no haya sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante, e inmutable, son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo *da mihi factum, dabo tibi jus*; criterios jurisprudenciales que gozan de indudable continuidad, como se manifiesta en SS de 20 de diciembre de 1991, 11 y 15 de febrero de 1993, 1 de abril de 1994 y 18 de febrero de 1997; en aplicación de esta doctrina jurisprudencial cabe entender que la acción de responsabilidad ejercitada por el actor, erróneamente basada en el artículo 1902 CC, se halla vigente como sujeta al plazo general de quince años, lo que conduce a casar la resolución de instancia cuya causa determinante del fallo es el acogimiento de la excepción de prescripción anual.

Protección del menor: medidas de ejecución de la sentencia que condena a indemnizar sesenta millones de pesetas.—La indemnización que esta sentencia concede tiene la finalidad primordial de reparar, en la escasa medida de lo posible, la privación del sentido de la vista de un menor, y habida cuenta de lo previsto en el artículo 17 de la Ley de 1996 de protección del menor, a los efectos de asegurar la protección del mismo, corresponderá a los órganos judiciales encargados de la ejecución garantizar los derechos que le asisten a aquél realizando el seguimiento de la evolución del mismo en la familia; de ahí que se acuerde que durante la minoría de edad, cuantos gastos y detracciones se hagan de la suma concedida, o de los frutos, intereses o plusvalías de los bienes en que la misma se invierta, cuando sean superiores a la cantidad de tres millones de pesetas anuales, revisada cada año de acuerdo con el índice general de precios del INE, habrán de ser aprobados por la autoridad judicial encargada de la ejecución de la presente resolución, oído el Ministerio Fiscal y atendida la finalidad protectora de la repetida indemnización; todo ello por analogía con el artículo 166 CC y sin que esta medida comporte incongruencia por exceso al no haber sido solicitada por las partes. (STS de 6 de junio de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Es de destacar que el recurso de casación se enfrentaba a dos sentencias desestimatorias en la instancia con único fundamento en la excepción de la prescripción anual de la acción ejercitada. Es de aprobar la estimación del recurso por el TS (Pte. Albácar López), aunque la casuística ofrezca sentencias anteriores en sentido contrario. La doctrina sobre la unidad de la culpa es fluida, aunque en el presente caso hay razones de justicia intrínseca para aplicarla en presencia de una desacertada fundamentación de la demanda. No por ser frecuente (casi cláusula de estilo) hay que dejar de denunciar el considerable retraso en resolver el recurso (en este caso, catorce años desde que se

producen los hechos). Resulta novedoso el apoyo en la Ley de protección del Menor de 1996 para justificar las singulares medidas adoptadas en fase de ejecución de esta S; la invocación del artículo 166 CC parece, al menos discutible, salvo que en la expresión de *objetos preciosos* se entienda incluido la disposición de un capital en dinero de sesenta millones de pesetas; quizá el artículo 158-3.º permitiría mayor cobertura legal bajo la genérica expresión de *evitar perjuicios al menor* (se supone que se trataría de los resultantes de una desacertada administración por los padres –no demostrada y por tanto sólo potencial– de tan importante capital, que la sentencia adscribe a un fin concreto y determinado); precisamente, la Ley de 1996 ha añadido al precepto un inciso final de naturaleza procesal. El bien meditado *voto particular* del Magistrado Marina Martínez-Pardo hace un detenido estudio de los preceptos de la Ley de 1996 relacionados con el tema, y pone de relieve que en el presente caso, las actuaciones procesales no revelan dato alguno que hagan sospechar la existencia de una situación de riesgo, que, por lo tanto, no puede ser *apreciada*, y en consecuencia faltan los presupuestos legales para tomar decisiones que afectan al contenido de la patria potestad, desconfían de la actuación de los padres, y establecen un sistema de garantías que constriñen su derecho-deber de administración y les imponen obligaciones sin acreditar la causa que las justifica. Tema abierto que, en términos generales, han propiciado las leyes intervencionistas en el ámbito familiar sobre adopción (1987) y protección del menor (1996), y que, a mi juicio, debe reconducirse bajo la óptica codicial. La bibliografía específica sobre el artículo 158 CC es escasa: (Castán Vázquez, *Comentarios Ministerio de Justicia*, 1, pp. 554 ss.; O'Callaghan, *Código civil, comentado y con jurisprudencia*, Madrid 1996, pp. 216 ss.). (G. G. C.)

49. Culpa extracontractual: secuelas de intervención quirúrgica para curar sordera: responsabilidad del Insalud: artículo 1903 CC.—La paciente que sufría de sordera en ambos oídos, tras ser sometida, primero, a una intervención quirúrgica que mejoró la audición de uno de ellos, posteriormente, no obstante el cambio experimentado en sus condiciones físicas, que agravaba los riesgos, fue objeto de una nueva operación para recuperar o mejorar la audición del otro, la cual fue origen durante su desarrollo, tras la administración de los productos anestésicos, de un *shock* anafiláctico que determinó un estado de coma irreversible, manteniéndose en situación de vida vegetativa hasta su fallecimiento; la absolución consentida del médico demandado no impide determinar la responsabilidad del centro hospitalario con base en el artículo 1903 CC. Esta última responsabilidad es de carácter directo y no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable dependiente, antes bien deviene insoslayable cuando el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y según las reglas de la experiencia, cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables; no puede descartarse el carácter cuasiobjetivo de esta responsabilidad de modo que la liberación de la responsabilidad del empleador sólo cesa cuando pruebe que ha usado de toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño; la STS de 27 de enero de 1997 ha declara-

do que es preciso acudir a una interpretación, no sólo lógica, sino también socio-lógica, sin olvidar el soporte de la *equitas*, aquí siempre conveniente, y en todo momento con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo.

Doctrina general sobre la aplicación del artículo 28 LGDCU a los servicios sanitarios.—Esta norma se inscribe en la línea de regular la responsabilidad civil por hechos de un tercero dependiente, y con referencia a los servicios sanitarios los somete al régimen especial de responsabilidad objetiva, presumiéndose *iuris et de iure* que éstos incluyen las garantías y los controles a que se refiere el párrafo 1.º, y entre tales servicios se encuentran los prestados por el Insalud, alcanzando necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, que supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. En relación con la responsabilidad del artículo 1903 CC, podrá coincidir en la culpa *in eligendo*, o *in vigilando* del personal dependiente, pero en el caso del artículo 28 se aprecian matices de progreso encaminados a favorecer la reclamación de los perjudicados por actos envueltos en la responsabilidad difusa de sus autores directos, median- te la configuración de la aludida responsabilidad prácticamente objetiva.

Doctrina de la unidad conceptual de la culpa: *da mihi factum, dabo tibi ius*.—Esta Sala no comparte el criterio de la sentencia recurrida que considera inaplicable al caso el artículo 28 LGDCU por no haberse ejercitado la acción correspondiente, y sí, en cambio, la del artículo 1903 CC; tal idea descansa en la preci- tada noción de la acción como equivalente al derecho que se hace valer en juicio, con olvido de la más moderna noción de *objeto del proceso*, y aun de *pretensión*, que configuran el *thema decidendi* con mayor amplitud al hacerlo descansar en un componente fáctico de la *causa petendi*, que no puede ser alterado por el juz- gador, mas también en unas indicaciones sobre el derecho aplicable que no vin- culan a aquél; de aquí que cuando los hechos permanecen sustancialmente idénti- cos, la elección de la norma es función netamente judicial; sobre la llamada *unidad conceptual de la culpa* sostienen la misma doctrina las SS de 18 de febre- ro de 1997 y 23 de abril de 1998.

Responsabilidad del Insalud por negligencia de otros miembros del equi- po que atendieron a la paciente.—Esta Sala hace suya la declaración fáctica que recoge la S de segunda instancia que no excluye que haya mediado negligencia en la actuación de otros miembros del equipo de profesionales sanitarios que atendieron a la paciente durante la intervención quirúrgica, y valora la despropor- ción del resultado habido entre una operación quirúrgica para mejorar la audición y la muerte que produjo la letal reacción letárgica, tras coma irreversible de la paciente por un *shock* anafiláctico, sin que conste en forma conveniente que los factores de riesgo concurrentes en la persona ya fallecida, ni el estado de los pro- ductos utilizados, fueran controlados convenientemente; en tal caso corresponde al empresario —el Insalud— responder de los daños causados en el correcto uso y consumo de los servicios sanitarios, no concurriendo la culpa exclusiva del daña- do o de las personas de las que éste debe responder. (STS de 9 de junio de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Notable S por la rigurosa argumentación tanto procesal como sustantiva (Pte. Almagro Nosete), que ha debido rebatir la utili- zada por la AP para desestimar la demanda. Los hechos se recogen en el extracto por lo inusitado y por la falta de proporcionalidad entre causa y efecto (intervención para remediar sordera que culmina en coma y muerte ulterior). Solicitada una indemnización de veinte millo-

nes, el Juzgado de Primera Instancia otorga diecisiete contra el Insalud, absolviendo al médico. El razonamiento de la S de segunda instancia es simple: absuelto el médico demandado, por no apreciar en su actuación, culpa ni negligencia, no cabe extender la responsabilidad civil al hospital por la vía del 1903, ni menos por la del artículo 28 de la Ley de 1984 por suponer *mutatio libelli*. La S extractada rechaza acertadamente estos argumentos y estima el recurso, aunque maneja conjunta y alternativamente la existencia de responsabilidad cuasiobjetiva y por culpa o negligencia (¿acaso cierta *incomodidad*, o *falta de convicción* para aplicar el artículo 28 como fundamento único de la responsabilidad?). Un detallado seguimiento de la jurisprudencia de la Sala 1.ª, en orden a la aplicación de la LGDCU, puede verse en Esther Gómez Calle, «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», *ADC*, 1998, pp. 1753 ss., expresando su opinión personal favorable a la aplicabilidad del mencionado artículo 28 a todo prestador de servicios sanitarios, sea público o privado; menciona, no obstante la posterior S de 19 de junio de 1998 que se desmarca de la anterior línea jurisprudencial y que opta por la doctrina mantenida por S de 17 de abril de 1998, extractada *supra*. Por razones de seguridad jurídica, ¿no debiera unificarse el criterio de la Sala 1.ª del TS en materia de tanta actualidad? (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

