

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LIII, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 2000



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA

**BOE** BOLETIN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

## Dirección

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS  
LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

## Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

## Coordinación

NIEVES FENOY PICÓN

## Consejo de Redacción

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

## SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
Luis DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: «Ley de Edificación y Código civil» .....	5
Albert FONT SEGURA: «La sucesión hereditaria en Derecho interregional» .....	23
Xabier BASOZABAL: «El contrato de asunción de deuda» .....	83
Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias	
Por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ .....	161

## Bibliografía

**LIBROS**

- BAR, Christian Von (editor): «Islamic Law and its Reception by the Courts in the West», por Katia Fach Gómez ..... 215
- CARRUTHERS, Bruce G./HALLIDAY, Terence C.: «Rescuing Business. The Making of Corporate Bankruptcy Law in England and the United States», por María Álvarez San José ..... 218
- COING, Helmut: «Derecho privado europeo», por José María Ortuño Sánchez-Pedreño ..... 224
- SALAS MURILLO, Sofía de: «Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español», por M.<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo ..... 229

**REVISTAS ESPAÑOLAS**

- Por Isabel ARANA DE LA FUENTE ..... 235

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIAS COMENTADAS**

- Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA: «Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador. Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999» ..... 269

**SENTENCIAS**

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep María BECH SERRAT, María del Carmen CRESPO MORA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Javier LARENA BELDARRAÍN, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, María del Carmen PLANA ARNALDOS, Albert RUDA GONZÁLEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Encarna SERNA MEROÑO ..... 297

# **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 (Secretaría General Técnica)  
y Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Trimestral.

Precio de suscripción: 8.300 ptas., 49,88 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 2.600 ptas., 15,63 € (más gastos de envío).

### **ADMINISTRACIÓN**

#### **Ministerio de Justicia**

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

### **VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES**

#### **Librería del Boletín Oficial del Estado**

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 91 538 21 11

Fax: 91 538 21 11

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LIII, FASCÍCULO I  
Enero-marzo, 2000

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2000

---

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

---

ISSN: 0210-301X  
NIPO (BOE): 007-00-017-1  
NIPO (M. de Justicia): 051-00-011-3  
Depósito Legal: M-125-1958

---

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

## Ley de Edificación y Código civil

LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN<sup>1</sup>

### I

Por más que los autores de textos después convertidos en leyes puedan creer que, tras su promulgación, éstas se presentaran ante el mundo como virginales y que como virginales –sin contaminación– van a continuar viviendo, de manera que puedan desplegar su eficacia protegidas por una especie de cordón sanitario, ello no pasa de ser una cabal ilusión. Todas las normas legales se integran en un bien conocido conjunto que se suele denominar «ordenamiento jurídico», en el cual se establecen entre ellas inevitables conexiones, porque todas ellas dentro del ordenamiento deben convivir, lo que significa que unas se interpretan por las otras y que unas pueden restringir la eficacia que las demás puedan tener o pretendan tener. Viene todo ello a cuento porque la denominada Ley de Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre), especialmente en el capítulo dedicado a las responsabilidades, presenta inevitables problemas, que es necesario tratar de resolver dentro del ordenamiento jurídico. Para comenzar, conviene recordar que en el Derecho privado patrimonial existe una distinción, que es profunda y bien conocida y que los Códigos civiles consagran. Se establece, señaladamente, entre las obligaciones contractuales (y, por consiguiente, la responsabilidad dimanante de los contratos) y aquellas otras obligaciones que se contraen sin convención, como decía el Código civil francés, entre las que se encuentra, de manera muy señalada, la responsabilidad extracontractual. En el ámbito de una relación contractual, cada contratante está obligado a ejecutar a favor del otro una prestación, acompañada muchas veces por un conjunto de deberes accesorios o deberes de conducta,

---

<sup>1</sup> Texto de la conferencia pronunciada por el autor en el Congreso de Arquitectos Peritos y Forenses, celebrado en Santiago de Compostela los días 10 y 11 de diciembre de 1999.

pues, como dice el artículo 1258 del Código civil «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de aquello que se haya pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, deriven de la buena fe, del uso y a la ley». Lógicamente, el deudor de una prestación contractual, que puede ser también el deudor de deberes accesorios o deberes de conducta, incide en responsabilidad (responsabilidad contractual) siempre que incumple, o cumple defectuosa o irregularmente, su prestación. La responsabilidad contractual consiste en abonar al acreedor insatisfecho el interés positivo, dejándole en la misma situación patrimonial que tendría si el contrato se hubiera cumplido.

He hablado hasta aquí de una prestación contractual dando por supuesto que se trata de un comportamiento que el contrato ha descrito perfectamente. Ocurre, sin embargo, que, en ocasiones, la prestación se desdibuja, porque las partes realizan de ella sólo una somera descripción que tiene que ser integrada después con lo que, cuando se trata del ejercicio de profesiones, se suele denominar la *lex artis*, de manera que es prestación contractual el desarrollo de toda la diligencia profesional necesaria y la falta de diligencia es incumplimiento.

A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad contractual, la denominada extracontractual, que define el artículo 1902 del Código civil, va dirigida, según la exégesis comúnmente admitida, a indemnizar el daño causado a personas que no mantienen con el causante del daño ningún tipo de relación previa.

## II

En el Código civil, las relaciones contractuales se establecen entre las personas que el capítulo III de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, denomina «*agentes de la edificación*», son en casi todos los casos contratos, que, aunque no hayan sido redactados por escrito, se han perfeccionado por el consentimiento de los contratantes. Hay que añadir, además, que la mayor parte de ellos pertenecen a la categoría de los contratos de obra, aunque sin excluir que en algunos casos puedan ser contratos de servicios. En el Código civil, en el bloque formado por los artículos 1588-1600, se contemplan fundamentalmente obras inmobiliarias y se contempla, sobre todo, el contrato establecido entre el *dominus operis* o dueño de la obra y el contratista o encargado de ejecutarla. Doctrinalmente, es admitido con carácter general que la obra (*opus*), en cuanto objeto contractual, es siempre un resultado, de manera que el tipo o

categoría de contrato de obra alberga en su seno todos aquellos en que se conviene una prestación de resultado. Así, es claro que jurídicamente es contrato de obra aquel que se concierta con el contratista o constructor, pero contratos de obra son también aquellos otros en que se compromete un resultado intelectual. Así, la estipulación por contrato de un proyecto de obra es una prestación de resultado sujeta al régimen general del contrato de obra. Más difícil resulta calificar jurídicamente las actividades del director de la obra, del llamado director de edificación de obra y de las entidades y laboratorios del control de calidad. Los dos primeros parecen comprometer más bien servicios y los últimos deben ejecutar, con sus análisis, una prestación que es también de resultado. En el capítulo III de la Ley aparecen sorprendentemente, al final, los denominados «suministradores de productos», sin que se vea clara la razón por la que deban ser considerados «agentes de edificación». Jurídicamente, son personas ligadas contractualmente con el dueño de la obra, con el promotor o con el contratista por un contrato que oscilará entre la simple compraventa y la compraventa con suministro.

### III

Todos estaremos de acuerdo en que la regulación del Código civil sobre el contrato de obra, contenida en el bloque de los artículos 1588-1600, dentro de una sección que lleva por título «De las obras por ajuste o precio alzado», es anacrónica, defectuosa y largamente superada por la práctica. El problema más importante que suscita la regulación del Código civil, es que, en él, el contrato de obra es una especie de arrendamiento, que, parcialmente al menos, se rige por alguna de las normas generales de éste. Este dato tiene gran importancia porque en la práctica ha terminado por crear una laguna legal. El problema surge cuando hay que enfrentarse con defectos de la obra observados una vez que ésta ha sido ejecutada y recibida. Teóricamente, como se trata de una subespecie del contrato de arrendamiento, le es aplicable el artículo 1553 del Código civil, que, a su vez, declara aplicables al arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa, las cuales nos llevan a los llamados defectos ocultos de las cosas vendidas, donde el código continúa concediendo las llamadas acciones edilicias, que son la redhibitoria y la *quantum minoris*, con una añadida acción de indemnización de daños cuando el vendedor hubiera actuado de mala fe. El problema radica, a su vez, en que ni la redhibitoria ni la *quantum minoris* satisfacen los intereses que surgen en el supuesto que ahora contemplamos, donde lo que hay que

hacer es reparar los defectos o pagar su valor. El problema se complica todavía porque la remisión al artículo 1553 y de éste al 1483 nos lleva derechamente al artículo 1490, de acuerdo con el cual las acciones por vicios o defectos ocultos se extinguen a los seis meses contados desde la entrega de la cosa, plazo que aplicado al contrato de arrendamiento típico tiene alguna lógica, porque con seis meses el arrendador tiene tiempo suficiente para descubrir los defectos. No la tiene, en cambio, en el contrato de obra, donde hay muchos defectos ocultos que tardan más de seis meses en descubrirse. Este dato y la insuficiencia de los restantes textos legales, hicieron que los tribunales se inclinaron por aplicar de forma generalizada el artículo 1591 del Código civil, que literalmente habla de ruina en los edificios por vicios de la construcción, otorga una garantía de diez años y produce especiales formas de garantía y responsabilidad. Se produjo así una situación en la que el texto del artículo 1591 quedó utilizado para cubrir los supuestos conflictivos que no cabían en el supuesto de hecho. Algunos leves recuerdos bastan para comprenderlo.

El texto más antiguo que se conoce sobre la construcción o derrumbamiento de una obra, se encuentra en Digesto, 19, 2, 62 y es un pasaje de Labeón referido a la construcción de un canal. La primera parte del texto contempla la destrucción por derrumbamiento antes de la recepción y aprobación, diciendo que el riesgo (*periculum*) es en todo caso del constructor. Sin embargo, Labeón recuerda la opinión de Paulo, según la cual había que distinguir entre vicio del suelo (*vitium soli*) y vicio de la obra (*vitium operis*). Si se destruyó por vicio del suelo el riesgo es del dueño de la obra, pero si acaeció por defecto de construcción es del constructor. Notoriamente, el texto se refiere a un problema de distribución de riesgos y no es en puridad a un supuesto de responsabilidad.

El segundo punto significativo, en la historia del derecho, se encuentra en una constitución recogida en Código 8, 12, 8 y trasladada después a Partidas 3, 32, 21, que extendía a quince años la responsabilidad en las obras públicas, aunque los intérpretes por entender que existía identidad de razón, trasladaron la misma regla a las obras privadas. El texto de Partidas, libremente traducido a un castellano moderno, dice lo siguiente: «Si por ventura la obra hecha de nuevo se derribase o moviese antes de que se acabase otros quince años después, sospecharon los sabios antiguos que tal calamidad había acontecido por mengua, falta, culpa o falsedad del artífice, salvo que la obra se derribase por terremoto, rayo, grandes avenidas de ríos u otros hechos semejantes. Y el comentarista de Partidas, recordado en la Ley 4 del Libro 10, título 1.º de la Novísima Recopilación, resume la regla diciendo que «si un edificio se

demuele dentro de quince años después de haber sido hecho, se presume destruido por culpa del artífice, a no ser que intervenga terremoto, rayo u otro caso inopinado».

Esta tradición se plasmó en el artículo 1792 del Código civil francés, según la cual «si un edificio construido por precio alzado, perece en todo o en parte por vicio de la construcción o incluso por vicio del suelo, el arquitecto o el empresario es responsable durante diez años». La misma regla fue recogida por el artículo 1532 del Proyecto de 1851, con la única diferencia de que la responsabilidad se produce también cuando la obra no hubiera sido contratada por un precio alzado. Según dicho artículo «el arquitecto o empresario de un edificio responde durante diez años, si se arruina por vicio de la construcción o del suelo».

Al comentar este texto, Goyena señalaba que se había alterado la regla romana que hacía responsable al constructor del *vitium operis* y al constructor y al dueño del *vitium soli*, porque el arquitecto está obligado por su profesión no sólo a saber construir el edificio, sino también a saber si el suelo puede soportarlo. Por lo demás, Goyena continuaba configurando la norma como una presunción de culpa del artífice, de acuerdo con la interpretación de las leyes de Partidas, por lo que quedaba a salvo el derecho de los interesados de probar lo contrario.

La regla presentaba algunas dificultades de inteligencia incluso aunque uno quiera mantenerla en la época en que fue concebida, que es probablemente un tiempo en que la profesión de arquitecto no se encontraba todavía reglamentada y el arquitecto es un personaje con simple pericia en materia de construcción. Esto puede explicar la novedad que, ya a finales del siglo XIX, introdujo nuestro Código civil en el artículo 1591, donde se separan las dos figuras de contratista, encargado de la construcción, y arquitecto, encargado del estudio de los suelos y de la dirección. El precepto contiene, además, una regla final de acuerdo con la cual si la causa de la ruina hubiese obedecido a «falta de contratista las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años».

Ninguna duda ofrece el texto en el sentido de que esta responsabilidad que regula se refiere a una obra inmobiliaria. El precepto habla de «edificios», con una expresión que, en un sentido tal vez arcaico, debe entenderse aplicable a todas las obras inmobiliarias.

La primera exégesis del artículo 1591 se dirigía a averiguar si se trataba de una responsabilidad contractual o si era, en cambio, una responsabilidad extracontractual. El artículo 1907, que permite la repetición por el tercero que sufre el daño (que en principio, tiene su acción frente al propietario) contra el arquitecto y contra el constructor, dice que ello es así siempre que el hecho ocurra «den-



tro del tiempo legal». El artículo 1907 no define lo que debe considerarse por «tiempo legal», pero siempre se ha entendido que contenía una implícita remisión al artículo 1591.

De esta suerte, la tesis que pareció predominar es la de que en el artículo 1.591 nos encontramos en presencia de un supuesto de responsabilidad contractual y que, de algún modo, se trata de un contrato cuya liquidación definitiva se retrasa porque es necesario experimentar la solidez del inmueble y contrastar con ella la responsabilidad del constructor. Se trata, así, de una garantía establecida *ex lege* de la buena ejecución del contrato.

Discutido ha sido también el tema de la prescripción de las acciones para reclamar la responsabilidad. Puede entenderse que el plazo de diez años es al mismo tiempo de garantía y de duración de las acciones, de manera que la expiración del plazo de diez años constituye para los arquitectos y contratistas un modo de liberación. Puede entenderse también —y ésta es la tesis que prevaleció— que el plazo es de manifestación de los vicios o defectos y que, en cambio, la acción habrá de ejercitarse dentro de los plazos generales de prescripción y, especialmente, del que el artículo 1964 coloca en quince años.

Lo que nunca ofreció dudas es que el precepto se refería a ruina en sentido estricto. Los viejos textos hablaban de derrumbamiento, el Código civil francés de perecimiento y el nuestro de ruina, aunque la idea de que se garantiza la solidez del inmueble y de que se presume la culpa del artífice podía apuntar hacia otros rumbos distintos. Por ello quizá y por las razones que más arriba fueron expuestas, a partir de una sentencia del TS de 20 de noviembre de 1959, se fue produciendo lo que he llamado recarga del artículo 1591, que lo termina llevando al concepto de ruina funcional (o dicho más rápidamente ruina que no es ruina: se entiende por ruina todo defecto que impide la utilización de edificios o de sus diferentes partes de acuerdo con su destino económico). Así, se han podido considerar como ruina funcional los defectos en la calefacción por placas solares, los de fontanería o la mala fijación de losetas en una fachada.