50. Derecho de vuelo.—Al estudiar el derecho de propiedad se ha reconocido, desde siempre, que su extensión —en caso de inmueble— no se limita al suelo propiamente dicho, sino que alcanza al vuelo —lo que está encima— y al subsuelo —lo que está debajo—, siendo muy conocida, aunque no es aplicable absolutamente hoy en día (el poder del propietario, según la concepción actual, se extiende hasta donde llegue su interés) aquel aforismo procedente de la doctrina romanista medieval de que el poder del propietario se extiende *usque ad sidera et usque ad inferos*. Así el derecho sobre el vuelo puede entenderse como una parte del derecho de propiedad, como hace la S de 9 de julio de 1988. En todo caso, el derecho de propiedad se extiende al vuelo y si éste está desgajado del anterior, el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad.

Fundamentos de la usucapión.—El fundamento de la usucapión —cuya justicia, necesidad y utilidad es hoy reconocida unánimemente— es doble: *a*) subjetivo: el abandono o negligencia por el titular del derecho y actividad posesoria por el usucapiente, y *b*) objetivo: seguridad del tráfico jurídico, interés social y económico en que se reconozca la titularidad del derecho en quien, a través de la posesión, aparece pública, social y económicamente como tal titular.

Usucapión: justo título.—El justo título es el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate, como dice el artículo 1952 CC y añade el artículo 1953 que ha de ser verdadero y válido y el artículo 1954, que debe probarse. Se trata de un título que, como tal y en abstracto, es idóneo para la transmisión del derecho de propiedad u otro derecho real, como la *adjudicación en pública subasta por una entidad de derecho público*; que es verdadero y válido, pero que adolece de un defecto que precisamente es

salvado por la usucapión, pero por una causa externa al mismo no produce la adquisición sino que ésta se da por usucapión. (STS de 23 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. C. C. B. y otros interpusieron demanda de juicio de menor cuantía sobre declaración de dominio contra el Ayuntamiento del Casar de Cáceres y las demás personas cotitulares del dominio sobre el vuelo de unas determinadas parcelas solicitando que se declarase a los demandantes no sólo legítimos propietarios del suelo de las citadas parcelas, condición que ya ostentan; sino también legítimos propietarios del vuelo de las parcelas compradas al Ayuntamiento del Casar de Cáceres en subasta pública para la construcción de chalets y zonas de recreo. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de Cáceres dictó S con fecha 9 de septiembre de 1993 desestimando la demanda. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres dictó S con fecha 22 de marzo de 1994 estimando el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

51. Comunidad de bienes. Actio communi dividundo.—La individualización imperfecta o aparentemente incompleta de las parcelas que se pretenden dividir impide la estimación de la *actio communi dividundo*, pues el demandante debe probar la existencia del condominio sobre la cosa.

Derecho a cercar las heredades. Carácter deslindador de las marcas.—Señala el TS que el artículo 388 CC no excluye la posibilidad de cercar las heredades mediante el empleo de marcas impresas en los árboles. Asimismo, considera que dichas marcas tienen carácter deslindador. (STS de 12 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda, suplicando se declare que el terreno que constituye las zonas del monte de Villalba de Trapa denominadas «Ramila y Fontaiña» y «Carballal de Villalba» pertenecen en propiedad a demandantes y demandados en la proporción que se señala en el escrito de demanda; al mismo tiempo se solicita la división de la cosa común.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

52. Tercería de dominio.—Cuando la nulidad del título se hace valer como simple excepción el rigor sobre posibles terceros implicados en el negocio que tendrían que soportar la declaración de nulidad decae, pues el Tribunal sentenciar, como establece la jurisprudencia, se limita a apreciar la inexistencia de un título válido de dominio en el tercerista (STS de 24 de julio de 1992). Mas si la nulidad se plantea, por vía de reconvencción será preciso constatar quiénes fueron partes en el contrato cuya nulidad se pida no para traer a ningún tercero al pleito sino para estimar, si alguno de los sujetos en la relación jurídico material, que conforma el título, no es parte en la tercería, y, con ello, la imposibilidad del pronunciamiento por falta de litisconsorcio pasivo necesario. Además la nulidad radical de un contrato puede aducirse tanto por vía de acción como de excepción, lo que no ocurre con la resolución contractual, que sólo puede ser postulada como efectiva acción. (STS de 27 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.^a D. M. G., doña M.^a D. R. V., doña A. P. G. y doña R. M.^a T. Q. formularon demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Úbeda contra *F. I., S. A.*, y contra *F. HG., S. L.*, doña M.^a D. G. R. y don M. G. R., sobre tercería de dominio. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén dictó S con fecha de 10 de febrero de 1994 desestimando el recurso de apelación. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

53. Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdos.—Los acuerdos que entrañen infracción de algún precepto de la LPH o de los Estatutos de la respectiva comunidad, al no ser radicalmente nulos, sino meramente anulables, son susceptibles de sanación por el transcurso del plazo de caducidad (treinta días) que establece la regla cuarta del artículo 16 de la citada Ley, sin haber sido impugnados dentro de dicho plazo, quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos otros acuerdos que, por infringir cualquiera otra ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de su contravención o por ser contrarios a la moral o al orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al párrafo 3.º del artículo 6 CC y, por tanto, insubsanables por el transcurso del tiempo. Por consiguiente, la regla de la unanimidad, si no es observada, dará lugar a la anulabilidad del acuerdo, pero no produce su nulidad de pleno derecho. (STS de 26 de junio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—*I. I., S. A.*, formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid, contra la comunidad de propietarios *U. S. Park*, sobre invalidez de la Junta de Propietarios del día 26 de diciembre de 1989 y nulidad de todos los acuerdos en ella adoptados acerca de obras de cerramiento y puerta de acceso a la vía pública. El Juzgado dictó S con fecha de 6 de julio de 1992, desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, dictó S con fecha de 11 de abril de 1994 estimando el recurso de apelación. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

54. Propiedad intelectual.—El derecho de autor del guionista se tiene que incardinar en la versión definitiva de la obra audiovisual (arts. 93 y 87 LPI), pero siempre que en las modificaciones que se introduzcan en los guiones intervenga el autor de sus originales y siempre que se respete la idea y contenidos esenciales. Y es que de no ser así carecería de virtualidad alguna el derecho moral de autor de quien confecciona unos guiones originales para ser luego llevados a una obra audiovisual. En ningún caso, desde la configuración del derecho moral de autor que da la LPI de 1987 se puede dejar al arbitrio del director, productor o realizador la modificación más absoluta respecto de unos guiones originales. La LPI atribuye la propiedad de las obras de este carácter al autor por el solo hecho de su creación, estando integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley. Además, en las obras en colaboración, como son las llamadas audiovisuales, algunas aportaciones a las mismas (como son el guión, el argumento o la música) son plenamente individualizables, y si bien el director-realizador puede introducir en ellas, concretamente en el guión, que es el que aquí nos ocupa, las modificaciones que exija la específica naturaleza del medio por el que la obra audiovisual ha de ser

emitida, ello ha de entenderse en el sentido de que tales modificaciones sean meramente circunstanciales o accidentales, en cuanto exigidas por la especial naturaleza del medio de su emisión (televisión, en el presente supuesto litigioso), mas no cuando dichas modificaciones afecten a la esencia misma del guión tal como fue concebido y redactado por su autor. (STS de 22 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. M. del C., formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de los de Madrid, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra *Televisión Española, S. A.*, sobre derechos de propiedad y reclamación de cantidad, en relación con unos guiones que esta entidad le había encargado. La demandada *TVE, S. A.*, procedió a la producción reestructurando los guiones, y suprimiendo varios de ellos, rodándose a instancia de los realizadores por capítulos, cronológicamente y no por tramas argumentales como estaba concebida la obra, con lo que ésta sufre una sustancial modificación en cuanto a interés, profundidad, emotividad y al mismo espíritu de creación artística. El Juzgado de Primera Instancia dictó S en fecha de 12 de noviembre de 1993 estimando la demanda interpuesta. La Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, en S de 6 de octubre de 1994, estimó parcialmente el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