Las dificultades, que planteaba y continúa planteando la regulación del contrato de obra, junto con su anacronismo, aconsejaron, desde los lejanos años setenta, que la Comisión General de Codificación acometiera su reforma, regulando separadamente las acciones por vicios o defectos advertidos antes de terminar la ejecución y la recepción, así como los surgidos con posterioridad otorgando en uno y otro caso acciones distintas, y restituyendo al artículo 1591, convenientemente descargado, su inicial función de garantía *ex lege* frente a la ruina.

Aunque los trabajos de la Comisión General de Codificación se convirtieron en anteproyectos de Ley y después en un proyecto que fue entregado a las Cortes en la anterior legislatura, tras haber sido aprobado por el Gobierno, no tuvieron en su andadura posterior la suerte que probablemente merecían. No es aventurado imputar su suerte a su encontronazo con los trabajos de la Ley que ahora comentamos y, consiguientemente, a las tensiones ministeriales. Es muy probable que una gran parte de los problemas que ahora van a surgir, hubieran quedado desvanecidos si se hubiera seguido aquel camino.

#### IV

Con el bagaje que poseemos, podemos pasar a examinar algunos de los más agudos problemas que plantea la redacción de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, especialmente en su apartado cuarto relativo a las responsabilidades. No obstante, como las responsabilidades derivan del cumplimiento de obligaciones, no será impertinente parar la atención un momento en la regulación del capítulo III, donde aparecen los llamados «agentes de edificación» y sus respectivas obligaciones. Se mencionan: el promotor (art. 9); el proyectista (art. 10); el constructor (art. 11); el director de la obra (art. 12); el director de la ejecución de la obra (art. 13); las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación (art. 14); los suministradores de productos (art. 15), y los propietarios y usuarios (art. 16). La regulación de este capítulo III, además de definir cada una de las figuras mencionadas, contiene una generalmente larga lista de lo que se denominan «obligaciones». Tema este último respecto del cual habrá que decir alguna cosa.

Ante todo, su genuino carácter de verdaderos casos de obligaciones es por lo menos discutible. Piénsese v.gr. en el apartado e) del artículo 11.2, que obliga (*sic*) al constructor a formalizar las subcontrataciones, cuando uno tiene que suponer que ésa es una facultad siempre y cuando el daño de la obra lo haya consentido. Llamativa es también la obligación de los propietarios impuesta por el artículo 16.2, según el cual aquellos tienen el deber de utilizar el edificio de acuerdo con las instrucciones contenidas en la documentación de la obra ejecutada. Uno suponía que los propietarios tienen derecho de propiedad, que comprende el *ius utendi* y el *ius abutendi*. Si el precepto hubiera dicho que los propietarios son responsables del mantenimiento de la cosa en buen uso y en orden frente a terceros, nosotros no habiéramos tenido más que decir. Mas considerar una obligación usar la cosa de acuerdo con los cri-

terios de los arquitectos parece que no tiene ningún sentido. Así pues, existen dentro de la larga enumeración algunas actividades que no son en puridad, en sentido jurídico, obligaciones. Los autores de la Ley parece que quisieron más bien delimitar competencias para tratar de impedir la intrusión entre los diferentes «agentes» y lo llamaron obligaciones a falta de una terminología mejor. Por otra parte, aunque las obligaciones estén legalmente definidas (si es que lo son), no se conoce o no se conoce muy bien frente a quien tales obligaciones se asumen y quién es el sujeto, público o privado, habilitado para exigir su cumplimiento. Por ejemplo: en relación con el proyectista, con el director de la obra y con el llamado director de la ejecución de la obra, la Ley considera que es obligación de cada uno de ellos el «estar en posesión de una titulación académica y profesional» habilitante (art. 10.2; art. 12.3; art. 13.2). Ciertamente, es ésta una obligación de carácter público que podrá ser exigida por autoridades administrativas y, en ciertos casos, el Código penal puede castigar su incumplimiento como intrusismo; tampoco ofrece serias dudas que si se hubiese simulado una pericia de la que se careciera, estaríamos ante una imprudencia grave rayando con el dolo. Pero si un propietario, bien porque esté un poco falto de seso o porque quiere ahorrarse algún dinero, decide encargar el proyecto y la dirección de una obra a una persona que no esté en posesión de la titulación requerida por la Ley y conoce perfectamente esta circunstancia, me temo que no podrá decirse que frente a él existió ningún tipo de obligación.

Hay, pues, en todo este elenco de las llamadas obligaciones de los agentes de la edificación, algunas pseudo obligaciones, otras que pertenecen al campo de las obligaciones *ex lege* y que se encuentran situadas en el Derecho público y otras, en fin, que por su contenido parecen llamadas a regular relaciones entre particulares. Para volver a la vía de los ejemplos, en el artículo 10 se considera obligación del proyectista «redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato», lo que alude, necesariamente, a una obligación de carácter contractual que es la que existe entre el proyectista y el *dominus operis* o, si se prefiere otra terminología, «el promotor». Y en el mismo sentido, cuando el artículo 11 se refiere al constructor, considera que es obligación de éste ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y las instrucciones del director de la obra y del director de la ejecución de la obra, lo que obviamente es una obligación del constructor en la relación contractual que le ligue con el promotor o *dominus operis* y así sucesivamente. De esta manera, la heterogeneidad de lo que se consideran obligaciones no permite extraer conclusiones unívocas respecto de lo que pueda ser consi-

derado como incumplimiento, que unas veces generará acciones de un determinado tipo, otras de otro cariz diferente y otras, en fin, no podrá extraerse de la supuesta existencia de una obligación legal ninguna consecuencia jurídica especial.

## V

Si pasamos ahora a examinar el capítulo IV de la Ley, que lleva como rótulo el de «Responsabilidades y garantías», comprobaremos enseguida que se acrecienta la confusión entre los diferentes planos posibles de las eventuales relaciones jurídicas. Según su enunciado, el artículo 17 parece querer establecer un régimen general de la responsabilidad de todos los agentes que intervienen en el proceso de edificación, abarcando todo tipo de responsabilidades. Sin embargo, inmediatamente después se comprueba que la responsabilidad regulada por el artículo 17 es sólo aquella que se produce frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o de parte de éstos, que se supone que al ser adquirentes serán propietarios también, por lo que la Ley parece querer decir que la responsabilidad que regula es la que existe frente a quienes fueran propietarios en el momento de contratar y aquellos quienes adquieren después la propiedad. Como vamos a ver, esta delimitación de la responsabilidad regulada por la Ley como responsabilidad frente a los propietarios y frente a los terceros adquirentes va a originar un buen cúmulo de problemas, aunque antes de abordarlos convendrá enfilear el artículo 17 por algún otro ángulo. Llama la atención que el artículo 17.1 se abra con una frase según la cual las responsabilidades allí reguladas (que son, como ya hemos dicho, las que tienen los agentes intervinientes en el proceso de edificación frente a propietarios y terceros adquirentes) se producen «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales». Esta frase, sin duda desafortunada, abre un cúmulo de interrogantes. Es evidente que el artículo 17 no cierra el campo de la responsabilidad de los posibles agentes de edificación, porque junto a aquellas que define específicamente admite la existencia de otras respecto de las cuales lo único que se limita a hacer es una remisión («sin perjuicio de...»). *Prima facie*, podría entenderse que todas las responsabilidades reguladas en el artículo 17 «frente a los propietarios y terceros adquirentes», son extracontractuales y que las contractuales quedan incólumes, en virtud de la remisión a otras zonas del ordenamiento jurídico, pero esta solución, apoyada probablemente en el gusto por la simetría y por el sentido tajante de la remisión, no es probablemente la mejor. Desde el punto de vista jurídi-

co, como ya hemos dicho, las responsabilidades de los agentes intervinientes en el proceso de edificación frente a la persona que era propietaria en el momento en que dicho proceso se inició son generalmente contractuales. Lo mismo ocurre respecto de los subadquirentes si se entiende, como a veces ha entendido el Tribunal Supremo, que en la compraventa de edificios o de parte de ellos hay una especie de cesión de las acciones contra los agentes de edificación. Si esto es así —y así creo que hay que entenderlo— el artículo 17 está regulando algunas responsabilidades contractuales, de manera que la cláusula «sin perjuicio» tiene que referirse a otras responsabilidades diferentes de aquellas que se encuentren específicamente reguladas en la Ley. Por ejemplo, el arquitecto-proyectista que diseña un proyecto de imposible construcción y que, no obstante, lo ha contratado y cobrado en todo o en parte.

Hemos dicho que el artículo 17 regula unos supuestos especiales de responsabilidad de los agentes de edificación frente a los propietarios (anteriores o posteriores). Además, concreta esta responsabilidad en los «daños materiales ocasionados en el edificio». De esta suerte, quedan fuera del ámbito de la regulación legal otros daños que tengan por objeto bienes de naturaleza distinta, no obstante haberse causado tales daños como consecuencia de un proceso de edificación. Por ejemplo, el edificio se arruina y se causan daños corporales a sus ocupantes o a los viandantes; se causan daños en inmuebles contiguos cuando se está llevando a cabo el vaciamiento del solar previo a la cimentación; se causan daños a bienes muebles existentes en el edificio arruinado. Rigurosamente, a estos daños no se refiere el artículo 17 y hay que señalar además que ello no se debe a olvido, porque cuando el apartado 9 del artículo 19 regula las garantías y los seguros, los menciona especialmente, para señalar que, salvo pacto en contrario, las garantías legales no cubren tales daños. Lógicamente, no es que estos daños (daños corporales, daños en bienes muebles y daños en edificios contiguos) no resulten indemnizables. Es que salvo pacto en contrario no están cubiertos por el seguro y no están cubiertos por el artículo 17. De esta manera, cuando tales daños procedan de ruina, habrá que seguir aplicando los artículos 1591, 1907 y 1909 del Código civil y así, en lugar de asistir al funeral de estos artículos, estamos presenciando una parcial supervivencia. En este punto, hay que volver a recoger la idea que ya se había avanzado: la responsabilidad del artículo 17 es responsabilidad frente a propietarios o propietarios y adquirentes. ¿*Quid iuris* de los daños causados a otras personas? Por ejemplo, ocupantes no propietarios, visitantes, viandantes, etc. Para quienes opinamos que el artículo 1.591 pertenece a la regulación del contrato de obra, la responsabilidad civil extracontractual

por la edificación, o los daños a terceros si se prefiere llamarlos así, se encuentran en los artículos 1907 y 1909, ya que según el primero, «el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él si ésta sobreviene de las reparaciones necesarias», y el segundo preceptúa que «si el daño resulta por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor, dentro de un tiempo legal». La subsistencia de los artículos 1907 y 1909 me parece evidente. La única discusión posible a partir de la Ley 38/1999 es si se ha modificado o no la idea de «tiempo legal» del artículo 1.909, interrogante al cual hay que dar una respuesta afirmativa.

## VI

Para regular la responsabilidad en ella prevenida, y especialmente los plazos dentro de los cuales existe la cobertura de la garantía legal, la Ley distingue tres tipos de vicios o defectos. No resultan fáciles de calificar, aunque siguiendo la terminología de la Ley se pueden denominar defectos estructurales, defectos de habitabilidad y defectos de terminación y de acabado.

a) Los primeros son aquellos que «comprometen directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio», como son especialmente los que afectan a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales. Lo que los califica es su condición de «estructurales», de manera que su origen remoto resulta intrascendente en orden a su calificación. Pueden proceder, como el Código decía, de vicios en el proyecto por falta de estudios del suelo, de vicios en el suelo por la forma de configuración de la estructura o en sus elementos o de vicios de construcción por no haberse llevado a cabo la obra de acuerdo con la *lex artis*.

b) Los denominados «defectos de habitabilidad» son definidos en la Ley como aquellos que afectan a elementos constructivos o a instalaciones y ocasionan un incumplimiento de los requisitos de habitabilidad.

En el artículo 17 la Ley no dice nada más y parece que hay que integrar este apartado con el apartado 1 de la letra c) del artículo 3.º, que es donde se mencionan los requisitos de los edificios relativos a: la higiene, la salud y la protección del medio ambiente; la protección contra el ruido, el ahorro de energía y el aislamiento térmico; y otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permiten un uso satisfactorio del edificio.

c) Finalmente, existen los llamados defectos de terminación y de acabado, que deben ser todos los defectos menores que no puedan englobarse en los apartados anteriores.

## VII

Arrancando de la tripartición antes mencionada de posibles defectos —estructurales, de habitabilidad y de acabado—, la Ley establece unos plazos de garantía, que son diferentes de acuerdo con cada uno de los tipos de vicio. Son indiscutiblemente plazos de garantía, es decir, plazos dentro de los cuales los daños han de producirse para ser indemnizables. Estos plazos son los siguientes: un plazo de diez años para daños causados por defectos estructurales; un plazo de tres años para los daños causados por defectos de habitabilidad, y un plazo de un año para los daños causados por los defectos de terminación y de acabado.

La lógica de estos plazos parece que puede compartirse. Hasta donde mis conocimientos alcanzan, constituía una vieja pretensión de los arquitectos reducir que el plazo de diez años del artículo 1591 con fundamento en la idea de que los verdaderos defectos estructurales aparecen siempre mucho antes. Sin embargo, evidentes razones de protección de los propietarios han impedido que esta pretensión llegara a triunfar. La existencia de otros plazos más cortos para defectos de otro tipo que del Código civil no resultaba, parece plausible.

Hay que señalar, además, que de este modo, se corrige el concepto de «ruina funcional» que la jurisprudencia había acuñado. No hay más ruina que la que procede de defectos estructurales. El incumplimiento de requisitos de habitabilidad no es ruina y está sometido a un régimen de plazos de garantía diferentes. También esta corrección parece plausible.

## VIII

La responsabilidad que regula la Ley es, por regla general, una responsabilidad individual que recae sobre el causante del daño a menos que concurra caso fortuito, fuerza mayor o acto de un tercero. El artículo 17.8 dice expresamente: «las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de un tercero o por el propio perjudicado por el daño», precepto que concuerda con el artícu-

lo 17.2, según el cual «la responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada».

Esta regla de la responsabilidad individual o personalizada tiene en la Ley 38/1999 dos importantes grupos de excepciones, que se refieren, el primero, a los supuestos de imposibilidad de individualización (cfr. art. 17.3: «Cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales») y el segundo a lo que la Ley denomina «responsabilidad por actos u omisiones de personas por las que se deba responder».

a) El tratamiento de la responsabilidad en los casos de imposibilidad de individualización de la causa o de concurrencia de culpas se hace a través de la regla ya clásica que la jurisprudencia había elaborado en torno al artículo 1591. Probablemente esta doctrina se acuñó tomando en consideración principios de la responsabilidad extracontractual –solidaridad de los causantes de un daño– y, en parte, arrancando de lo que se ha denominado regla de la responsabilidad en los daños ocasionados por los miembros de un grupo. Expresamente, la regla es que hay solidaridad entre los agentes intervinientes, cuando, tras las pruebas, resulta imposible individualizar la causa de los daños o cuando existe una concurrencia de culpas y resulta imposible determinar la participación de cada uno de los agentes (cfr. art. 17.3). De esta suerte, si se individualiza la causa de los daños en uno de los sujetos intervinientes y respecto de él no concurra especial causa de exoneración, sólo él es responsable y quienes no sean causantes o aún siéndolo puedan justificar una causa de exoneración y la prueben, no responderán. Si la causación y la falta de concurrencia de causa de exoneración se delimita en un «grupo de agentes», pero no en el resto, sólo los primeros son responsables y sólo entre ellos hay solidaridad. Se trata, evidentemente, de una solidaridad que sólo lo es *ex post*, por lo que, antes de haberse resuelto el asunto, no deben aplicarse las reglas de la solidaridad pasiva, aunque los Tribunales lo hayan hecho en algunas ocasiones (por ejemplo, para excluir un litisconsorcio pasivo necesario).