55. Montes vecinales de mano común.—La administración, disfrute y disposición de los montes en mano común corresponderá exclusivamente a la respectiva comunidad propietaria, la cual adoptará los acuerdos concernientes al uso, cesión y aprovechamiento mediante la mayoría de los partícipes. Y que en el caso de que no existan Estatutos para la regulación de lo especificado en el artículo 4.1 de la Ley de Montes Vecinales de Mano Común de 1980, el aspecto representativo estará fijado por una Junta provisional. Los Estatutos son, o así deben valorarse, como presupuestos, adjetivos o de formalización perfectamente acoplables a la relevancia jurídica de tales comunidades, pero sin que, por lo general, puedan enervar la posibilidad de que incluso antes de dicha constitución de Estatutos, y de Junta Provisional, la propia comunidad propietaria, que es la soberana tanto en la titularidad como en su decisionismo gestor o acervo de actos de cesión, puedan realizar los acuerdos de cesión correspondientes, sobre todo si se observa el carácter imperativo de la necesidad de que se acepten o acuerden por mayoría de los partícipes. (STS de 14 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. V. M., don M. A. C., don M. M. S. y don A. V. M. formularon demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de Zamora contra el Excmo. Ayuntamiento de Rosinos de la Requejada, la Junta de Castilla y León, los vecinos de Villarejo de la Sierra y don S. C. M. A. solicitando entre otros pedimentos que se declarase que la comunidad sobre los Montes de Valdecelas y Toza-Redonda debía regularse por medio de unos Estatutos, ajustados a la Ley de su regulación. Por el citado Juzgado se dictó S con fecha de 11 de octubre de 1993 desestimando la demanda. La Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Zamora dictó S con fecha de 14 de marzo estimando parcialmente el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

56. Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH.—El proceso judicial sumario del artículo 131 LH constituye un medio de realización del crédito real a través de una vía de apremio o proceso de ejecución en sentido estricto, tratándose, en definitiva, de un procedimiento de apremio, y aun cuando su regulación se tiene que acomodar a las específicas reglas contenidas en el precitado artículo 131, ello no impide su sometimiento a las prescripciones propias de la LEC, la que, en cualquier caso, siempre sería de aplicación supletoria. En este orden de cosas, y por lo que concierne a la observancia de los preceptos citados por la sociedad recurrente, no cabe establecer ninguna comparación entre el plazo prescriptivo señalado en los artículos 1964 y 128 CC y de la LH, respectivamente, para el ejercicio de la acción hipotecaria y el indicado de caducidad de la instancia en el 411 LEC, pues uno y otro se refieren a institutos esencialmente diferentes sin parangón posible entre sí. (STS de 25 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don L. M. y otros promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra la entidad *C. de A. de C.*, los consortes don F. J. R. y doña C. C. M. y la sociedad *I. A., S. A.*, sobre la nulidad de las actuaciones a partir de cualesquiera de los actos procesales denunciados como defectuosos (ineficacia de la certificación de dominio y cargas expedido por el Registro de la Propiedad en 8 de noviembre de 1981; caducidad de la misma, notificación de subasta, publicación de edictos, etc., y como consecuencia de ello, la nulidad de la subasta celebrada el día 16 de junio de 1988 y de todos los actos y resoluciones posteriores derivados de dicho acto de subasta. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Hospitalet en S de fecha de 25 de junio de 1990 desestimó la demanda. La Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó S en fecha de 12 de mayo de 1992, estimando el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

57. Procedimiento ejecutivo extrajudicial.—El llamado procedimiento extrajudicial, merced a la deslegalización que autoriza el artículo 129, determina sus secuencias procesales por vía reglamentaria sujetas a la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa, que reconoce el artículo 9 CE. Tratándose de leyes preconstitucionales, como la Constitución es ley superior y posterior, los Jueces y Tribunales pueden, si entienden que son contrarias a alguna norma fundamental, inaplicarlas al caso, al considerarlas derogadas, sin que sea necesario promover la *cuestión de constitucionalidad*, a diferencia de lo que ocurre con las leyes o normas, con rango de ley, postconstitucionales, cuya legitimidad constitucional monopoliza el TC. Conforme al artículo 117.1 CE, el contenido de la jurisdicción comprende, aparte otras funciones o poderes complementarios y subordinados (coerción, cautelar, documentación, disciplinario, etc.) dos manifestaciones básicas, la actividad declarativa que se conduce por el proceso de declaración y la actividad ejecutiva, por el proceso de ejecución. Ambas manifestaciones jurisdiccionales de declaración (no obstante esta primera en cuanto versa sobre materias disponibles cabe confiarla a la decisión de árbitros) y de ejecución (se entiende forzosa ya que siempre es posible el cumplimiento voluntario de las obligaciones ciertas o aceptadas), se desarrollan (a salvo las excepciones que la propia CE establece en favor del TC o de la jurisdicción militar) en el único marco posible del Poder judicial que tiene carácter exclusivo. El artículo 117.3 CE proclama, en efecto, que el ejer-

cicio de la potestad jurisdiccional, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes. Los principios de exclusividad e integridad de la jurisdicción se complementan mutuamente, pues mientras el primero separa de la función de aplicar las leyes y ejecutar lo juzgado a cualquier organismo o autoridad que no sea jurisdiccional, el segundo afirma que sólo a éstas corresponde el desarrollo de dichas funciones. La función notarial, tan valiosa por otra parte, no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como es la actividad de ejecución, aunque otra cosa pueda decirse de la jurisdicción voluntaria que no es en puridad actividad jurisdiccional. Consecuentemente, el artículo 129, párrafo segundo, LH debe considerarse derogado por la DT 3.^a CE por oposición al artículo 117.3 de la misma. (STS de 4 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. S. P. formuló demanda contra don J. R. G. ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Onteniente sobre oposición a procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria y nulidad de actuaciones procedimentales. El Juzgado dictó S con fecha de 13 de noviembre de 1992 desestimando la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, dictó S con fecha de 4 de febrero de 1994 desestimando el recurso de apelación. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

58. Retracto. Consignación del precio mediante aval bancario. Validez.—El TS, con apoyo en la doctrina que emana de diversas SSTC (principalmente, STC 12/1992), admite el aval bancario como medio válido de realizar la consignación del precio del retracto exigida por el artículo 1618.2 LEC. (STS de 15 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. T. Z. y doña M. A. F. J. interponen demanda contra doña F. A. S., suplicando, entre otras cosas, la declaración del derecho de retracto de una vivienda y de un local comercial.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del TS (SSTS de 24 de mayo de 1982, 21 de octubre de 1985, 12 de diciembre de 1986, 9 de febrero, 20 de abril y 27 de septiembre de 1994, 30 de mayo de 1995 y 17 de junio de 1997) afirma que la consignación debe realizarse en metálico, negando la validez del aval bancario como instrumento para realizar la consignación del precio del retracto que exige el artículo 1618.2 LEC.

La presente STS, al admitir el aval bancario como instrumento válido para efectuar la consignación, implica un cambio en la orientación jurisprudencial sobre la cuestión. El TS utiliza dos argumentos para fundamentar dicho cambio de postura: a) aplicación de la doctrina del TC (entre otras, SSTC 3/1983, 59/1984, 46/1989, 121/1990, 12/1992 y 37/1995) que señala que los presupuestos formales deben interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio *pro actione*. En concreto, la STC 12/1992 afirma que «las consignaciones procesalmente obligatorias deben aplicarse con la flexibilidad suficiente para evitar que el presupuesto formal sea exigido de manera excesivamente rigurosa y

desproporcionada, dedicando especial atención a la dificultad que, en el caso, pueda existir para consignar en metálico y admitiendo, si lo demandase la mayor efectividad del derecho fundamental, la posibilidad de ofrecer medios alternativos de garantía»; y b) lo establecido en el artículo 3.1 CC. (M. J. P. G.)

DERECHO DE FAMILIA

59. La convivencia *more uxorio* no establece por sí misma ninguna presunción de comunidad o sociedad en cuanto a los bienes de los conviventes.—El motivo se desestima en cuanto a la alegada falta de convivencia *more uxorio*, pero ha de ser estimado en lo que respecta a la inadecuada deducción de la tan citada escritura de compra del piso de que existió «voluntad de constitución de un patrimonio único e indistinto» (FJ 4 de la S de la Audiencia). En la escritura lo que consta son las manifestaciones del comprador, don E. C. V., de que estaba casado con doña E. D. E.; del vendedor, de que parte del precio de la compra lo había recibido de don E. con anterioridad; y de doña E., de que subrogaba en la hipoteca que gravaba el piso. De tal escritura, por tanto, no puede deducirse aquella voluntad de constitución de un patrimonio común. Del hecho de que exista una convivencia *more uxorio* (pues está demostrado que don E. no estaba casado con doña E.) no se puede deducir sin más aquella voluntad; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserva su total independencia frente al otro; que no quieren contraer las obligaciones recíprocas personales y patrimoniales que nacen del matrimonio. Naturalmente que cabe que los conviventes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 CC; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patenten que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes. Pero aquí no existe ninguna prueba de que el dinero con que se pagó el piso procediese de un acervo que era común de los conviventes ni que la hipoteca también se satisfizo con cargo a él ni a ningún patrimonio concreto. En estas circunstancias, no puede interpretarse que era voluntad de don E. constituir un patrimonio común con doña E. ni antes ni después de la susodicha escritura. Por no constar, ni consta siquiera que hayan tenido una cuenta corriente conjunta, ni separada.