La legalización de la doctrina jurisprudencial parece plausible. Resulta políticamente una buena medida de protección de los perjudicados y tras más de cuarenta años desde su consagración, resultaba muy difícil rechazarla o abolirla, si se puede hablar así.

b) El segundo grupo de casos en que la regla del carácter personal e individualizado de la responsabilidad presenta en la Ley alguna excepción, se debe a que, según su forma de concebir las cosas, no se responde sólo de actos u omisiones propios y existe, en la Ley, una suerte de «responsabilidad por hechos ajenos».



Los supuestos más importantes son los siguientes:

1.º El proyectista que contrata con otros profesionales cálculos, dictámenes, informes o estudios, es directamente responsable de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud, sin perjuicio de la repetición que pudieran ejercer contra sus autores (art. 17.5). Se trata, en el fondo de la idea que expresa el artículo 1596 del Código civil para la subcontratación y, es, además, la misma que rige la utilización por el deudor contractual de auxiliares en el cumplimiento. En este sentido, no se trata de una verdadera responsabilidad por hecho ajeno, sino que es una responsabilidad del deudor en cuanto deudor.

2.º El que acepta la dirección de una obra, cuyo proyecto no haya elaborado él, es responsable por las omisiones, deficiencias e imperfecciones del proyecto «sin perjuicio de la repetición que pudiere corresponderle frente al proyectista» (cfr. art. 17.7). Significa ello que quien se encarga, mediante contrato, de la dirección de una obra, tiene el deber jurídico de revisar el proyecto y asume por esta razón un determinado riesgo. De esta suerte, tampoco se trata de una verdadera responsabilidad por hecho ajeno, sino por hecho propio: la propia diligencia en la revisión del proyecto.

3.º El constructor es responsable de los hechos u omisiones (negligencia o incumplimiento de obligaciones) del jefe de la obra y de las demás personas físicas o jurídicas que dependan de él y, cuando subcontrate con otros la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, es responsable de los daños materiales causados por vicios o defectos en la ejecución que sean imputables a los auxiliares y contratistas (art. 17.6).

La regla vuelve a ser prácticamente la del artículo 1596 del Código civil, que hace al contratista responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupe la obra, expresión que, según el normal modo de entenderla, comprende tanto a los trabajadores, cualquiera que sea su calificación profesional, como a los subcontratistas.

4.º El constructor es responsable directo de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción cuando éstos hayan sido adquiridos o aceptados por él, también en este caso sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar. (cfr. art. 17.6). Esta regla presenta una cierta novedad respecto de la regulación legal de las relaciones contractuales entre el contratista y *dominus operis* en el Código civil. Según el artículo 1590, la mala calidad de los materiales es causa de exclusión del *periculum rei*, siempre y cuando el contratista hubiera advertido al dueño de tales circunstancias. El Código no dice que por no haber advertido esta circunstancia sea responsable de los daños y perjui-

cios que puedan seguirse. La regla significa simplemente que la destrucción de la obra antes de la entrega hace perder al contratista su derecho a la contraprestación. En el Código civil, el problema habría que examinarlo y resolverlo de acuerdo con los principios generales sobre el incumplimiento de las obligaciones. Para los seguidores de una concepción culpabilística, habrá que examinar sobre todo si el contratista incurrió en culpa o negligencia al adquirir o aceptar tales materiales, porque correspondía a la diligencia que por él debía ser prestada el advertir o evitar materiales de defectuosa calidad. Para los sostenedores de una concepción un punto más objetiva —entre los que me encuentro—, la responsabilidad contractual es la regla en el incumplimiento y en el cumplimiento defectuoso, salvo que exista caso fortuito y sólo lo hay cuando el impedimento de una prestación correcta provenga de un hecho que, además de ser imprevisible o inevitable, se encontrara fuera del ámbito de control del deudor de la prestación. Si se sigue esta línea, la regla del artículo 17.6 que ahora examinamos, no representa ninguna novedad, siempre que el control de la calidad de los materiales corresponda al contratista, lo que ocurrirá seguramente en todos los casos en que no se hayan tenido que seguir especiales instrucciones del dueño de la obra, del proyectista, del director de la obra y del director de la ejecución de la obra. En el sentido indicado, tampoco es, en puridad, una responsabilidad por hecho ajeno.

Antes de cerrar este apartado convendrá señalar que en la Ley, aparecen solidaridades especiales. Se trata, probablemente, de normas del régimen legal de los contratos correspondientes, por lo que hay que entender que son reglas de Derecho dispositivo que las partes pueden modificar en sus contratos adoptando la solución contraria. Así, hay solidaridad cuando un proyecto ha sido contratado conjuntamente con más de un proyectista. La misma solución se aplica cuando la dirección de la obra ha sido llevada a cabo conjuntamente por varios técnicos (cfr. art. 17.7). Es la misma regla que el Código civil contiene en materia de contratos de mandato, donde se encuentra la regulación general de los contratos de prestación de servicios. Puede fundarse, como ha dicho la jurisprudencia, en la unidad de la prestación, aunque ello llevaría probablemente mejor a soluciones de indivisibilidad que de solidaridad, por más que una y otra figura se encuentren entre sí muy próximas. La Ley sólo hace solidarios a los «agentes» que actúan conjuntamente (proyectistas, etc.). Nada nos dice respecto de la otra parte de la relación obligatoria, aunque haya que recordar que la jurisprudencia había llegado a la conclusión de que la obligación es también solidaria. Por ejemplo: la deuda de honorarios de un grupo de promotores o *domini operis*.

## IX

Además de regular los plazos de duración de la garantía o plazos dentro de los cuales los daños materiales deben haberse producido para generar la responsabilidad regulada en el artículo 17, la Ley establece «plazos de prescripción de acciones». El plazo general es de dos años, tanto para las acciones dirigidas a exigir la responsabilidad civil como para las acciones de repetición. Según el artículo 18.1: «Las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual».

La regla contenida en el artículo 18 merece parabienes y en forma muy parecida se encontraba en el proyecto de reforma del Código civil relativo al contrato de obra a que más arriba nos hubimos de referir. Como es lógico, había que separar los plazos de duración de la garantía y los plazos para el ejercicio de acciones, entendidos como plazos de prescripción, y había al mismo tiempo que acortar estos últimos. Con el artículo 1591 en la mano, podíamos encontrarnos con la situación de que a los diez años de la garantía, contados desde que concluyó la construcción, hubieran de seguir otros quince de prescripción de acciones, ya que éstas eran las acciones personales a las que se refiere el artículo 1964.

El artículo 18 plantea, sin embargo, algunos problemas. Según su tenor literal, la prescripción corre desde la producción de los daños, aunque no se hayan conocido sus repercusiones o su alcance y sus secuelas y resulte difícil cuantificar todo ello. Por otra parte, el artículo abre alguna aguda cuestión que nace de su propia limitación. Sólo se refiere a «las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por los daños materiales dimanantes de los vicios o defectos» y, además, en su inciso final aparece una nueva cláusula de «sin perjuicio», que ahora reza «sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual, a las que hay que añadir las dirigidas a exigir responsabilidad extracontractual cuando ésta se produzca, ya que la responsabilidad extracontractual no ha sido contemplada directamente por la Ley. ¿Qué significa «acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidad por incumplimiento contractual»? No parece que puedan ser acciones dirigidas a demandar indemnizaciones por daños materiales ocasionados en el edificio, porque tales acciones se encuentran contempladas en el artículo anterior y si lo entendiéramos así, el artículo 18 carecería de sentido y la cláusula

sula de «sin perjuicio» sería una redundancia respecto de la delimitación que ya se había hecho en el inciso primero, al hablar de «acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por los daños materiales dimanantes de los vicios o defectos». Tampoco puede pensarse que el legislador haya querido dejar vigente otro régimen diferente para esos daños.

De esta manera, las únicas acciones (con sus plazos de prescripción) que quedan a salvo parecen ser de dos tipos: las de aquellos daños no materiales que resulten de un incumplimiento contractual y las derivadas de cualesquiera otros incumplimientos contractuales no contempladas expresamente en la Ley.

## X

El análisis que hemos hecho y las reflexiones que nos ha suscitado, no hacen otra cosa que reforzar la idea inicial: las normas legales están llamadas siempre a integrarse en el ordenamiento, se tienen que interpretar dentro de él, con arreglo a los criterios generales que el ordenamiento ofrezca. De ello se sigue un inevitable corolario. En las materias de Derecho privado, la Ley de Edificación necesita ser entendida y aplicada en estricta coordinación con el Código civil.



# La sucesión hereditaria en Derecho interregional \*

**ALBERT FONT SEGURA**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

**SUMARIO:** *I. Introducción:* 1. Planteamiento general.—*II. La vocación testamentaria:* 1. Capacidad. 2. Forma del testamento. A) Trascendencia del artículo 5°. B) Calificación del testamento mancomunado. C) Existencia de normas unilaterales en relación a la forma en algunos Derechos civiles españoles. 3. Ley aplicable al fondo. A) *Lex successionis* y *lex testamenti*. B) *Lex successionis* y sistema legitimario. C) Excepción a la unidad y universalidad: el principio de troncalidad. D) Profusión de normas unilaterales: especial referencia al testamento mancomunado.—*III. La vocación paccionada:* 1. Capacidad. 2. Forma. 3. Ley aplicable al fondo.—*IV. La vocación legal:* A) La sucesión intestada conforme a la ley del causante en el momento de fallecer. B) Valoración de las normas unilaterales autonómicas.—*V. Problemas comunes a las distintas clases de sucesiones:* 1. La vocación y sus títulos. 2. Problemas de capacidad. 3. Derechos del cónyuge viudo.—*VI. Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. La competencia de las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su Derecho civil, en virtud del artículo 149.1.8.° CE <sup>1</sup>, ha

---

\* Para citar las distintas legislaciones civiles coexistentes en España se han adoptado las siguientes abreviaturas: Cc. (Código civil), CDCA (Compilación del Derecho civil de Aragón), LSCM (Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón), CDCIB (Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares), CSCM (Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña), FNN (Fuero nuevo de Navarra), LDICFPV (Ley de Derecho civil foral del País Vasco), LDCG (Ley de Derecho civil de Galicia).

<sup>1</sup> El TC, STC 88/1993, de 12 de marzo, ha establecido que las CC.AA. tienen competencia para desarrollar las instituciones comprendidas en sus respectivas Compilaciones, así como regular las materias conexas, aunque no se encuentren en las Compilaciones. Para las distintas posiciones doctrinales *vid.*, entre otros, E. ROCA TRIAS, «L'estructura de l'ordenament civil espanyol», *RJC*, 1983, pp. 125-180; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles

consolidado el ordenamiento civil español como un sistema plurilegislativo <sup>2</sup> en el que coexisten, en pie de igualdad <sup>3</sup>, distintas legislaciones civiles. De este modo, el ordenamiento español ha tenido que dotarse de un sistema conflictual que, hasta ahora, opera en dos niveles diferentes: el interno o interregional <sup>4</sup> y el internacional.

Por una parte, los conflictos de leyes en el plano interno requieren de una solución que tenga en cuenta las peculiaridades de la situación. Se trata de subsistemas de Derecho civil pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico y sometidos a la Constitución como norma fundamental. Por consiguiente, la determinación del Derecho aplicable está sujeta a unas condiciones inexistentes en el plano puramente internacional. En principio, el sistema conflictual debe operar de modo neutro, si no quiere romper la paridad entre los Derechos civiles coexistentes, situándose por encima de los Derechos civiles españoles y realizando una función que debe ser arbitral, mediadora, sin acoger de forma preferente los principios de uno u otro Derecho civil, o bien, en la medida en que quepa, sintetizando los que sean comunes.

Por otra parte, si la situación está conectada con algún Derecho extranjero, el sistema conflictual actúa de modo distinto. La determinación del Derecho aplicable se realiza desde el ordenamiento español, aunque la situación no esté conectada materialmente con el mismo, por lo que su función no es neutra. Los Derechos en presencia no están en plena igualdad, o mejor dicho están sometidos a

---

forales o especiales allí donde existan», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, pp. 15-82, y L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 69-87.

<sup>2</sup> Para un análisis histórico de esta coexistencia actual y sus repercusiones desde la perspectiva del DIPr, vid. P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *Las circunstancias personales determinantes de la vinculación con el Derecho local. Estudio sobre el Derecho local altomedieval y el Derecho local de Aragón, Navarra y Cataluña (siglos IX-XV)*, Madrid, Ed.UAM DL, 1986; vid. R. ARENAS GARCÍA, «Derechos forales, derechos locales y derecho consuetudinario en España: origen histórico y determinación de su ámbito de vigencia territorial», *RJA*, 1997, 21, pp. 93-113. Vid. también J. M.ª GAY ESCODA, «La gènesi del Decret de Nova Planta de Catalunya. Edició de la consulta original del *Consejo de Castilla*, de 13 de juny de 1715», *RJC*, 1982, 1 y 2, pp. 7-41 y pp. 263-348, analizando los antecedentes de los Decretos de Nueva Planta —en particular el de Cataluña— de Felipe V.

<sup>3</sup> Vid. STC 226/1993, de 8 de julio, FJ 2.º

<sup>4</sup> L. GARAU JUANEDA, «Comunidades Autónomas y Derecho interregional», *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho interregional*, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 1982, p. 114, propuso el nombre de derecho intercomunitario. Pero no ha cuajado, pese a las imprecisiones que comporta la expresión Derecho interregional, vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra, Servicio de Publicaciones UAB, 1984, pp. 9-10. En puridad, es más ajustada la expresión «Derecho de los conflictos internos», vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, Prólogo a A. ARCE JANÁRIZ, *Comunidades autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1988, p. 14. Como bien dice O. CASANOVAS Y LA ROSA, «El Derecho interregional e interlocal», *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona, Fundació Congreso Jurídico Catalán, 1972, p. 216, «la querella terminològica no té especial transcendència».

los principios dimanantes de la norma de conflicto <sup>5</sup> española, especialmente si está materialmente orientada. En España, debido a la existencia de un sistema civil plurilegislativo, la norma de conflicto que regule una materia comprendida por distintos Derechos civiles españoles debe absorber y ajustarse a los fundamentos de aquella institución partiendo de esta diversidad. La localización efectuada por la norma de conflicto debe trasladar las concepciones y principios de todos los Derechos civiles españoles existentes en la materia objeto de la norma. En suma, la determinación del Derecho aplicable debe realizarse mediante una proyección de los distintos Derechos civiles españoles <sup>6</sup>. Sin embargo, históricamente, se ha partido del Derecho contenido en el Código civil, cuya pretensión era precisamente la de unificar los distintos Derechos civiles <sup>7</sup>, admitiendo provisionalmente <sup>8</sup> la pervivencia de los mal llamados Derechos forales <sup>9</sup>. Esta lógica permanece todavía <sup>10</sup>, pese a la regu-

---

<sup>5</sup> Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5239-5270.

<sup>6</sup> No nos referimos a que para la calificación subsunción hemos de partir del concreto Derecho civil, de entre los distintos Derechos civiles españoles, calificación *lex civilis litis*, vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Calificación...*, op. cit., p. 33, así como S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Artículo 12, apartado 1», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, EDESA, 1995, pp. 842-880, y que P. JIMÉNEZ BLANCO refleja en «El Derecho aplicable a las donaciones», *REDI*, 1997, 1, vid. p. 78, en relación con las donaciones *mortis causa*, pp. 77, 78 y notas 65, 70.

<sup>7</sup> Vid. J. PUENTE EGIDO *Derecho internacional privado español: doctrina legal del Tribunal Supremo*, Dykinson, Madrid, 1988, vid. pp. 1177-1178. Aunque el Cc. supuso la codificación del Derecho civil de Castilla, vid. C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET, «El Código Civil o la codificación del Derecho castellano», *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, t. II, pp. 1205-1229, vid. también F. de CASTRO y BRAVO, *Derecho civil de España*, Madrid, Civitas, 1984 (reedición), p. 200 y nota (3), aunque lo vea como «la base para el futuro Derecho nacional unificado», pp. 209 y 226.

<sup>8</sup> Vid. artículo 12.2 del Código civil de 1889: «las provincias y territorios en que subsista Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como Derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes».

<sup>9</sup> Vid. A. CELAYA IBARRA, *Curso de Derecho civil vasco*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998, pp. 16-17. Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Calificación...*, op. cit., p. 8, que prefiere «hablar de los derechos civiles que coexisten en España». Aun conociendo estas prevenciones, R. ARENAS GARCÍA, «Derechos forales, ...» op. cit., p. 93, nota 1, emplea «el término *Derechos forales*, ya que esta terminología está plenamente consagrada y no existe riesgo alguno de confusión». Cierto, pero el término *Derecho foral* frente a *Derecho común* implica una situación de desigualdad, de parcialidad frente a universalidad, de obsoleto y tradicional frente a moderno, evolucionado. No traduce lo que es la realidad constitucional. Así, E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993, p. 166, ha escrito que «(...) el único Derecho común en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio es precisamente su propio Derecho civil». Cfr., manteniendo esta terminología, L. DÍEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, op. cit., pp. 69 y ss., especialmente p. 81.

<sup>10</sup> Ello se constata no sólo en las normas de regulación del tráfico externo, sino también en las de aplicación. Así, en relación con el artículo 12.6 Cc., como pusiera de



lación constitucional y al desarrollo y equiparación de los distintos Derechos civiles, sin que quepa escudarse en el carácter supletorio del Código civil para fundamentar esta perspectiva.

2. Partiendo de estas premisas, el trabajo va a centrar sus esfuerzos en un estudio del Derecho de sucesiones en el ámbito interregional <sup>11</sup>. Por consiguiente, se analizarán las relaciones entre los Derechos civiles coexistentes en materia de sucesiones, sometidas a un sistema en el que se interrelacionan distintas técnicas para la delimitación del ámbito de aplicación en el espacio –norma de conflicto (estatal o convencional) y normas unilaterales contenidas en estos Derechos civiles–. Este estudio tratará de demostrar que la disparidad material condiciona estas interrelaciones y, sobre todo, que las diferencias en los fundamentos de los respectivos Derechos de sucesiones dificultan la adopción de una norma de conflicto estatal que debe ser neutra, por exigencia constitucional.

Un estudio de Derecho interregional debe de estar impregnado de consideraciones de carácter constitucional <sup>12</sup>. En efecto, hay que establecer con qué modelo constitucional contamos para dirimir los conflictos de leyes internos. En este trabajo se parte de la inconstitucionalidad de las normas unilaterales contenidas en los Derechos civiles propios al suponer una agresión a la atribución constitucional de competencia exclusiva al Estado en esta materia. Se mantiene esta posición tanto si se trata de normas contradictorias con la norma de conflicto estatal <sup>13</sup>, como si se trata de normas de conflicto reite-

---

relieve N. BOUZA VIDAL, *vid.* «Nota a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de abril de 1989», *REDI*, 1990, 1, p. 270, a falta de alegación y prueba del Derecho extranjero no se debe soslayar la pluralidad de Derechos civiles existentes en España, proponiendo en estos casos acudir a soluciones flexibles como la del Derecho más próximo.

<sup>11</sup> Se mantiene la inclusión del Derecho interregional en el contenido del DIPr. como disciplina, pese a las diferencias en los presupuestos –unidad jurisdiccional y unidad del ordenamiento–, igualmente J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, en E. PÉREZ VERA y otros, *Derecho internacional privado*, vol. I, Madrid, UNED, 1997, pp. 61-62; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel», *Rec. des C.*, t. 249 (1994-V), pp. 212-220. Contrarios, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 1997, pp. 48-50, posición reiterada en *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 1999, a pesar de que admiten la existencia de vías de comunicación; *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 104 y ss., aunque matizando en la 3.ª edición, 1996, pp. 99-107.

<sup>12</sup> *Vid.* J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil», *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Bilbao, RSBAP, 1999, pp. 39-62; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Los conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente», *Conflictos de leyes en el desarrollo...*, *op. cit.*, pp. 71-89.

<sup>13</sup> *Vid.* nuestra posición en A. FONT I SEGURA, S. ORRIOLS I GARCÍA, «Reflexions entorn a la rescissió per lesió en dret interregional», *RJC*, 1997, 3, pp. 767-793.

rativas<sup>14</sup>. Sin embargo<sup>15</sup>, no hay que desdeñar sin más estas normas<sup>16</sup> puesto que, como se pondrá de relieve, en la mayor parte de ocasiones procuran introducir las peculiaridades de las instituciones de Derecho civil propio en la regulación de los conflictos internos. En otras palabras, son «cuñas» normativas que responden a la insatisfacción que produce la solución acogida en las normas de conflicto estatales, máxime cuando existe una gran heterogeneidad en los principios que sustentan las materias reguladas. De esta manera, a una inconstitucionalidad de estas normas unilaterales le corresponde un mayor rigor al legislador estatal, que debe plasmarse en soluciones conflictuales integradoras, en la medida en que sea posible, o soluciones sustantivas que vayan más allá de un neutro planteamiento formal/localizador, cuando existan divergencias principales entre los Derechos civiles españoles. En cualquier caso, debe de tratarse de soluciones respetuosas con todos los Derechos civiles españoles, adoptadas por un legislador estatal que asuma y proteja plenamente la pluralidad de ordenamientos civiles, sin que se fundamente en uno solo de los Derechos civiles españoles.

3. En mi opinión, es en el ámbito del Derecho de sucesiones donde la disparidad normativa –de principios y de soluciones materiales– trasciende con mayor fuerza. La aplicación y *uso* de las instituciones sucesorias reguladas en los distintos Derechos civiles españoles se ha mantenido de manera constante, poniendo de relieve las diferencias substanciales entre los mismos. Debe advertirse, sin embargo, que la mayor parte de las diferencias entre el Código civil y el resto de Derechos civiles<sup>17</sup> proviene de las modificaciones introducidas en 1889 en el citado código, que comportaron el

---

<sup>14</sup> Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Artículos 4.º y 5.º», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXII, vol. 1.º, Madrid, EDERSA, 1997, pp. 132, 140, por ejemplo.

<sup>15</sup> Siguiendo las reflexiones de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Artículos 4.º y 5.º», *op. cit.*, pp. 152 a 154.

<sup>16</sup> En relación con su justificación en el marco establecido por el artículo 149.1.8 CE, *vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado*, vol. I, *Derecho civil internacional*, Madrid, 1984, pp. 171-172. Sin embargo, actualmente este autor mantiene la inconstitucionalidad de estas normas autolimitadas, *vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Los conflictos internos en el sistema español de Derecho internacional privado», en E. PÉREZ VERA y otros, *Derecho internacional privado*, vol. I, Madrid, UNED, 1998, p. 71. Sobre la relación de este tipo de normas con las normas de conflicto con anterioridad a la promulgación de la CE, *vid.* O. CASANOVAS y LA ROSA, «El Derecho interregional...», *op. cit.*, p. 220, manteniendo la aplicación de las normas autolimitadas, frente a las de conflicto, en virtud del criterio de especialidad, pese al papel central que deben tener las normas de conflicto. Por consiguiente las normas que determinan su propio ámbito de aplicación deben reducirse al mínimo indispensable, *vid.* p. 231.

<sup>17</sup> *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA, Capítulo IX, «Sucesión hereditaria», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 418, «es mayor la diversidad existente entre el Derecho civil común y los Derechos sucesorios forales que la que hay entre cualquiera de ellos y el de algún Estado vecino».

desconocimiento o prohibición de algunas de las instituciones sucesorias conocidas en el Derecho de Castilla (el testamento mancomunado, el testamento por comisario, las memorias, los codicilos, etc.)<sup>18</sup>. Basta citar varios ejemplos de esta multiplicidad<sup>19</sup>: la institución de heredero es esencial en Cataluña, mientras que en los territorios del antiguo Reino de Castilla la falta de institución de heredero no afecta a la validez de las disposiciones testamentarias; la libertad de testar pasa de ser prácticamente ilimitada en Navarra, donde existe la legítima formal, o en el valle de Ayala, donde la libertad es total, a ser enormemente restringida en Derecho «común»; el testamento mancomunado está prohibido en Derecho «común» mientras que se admite en Aragón, Galicia, Navarra o Vizcaya; los pactos sucesorios son admitidos en Cataluña o Navarra y son prácticamente desconocidos en Derecho «común»; en este último Derecho el testamento es un acto personalísimo y, en cambio, en Vizcaya o Cataluña se admite el testamento por comisario; en Vizcaya existe la sucesión troncal centrada en los bienes y lo mismo sucede en Aragón respecto al derecho de abolorio, mientras que en Derecho «común», y también en Baleares, Navarra o Cataluña, la sucesión es universal y personal; etcétera.

## II. LA VOCACIÓN TESTAMENTARIA

### 1. CAPACIDAD

4. La capacidad activa no está expresamente regulada en DIPr español<sup>20</sup>, por consiguiente debe aplicarse la norma general en la materia contenida en el artículo 9.1 Cc.<sup>21</sup>. La ley personal, que viene determinada por la vecindad civil en el ámbito interregional, es la que regula la capacidad activa del otorgante. Sin embargo, debe señalarse que, en el plano interregional, los conflictos de leyes en materia de capacidad para testar presentan el perfil de lo que se

<sup>18</sup> Vid. F. SÁNCHEZ-ROMÁN GALLIFA, *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 1.º, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pp. 169, 310 y ss.

<sup>19</sup> Destacada por M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, RDP, Madrid, 1933, pp. 264-266. También, aunque de modo negativo, por M. ALONSO MARTÍNEZ, «Fundamento de la doctrina de algunos preceptos del código civil», *Revista de los Tribunales*, t. 33, 1899, n.º 30, pp. 426-427, cit. por J. PUENTE EGIDO, *Derecho internacional...*, op. cit. p. 1188.

<sup>20</sup> Situación análoga se da en Derecho comparado, vid. V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado. Conflictos de leyes en materia de sucesiones*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 246.

<sup>21</sup> La jurisprudencia lo confirma tanto con anterioridad al Cc., vid. STS de 27-11-1868, STS de 6-6-1873, STS de 24-5-1886, como con posterioridad, vid. STS de 14-12-1901, STS de 18-3-1925 y STS de 26-1-1928.

ha denominado un falso conflicto, al tener todas los Derechos civiles españoles el mismo contenido<sup>22</sup>, ya sea por remisión, por supletoriedad o por identidad material.

Por otra parte, el cambio de vecindad civil, o en su caso de nacionalidad, no afecta a la capacidad activa que se tenía en el momento de otorgar la disposición testamentaria, puesto que se proyecta el artículo 666 Cc. al tráfico externo, así como al interregional.

5. Respecto a la capacidad pasiva<sup>23</sup>, es necesario aludir a las incapacidades específicas<sup>24</sup> –que operan únicamente en la sucesión testamentaria–. Estas incapacidades quedan regidas por la ley sucesoria (ley de la vecindad civil del causante al fallecer). Sin embargo, la aplicación de la ley sucesoria no se ajusta a la realidad, porque la ley que tiene en cuenta el testador es la de su vecindad civil en el momento del otorgamiento, sin que pueda prever cuál será la ley sucesoria, correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de su fallecimiento. El testador no puede ver torcida su voluntad, ni los beneficiados resultar perjudicados, como consecuencia de la aplicación de la ley sucesoria<sup>25</sup>. Debe ser la *lex testamenti* la que resulte aplicable. De esta manera, debe forzarse la letra del artículo 9.8 Cc. para conseguir este propósito. A esta conclusión se llega mediante una aplicación extensiva del segundo inciso del artículo 9.8 Cc. De la misma forma, este criterio debe prevalecer también para aquellos supuestos en que una de las dos leyes españolas en presencia admite la posibilidad de que se negocie la convalidación de una prohibición de suceder<sup>26</sup>. Ahora bien, si se aplica con rigor la letra del artículo 9.8 Cc. esta cuestión queda regida por la ley sucesoria, ya que este precepto se limita a establecer que «las disposiciones hechas en testamento [...] **conservarán su validez**»

---

<sup>22</sup> *Vid.* artículos 662 a 666 Cc., ley 184 FNN, artículos 103 y 104 CSCM, artículo 93.1 CDCA.

<sup>23</sup> Para una exposición con carácter general, *vid. infra* núms. marginales 33 y ss.

<sup>24</sup> Artículos 752, 753, 754 y 755 Cc.; artículos 126 y 147 CSCM; artículo 160 LSCM; menos restrictiva la ley 153 FNN.

<sup>25</sup> Por ejemplo, el artículo 147 CSCM permite disponer en favor de los parientes del notario que autorice el testamento que estén en el tercer grado de afinidad. El artículo 754 Cc., igualmente el artículo 160 LSCM, es más restrictivo, prohíbe disponer a favor de los parientes del notario dentro del cuarto grado. La persona con vecindad civil catalana en el momento de estar no podrá ver anulada su disposición, aunque ostente vecindad civil «común» al morir. Más evidente aún en la ley 153.1 FNN, puesto que la prohibición se limita a las personas que intervengan en la formalización del acto.

<sup>26</sup> El conflicto puede plantearse entre el Derecho catalán y cualquier otro Derecho español. En el artículo 128.3 CSCM se admite que la nulidad por causa de prohibición pueda ser objeto de negociación por parte de los interesados, posibilidad que no está prevista en ningún otro Derecho español, que, por el contrario, establecen que el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley, por efecto –supletorio o no –del artículo 675.2 Cc.

y en este caso se trata de disposiciones que son nulas *ab origine*. Sin embargo, pueden suscitarse conflictos en cuanto estas disposiciones pueden ser convalidables *post mortem* de conformidad con algún Derecho civil español <sup>27</sup>.