El que don E. manifestase sobre su estado civil una falsedad, que en escritura pública de 28 de enero de 1988 justifica como un error que sufrió en la fecha de la escritura de compra del piso (6 de diciembre de 1973), nada obsta a lo expuesto, porque aunque se estimase el error no obstante su inverosimilitud total (nadie cree por error que está casado o que está soltero), de la simple mención del nombre de doña E. no puede deducirse unívocamente que quiso que ostentase los derechos de casada sobre el piso, pues era fácilmente descubrible el «error», con lo que aquélla se quedaría sin nada por no darse fuera del matrimonio la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos. Estamos simplemente ante una declaración falsa del estado civil por motivaciones que no constan en autos y que no pueden atribuir derechos a doña E., que sabía la verdad. (STS de 27 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La actora interpone demanda de reclamación de cantidad suplicando se dicte sentencia en la que se condene al demandado «a poner a disposición de la demandante los bienes que le correspon-

den por la liquidación de la sociedad conyugal acreditada». El Juzgado desestima la reclamación. La Audiencia estima parcialmente la apelación. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado.

NOTA.—Es de destacar la falta de coincidencia entre los nombres de las partes mencionados en los antecedentes de hecho y fallo de la sentencia y los que aparecen en los fundamentos de derecho. (R. G. S.)

60. Realización de mejoras en la vivienda familiar con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales. No son carga de la sociedad.—Afirma el TS que las mejoras realizadas, con posterioridad a la separación matrimonial, por uno de los cónyuges en el piso que constituyó la vivienda familiar, no pueden considerarse carga de la sociedad de gananciales, pues ésta ya estaba disuelta en el momento de realizarse las mencionadas mejoras. Asimismo señala que los bienes integrantes de la sociedad de gananciales quedan sometidos, hasta que se practique la liquidación y adjudicación de bienes a los cónyuges, al régimen de la comunidad de bienes (arts. 392 a 406 CC). (STS de 19 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don S. J. H. V. interpone demanda contra doña M. B. D., suplicando se acuerde la liquidación y adjudicación de los bienes que integran la sociedad de gananciales disuelta como consecuencia de una sentencia de separación matrimonial. La demandada no se opone a la liquidación de la sociedad de gananciales.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Doña M. B. D., al no estar de acuerdo con las partidas que se incluyen en el activo y en el pasivo de la sociedad, interpone recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

61. Prueba de la paternidad.—La sentencia aquí recurrida no declara la litigiosa paternidad del demandado con base en la prueba de presunciones sino con apoyo en el hecho que considera probado, y que aquí ha de ser mantenido incólume, de la existencia de unas relaciones amorosas o sentimentales entre la actora y el demandado al tiempo de la concepción del menor, unido dicho hecho probado a la persistente e injustificada negativa del demandado, tanto en primera como en segunda instancia, a someterse a la prueba biológica, cuya negativa, según reiterada doctrina de esta Sala, si bien no pueda, por sí sola, ser considerada como una *ficta confessio*, sí constituye un valioso indicio probatorio de paternidad, siempre que concorra con otras pruebas que conduzcan al juzgador a declarar la existencia de unas relaciones sentimentales o amorosas entre la demandante (madre del niño o niña) y el demandado, y de la subsiguiente probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos, en cuanto posiblemente determinantes de la paternidad reclamada. Por otro lado, la conclusión probatoria de las referidas relaciones amorosas o sentimentales entre la demandante y el demandado (determinantes de las subsiguientes relaciones sexuales) no la ha obtenido la sentencia recurrida por medio de la prueba de presunciones, sino a través de la valoración de las pruebas directas obrantes en el proceso (documental y testimonial), lo cual unido a esa pertinaz e injustificada negativa del demandado, en las dos instancias, a someterse a la prueba biológica, hace llegar a la correcta conclusión, obtenida por la Sala de apelación (en la sentencia aquí recurrida), de consi-

derar probada la paternidad del demandado con respecto al hijo de la demandante, al que se refiere este proceso.

Consecuencias de la negativa a someterse a la prueba biológica.—Es cierto que la mera negativa a someterse a la prueba biológica, cuando no existe en el proceso ninguna otra clase de pruebas, al no constituir *facta confessio*, no puede, por sí sola, ser determinante de una declaración de paternidad. (STS de 22 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre de un menor interpone en representación de éste demanda sobre reconocimiento de paternidad. La Audiencia —que revoca la sentencia desestimatoria del Juzgado— estima la petición y declara que el demandado es el padre biológico del menor condenándole además al abono de una determinada cantidad mensual en concepto de alimentos. Interpone el padre recurso de casación y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

62. Acción de reclamación de la filiación no matrimonial. Legitimación del progenitor.—No se comparten, como se razonará, los criterios que en su día expuso el Ministerio Fiscal, pues se apoya en el argumento erróneo de «que la reclamación de la paternidad se ejercita por un pretendido padre extramatrimonial, sin posesión de estado», sin tomar en consideración que la jurisprudencia de esta Sala ha tendido a la ampliación de la legitimación activa hacia el progenitor. Así la STS de 24 de junio de 1996, entre otras, establece que la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del artículo 134, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aun en casos en que no haya «posesión de estado» el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. La jurisprudencia de esta Sala ha contrapuesto así una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada. En efecto, la STS de 8 de julio de 1991, refiriéndose a ambas versiones mantiene que parece ser que esa interpretación literal por el juego de los artículos 134 y 133 demuestra que el 133 es una excepción que taxativamente cierra la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado, en cuyo caso, exclusivamente, corresponderá al hijo durante toda su vida; más frente a esa versión literalista, puede hasta compartirse la versión más flexible de que la regla general al no especificar nada en contrario, del artículo 134, que habla que esa sanción opera en todo caso, posibilita que, cuando se ejerce la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permitirá la impugnación de la filiación contradictoria, esto es, como entiende cierto sector de la doctrina, si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este artículo 134 sobre el sentido restrictor de los antes referenciados en punto al artículo 133; que de consiguiente, si por el juego de este artículo 134 en relación con el 113.2.º, el ejercicio de la acción de reclamación conlleva necesariamente reajustar la filiación contradictoria, en la idea de que si se reclama una de esta clase que pugne con la preexistente, es preciso asimismo, impugnar esta otra, cabe entender que el ejercicio de dicha acción de reclamación implícitamente supone también el ejercicio de la acción concurrente de impugnación de la filiación que se pretende, y que por lo tanto, por esa flexibilidad, es predicable la legitimación del progenitor de reclamación de filiación no matrimonial en mor

del artículo 134, tesis por lo demás ya sustentada, entre otras, en SSTS de 19 de enero y 23 de febrero de 1990 que decía: «La aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 CC, ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como una verdadera excepción al primero, ya que el propio artículo 134 permite la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión ésta tan elocuente, que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o el progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, conviniendo así en la tesis favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el artículo 134, deviniendo avalada por el principio de verdad biológica o en el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica. Esta tesis de la legitimación del padre no matrimonial ha sido consagrada ya por la doctrina de esta Sala en su S de 5 de noviembre de 1987, al entender que si se parte de la reconocida doctrina que configura la legitimación no sólo para el proceso, sino para la titularidad de una acción en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés existe, como interés legítimo, protegido por la CE, conforme a esos postulados, resulta evidente la legitimación del padre biológico que le niega la sentencia de instancia.»

Práctica de las pruebas biológicas.—La práctica de la referida prueba fue dificultada durante la primera instancia, pese a su pertinencia y utilidad, y solicitada, en momento procesal hábil de nuevo su práctica, en la segunda instancia, debió accederse a ello, para agotar todos los medios posibles con el fin de valorar adecuadamente la negativa sin que pueda alegarse como excusa «que no existe en nuestra legislación medio seguro que imponga el sometimiento a ella», especialmente a raíz de la STC de 17 de enero de 1994 que establece que la dicha prueba no vulnera los derechos fundamentales a la intimidad y a la integridad física cuando se cumplen los requisitos que establece y que se dan en el caso de autos. Es cierto que no puede compelerse por medio del empleo de la fuerza a que se practique la prueba, pero sí, a advertir, con los apercibimientos de rigor sobre las consecuencias que pueden derivarse de la negativa, pues, aunque no se trate de equiparar dicha negativa a una *ficta confessio*, se convierte en el más valioso indicio que junto con otros permiten fundar la convicción del juzgador a favor de la paternidad, sin que estos otros indicios tengan que ser pruebas «contundentes», ya que si así fuera sobraría la prueba biológica, sino indicios serios de convivencia o relaciones sexuales entre la pareja al tiempo de la concepción. (STS de 30 de marzo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Se solicita en la demanda que se dicte sentencia por la que se declare la filiación paterna de un menor en la persona del actor, declarándose a la vez no haber lugar a la filiación paterna contradictoria en la persona del actual padre registral. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Se desestima igualmente la apelación. Ha lugar al recurso de casación ordenándose en el fallo reponer las actuaciones al momento en que debieron practicarse las pruebas biológicas interesadas. (R. G. S.)