Por este motivo, considero que las incapacidades específicas tienen que quedar regidas por el Derecho correspondiente a la vecindad civil del causante en el momento de otorgar testamento. Esta opinión se justifica por dos razones. Por una parte, al referirse a la validez debe entenderse incluida la posibilidad de convalidación –aunque sea con posterioridad a la muerte del causante–. Se guarda así la coherencia interna en la regulación del testamento, concediendo a las causas de incapacidad específicas el valor y entidad que tenían conforme al Derecho en virtud del cual se otorgó el testamento. No hay que olvidar que estas prohibiciones vienen referidas al momento preciso en que se otorga el acto de última disposición. Por otra parte, esta solución garantiza la igualdad entre los derechos civiles españoles. En efecto, será la ley correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de otorgar la que abrirá o cerrará la posibilidad de convalidación, con independencia de lo establecido en la ley de la vecindad civil del causante al fallecer (*lex successionis*). Por el contrario, si se parte de que la ley sucesoria rige la sucesión, no cabrá nunca la posibilidad de convalidación, ya que siendo ésta la catalana, la disposición ya es nula de origen conforme a cualquiera de los demás Derechos españoles y además resultaría extraño a los mismos permitir esta convalidación; mientras que si la ley sucesoria es una ley distinta a la catalana tampoco cabrá la aplicación del CSCM –siempre que ésta fuera la vecindad civil del causante en el momento de otorgar testamento– porque lo impedirá la ley sucesoria.

En consecuencia, *de lege lata*, debe mantenerse que la remisión del artículo 9.8 Cc. a la ley de la vecindad civil del causante en el momento de otorgar, en cuanto Derecho que controla la validez del testamento, debe ser entendida de forma amplia y generosa. *De lege ferenda*, considero que la capacidad pasiva quedaría mejor regulada si estuviera regida por la ley personal del disponente en el momento de otorgamiento, lo cual implica en este punto <sup>28</sup> una regulación diferenciada de las sucesiones intestadas y las testamentarias o pactadas.

---

<sup>27</sup> Así, en caso de que el Derecho civil catalán sea de aplicación. Todo ello al margen de que una regulación en este sentido pueda ser justamente criticada, *vid.* E. ROCA I TRÍAS, «Les fases en l'adquisició de l'herència», Capítulo III; en L. PUIG I FERRIOL, E. ROCA I TRÍAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya. Dret de successions*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 72.

<sup>28</sup> Como veremos, también con carácter general. *Vid. infra* núm. marginal 12.

## 2. FORMA DEL TESTAMENTO

6. La determinación de aquellas cuestiones que afectan a la forma, y no al fondo, es difícil<sup>29</sup>. Sin embargo, puede apuntarse con carácter general que en este concepto se integraría la manifestación externa del testamento como acto jurídico<sup>30</sup>. Esto es, aquellos requisitos cuya existencia no provocan una variación en el contenido del testamento, al ser accesorios desde un punto de vista estrictamente material, aunque sí podrían determinar la nulidad del mismo<sup>31</sup>. Ello nos pone de relieve la particular importancia que tiene la forma al canalizar la voluntad del testador, puesto que nos encontramos ante un negocio jurídico solemne. Sin embargo, no hay que olvidar que estas formalidades no son constitutivas, sino que tienen un valor integrativo<sup>32</sup>. Esto explica que en aquellos supuestos en que están presentes varios ordenamientos las exigencias relativas a la forma y el cumplimiento de las formalidades adquieren un relieve distinto. En efecto, la vinculación del supuesto sucesorio con diferentes ordenamientos comporta que la forma del testamento pueda quedar regida por alguno de estos Derechos. Se pretende favorecer, así, la validez de las disposiciones testamentarias mediante un juego alternativo de distintos puntos de conexión que designan distintas leyes.

7. Actualmente, en el ordenamiento español, la determinación del Derecho aplicable a la forma de los testamentos, en sentido amplio<sup>33</sup>, queda regulada por el Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias<sup>34</sup>,

---

<sup>29</sup> Vid. J. A. CARRILLO SALCEDO, «La ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. Nota sobre el proyecto de Convenio adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, IX sesión, 1960», *REDI*, vol. XIV (1961), p. 187.

<sup>30</sup> Sobre el concepto de «forma de los actos» en relación con el artículo 11 Cc., vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Artículo 11», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, EDERSA, 1995, pp. 805-808.

<sup>31</sup> Así, artículo 125.1 CSCM, artículo 687 Cc. Igualmente, aunque más amplia, la ley 206 FNN.

<sup>32</sup> Vid. E. ROCA TRÍAS, «Les formes testamentàries», Capítulo VII, en L. PUIG I FERRIOL, E. ROCA I TRÍAS, *Institucions ...*, op. cit., p. 133, apreciación hecha con respecto al Derecho catalán pero que puede extenderse a todos los Derechos civiles españoles, en particular al Cc., que actúa en este aspecto como Derecho supletorio de la mayor parte de los mismos.

<sup>33</sup> El ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias comprende los testamentos, las memorias y los codicilos y los actos que comporten su revocación, vid. la aclaración realizada por H. BATIFFOL, «Rapport explicatif», *Conférence de La Haya de Droit International Privé. Actes et Documents*, IX, t. III, p. 160. Ello es importante porque tanto en Derecho civil catalán, mallorquín o navarro se conoce una u otra institución, sino las dos. Sin embargo, no es aplicable a las sucesiones contractuales, puesto que no poseen el carácter esencialmente unilateral y revocable. Vid. H. BATIFFOL, «Rapport explicatif», op. cit., p. 168.

<sup>34</sup> Hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 («BOE» núm. 197, de 17 de agosto de 1988).

con efectos *erga omnes*, de acuerdo con su artículo 6.º De esta manera, el artículo 11 Cc. queda, por lo que se refiere a la forma de las disposiciones testamentarias, vacío de contenido al ser virtualmente derogado por el Convenio<sup>35</sup>. Aun así, puede cuestionarse si este precepto es aplicable a conflictos internos, dado que el Convenio de La Haya de 1961 no prevé su aplicación para un ámbito puramente interno. La existencia de estas dos regulaciones, autónoma y convencional, en el ordenamiento español tiene que ser salva-da mediante una interpretación analógica del artículo 16.1 Cc. y una constatación de que ambas comprenden el mismo ámbito material, para acabar concluyendo que el Convenio de La Haya de 1961, debido a su carácter universal, rige también los conflictos de leyes internos<sup>36</sup>. Si no fuera así nos encontraríamos con la paradoja de aplicar el Convenio de La Haya de 1961 para determinar cuál de los Derechos civiles españoles es el aplicable<sup>37</sup> en un supuesto con elemento de extranjería en que resulta designado el Derecho español, mientras que en supuestos puramente internos deberíamos de aplicar el artículo 11.1 Cc.<sup>38</sup> Se gana en coherencia sin que se cree, por otra parte, una distorsión, ya que ambas regulaciones responden al mismo principio (*favor validitatis*).

<sup>35</sup> El Convenio admite la validez formal de una disposición testamentaria como consecuencia de la remisión a una legislación no prevista en el mismo. En este sentido, el artículo 11 Cc. contiene un criterio que el artículo 1.º del Convenio no considera al aceptar la validez formal de los testamentos de acuerdo con la ley aplicable al contenido de los mismos. Sin embargo, este criterio no supone la incorporación de una ley no prevista por el Convenio porque la conexión contenida en el artículo 9.8 Cc. se encuentra ya en el artículo 1 del Convenio.  *Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Artículo 11», op. cit., pp. 800 y 832.*

<sup>36</sup>  *Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, «La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española», REDI, 1993, 1, pp. 131-148. Asimismo favorable, vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Les ordres plurilégislatifs ...», op. cit., pp. 172-173. Igualmente, M. A. LÓPEZ SUÁREZ, «El testamento mancomunado o de hermandad otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil», *Conflictos de leyes en el desarrollo ...*, op. cit., pp. 449 y ss. Por el contrario, dejando la cuestión abierta, vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Artículos 4.º y 5.º», op. cit., pp. 150 y ss. Igualmente, M. REQUEJO ISIDRO, «Artículo 137», epígrafe III, en colaboración con J. M. LETE DEL RÍO, en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXII, vol. 2.º, Madrid, EDESA, 1997, pp. 1048 y ss.*

<sup>37</sup> El Convenio de La Haya de 1961 contiene una cláusula implícita para resolver la remisión a sistemas plurilegislativos,  *vid. artículo 1.2.º*, de tal modo que continuarán operando las conexiones establecidas en las letras a, b, c, d, e, del propio artículo 1.º, salvo el criterio relativo a la nacionalidad que quedará sustituido por el determinado por las normas vigentes en el sistema plurilegislativo y, en su defecto, «por el vínculo más efectivo que tuviera el testador con una de las legislaciones que componen ese sistema». El criterio de la nacionalidad será sustituido por el de vecindad civil, de conformidad con el artículo 16.1.1.º Cc.

<sup>38</sup>  *Cfr., J. J. FORNER DELAYGUA, «Forma de las disposiciones testamentarias: reforma del Código civil español y de la legislación catalana», REDI, 1992, 1, p. 273, mantenía un doble régimen, tráfico externo (arts. 732.2, 733 y 734 Cc. y Convenio de La Haya de 1961) e interregional (arts. 11-1.1 y 2 Cc.), aunque con una visión crítica, vid. pp. 273-275.*

No cabe extenderse en un análisis pormenorizado del Convenio de La Haya de 1961<sup>39</sup>; con carácter general basta con resaltar que sus objetivos son el *favor testamenti* y el garantizar la validez universal de la forma de la disposición testamentaria en cuestión. Sin embargo, considero interesante señalar tres puntos que se desprenden de su aplicación en España a un ámbito puramente interregional.

#### A) *Trascendencia del artículo 5.º*

8. En el artículo 5.º del texto convencional se determina la inclusión de aquellas normas que se refieren a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador o los testigos en el ámbito de aplicación material del Convenio, al considerarlas como cuestiones de forma, en la medida en que supongan un límite a alguna de las formas admitidas de disposiciones testamentarias. Sin embargo, esta inclusión no implica someter la capacidad de los menores en materia de testamento, o como testigos, a la ley que rige la forma<sup>40</sup>. En este sentido, cabe señalar que en distintos Derechos civiles españoles se encuentran diversas normas<sup>41</sup> que limitan las formas admitidas de disposiciones testamentarias por razón de las circunstancias personales referidas en el artículo 5.º del Convenio y que, por consiguiente, deben entenderse incluidas en su ámbito material. De esta manera, éstas no son las únicas normas aplicables para determinar la validez formal de la disposición testamentaria otorgada, ya que estas cuestiones estarán sujetas a alguna de las leyes previstas en el artículo 1.º. Ahora bien, en el ámbito interregional, dada la inexistencia de normas al respecto en alguno de los Derechos civiles españoles –suplidas por el Código civil en virtud del artículo 13.2 del mismo cuerpo legal– y la coincidencia en el contenido de alguno de estos preceptos<sup>42</sup>, el artículo 5.º del Convenio de La Haya tiene escasa relevancia. La aplicación de esta norma básicamente se reduce a dos supuestos. El primero de ellos se suscita a raíz de la posibilidad de que los mayores de

---

<sup>39</sup> Me remito a la bibliografía citada por J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993). Traducción al castellano*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 123, en relación con este Convenio.

<sup>40</sup> Vid. H. BATIFFOL, «Rapport explicatif», *op. cit.*, p. 168.

<sup>41</sup> Como los artículos 681, y demás disposiciones que a este precepto se remiten al referirse a la presencia de testigos idóneos, como los artículos 697, 707.7.º, 716 *in fine*, 722, etc., 701, 688.1 Cc.; ley 186 FNN –aunque se presume que no se refiere a la vecindad civil tal como se infiere de su segundo párrafo, sino a la vecindad administrativa (vecinos del mismo pueblo o ciudad)–; artículos 98 a 100 LSCM o los artículos 108 y 120 CSCM.

<sup>42</sup> Vid. artículo 681 Cc. y artículo 108 del CSCM, así como artículo 688.1 Cc. y artículo 120 CSCM.



catorce años puedan ser testigos conforme al artículo 100.1.a) LCSM aragonesa, a diferencia de lo que se prevé en el resto de Derechos civiles en los que los testigos deben tener la mayoría de edad. De este modo, si una persona con vecindad aragonesa otorga testamento fuera de Aragón los testigos podrán tener entre catorce y dieciocho años, así como en el caso de que una persona con otra vecindad otorga testamento en Aragón. Por otra parte, y con mucha menor relevancia, está el supuesto en que una persona de vecindad civil «común», o con otra vecindad civil cuyo Derecho de sucesiones haga una remisión en este punto al Código civil <sup>43</sup> o bien cuando éste actúe supletoriamente <sup>44</sup>, otorga testamento en Cataluña <sup>45</sup> ante testigos mayores de dieciséis años en caso de epidemia, amparándose en el artículo 701 Cc. De conformidad con el artículo 108 CSCM no podrán ser testigos los menores de edad, pero al tratarse de una cuestión que cae dentro del ámbito del artículo 5.º del Convenio de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias cabe aplicar alguna de las leyes previstas en el artículo 1.º del texto convencional, y entre ellas está la ley de la nacionalidad poseída por el testador en el momento en que dispuso <sup>46</sup>. De esta manera, no puede ponerse en duda la validez formal del testamento porque, en la medida en que el Código civil sea el que rija la forma del mismo, en los casos previstos en el artículo 701 Cc. los testigos pueden ser menores de edad –aunque deben ser mayores de dieciséis años <sup>47</sup>.

Por último, debe concluirse precisando que aquellas circunstancias que impliquen la imposibilidad fáctica, y no un límite formal impuesto por la ley, de seguir las formas generales de manifestar la disposición testamentaria, como la ceguera o la sordera, no son consideradas como circunstancia o cualidad personal en el sentido del artículo 5.º <sup>48</sup>. Se trata de normas que no comportan *per se* un

<sup>43</sup> Vid. ley 188 FNN, artículos 52, 65 y 70 CDCIB, artículo 29 LDCFPV –en relación con el Fuero de Vizcaya–. Con respecto a este último hay que advertir que está regulado el testamento *hil-buruko*, testamento otorgado en peligro inminente de muerte ante tres testigos. Esta forma de otorgar testamento debe ponerse en relación con el artículo 700 Cc., que exige cinco testigos, por lo que el artículo 701 Cc. rige también para las personas con vecindad civil vizcaína aforada.

<sup>44</sup> Fuero de Álava (vid. la remisión general efectuada en el artículo 3 LDCFPV), Derecho gallego (vid. la remisión general efectuada en el artículo 3 LDCG) y Derecho aragonés (vid. artículo 1 CDCA).

<sup>45</sup> O a la inversa, persona de vecindad civil catalana que otorgue testamento en territorio español fuera de Cataluña.

<sup>46</sup> O ley del lugar en que dispuso, para el caso previsto en la nota precedente.

<sup>47</sup> Se plantea una contradicción entre el artículo 701 Cc. y el 105.3 CSCM, vid. *infra* núm. marginal 11.

<sup>48</sup> Vid. H. BATHIFFOL, «Rapport explicatif», *op. cit.*, p. 169. No quedan pues incluidos en el artículo 5.º los siguientes preceptos: artículos 697, 708, y 681.2 Cc.; artículos 107.2, 108.2 y 115 CSCM; artículo 136.b) LDCG; artículos 52.b), 65 y 70 CDCIB; artículo 100.1.b) LCSM.

límite formal, sino que adoptan una regla especial relativa a la forma para adaptarse a determinados supuestos fácticos.

## B) *Calificación del testamento mancomunado*

9. La ley aplicable al testamento mancomunado se presenta como una cuestión no definitivamente resuelta en Derecho español<sup>49</sup>, dada la disparidad existente y la confusión por lo que se refiere a su calificación. La diversidad se refleja en el hecho de que algunos Derechos civiles lo permiten<sup>50</sup>, mientras que en otro se prohíbe explícitamente<sup>51</sup> y, finalmente, en otros ni se admite ni se prohíbe<sup>52</sup>. Sin embargo, lo que es realmente significativo, desde la perspectiva conflictual, es la falta de acuerdo en calificar el testamento conjunto como una cuestión de fondo o de forma. Ciertamente, la distinción es difícil porque no cabe duda de que si se trata de una cuestión de fondo, ésta se manifiesta mediante un documento único para expresar la voluntad testamentaria de varias personas, mientras que si se trata de una cuestión formal, ésta trasluce una opción de carácter material. Sin embargo, parece necesario pronunciarse en uno u otro sentido sobre este problema. Ello tiene importantes consecuencias porque se aplicará una norma de conflicto u otra en función de la calificación formal o sustantiva<sup>53</sup>.

Hasta ahora la doctrina ha examinado esta cuestión desde la perspectiva del Derecho contenido en el Código civil<sup>54</sup>, olvidando la existencia de los demás Derechos españoles. En cualquier caso,

<sup>49</sup> De manera sintética las diferencias se ponen de relieve en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, Capítulo 13, «Spain» en *European Succession Laws*, Bristol, Jordans, 1998, p. 315.

<sup>50</sup> Artículos 102 y ss. LSCM; artículos 137 y ss., LDCG; leyes 199 y ss. FNN y artículos 49 y ss. LDCFPV.

<sup>51</sup> *Vid.* artículo 669 Cc. Debe tenerse en cuenta la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes –*vid.* M. CUADRADO IGLESIAS, «El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981», *RDP*, 1983, pp. 1091-1116–, en cuyo artículo 22.1 se admitía que los cónyuges puedan otorgar testamento abierto mancomunado «a fin de ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria en su integridad». Esta ley –que también admitía el pacto sucesorio, testamento por comisario, etc.– fue derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias («BOE» de 5 de julio). La derogación se debe a la falta de arraigo de estas instituciones en los territorios de derecho común, *vid.* J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Común y foral*, t. I, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 278-279.

<sup>52</sup> Cataluña, claramente, y Baleares, aunque el Cc. puede ser aplicado supletoriamente.

<sup>53</sup> *Vid.* M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.*, pp. 1039 y ss.

<sup>54</sup> Excepción hecha de E. ZABALO ESCUDERO, «El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés», *RGD*, núms. 541-542, 1989, pp. 6351-6370, y M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.*

hay autores que se inclinan por considerar el testamento mancomunado como una institución substantiva<sup>55</sup> o bien que resulta de la capacidad de los otorgantes<sup>56</sup>, mientras que otros autores lo conciben como una de las formas testamentarias, al menos al encuadrarlo en el ámbito del Convenio de 1961 anteriormente citado<sup>57</sup>, y hay quien lo considera una cuestión irrelevante<sup>58</sup>. El problema debe abordarse calificando el instituto desde cada Derecho civil español<sup>59</sup>, con el fin de comparar las distintas aproximaciones y

<sup>55</sup> Vid. E. ZABALO ESCUDERO, «El testamento conjunto...», *op. cit.*, pp. 6355 y 6357, en relación con el testamento mancomunado aragonés. Vid. V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado...*, *op. cit.*, p. 274, así como p. 288; igualmente en «Conflictos interregionales en Derecho sucesorio», *Libre del II Congrés Jurídic Català*, *op. cit.*, pp. 235-236, al especificar que el testamento mancomunado es una formalidad a regir por el estatuto personal. Vid. J. A. CARRILLO SALCEDO, «La ley aplicable...», *op. cit.*, p. 188. Vid. A. MARÍN LÓPEZ, *Las sucesiones en Derecho Internacional Privado*, Granada, Universidad de Granada, 1957, p. 71, calificándolo como cuestión de fondo del testamento, aunque regulándolo por la ley aplicable a la capacidad. Vid. L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, t. I, Bosch, Barcelona, 1995, p. 205, nota 391, Derecho aragonés; p. 239, Fuero Nuevo de Navarra; p. 245, Derecho civil del País Vasco (Vizcaya); y, con carácter general, *vid.* pp. 256-257. Vid. J. M. TRÍAS DE BES Y GIRÓ, «Conflicto de leyes en la sucesión testamentaria», *Estudios de Derecho Sucesorio*, Barcelona, Colegio Notarial de Barcelona, 1946, pp. 240-241.

<sup>56</sup> Vid. M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español...*, *op. cit.*, p. 253, aunque al mismo tiempo integra el testamento mancomunado y la prohibición del artículo 733 Cc. como una excepción legal a la regla *locus regit actum*, *vid.* pp. 31-32; *vid.* J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «La sucesión», en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 219-220; *vid.* J. L. MERINO HERNÁNDEZ, «Artículo 94», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXIV, vol. 1, Madrid, EDERSA, 1987, p. 104. Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ «Los testamentos especiales y los extranjeros», *La reforma de la Compilación. El sistema sucesorio*, *Materials III Jornades de Dret Català a Tossa*, Esplugues de Llobregat, Gráficas Signo, 1985, p. 114. Vid. sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Zaragoza de 31 de enero de 1963, confirmada por SAT de 28 de febrero de 1964, *cit.* E. ZABALO ESCUDERO, «El testamento conjunto...», *op. cit.*, p. 6357.

<sup>57</sup> Vid. E. PÉREZ Vera, Capítulo XXII, en E. PÉREZ VERA y otros, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, UNED, Madrid 1996, pp. 220-222; *vid.* A. L. CALVO CARAVACA, Capítulo IX, «Sucesión hereditaria», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, pp. 402-403. Sin embargo, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA, «La sucesión hereditaria en el Derecho Internacional privado español», *RGD*, 1986, núms. 502-503, p. 3114 —estudio anterior a la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 1961— considerando que el testamento mancomunado estaba sometido al estatuto personal por la propia naturaleza del mismo, «que no es sólo una forma de testar ni es una mera cuestión de fondo», distinguiendo entre los *testamenta mere simultanea* y los *testamenta correspectiva*.

<sup>58</sup> Vid. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Artículo 733», en *Comentario del Código civil*, Tomo I, (Coord. C. PAZ-ARES), Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 1835, atendiendo a la naturaleza del precepto. Sin embargo, *vid.* p. 1836, destaca que el objeto del artículo 4.º del Convenio de La Haya de 1961 «es, exclusivamente, la forma del negocio jurídico; mientras que la prohibición del testamento mancomunado existente en ciertos ordenamientos jurídicos es una cuestión distinta y no regulada por el Convenio de 1961»; *vid.* p. 1837, al considerar que la admisibilidad o prohibición queda regida por la «ley rectora de la sucesión de los testadores».

<sup>59</sup> El Convenio de La Haya de 1961 no implica una calificación formal del testamento conjunto. La forma del testamento mancomunado quedará regida por las leyes contempladas por el artículo 1 del citado Convenio, pero sólo en la medida en que la ley aplicable al fondo admita esta modalidad testamentaria. Vid. H. BATIFFOL, «Rapport explicatif», *op.*

posteriormente llegar, si es posible, a una calificación *ex ordenamiento* jurídico español. Sólo entonces puede procederse a determinar el Derecho aplicable. Sin considerar la disparidad material en el ordenamiento jurídico español no se puede afrontar correctamente el Derecho de sucesiones.

10. Entrando ya en la calificación del testamento mancomunado se percibe en su regulación —conforme a los Derechos civiles españoles que lo prevén explícitamente— una conceptualización que va más allá de la contemplación de la institución como una mera cuestión de forma. En efecto, el testamento mancomunado tiene un contenido y provoca unos efectos distintos a los del testamento unipersonal<sup>60</sup>, debido a la vinculación entre los testadores surgida a raíz del hecho de testar conjuntamente<sup>61</sup>, de ahí las prevenciones en relación a la revocación. Ello indica que el testamento de mancomún es un tipo testamentario, sin perjuicio de que existan reglas relativas a la forma que deban respetarse en el momento de otorgarse. Por lo que se refiere al Derecho aragonés, parece justificable obviar su examen en este punto en atención a la argumentación expuesta por la profesora Zabalo, favorable a una calificación substantiva del testamento de mancomún<sup>62</sup>. Por su parte, el Derecho navarro prevé el llamado

---

*cit.*, pp. 167-168, así como su informe al Anteproyecto, p. 25. *Vid.* J. A. CARRILLO SALCEDO, «La ley aplicable...», *op. cit.*, pp. 187-188; V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado...*, *op. cit.*, pp. 287-288; L. ROCA -SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, p. 261. Coherente con esta delimitación, la Conferencia de DIPR en el Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte incluyó en la regulación relativa a las sucesiones contractuales los testamentos conjuntos. *Vid.* el Informe explicativo de D. W. M. WATERS, en *Actes et Documents de la Seizième session. Successions -loi applicable*, t. II, 1988, pp. 568 y ss.

<sup>60</sup> *Vid.* el coloquio posterior a la ponencia de F. GARCÍA VICENTE y otros, «El testamento mancomunado», en *Foro de Derecho aragonés. Terceros encuentros*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1994, p. 37, destacando los distintos efectos del testamento mancomunado y el testamento individual, en relación con el Derecho aragonés anterior a la LSCM (*vid.* artículos 104 —efecto de la corresponsividad— y 108 —pacto al más viviente—, por remisión del artículo 95 CDCA, *vid.* RDGRN de 23-4-1986, salvo que haya declaración expresa en contrario, *vid.* STSJ de Aragón de 29-5-1991). Igualmente, J. M. ENCISO SÁNCHEZ, «El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que desean instituirse herederos el uno al otro», *RDCA*, 1996, II, núm. 2, pp. 113-128, y A. CALATAYUD SIERRA, «La institución hereditaria recíproca entre cónyuges sin descendientes. El art. 108.3 de la Compilación: su naturaleza jurídica y efectos en el Derecho interespacial», *RDCA*, 1996, II, 2, pp. 99-111.

<sup>61</sup> *Vid.* V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado...*, *op. cit.*, p. 288. *Vid.* A. CELAYA IBARRA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 80, subrayando que «el testamento mancomunado no es una unión formal de dos testamentos». *Vid.* E. ZABALO ESCUDERO, «El testamento conjunto...», *op. cit.*, 1989, p. 6355.

<sup>62</sup> *Vid.* E. ZABALO ESCUDERO, «El testamento conjunto...», *op. cit.*, pp. 6354 y ss. *Vid.*, igualmente, F. GARCÍA VICENTE, «El testamento mancomunado», en *Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 12, que lo encuadra en el ámbito de la aptitud para testar, acudiendo al artículo 9.8 Cc., *vid.* p. 11. Debe destacarse que la LSCM ha incorporado novedades a la regulación del testamento mancomunado, a reseñar especialmente la posibilidad de testar en mancomún sin necesidad de que exista un vínculo conyugal entre los otorgantes, pero todo ello no empece a la calificación substantiva defendida por estos autores.

testamento de hermandad que permite testar conjuntamente a cualquier persona de vecindad civil navarra sin necesidad de que sean cónyuges<sup>63</sup>. Asimismo, se regula la forma de otorgamiento del testamento mancomunado, prohibiendo la forma ológrafa<sup>64</sup>, lo que demuestra que el testamento de hermandad se concibe como una institución de carácter material<sup>65</sup>. Por último, el testamento mancomunado se reincorpora en la LDCFPV con el propósito evidentemente material de preservar y favorecer la troncalidad<sup>66</sup> y tener en cuenta el régimen económico matrimonial vigente en Vizcaya<sup>67</sup>. En Derecho gallego se ha incorporado también la posibilidad de que los cónyuges puedan otorgar testamento mancomunadamente<sup>68</sup>. Pero parece que el testamento mancomunado se acoge como una forma conjunta de testar en la que permanece la unilateralidad en el fondo<sup>69</sup>. Con todo, se aprecia la distinción entre el testamento individual y el mancomunado en cuanto éste es correspectivo. En cualquier caso, desde el Derecho interregional, el testamento conjunto se adscribe al estatuto sucesorio, y no al estatuto formal<sup>70</sup>.

<sup>63</sup> Curiosamente la concordancia de la ley 200 del Fuero Nuevo de Navarra con el Cc. es el artículo 11 y el artículo 732 (*sic*), *vid.* P. DE PABLO CONTRERAS y otros, *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Derecho histórico. Concordancias. Jurisprudencia*, Pamplona, 1988, p. 276.

<sup>64</sup> A diferencia del Derecho aragonés si atendemos a la STS de 1-2-1969, aplicando el Apéndice al Derecho civil correspondiente a Aragón de 1925, así como al artículo 94 CDCA. Actualmente, con la reciente LSCM, se admite en Derecho aragonés el testamento mancomunado ológrafo (art. 96 LSCM).

<sup>65</sup> Se deduce asimismo de un argumento sistemático, por cuanto en el FNN se regula el testamento de hermandad en el Título V del Libro II que se refiere al testamento y sus formas, ocupándose el Capítulo II del referido Título a las formas del testamento, mientras que el Capítulo V está dedicado al testamento de hermandad, con la misma entidad que el Capítulo III (codicilo) o el IV (memorias testamentarias), que son cuestiones de fondo, regidas por la ley sucesoria. Sin embargo, *vid.* la ley 193, contenida en el Capítulo II.

<sup>66</sup> *Vid.* J. de OLEAGA y ECHEVARRÍA, «Testamentos *il-buruko* y mancomunado», *El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 192.

<sup>67</sup> El régimen de comunicación por el que los cónyuges son titulares de la mitad del patrimonio de la sociedad conyugal, *vid.* A. CELAYA IBARRA, *Curso ...*, *op. cit.*, p. 79, quien, de forma coherente, al exponer las formas del testamento no incluye el testamento de hermandad—sino abierto, cerrado, ológrafo e *hil buruko*—, que está ubicado en el Capítulo 7 relativo a las modalidades del testamento.

<sup>68</sup> Tal como apunta J. M. LETE DEL RÍO, «Artículo 137», *op. cit.*, pp. 1025-1026, era ésta una práctica deseada en Galicia y los notarios se las arreglaban para adaptar los preceptos del Cc. a las necesidades de los disponentes. Por el contrario, F. J. LORENZO MERINO, *El Derecho Civil de Galicia y la propuesta de Compilación del 22 de marzo de 1991*, Santiago de Compostela, Publicacions da Asociacion Galega de Estudios Xuridicos, 1992, p. 58, considera que se recoge una tradición previa al Cc.

<sup>69</sup> *Vid.* M. A. MARTÍNEZ GARCÍA, «Del testamento mancomunado», *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1996, pp. 123 y ss., particularmente p. 125. *Vid.* J. M. LETE DEL RÍO, «Artículo 137», *op. cit.*, p. 1028.

<sup>70</sup> *Vid.* M. A. MARTÍNEZ GARCÍA, «Del testamento mancomunado», *op. cit.*, pp. 127-128. *Cfr.* M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.*, pp. 1042 y ss., quien partiendo de una calificación formal considera que debe ser la ley sucesoria la que rija esta cuestión, dada la particular trascendencia sustantiva de esta forma testamentaria, «como signo del régimen sustancial», p. 1045.