63. Acción de reclamación de la filiación no matrimonial. Legitimación del progenitor.—Tal como viene estructurado el motivo, en realidad lo que en él se plantea es el tema relativo a la legitimación para accionar del señor P. P. —padre biológico del menor según los hechos estimados acreditados—, tema que

fue resuelto de manera favorable a dicho señor en razón al contenido del artículo 134 CC. Atendiendo a la literalidad de los artículos 131 y 134 del texto sustantivo, parece desprenderse una cierta contradicción entre ellos, pero la aparente antinomia entre uno y otro precepto –como ya quedó razonado en la S de 23 de febrero de 1990– «ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia al segundo, hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción del primero, ya que el artículo 134, cuyos términos de redacción son bien explícitos y no dejan lugar a dudas, permite la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, permitiendo colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o el progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, conviniendo en que el progenitor no matrimonial puede acogerse a lo establecido en el artículo 134, lo que deviene avalado por el principio de veracidad biológica o en el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para hacerle coincidir así con la realidad sociológica», y semejante declaración y orientación jurisprudencial se encuentra en línea con la expresada en igual sentido en las SS, entre otras, de fechas de 5 de noviembre de 1987, 3 de junio de 1988, 19 de enero de 1990 y 17 de marzo de 1995.

Derecho de la madre a ejercitar la acción del artículo 134.—Este motivo refiérese a la legitimación para accionar correspondiente a la señora G. V., madre biológica del menor, respecto a su posibilidad de actuar como representante legal de su hijo, toda vez que el señor K. S. ostentaría la misma representación. Aunque cupiera comprender la posible colisión o contraposición de intereses que concurren al caso de autos y la no menor posibilidad de reproches que pudiera merecer la conducta de la madre en el terreno moral o ético, es indudable que no cabe desconocer su condición de progenitora del menor ni impedir, por ende, su derecho a ejercitar la acción prevenida en el artículo 134 CC, bastando esto, de por sí y sin necesidad de mayores razonamientos, en orden a entender que la señora dicha tenía plena legitimación para promover la meritada acción, sin tener que acudir al mecanismo de la legitimación por sustitución o en beneficio del menor, como se pretende por el recurrente. (STS de 14 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre y el pretendido padre de un menor interponen acción de reclamación de la filiación no matrimonial impugnando al tiempo la paternidad atribuida al marido de la madre. El Juzgado estima la demanda. Se desestima la apelación. No ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

64. Acción de reclamación de la filiación no matrimonial. Posesión de estado: alcance del artículo 133 CC.—El mencionado artículo 133 CC, cuando habla de la constante posesión de estado para estar legitimado para exigir la declaración de filiación, no establece de una manera clara la legitimación activa, en un proceso de filiación, del presunto progenitor para reclamar la paternidad; incluso, una rápida interpretación literal del referido artículo, pudiera llevar a la conclusión que impide o niega tal legitimación. Pero, por otra parte, dicha actuación hermenéutica llevaría una transgresión del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 CE.

Por eso no debe extrañar lo más mínimo que jurisprudencia de esta Sala haya iniciado una interpretación lógica del referido precepto; así la S de 8 de julio de 1991 establece que la posesión de estado, fue el fundamento de la pretensión, por lo que aducida al presentar la demanda, habilitaba al progenitor al ejercicio de dicha pretensión, esto es, desde el origen y en tanto en cuanto no se esclarezca

judicialmente si existía o no existía dicha posesión de estado, ha de entenderse que está asistido de tal legitimación activa, por lo que, si luego durante el proceso se ha demostrado la falta de aquella posesión de estado, la consecuencia judicial correspondiente será la desestimación de la pretensión, pero ya no por falta de ese presupuesto procesal habilitante de la acción, sino por la inconsistencia del fundamento de la misma.

Acción de reclamación de la filiación no matrimonial. Legitimación del progenitor: interpretación de los artículos 131 y 134 CC.—Por último, la recentísima S de 30 de marzo de 1998, observa en este sentido la cuestión al decir que la aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 CC ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero. Dicha sentencia dice literalmente: «que la jurisprudencia de esta Sala ha tendido a la ampliación de la legitimación activa hacia el progenitor. Así la STS de 24 de junio de 1996, entre otras, establece que la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del artículo 134, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aun en casos en que no haya “posesión de estado” el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. La jurisprudencia de esta Sala ha contrapuesto así una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada. En efecto, la STS de 8 de julio de 1991, refiriéndose a ambas versiones mantiene que parece ser que esa interpretación literal por el juego de los artículos 134 y 133 demuestra que el 133 es una excepción que taxativamente cierra la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado, en cuyo caso, exclusivamente, corresponderá al hijo durante toda su vida; mas frente a esa versión literalista, puede hasta compartirse la versión más flexible de que la regla general al no especificar nada en contrario, del artículo 134, que habla que esa sanción opera en todo caso, posibilita que, cuando se ejerce la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permitirá la impugnación de la filiación contradictoria, esto es, como entiendo cierto sector de la doctrina, si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este artículo 134 sobre el sentido restrictor de los antes referenciados en punto al artículo 133; que de consiguiente, si por el juego de este artículo 134 en relación con el 113-2.º, el ejercicio de la acción de reclamación conlleva necesariamente a reajustar la filiación contradictoria, en la idea de que si se reclama una de esta clase que pugne con la preexistente, es preciso asimismo, impugnar esta otra, cabe entender que el ejercicio de dicha acción de reclamación implícitamente supone también el ejercicio de la acción concurrente de impugnación de la filiación que se pretende, y que por lo tanto, por esa flexibilidad, es predicable la legitimación del progenitor de reclamación de filiación no matrimonial en mor del artículo 134, tesis por lo demás ya sustentada entre otras en SSTS de 19 de enero y 23 de febrero de 1990 que decía: «La aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 CC, ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como una verdadera excepción al primero, ya que el propio artículo 134 permite la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión esta tan elocuente, que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o el progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya

determinada, conviniendo así en la tesis favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el artículo 134, deviniendo avalada por el principio de verdad biológica o en el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica. Esta tesis de la legitimación del padre no matrimonial ha sido consagrada ya por la doctrina de esta Sala en su S de 5 de noviembre de 1987, al entender que si se parte de la reconocida doctrina que configura la legitimación no sólo para el proceso, sino para la titularidad de una acción en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés existe, como interés legítimo, protegido por la CE, conforme a esos postulados, resulta evidente la legitimación del padre biológico que le niega la sentencia de instancia.»

Por otra parte, se puede añadir de una manera colateral, las leyes 70.2 y 71 de la Compilación de Navarra, permiten tal legitimación. (STS de 19 de mayo de 1998; no ha lugar; voto particular del Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.)

HECHOS.—El recurso de casación trae causa de una demanda de reclamación de filiación no matrimonial paterna respecto de una menor cuya filiación no matrimonial sólo está determinada respecto de la madre y sin que conste que el actor esté en posesión de estado en relación con la niña. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia desestima el recurso de apelación promovido por la madre. No ha lugar al recurso de casación. El voto particular de don Antonio Gullón Ballesteros se apoya en una interpretación discrepante del artículo 133 CC. (R. G. S.)

65. Interpretación del artículo 16 del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980.—Para el TS, la interpretación adecuada de este precepto supone que las autoridades judiciales del Estado contratante requerido no podrán decidir sobre el derecho de guarda de los menores hasta que se establezca que no existen las condiciones previstas por el convenio para el retorno de los mismos.

Derecho a la tutela judicial efectiva.—El TS (reproduciendo la doctrina del TC) declara que el principio de tutela judicial efectiva, no sólo contiene el derecho a la obtención de un fallo fundamentado, sino también a la ejecución de dicho fallo cuando sea firme. De otra manera, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen, no serían más que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. (STS de 8 de junio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Tras separarse de hecho de su cónyuge español, una ciudadana suiza regresa a su país acompañada de sus hijos menores. En Suiza inicia un procedimiento de divorcio en el que comparece el cónyuge español. En este procedimiento los esposos acuerdan conferir la custodia de los hijos a la madre en Suiza, sin perjuicio del derecho de visita del padre en España. El 13 de marzo de 1991, el tribunal civil suizo dicta sentencia homologando el referido «convenio». Mientras que se está tramitando el procedimiento de divorcio en Suiza, el marido solicita en un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Almería (último domicilio común) las medidas provisionales previas a la demanda de separación. Esta petición es denegada, tanto por el Juzgado como por la Audiencia.

Meses después, aprovechando la estancia de los menores en España (en cumplimiento del derecho de visita), el padre retiene a sus hijos más allá del tiempo que le corresponde y presenta una demanda de separación en un Juzgado de Almería. En esta demanda reclama, entre otros extremos, la custodia de los niños.

La madre, por su parte, solicita la restitución inmediata de los menores fundamentándose en el Convenio de La Haya. El Juzgado de Primera Instancia dicta un auto ordenando la restitución, que posteriormente es confirmada por la Audiencia Provincial.

Paralelamente al procedimiento de retorno, el Juzgado que había admitido la demanda de separación interpuesta por el padre, dicta sentencia por la que estima la demanda y otorga la guardia y custodia de los menores al padre. Posteriormente, la Audiencia Provincial dicta sentencia confirmando la de Primera Instancia, resultando imposible la ejecución del auto firme estimando la demanda de retorno. Contra esta sentencia, el Ministerio Fiscal interpone recurso de casación en interés de ley. El TS declara haber lugar al recurso. (*M. C. C. M.*)

DERECHO DE SUCESIONES

66. Incapacidad del testador: afección mental. Cuestión de hecho que aprecia la Sala de instancia.—Es causa de incapacidad para testar el no hallarse en su cabal juicio (art. 663.2 CC) al tiempo de otorgar testamento (arts. 664 y 666 CC); «la cuestión referente al estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia», dice literalmente la S de 27 de noviembre de 1995, con abundante cita de sentencias anteriores. En el presente caso, claramente las sentencias de instancia han afirmado que no se ha probado la incapacidad mental de la testadora.

En este tema, es interesante reproducir el completo resumen de la doctrina jurisprudencial que se contiene en la S de 27 de enero de 1998: «a) que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (S de 25 de abril de 1959); b) no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentificación y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (S de 25 de octubre de 1928); c) que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (S de 18 de abril de 1916); d) que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador, pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso..., ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (S de 25 de noviembre de 1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues

ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (S de 25 de noviembre de 1928); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (S de 28 de diciembre de 1918); e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (S de 1 de febrero de 1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (S de 25 de abril de 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum* que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario “evidente y completa” (S de 8 de mayo de 1922, 3 de febrero de 1951), “muy cumplida y convincente” (S de 10 de abril de 1944, 16 de febrero de 1945), “de fuerza inequívoca” (S de 20 de febrero de 1975), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto (S de 25 de abril de 1959), pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (SS de 23 de febrero de 1944, 1 de febrero de 1956); f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre “cumplidamente” en vía judicial su incapacidad, destruyendo la “enérgica presunción *iuris tantum*” (SS de 23 de marzo de 1894; 22 de enero de 1913; 10 de abril de 1944, 16 de febrero de 1945), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha rellenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (S de 23 de marzo de 1894); g) restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, lo que no implica que no puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (SS de 18 de abril de 1916, 16 de noviembre de 1918) pues el artículo 665 CC, no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado» (S de 27 de junio de 1908).

Apreciación de la capacidad del testador por los testigos.—Se plantea la cuestión de si ha de constar expresamente en el testamento la apreciación por los testigos, de la capacidad del testador, según el Código civil en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código civil en materia de testamentos. El artículo 685 disponía: «también procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar»; en el caso del Notario, exigía el artículo 695, último párrafo, que lo hiciera constar expresamente en el testamento, pero no se dispone lo mismo para los testigos por lo que, si no consta su apreciación, no es un defecto de forma que dé lugar a la nulidad. (STS de 12 de mayo de 1998; no ha lugar; voto particular del Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.)

HECHOS.—La testadora había casado en segundas nupcias con un viudo. En 1979 otorga testamento abierto en el que instituye heredero a su marido y, como sustitutos vulgares, en caso de premoriencia, a un

sobrino y a los hijos del marido. Entre octubre de 1980 y septiembre de 1981 se suceden los siguientes acontecimientos: la testadora es ingresada en un centro psiquiátrico, fallece su marido, una hermana de la testadora insta su incapacitación en razón de cuya declaración es examinada por un forense que dictamina demencia senil, seis meses después fallece. La hermana de la testadora interesa la nulidad del testamento y la delación de la herencia por las normas de la sucesión intestada basándose en la incapacidad mental de ésta y en que los testigos instrumentales no manifestaron expresamente que la juzgaban con capacidad para otorgar testamento. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda pero, acogiendo la reconvencción de una legataria, declara la nulidad de un legado (como legado de cosa propia). Se desestima la apelación. Se estima el recurso de casación que interpone la demandante. Se interpone recurso de revisión, declarándose su procedencia y rescindiéndose la sentencia anterior del TS. Se devuelven los autos a la Audiencia para que a partir de la sentencia dictada en apelación usen las partes de su derecho según les convenga. Así, personadas y acreditadas, interponen recurso de casación las sobrinas y herederas de la demandante. No ha lugar.

El Magistrado Sr. Almagro Nosete formula un voto particular que sustenta en razones de orden procesal. (R. G. S.)

67. Prueba de la capacidad del testador.—En efecto, si el testador no ha sido incapacitado por resolución judicial, jugará la presunción de capacidad para testar *ex* artículo 662 CC (STS de 18 de marzo de 1988), que en el supuesto de otorgarse el testamento ante Notario, como ocurre en el presente litigio, viene sujeta a un cierto control no judicial, pues según el artículo 685.1 CC, el notario autorizante y los testigos instrumentales procurarán asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. El giro «procurarán asegurarse», que sustituye la expresión «deberán asegurarse», que aparecía en la redacción original del artículo, se interpreta en el sentido de que no se exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza, ni la intervención de facultativos (STS de 30 de septiembre de 1966). Y, por tanto, este juicio favorable a la capacidad del testador, no puede tener otro alcance que el de originar una presunción *iuris tantum* de capacidad en el otorgante, que de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1251 CC, podrá destruirse mediante prueba en contrario, como aquí ha ocurrido con la prueba pericial médica practicada. (STS de 18 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La hermana del testador impugna la validez del testamento. El Juzgado estima la demanda y declara su nulidad. Apela una de las herederas desestimando la Audiencia su recurso. Interpone recurso de casación otro de los herederos declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

68. Interpretación de las declaraciones de última voluntad.—La recurrente olvida la realidad de un precepto específico, el artículo 675 CC, relativo a la interpretación de las disposiciones testamentarias, y en el motivo hace mención a la vulneración de una serie de preceptos atinentes a la de los contratos, sin tener en cuenta que la jurisprudencia ha mantenido sólo la aplicación de alguno de éstos —arts. 1281, 1282, 1283, 1284 y 1285—, como complementarios o auxiliares de la recién reseñada regla singular, y, asimismo, tiene declarado el recha-

zo de los artículos 1286 a 1289 a ese fin, en cuanto contienen reglas de interpretación objetiva y se inspiran en los principios de autorresponsabilidad del declarante y confianza del declaratario, puesto que, como sostiene la STS de 3 de abril de 1965, luego seguida, entre otras, por las SSTS de 12 de febrero de 1966 y 29 de enero de 1985, «a diferencia de lo que ocurre en los negocios jurídicos *inter vivos*, en que al interpretarlos debe tratarse de resolver el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tenga también un punto de partida basado en las declaraciones del testador, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real, exacta o al menos probable de dicho testador, a causa precisamente de que no cabe imaginar un conflicto de intereses entre los sujetos de la relación sucesoria, es decir, el causante y sus sucesores».

La función de interpretar el testamento corresponde al juzgador de instancia.—Esta Sala ha declarado reiteradamente que la función de interpretar el testamento es del juzgador de instancia, la cual no es revisable en casación, salvo que sea ilógica, absurda o contraria a la Ley; de esta manera, aparte de otras, las SSTS de 26 de junio, 20 de septiembre, 6 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1996, 30 de enero y 29 de diciembre de 1997; en dicho sentido, la STS de 30 de enero de 1997 dice que es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad correspondiente al Tribunal de instancia; así es (SSTS de 5 de junio de 1978, 8 de febrero de 1980, 8 de junio de 1982, 29 de febrero y 9 de marzo de 1984 y 29 de enero de 1985), y esa facultad soberana del Tribunal de instancia sólo tiene acceso a la casación de modo excepcional (STS de 4 de noviembre de 1961), cuando su interpretación cae en lo arbitrario (STS de 25 de abril de 1963), contiene un manifiesto error (SSTS de 11 de julio de 1964 y 18 de diciembre de 1965), es desorbitada (STS de 19 de noviembre de 1964) o patentiza ese manifiesto error (SSTS de 10 de junio de 1964, 31 de marzo y 18 de diciembre de 1965), ya que en otro caso prevalece la interpretación de la instancia (SSTS de 30 de abril de 1981 y 17 de mayo de 1988). **(STS de 23 de junio de 1998; no ha lugar.)**

HECHOS.—Doña Josefa P. P. otorga testamento. A su muerte se enfrentan cuatro de sus nueve hijos contra los cinco restantes y cinco primos. La cuestión que les divide lleva a los primeros a impugnar las operaciones particionales realizadas solicitando además la declaración de que el legado que su madre hizo con cargo a los tercios de libre disposición y mejora, comprende toda la parte frontal del inmueble que ésta habitaba más las torres, el piso superior central de la parte delantera y el inferior de la misma. El Juzgado desestimó la demanda y su sentencia fue confirmada en la apelación. Tres de los demandantes interponen recurso de casación. El TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

69. Administración de bienes hereditarios. Normas rectoras.—Establece el TS que, a falta de disposiciones testamentarias que regulen las obligaciones y deberes de los administradores designados para la administración de los bienes hereditarios, éstos se rigen por las normas generales que recoge el Código civil para la administración de bienes ajenos.

Rendición de cuentas por los administradores de bienes hereditarios.—Indica el TS que, salvo que el testador disponga algo de forma expresa, lo relativo a la rendición de cuentas de la administración de bienes hereditarios se regirá por los artículos 168 y 1720 CC, que establecen que tal operación se ha de

hacer al finalizar el encargo recibido, como último acto de administración, a fin de que se pueda apreciar si se han cumplido las funciones que se encomendaron.

Recurso de casación. Momento al que se debe referir.—El TS sienta la doctrina de que el recurso de casación ha de resolverse en atención al tiempo y a las circunstancias existentes en el momento de interposición de la demanda, no a las que existan al interponerse el recurso de casación. (STS de 16 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El testamento de don P. S. J. A. establece como herederos por partes iguales a sus seis hijos, habidos de dos matrimonios diferentes. La administración de los bienes que éstos reciban por herencia la encomienda a dos de sus familiares (una hermana y un primo), excluyendo expresamente de la misma a la primera de las esposas del testador. Con respecto a dicha administración sólo dispone el causante que ha de ser conjunta y establece otra norma relativa a que los frutos que produzcan los bienes hereditarios se habrán de destinar por los administradores al cuidado, alimentación y educación de los hijos, constituyéndose el resto en depósito sin que puedan disponer de él los administrados hasta que cumplan veintitrés años.