En relación con el Derecho contenido en el Código civil existe una prohibición de testar en mancomún por la que se impone la unilateralidad absoluta <sup>71</sup>. Los motivos que provocaron esta prohibición provienen de los planteamientos seguidos en el Código civil francés. No hay que olvidar que en el Derecho de Castilla anterior al Código civil el testamento mancomunado, aunque excepcional, estaba admitido <sup>72</sup> y si la institución —al igual que el testamento por comisario, por ejemplo— se suprimió fue por sus inconvenientes materiales, por sus efectos <sup>73</sup>, no en orden a consideraciones de carácter formal <sup>74</sup>. Se temía que la aceptación del testamento mancomunado se produjera captación de voluntad. Se consideraba también que se violentaba otro de los principios básicos en el Derecho de sucesiones del Código civil, además de la unilateralidad y la libertad de testar, cual es la revocabilidad <sup>75</sup>. Por consiguiente, la prohibición expresa una preocupación de orden material: se quiere preservar la libertad individual del testador <sup>76</sup>, el cual debe expresar su voluntad mediante testamento, comprendido como un acto personal <sup>77</sup>. A mayor abundamiento, la aceptación del testamento mancomunado en la ya derogada Ley 49/1981, del estatuto de la explotación familiar agraria, puso de manifiesto que esta institución comportaba unos efectos que no se consiguen *per se* con el testamento unipersonal, puesto que si se tratara de una mera cuestión formal no se necesitaría excepcionar la prohibición del artículo 669 Cc.

---

<sup>71</sup> Vid. L. Díez-Picazo, A. Gullón, *Sistema de Derecho civil, op. cit.*, p. 358.

<sup>72</sup> Vid. F. Sánchez-Román Gallifa, *Estudios de Derecho civil, op. cit.*, p. 310. Igualmente, *vid.* V. L. Simó Santonja, B. Lober, «Herencias de extranjeros en España», *RDN*, núm. 95, 1977, p. 122. También M. Cuadrado Iglesias, «El testamento mancomunado ...», *op. cit.*, pp. 1092-1093. De ahí la disposición transitoria segunda del Cc., que tolera la validez de los testamentos mancomunados otorgados bajo el régimen anterior.

<sup>73</sup> Vid. W. Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado, II*, Buenos Aires, E. J. E. A., 1954, pp. 345 y ss., encuadrando el otorgamiento de testamento mancomunado en el artículo 11 Cc., aceptando que los extranjeros puedan otorgar testamentos mancomunados en territorio de Derecho común, al contener el párrafo 1.º del artículo 11 Cc. una regla facultativa. Pero obsérvese la posición del autor en caso de que no se comparta su posición: «pero aun aceptando el carácter obligatorio del art. 11, pár. 1.º, C. c. debe admitirse el testamento mancomunado de los extranjeros otorgados en el territorio español de Derecho común. En efecto, no se trata en el art. 669 C.c. de la prohibición de una forma especial; tampoco se trata de una incapacidad especial. Se trata más bien de la prohibición de una institución (testamento mancomunado) en atención a sus efectos (irrevocabilidad después de la muerte de uno de los testadores) considerados como perjudiciales...», *vid.* p. 346.

<sup>74</sup> Cfr. J. L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 323.

<sup>75</sup> Vid. D. Espín Cánovas, «Artículo 669», en *Comentario del Código civil*, tomo I, (Coord. C. Paz-Ares), Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 1682. *Id.*, asimismo, J. D. González Campos, «Artículo 733», *op. cit.*, p. 1837.

<sup>76</sup> Vid. STS de 29-1-1960, calificando a la mancomunidad como vicio de fondo.

<sup>77</sup> Vid. D. Espín Cánovas, «Artículo 669», *op. cit.*, p. 1683.

En definitiva, puede concluirse que el testamento mancomunado comporta una regulación de carácter material, tanto respecto de los Derechos que lo admiten, como de aquél que lo prohíbe. Esta posición repercute en el tratamiento conflictual, de manera que la ley que rige esta modalidad testamentaria es la *lex successionis*, designada por el artículo 9.8 Cc.<sup>78</sup>.

C) *Existencia de normas unilaterales en relación a la forma en algunos Derechos civiles españoles*

11. Algunos Derechos civiles españoles poseen normas que fijan el ámbito de aplicación territorial de determinadas cuestiones de forma<sup>79</sup>. El carácter territorial de estas normas podría impedir el juego alternativo previsto el artículo 1.º del Convenio de La Haya de 1961. Se presenta, entonces, una disputa entre la norma de conflicto general, que admite la aplicación de varias leyes para conseguir la validez del testamento, y las normas autolimitadas especiales.

En mi opinión, las normas autolimitadas autonómicas deben ceder ante el principio *favor validitatis testamenti* —compartido por todos los Derechos españoles—<sup>80</sup> y no obstaculizar el juego alternativo del artículo 1.º del Convenio de La Haya. La aplicación de estas normas autonómicas debe limitarse a supuestos puramente internos<sup>81</sup> —sin factor de interregionalidad—; en caso contrario incurren en el riesgo de que puedan ser consideradas inconstitucionales. En efecto, no cabe aducir ningún pretexto para justificar la necesidad de tales disposiciones. Primero, se trata de normas que pertenecen a dos esferas distintas: por una parte, norma relativa a los conflictos de leyes y, por otra parte, norma

<sup>78</sup> El panorama es más complejo porque varios Derechos españoles se sirven de una norma para extender la prohibición o admisión de este testamento. Al ser una cuestión de fondo, *vid. infra* núms. marginales 19, 20 y 21.

<sup>79</sup> *Vid.* artículo 105.3 del CSCM «No serán válidos los testamentos otorgados en Cataluña exclusivamente ante testigos»; ley 185 FNN «En los testamentos otorgados en Navarra los testigos deberán ser idóneos y rogados»; artículo 98.1 LSCM «En el testamento notarial otorgado en Aragón no será precisa la intervención de testigos, salvo que concurren circunstancias especiales en un testador o que expresamente lo requieran uno de los testadores o el Notario autorizante». El artículo 30 LDCEPV «En ningún testamento notarial otorgado en el territorio de Bizkaia será precisa la intervención de testigos, salvo que expresamente lo requieran el testador o el Notario autorizante», presenta un problema diferente.

<sup>80</sup> Igualmente, J. J. FORNER DELAYGUA, «Forma de las disposiciones ...», *op. cit.*, p. 275, en relación con el artículo 105.3 CSCM. *Vid.* también M. GARRIDO MELERO, «La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el Derecho catalán actual», *La Notaría*, 1996, 7-8, pp. 175-177.

<sup>81</sup> Contraria a esta interpretación, en relación con la norma catalana, *vid.* E. ROCA I TRÍAS, «Les formes testamentàries», *op. cit.*, p. 134.

autonómica material de Derecho civil. Segundo, no puede sustentarse la necesidad ineludible del cumplimiento de tal formalidad, dado que ésta no tiene por qué cumplirse en la medida en que una persona con vecindad civil de una de estas Comunidades Autónomas otorgue testamento fuera del territorio de su Comunidad Autónoma. Por lo tanto, no se trata de solemnidades esenciales ni imprescindibles que puedan encuadrarse en el artículo 11.2 Cc. El requisito no va ligado a la ley personal de los otorgantes con vecindad civil aragonesa, catalana, navarra o vasca, según el caso. Tercero, no puede sostenerse que estas disposiciones sean garantía de la supervivencia de las instituciones de estos Derechos civiles, ni tampoco alegar su origen histórico —que, por otra parte, sólo puede presentarse respecto al artículo 105.3 CSCM—. Por último, no cabe alterar la voluntad convencional —en la medida en que ello se acepte— con este tipo de normas porque supone mediatizar su objeto <sup>82</sup>.

Por otra parte, el artículo 30 LDCFPV tiene que ser analizado desde dos perspectivas: como norma de carácter territorial en supuestos interregionales y como norma relativa a la forma en supuestos internos (territorio de Vizcaya). En el plano interregional no tiene el inconveniente que presentan normas de otros Derechos civiles españoles, que impiden el juego alternativo en el que se fundamenta el artículo 1.º del Convenio de La Haya de 1961. El artículo 30 LDCFPV no entorpece la aplicación a la forma del testamento notarial de una ley distinta a la del lugar de otorgamiento, basta con que el testador o el notario autorizante requieran la intervención de testigos en la medida en que la forma quede regida por una ley distinta a la vizcaína <sup>83</sup>. Desde este ángulo, lo mismo puede decirse de la norma aragonesa (artículo 98.1 LSCM). Ahora bien, si analizamos el artículo 30 LDCFPV desde una perspectiva interna, nos encontramos con que se adopta una norma que tiene un alcance que va más allá del Infanzonado, ámbito territorial del Fuero de Vizcaya, y se extiende a todo el territorio no aforado. En este sentido, creo que puede

---

<sup>82</sup> En consecuencia: una persona con vecindad civil «común» podrá otorgar testamento en Cataluña exclusivamente ante testigos, en las condiciones previstas en los artículos 700 y 701 Cc. o bien otorgar el acto de última disposición siguiendo las formas establecidas en la legislación catalana; una persona que ostente vecindad civil catalana podrá otorgar testamento en Navarra exclusivamente ante testigos, que deberán ser idóneos y rogados (leyes 185 y 186.1 FNN) o bien, ante Notario sin intervención de testigos (artículo 107 CSCM); y, finalmente, una persona con vecindad civil navarra podrá otorgar testamento notarial en Vizcaya sin necesidad de que intervengan testigos (artículo 30 LDCFPV) o bien otorgarlo ante párroco o clérigo ordenado de presbítero (leyes 186.3, 187, 190 y 191 del FNN).

<sup>83</sup> Por ejemplo, porque el testador ostente la vecindad civil navarra y prefiera otorgar testamento conforme a su ley personal, en cuyo caso deberán intervenir dos o siete testigos, en función de si el testamento es abierto o cerrado; *vid.* ley 188 FNN.



considerarse inconstitucional <sup>84</sup>, puesto que el legislador autonómico no tiene competencia atribuida para adoptar una norma de este tipo <sup>85</sup>. Ciertamente, se trata de un falso conflicto porque tanto en el Fuero de Vizcaya como en el Código civil, artículos 697 y 707, los testigos son innecesarios. Pero si ambos Derechos civiles tuvieran normas contradictorias, surgiría el dilema de saber qué ley rige la situación <sup>86</sup>.

### 3. LEY APLICABLE AL FONDO

#### A) Lex successionis y lex testamenti

12. El artículo 9.8 Cc. declara aplicable al fondo de la sucesión hereditaria la ley personal del causante al tiempo del fallecimiento <sup>87</sup>, pero introduce una salvedad para el caso de que se haya otorgado testamento o dispuesto en pacto sucesorio ostentando otra ley personal, de tal manera que estas disposiciones conservarán su validez conforme a la ley de la vecindad del testador o disponente. La incorporación de esta previsión es positiva al comportar el respeto a la voluntad del testador en el marco de un ordenamiento jurídico <sup>88</sup>, pero no puede negarse que la ley que rige la sucesión, y con ella el contenido del testamento, es la de la vecindad del causante en el momento de su fallecimiento. En efecto, el artículo 9.8 Cc. no efectúa en rigor una distinción conflictual entre la sucesión prevista por el causante (testada o paccionada) y la intestada. El precepto únicamente prevé una cláusula para garantizar que la voluntad del causante expresada en las consiguientes disposiciones sea tenida en cuenta al ordenar su sucesión, pero dentro del margen de disposi-

---

<sup>84</sup> De ahí nace el recurso de inconstitucionalidad que se interpuso contra el artículo 30 LDCFPV, del que más tarde desistió el Gobierno que consideraba, además, que atentaba contra la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de instrumentos públicos. En efecto, el Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad, de 7 de noviembre de 1992, contra algunas de las disposiciones de la LDCFPV, pero finalmente desistió, de conformidad con el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1537/1992, de 27 de mayo de 1993, por inexistencia de fundamentos jurídicos suficientes y, en consecuencia, el TC no se ha pronunciado al respecto al tenerlo por desistido por Auto de 1 de diciembre de 1993.

<sup>85</sup> Sin embargo, *vid.* el artículo 6.2 LDCFPV.

<sup>86</sup> Supongamos que el Cc. se modifica y se exige la intervención de testigos: ¿sería aplicable el artículo 30 LDCFPV –testigos innecesarios– si se trata de un testador vizcaíno no aforado que otorga testamento notarial en Bilbao en relación a bienes situados en Durango?

<sup>87</sup> Este criterio se sostenía incluso con anterioridad a la entrada en vigor del Cc. *Vid.*, en relación con supuestos interregionales, RDGR de 28-4-1876; STS de 5-7-1893; STS de 16-12-1894; STS de 14-12-1901.

<sup>88</sup> *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, EDESA, 1995, p. 370.

ción concedido conforme a la *lex successionis*<sup>89</sup>. Hubiera sido mejor disponer que la sucesión intestada quedara regida por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, mientras que la sucesión testada o paccionada quedara regida por la ley nacional del causante en el momento del otorgamiento.

La oportunidad de un cambio legislativo que apueste por regular la sucesión testamentaria, y paccionada, de acuerdo con la ley correspondiente a la vecindad civil del disponente se puede reforzar con un par de ejemplos que ponen de relieve el desajuste que provoca el actual artículo 9.8 Cc. con la voluntad adoptada por el disponente en el marco de su ley personal. Estos ejemplos tienen, si cabe, mayor fuerza porque demuestran que, ante una sucesión testamentaria en la que el causante ostentaba en el momento de disponer una vecindad civil distinta a la poseída en el momento de fallecer, el desajuste provocado por la actual normativa no se limita únicamente a un tema tan importante como las legítimas, sino que puede afectar también a otros aspectos de la sucesión.

Uno de los aspectos en los que se perciben los inconvenientes de la solución establecida en el citado precepto se encuentra en la institución del albaceazgo. Éste no es un supuesto banal puesto que en la práctica cada vez se ve con mayor frecuencia el nombramiento de un albacea para que ejecute las disposiciones testamentarias. Desde la perspectiva del Derecho interregional cabe decir, en primer lugar, que la ley que rige esta institución es la ley sucesoria designada por el artículo 9.8 Cc.<sup>90</sup> Sin embargo, no es ésta una solución adecuada puesto que la disparidad en la regulación del albaceazgo de los distintos Derechos civiles españoles distorsiona la voluntad prevista por el testador que fallece ostentando otra vecindad civil. El problema se ciñe al Derecho foral navarro, el Derecho civil catalán, el Derecho civil aragonés y el Derecho civil del Código civil, que actúa supletoriamente respecto de los demás Derechos sucesorios españoles. Ciertamente, no se da entre estos Derechos una regulación substancialmente diferente, pero existe algún punto en el que hay divergencias. En efecto, en el carácter retribuido o gratuito del ejercicio del cargo de albacea se manifiesta una de las disparidades. Así, mientras que el artículo 908 Cc. parte del principio de gratuidad, el Derecho civil catalán –art. 314 CSCM–, establece que al albacea universal le corresponde el diez por ciento del valor de la herencia y al albacea particular el dos por ciento del activo hereditario líquido

---

<sup>89</sup> Se concede un margen a la autonomía privada, pero no a la autonomía de la voluntad en el sentido del DIPr., *vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Art. 9.º 8», *op. cit.*, p. 97.