Después de cuatro años, los cuatro hijos mayores de edad del causante interponen demanda contra los administradores de los bienes recibidos por herencia de su padre, solicitando, entre otros pedimentos, la presentación de las cuentas relativas a su actividad desde el momento del fallecimiento, así como la rendición anual de las cuentas a partir de ese momento. Esta demanda es desestimada en primera instancia. Recurrida en apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial la estima parcialmente. Los administradores de los bienes hereditarios recibidos por los hijos interponen recurso de casación ante el TS que es estimado. (A. M. M.)

DERECHO MERCANTIL

70. Competencia desleal. Cláusula general.—Según indica el TS, el artículo 5 de la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal, establece una cláusula general en esta materia, cuyo significado y alcance ha de ser concretado posteriormente en los supuestos a los que se aplica. A través de ella se intentan prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que no encajan en los supuestos concretos que regulan los artículos 6 a 17 del mismo texto normativo.

Acto de competencia desleal. Calificación.—Aludiendo al Preámbulo de la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal, establece el TS que son necesarias dos condiciones para calificar un acto como de competencia desleal: que se trate de un acto realizado «en el mercado» (es decir, con trascendencia externa) y que tenga fines «concurrentiales» (esto hace referencia a que se busque con ello promover o asegurar, mediante el acceso de mayor cantidad de consumidores o usuarios de un determinado mercado, la difusión de las prestaciones propias o de un tercero).

Definición de la buena fe en materia de competencia desleal.—Indica la jurisprudencia (entre otras, STS de 21 de septiembre de 1987) que el concepto de buena fe que se utiliza en esta materia es similar al que recoge el artículo 7.1 CC. Se trata, pues, de una buena fe objetiva, ajena a la intencionalidad del sujeto y

caracterizada por la exigencia, a la hora de ejercitar los derechos, de una conducta ética que ha de regirse por valores como la honradez, la lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atencimiento a las consecuencias que los actos conscientes propios originan en la confianza ajena. (STS de 15 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Junto a un local destinado a la venta de periódicos, revistas y golosinas, denominado *El Trampolín*, se encuentra situado un cine perteneciente a la *Cadena Clarín*. La sociedad propietaria del cine adopta el acuerdo de instalar en el interior de su local (obteniendo para ello la licencia pertinente) un servicio de cafetería, así como de venta de todo tipo de aperitivos y golosinas para los clientes que acuden a sus salas a ver las películas proyectadas. En la puerta de acceso al cine se coloca un aviso a través del cual se prohíbe la entrada de bebidas o comida del exterior.

Ante esta nueva situación, el propietario de *El Trampolín* interpone demanda por competencia desleal contra la cadena propietaria de los cines. Pese a su desestimación en primera instancia, la Audiencia Provincial estima el recurso y la demanda inicialmente planteada. La *Cadena Clarín* interpone recurso de casación que es estimado por el TS. (A. M. M.)

71. Registro Mercantil: efectos de su publicidad.—El contenido del Registro Mercantil se presume exacto y válido y los actos sujetos a inscripción sólo serán oponible a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y la buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción. Por tanto el cese de don F. y doña T. C. L. como Consejeros-Delegados de la entidad mercantil *S. de O. e I. S. M., SAL*, acordado en la Junta General de Accionistas de fecha de 4 de octubre de 1990, cuyo acuerdo no fue inscrito en el Registro Mercantil, según también allí se dijo, no puede en modo alguno afectar a los compradores don V.-G. B. R. y don F. M. M.-G., que desconocían la existencia del referido acuerdo de cese y que, actuando con plena y absoluta buena fe, celebraron el contrato de compraventa litigioso, confiando plenamente en la exactitud de lo que publicaba el Registro Mercantil, en el sentido de que don F. y doña T. C. L., que intervinieron como vendedores, en dicho contrato, en representación de la expresada entidad mercantil, ostentaban el cargo de Consejeros-Delegados de la misma, por lo que el citado contrato de compraventa ha de ser necesariamente tenido por válido para dichos compradores. (STS de 17 de abril de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. y doña T. C. L., como Consejeros-Delegados de la entidad mercantil *S. de O. e I. S. M., SAL*, cuyo cese como tales había sido acordado y elevado a público pero no inscrito en el Registro Mercantil, vendieron un inmueble propiedad de la compañía a don V.-G. B. R. y a don F. M. M.-G., que ignoraban el cese de aquéllos. Don F. T. S. y don A. N. R., como nuevos representantes de la Compañía, formularon ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Torrejón de Ardoz demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, que dictó S en fecha de 31 de marzo de 1992 desestimando la demanda. La Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid, en S de fecha de 26 de octubre de 1993 esti-

mó el recurso de apelación interpuesto. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

72. Interpretación contra proferentem: artículos 1288 CC y 2 LCS.—El artículo 1288 CC, paradigmático en el tratamiento hermenéutico de las cláusulas oscuras establecidas en un contrato, ha sido desarrollado jurisprudencialmente en cuanto se relaciona con el tema de los contratos de adhesión (como lo es la póliza de seguros suscrita por la parte recurrente y recurrida), este precepto «establece —sigue la Sala— el principio que dicha interpretación ha de efectuarse en el sentido de conducir el perjuicio al redactor o instigador de la cláusula oscura, que en este caso será la compañía de seguros recurrente, reconociéndose así una interpretación *contra proferentem vel contra stipulatorem*, como sanción por su falta de claridad al expresarse, y también como protección de la contraparte (SS de 4 de febrero de 1972 y 22 de febrero de 1979, como las más representativas). Pero es más, el artículo 2 LCS recoge esta tesis jurisprudencial de una manera clara y rotunda».

Este razonamiento lleva a nuestro Alto Tribunal a mantener, como lo hizo la sentencia recurrida, que la acción aseguradora cubría los daños y perjuicios causados por el material pirotécnico incluso cuando se encontraba en estado de almacenamiento inerte, y se incendiare por causas intrínsecas al mismo y a sus condiciones de depósito.

El artículo 20 LCS.—El recargo del 20 por ciento que establece el artículo 20 LCS, cuya naturaleza esencial, aparte de resarcitoria, se puede calificar como de punitiva o sancionadora, y que jurisprudencialmente ha sido calificada como de «multa penitencial», es perfectamente aplicable a la presente cuestión debatida. Pues dicho precepto no sólo es aplicable a los siniestros que afectan y surgen entre el asegurador y el asegurado, sino también cuando existen terceros perjudicados a los que el asegurado tiene obligación de indemnizar. Entenderlo de otra manera supondría una contradicción abierta a lo dispuesto en el artículo 73 y ss. de la Ley de Seguro que se refieren al seguro de responsabilidad civil, a los que son aplicables las normas generales de dicha Ley, entre ellas sus artículo 20 y 38 que regulan el mencionado recargo. Tampoco se puede olvidar que el perjudicado —no asegurado contractualmente— tiene una acción directa contra la compañía aseguradora (art. 76). (STS de 21 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Fernando V. B. y otros promueven demanda en juicio de menor cuantía frente a don Francisco Javier A. A. y la entidad aseguradora *Lepanto, S. A.*, reclamando la cantidad de 8.211.275 pesetas, más los intereses al 20 por 100 desde el tercer mes de ocurrido el siniestro en concepto de indemnización de daños y perjuicios y al amparo de la póliza de seguros que los cubría.

El Juzgado de Primera Instancia de Padrón desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial de La Coruña en S de 20 de noviembre de 1993 revoca la de la instancia y condena solidariamente a los demandados a que abonen a los demandantes las cantidades solicitadas en la demanda. El recurso de casación interpuesto ante el TS fue desestimado. (V. M. L.)

73. Responsabilidad solidaria de los administradores de una sociedad anónima.—El TS reiterando lo dispuesto en el artículo 262.5 en relación con el

artículo 260.4 LSA de 1989, exige la concurrencia de dos requisitos para que surja la responsabilidad solidaria de los administradores: en primer lugar, que las pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente; en segundo término, que dichos administradores no cumplan con la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución cuando se dé la circunstancia anterior.

Regla de juicio.—Afirma el TS que la regla del artículo 1214 CC (denominada doctrinalmente «regla de juicio») se aplica en todos aquellos casos en los que existe, dentro del proceso, una cierta labor probatoria. (STS de 18 de marzo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía *Angus Fire Armour Limited* demandó en juicio ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, a la sociedad *Visansu, S. A.*, así como a don Julio C. A. y a su esposa doña M.^a Carmen V. P. A su vez, esta compañía se reserva el ejercicio de la correspondiente acción penal.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda. Posteriormente, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto únicamente por don Julio C. A. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

DERECHO PROCESAL

74. Reclamación administrativa previa. Finalidad.—Según la doctrina del TS (entre otras, SSTS de 20 de diciembre de 1995 y 27 de enero de 1997) la reclamación en vía administrativa que exige el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, como previa a las acciones fundadas en derecho privado o laboral dirigidas contra la Administración tiene por finalidad evitar que ésta quede involucrada en un proceso cuya iniciación no haya tenido oportunidad de eludir.

Similitud entre la reclamación administrativa previa y la conciliación civil.—La jurisprudencia del TS más reciente (sirvan de ejemplo las SSTS de 27 de febrero de 1987, 26 de mayo de 1988, 29 de octubre de 1992 y 31 de diciembre de 1993) estima que, a pesar de las posibles diferencias entre la reclamación administrativa y la conciliación civil, existe un gran parecido entre estas dos figuras, especialmente en su finalidad y efectos. A esta similitud se ha referido también tradicionalmente el legislador, como lo manifiestan la Real Orden de 9 de junio de 1847, la Ley de Bases de 11 de abril de 1868 sobre unificación de fueros y RD de 9 de julio de 1869.

Subsanabilidad del requisito de reclamación administrativa previa.—El TS declara repetidas veces (SSTS de 31 de diciembre de 1992, 28 de enero de 1993, 12 de mayo de 1994, 20 de diciembre de 1995 y 27 de enero de 1997) que la falta de reclamación administrativa previa es un defecto subsanable que no puede condicionar de forma absoluta el ejercicio de la acción a entablar. La similitud con el acto de conciliación civil, cuya obligatoriedad en el proceso civil fue suprimida en 1984, impide una interpretación radical de los efectos de la reclamación administrativa previa. Es un requisito meramente formalista que debe obviarse en aras de la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). (STS de 30 de abril de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Durante las operaciones de carga de un buque en el puerto de Castellón se desprende gran cantidad de material que había quedado dentro del grapín (o pala) de una grúa, resultando lesionado uno de los operarios que se encontraba en la bodega del barco. Dicho grapín se desplazaba abierto, lo cual, si bien es usual en las operaciones de carga (en las que tal instrumento se desplaza abierto, avisando unos operarios de su llegada a los trabajadores de la bodega, a fin de evitar este tipo de accidentes), no es el método más seguro de efectuar la operación. No existía tampoco techo de protección en la cabina que pudiera evitar las consecuencias lesivas de posibles desplomes de mercancías como el aquí acaecido.

El lesionado presenta escrito ante la Dirección Provincial de Obras Públicas e interpone demanda contra los operarios encargados de la grúa, así como los organismos, públicos o privados, y las entidades administrativas competentes en el puerto de Castellón, en reclamación de indemnización por responsabilidad extracontractual. La demanda se estima parcialmente, condenando a indemnizar al demandante. Interpuesto recurso de apelación, se estima parcialmente por la Audiencia Provincial, rebajando la cuantía de la indemnización. El recurrente acude ante el TS, el cual desestima el recuso de casación.

NOTA.—El artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, se encuentra en la actualidad derogado por la LRJPAC, como indica la DD 2.^a b) La regulación actual de los procedimientos contra la Administración en materia de responsabilidad patrimonial se recoge en los artículos 139 a 144 LRJPAC. La redacción de estos artículos ha sido recientemente modificada por la Ley 4/99, de 3 de enero, que instaura para todo procedimiento de responsabilidad en que se vea involucrada la Administración, una unidad no sólo jurisdiccional, sino también sustantiva (siendo derecho aplicable el que contienen los citados arts. 139 a 144 LRJPAC).

La razón por la que en la presente sentencia resuelve el TS el caso conforme al mencionado artículo 138 se encuentra en que los hechos que originan la demanda acaecen con anterioridad a la promulgación de la LRJPAC, motivo por el cual la legislación aplicable es la de 1958, actualmente derogada. (A. M. M.)

75. Objeto del error judicial.—Establece el TS (SSTS de 4 de febrero de 1988, 22 de julio de 1989, 31 de mayo y 26 de diciembre de 1995) que sólo se puede apreciar error judicial en el caso de resoluciones que contienen equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos enjuiciados, contradiciendo lo que es evidente, o en la interpretación y aplicación de las normas del ordenamiento (bien sea por aplicar normas inexistentes, bien por entender una norma en un sentido claramente fuera de su alcance). Tales resoluciones, a las que califica de esperpénticas y absurdas, quedan fuera de los cauces legales ya que resultan injustificadas desde el punto de vista del ordenamiento, cuya armonía rompen.

Pronunciamientos excluidos del objeto del error judicial.—A modo de listado, y recogiendo la doctrina de varias sentencias (entre otras, SSTS de 5 de diciembre de 1989, 18 de abril de 1992, 7 de febrero de 1994 y 12 de marzo de 1997), el TS niega que se pueda apreciar error judicial cuando se trate de una interpretación de las leyes que siga criterios racionales y lógicos que puedan ser-

vir de base para la formación de la convicción psicológica, aunque existan además otras posibles interpretaciones. Tampoco se podrá acudir a esta figura cuando se trate de conclusiones lógicas y basadas en normas del ordenamiento. Igualmente, no se puede utilizar esta figura para la mera revisión de los hechos o pruebas, pues no se trata de una tercera instancia.

Finalidad de la figura del error judicial.—El TS establece que a través de la figura del error judicial no se busca realmente corregir el desacierto de una resolución (ya que el pleno acierto de las resoluciones no es exigible, desde el momento en que no se opera en los procesos con una verdad material que únicamente pueda dar lugar a una solución), sino la dejadez, la falta de atención respecto a datos que resultan indiscutibles o la ausencia de interés jurídico que el juzgador ha manifestado en la misma.

Error judicial. Elaboración del concepto.—Declara el TS que si bien esta figura está basada en los artículos 121 CE, 292 y 293 LOPJ, su construcción se ha realizado realmente por la jurisprudencia, que ha perfilado su función, naturaleza y fundamento (a través de, entre otras, las SSTS de 26 de diciembre de 1995, 1 de marzo de 1996 y 13 de enero de 1998). (STS de 5 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Recaída sentencia en recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, doña E. P. B. interpone demanda sobre declaración de error judicial respecto de la misma, ya que estima que le ocasiona graves perjuicios económicos.

Se opone a la demanda el Abogado del Estado, solicitando la declaración de improcedencia y desestimación de la demanda. Recabados los informes de la Audiencia Provincial y del Ministerio Fiscal, ambos resultan desfavorables. El TS desestima la demanda. (A. M. M.)

76. Sentencias. Necesidad de motivación.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 29 de diciembre de 1995 y 13 de abril de 1996) sostiene que la motivación de las sentencias, que exige el artículo 371.3.º LEC, es un requisito formal de las mismas que tiene rango de doctrina constitucional. En este sentido, no sólo aparece recogida en el artículo 120.3 CE, sino que resulta además inherente al derecho fundamental reconocido por el artículo 24.1 CE, en tanto que busca proteger frente a la indefensión. Se trata, por lo tanto, de una exigencia ineludible para la actividad judicial.

Finalidad de la motivación de sentencias.—Alude el TS a dos tipos de razones que justifican la exigencia de motivación de las sentencias. Por un lado, la facilitación del posible control o revisión jurisdiccional de las resoluciones a través de los recursos establecidos por la ley. Por otro lado, la plasmación de que la decisión judicial interpreta y aplica el derecho de forma ajena a todo tipo de arbitrariedad.

Motivación de las sentencias. Contenido.—El TS considera en varias sentencias (SSTS de 10 de abril de 1984, 17 de octubre de 1990, 7 de marzo de 1992 y 17 de febrero de 1996) que el requisito de la motivación de las sentencias se cumple cuando las mismas expresan las razones de hecho y de derecho que les sirvan de fundamento, siendo suficiente con indicar aquello que manifieste que la decisión adoptada está libre de arbitrariedad y responde a una concreta aplicación del derecho. La motivación debe incluir también el proceso lógico jurídico que conduce a la decisión o fallo (art. 348.3.º LOPJ).

Falta de motivación de las sentencias. Incongruencia omisiva.—En opinión del TS (entre otras, STS de 3 de noviembre de 1997) concurre esta figura cuando se omite cualquier tipo de razonamiento en la sentencia respecto de alguno de los puntos esenciales que sirven de base a los fundamentos jurídicos de la decisión. No se trata, por tanto, de que la omisión afecte a cualquiera de las alegaciones de las partes, ni a la necesidad de declarar de forma específica los hechos probados, sino de que afecte a los aspectos determinantes del fallo.

Efectos de la falta de motivación de las sentencias.—Conforme a los artículos 1715.1.2.º LEC, 238.3 y 240 LOPJ, declara el TS que la estimación de este vicio en las sentencias conduce a su nulidad, así como la nulidad de todo lo actuado. En estos casos, el trámite ha de retrotraerse hasta el momento decisorio, siendo necesaria la promulgación de una nueva sentencia que resuelva motivadamente sobre el *petitum* de la demanda, razonando la pertinencia o no de las peticiones de manera que, en su caso, el TS pueda llevar a cabo su labor casacional. (STS de 12 de mayo de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. F. G. es propietario de una finca rústica, cuyos linderos están cercados por un muro, que consta inscrita en el Registro de la Propiedad. Ejercita demanda contra los propietarios de los terrenos colindantes, reivindicando una porción de terreno situada fuera de la parte cercada y solicitando además, entre otros pedimentos, que se proceda al deslinde y amojonamiento de su propiedad, previa declaración de los lindes de la misma, así como la nueva descripción e inscripción en el Registro.

La demanda es desestimada en primera instancia porque se aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por uno de los demandados en su escrito de contestación a la demanda. Apelada esta sentencia por don J. F. G., considera la Audiencia Provincial que no cabe estimar en el caso la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, entrando a examinar el fondo del asunto, que desestima. El demandante interpone recurso de casación ante el TS, el cual lo estima. (A. M. M.)