<sup>90</sup> *Vid.* L. PUIG FERRIOL, *El albaceazgo*, Barcelona, 1967, pp. 293 y ss. –con especial referencia al carácter retribuido o gratuito del cargo, p. 294–, en relación con el antiguo artículo 10.2 Cc.

o de los bienes objeto de partición. Por su parte, en Derecho foral navarro, en la medida en que el causante no haya dispuesto otra cosa, se estará a la costumbre del lugar o, en su defecto, a lo que fuere equitativo. El Derecho aragonés, artículo 169 LSCM, concede una completa libertad en las determinaciones que establezca el disponente, lo cual atañe tanto a la retribución del albacea, como a las facultades otorgadas para la ejecución. En este sentido, otra de las disparidades es el abanico de funciones que puede desempeñar el albacea universal; basta comparar las limitadas facultades atribuidas por el artículo 902 Cc. con el artículo 316 CSCM<sup>91</sup>, la ley 296 FNN o el mencionado artículo 169 LSCM, para constatar las diferencias.

Las incongruencias se ponen de relieve de inmediato: la sucesión de una persona con vecindad civil «común» que dispone el nombramiento de un albacea universal –sin indicación del ejercicio de una función especial, ni mención de la retribución–, y fallece ostentando vecindad civil navarra o catalana, se verá alterada por la aplicación de la ley de la última vecindad civil. Muy probablemente, la voluntad del disponente habría sido otra si hubiera conocido las consecuencias que acarrea en Derecho navarro o catalán el nombramiento de albacea universal, por ejemplo.

El disponente nombra un albacea presumiblemente informado de los efectos que comporta su decisión, conoce por tanto las facultades que por ministerio de la ley se le atribuyen al ejecutor testamentario y la previsión relativa a la eventual retribución por el desempeño del cargo. No cabe duda alguna de que el nombramiento se lleva a cabo en función de la normativa contenida en la ley personal ostentada en el momento de disposición. En este sentido, la ley sucesoria puede alterar la voluntad del causante: ya sea porque el elenco de facultades sea más amplio o restringido de lo previsto, ya sea porque el albacea perciba o deje de percibir una remuneración. Puede aducirse que las facultades concedidas son atribuidas por ministerio de la ley, por lo que el disponente no tiene margen de actuación. Sin embargo, debe contestarse que esto no es cierto en todos los Derechos civiles españoles<sup>92</sup> que regulan esta figura y, además, debe añadirse que la institución del albacea es puramente facultativa y voluntaria, de manera que el cambio en la ley que tenía que regir la sucesión, debido al cambio de vecindad civil, perturba el fundamento de la opción escogida por el disponente.

---

<sup>91</sup> Para una comparación entre la regulación del Cc. y la del Derecho catalán *vid.* M. ALBALADEJO GARCÍA, *El albaceazgo en el Derecho español*, Madrid, 1969.

<sup>92</sup> Así el Derecho aragonés, *vid.* artículo 169 LSCM.

Otro ámbito en el que se produce una distorsión en la voluntad del causante se suscita por la existencia de la cuarta falcidia en Derecho catalán y mallorquín<sup>93</sup>. Se trata de una institución heredada del Derecho romano, y desconocida en el resto de Derechos civiles, que permite al heredero excesivamente grabado con legados retener en propiedad una cuarta parte del activo hereditario líquido, reduciendo los legados. No habrá problemas si el testador, con vecindad catalana o balear, al disponer prohíbe al heredero la retención de la cuarta falcidia. Sin embargo, el dilema surge cuando el testador no dispone nada al respecto, sabiendo que con el silencio permite al heredero el ejercicio de la cuarta falcidia. En mi opinión, no parece adecuado que el heredero no pueda ejercitar la cuarta falcidia simplemente porque el disponente falleció ostentando una vecindad cuya legislación no conoce esta institución. El otorgante con vecindad catalana o balear instituyó heredero y no le impidió el derecho a detraer la falcidia y el cambio de vecindad civil no debe alterar la regulación de aquella sucesión dispuesta en el marco de un Derecho civil simplemente porque la ley sucesoria no acoge el derecho a la cuarta falcidia<sup>94</sup>. Debe decirse, sin embargo, que a la luz del artículo 9.8 Cc. es más difícil sostener aquí la aplicación de la ley personal del disponente. En efecto, la posibilidad de ejercitar la cuarta falcidia no es propiamente una disposición hecha en testamento –a diferencia del nombramiento del albacea– sino un derecho que tiene el heredero en la medida en que el contenido del testamento y la sucesión estén regidos por la ley catalana o balear, disposiciones aplicables a Mallorca. De esta forma, en los supuestos en los que se ha dado un conflicto móvil en el que estos Derechos se hayan visto involucrados se produce una variación en el planteamiento sucesorio no prevista por el causante, ya sea porque cabe el ejercicio de la cuarta falcidia, ya sea porque no cabe.

En definitiva, es necesario mantener una interpretación amplia o flexible del 2.º inciso del artículo 9.8 Cc. que limite la aplicación de la *lex successionis* al tema de las legítimas en los supuestos en que se produzca un conflicto móvil, aun cuando debe admitirse que esta solución tampoco es completamente aceptable. Primero, porque no resuelve todos los problemas y segundo porque la excepción relativa a las legítimas no es tampoco conveniente en el

---

<sup>93</sup> Artículos 274 CSCM y 38 CDCIB, respectivamente.

<sup>94</sup> El supuesto puede darse a la inversa, ejercicio de la cuarta falcidia por parte del heredero de una sucesión en la que el causante no se había planteado nunca esta posibilidad. Sin embargo, dudo que pueda darse en la práctica porque lo lógico sería que el disponente hubiera distribuido toda la herencia en legados, posibilidad no admitida en los Derechos aplicables en Cataluña y Mallorca, en los que la institución de heredero es esencial, y sólo éste puede ejercitar la cuarta falcidia.

tráfico interregional. Ello es así no sólo por los desajustes entre la voluntad del disponente, manifestada en el marco de la ley personal ostentada en el acto de disposición, y la ley sucesoria, sino también porque rompe con la preservación del principio de igualdad exigible en las relaciones entre los distintos Derechos civiles españoles.

## B) Lex sucessionis y sistema legitimario

13. La solución óptima es la de regular esta materia mediante normas de conflicto independientes con el fin de tratar separadamente ambos tipos de sucesión, la voluntaria y la legal, debido al distinto fundamento que las sustenta. Ciertamente, se aborda un mismo problema que es el de la sucesión del causante en la titularidad de las relaciones jurídicas<sup>95</sup>. Sin embargo, el método seguido es distinto. La sucesión ordenada por el causante supone que éste tiene la facultad de disponer cuál será el destino de sus bienes, dentro de los márgenes de libertad que le conceda el ordenamiento. Por el contrario, la sucesión legal responde a un esquema que se basa en el reparto de los bienes del causante atendiendo a la particular concepción de la institución familiar en una determinada sociedad. En consecuencia, la sucesión legal no comporta suplantar la voluntad del disponente, ni la sucesión voluntaria es una excepción a las legítimas, a las que incluso se puede renunciar en alguno de los Derechos civiles españoles<sup>96</sup>. La libertad de disposición del causante es el principio sobre el que se asienta la regulación de la sucesión hereditaria —la voluntad del testador es la ley de la sucesión—, de tal modo que la sucesión legal actúa subsidiariamente, en defecto de aquella libertad, y la atribución de derechos a los legitimarios tiene un ámbito limitado<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> Hay que considerar, sin embargo, el principio de troncalidad, *vid. infra* núms. marginales 17 y 18.

<sup>96</sup> Por ejemplo, la definición (arts. 50 y 83 CDCIB), o la apartación (arts. 134 y ss. de la LDCG) o la renuncia con límites en el artículo 377 CSCM. La renuncia está también prevista en el artículo 177.3 LSCM, pero no afecta, salvo declaración en contra, a los derechos del renunciante en la sucesión intestada ni a los que se originen por disposiciones testamentarias del causante. Asimismo, cabe inferir de la ley 155 FNN la admisión implícita a la renuncia, pero no tiene mucho sentido si consideramos el sistema legitimario navarro. Sin embargo, en el Cc. la renuncia está prohibida (arts. 816 y 1271 Cc.).

<sup>97</sup> J. J. LÓPEZ BURNIOL, *vid. lección inaugural de los Estudios de Derecho de la UOC «Perspectivas del régimen jurídico patrimonial de la familia» (4-10-1997)*, ha llegado a decir que «la convicción social dominante es contraria al mantenimiento de la legítima, se plantea la cuestión de optar entre su supresión, la limitación de su alcance o la erosión de su protección», refiriéndose a la realidad social catalana y su Derecho civil. Sin embargo, estas reflexiones son compartidas también en otros ámbitos geográficos. En este sentido, el legislador aragonés recientemente ha reducido a la mitad del caudal la porción legitimaria

Estas premisas, compartidas por todos los Derechos españoles –aunque pueda haber diferencias de matiz–, deben tener reflejo en la regulación del tráfico interregional. Teniendo en cuenta estas consideraciones es lógico pensar que la ley que rija una sucesión testada o paccionada sea la correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento del otorgamiento. En efecto, el testador o disponente ordena su sucesión de acuerdo con esta ley, tiene presente la regulación relativa a los distintos modos de vocación, a la capacidad, a los límites de disposición –especialmente–, etc. En definitiva, es el marco legal en el que debería encuadrarse la voluntad del causante. Aplicar la ley de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento supone torcer los cálculos y expectativas en los que se ha basado el testador o disponente en el momento de otorgamiento <sup>98</sup>, además de distorsionar el principio sobre el que se asienta la sucesión hereditaria en DIPr. español: el principio de unidad y universalidad. En consecuencia, no se trataría únicamente de aplicar la ley correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de otorgamiento con el fin de limitarse a mantener la validez de las disposiciones hechas en testamento o pacto sucesorio, sino de que esta ley fuera la que rigiera la totalidad de la sucesión, también las legítimas <sup>99</sup>.

14. En la práctica –acogiendo una interpretación amplia del 2.º inciso del artículo 9.8 Cc.– esto ya es así <sup>100</sup>, y, conforme al artículo 9.8 Cc., solamente quedan al margen de la ley de la vecindad civil del causante al momento del otorgamiento las legítimas. Sin embargo, entiendo que sería deseable que las legítimas también quedaran sujetas a la *lex testamenti*. En este sentido, me adhiero a la argumentación de ARECHEDERRA <sup>101</sup>, que sintetizo brevemente. La legítima no es únicamente una norma imperativa, es un rasgo

---

–anteriormente eran los dos tercios– atendiendo a las voces «procedentes sobre todo de los ambientes urbanos», *vid.* el epígrafe VIII del Preámbulo a la LSCM.

<sup>98</sup> Cabe trasladar aquí, *mutatis mutandis*, los argumentos apuntados para rechazar el reenvío en los supuestos en los que interviene la autonomía de la voluntad, entre los que se encuentra la sucesión voluntaria –aunque en este supuesto se trata de una autonomía material y no conflictual–, *vid.*, por todos, N. BOUZA VIDAL, «Artículo 12.2.º», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, Madrid, EDERSA, 1995, p. 893.

<sup>99</sup> Hay que tener en cuenta que los sistemas legitimarios existentes en los Derechos civiles españoles son completamente diversos, tanto por lo que se refiere a la cuantía, como por lo que se refiere al título recibido por el legitimario en la sucesión (*legítima pars bonorum* –Cc.–, *legítima pars valoris* –Derecho gallego o catalán–), que son cuestiones que están en directa consonancia con los principios que rigen cada Derecho sucesorio.

<sup>100</sup> *Vid.* A. CALATAYUD SIERRA, «La institución hereditaria...», *op. cit.*, p. 110.

<sup>101</sup> *Vid.* L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, «Los sistemas legitimarios ante el Derecho interregional», *RDP*, 1976, pp. 503-515. También está presente el ajuste legitimario a que obliga el artículo 9.8 Cc., con los contratiempos que implica, en el estudio crítico realizado por A. URRUTIA BADIOLA, «El conflicto de leyes y las sucesiones en Derecho civil foral del País Vasco», *Conflictos de leyes en el desarrollo...*, *op. cit.*, pp. 261-285.

del sistema en el que se ejerce la facultad de disponer. En cada Derecho civil español este rasgo adquiere un carácter distinto configurando «una libertad de disposición diversamente modulada». El testamento es un negocio jurídico perfecto en el momento de otorgamiento, aunque su eficacia sea diferida, por consiguiente no cabe mantener la subsistencia de un testamento otorgado en virtud de un ordenamiento, para aplicarle un régimen legitimario nuevo perteneciente a otro ordenamiento. Esta situación conculca un derecho adquirido. Ello, si cabe, es aún más cierto respecto a los pactos sucesorios<sup>102</sup>. Por otra parte, el precepto contenido en el artículo 9.8 Cc. puede plantear problemas si tenemos en cuenta no sólo el aspecto material, el *quantum*, de la legítima –lo que comporta un ajustamiento en la partición y en el cómputo–, sino también el aspecto formal, esto es, en orden a la preterición, lo que podría comportar una nulidad de la institución de herederos –afectando a la validez de las disposiciones testamentarias–. En definitiva, dada la naturaleza de la legítima, como derecho enraizado en el ámbito familiar que se incardina en un fenómeno de autonomía privada al limitar su margen de maniobra, y no como un derecho a la herencia que nace con la muerte del causante, hay que concluir que ésta debería ser encuadrada en el Derecho correspondiente a la vecindad civil del causante en el momento del otorgamiento. En caso contrario, se pone de relieve una toma de posición de la norma de conflicto en favor de los principios sucesorios del Código civil.

La opción de política legislativa de este precepto, y la carencia de neutralidad, se constata si se compara con el artículo 134 LDCFPV<sup>103</sup>. La norma vasca determina el ámbito de aplicación extraterritorial de la *más absoluta libertad de testar*, prevista en el Fuero de Ayala, mediante la vecindad civil como criterio de delimitación unilateral. En esta norma se fija tácitamente la relevancia de la vecindad foral de Ayala **en el momento de la disposición**, precisamente porque el sistema legitimario no tiene una trascendencia esencial. En cualquier caso, se plantea un conflicto entre esta norma unilateral, que permite el apartamiento, y el artículo 9.8 Cc. que exige que se respeten las legítimas previstas en la ley correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de fallecer. Desde luego, se impone la aplicación del artículo 9.8 Cc. que es la norma que regula los conflictos interregionales, pero se evidencia la fractura del principio de neutralidad exigible a la norma de conflicto estatal.

---

<sup>102</sup> Vid. *infra* núm. marginal 25.

<sup>103</sup> Vid. A. FONT SEGURA, «Los artículos 134 LDCFPV y 9.8 Cc. en el marco constitucional», *Conflictos de leyes en el desarrollo ...*, *op. cit.*, pp. 407-426.

15. Las críticas expuestas anteriormente adquieren mayor profundidad con la entrada en vigor de la CE. En efecto, del texto constitucional se desprende el principio de igualdad existente entre los distintos Derechos civiles españoles, cuya concreción comporta un trato neutro en la determinación del Derecho aplicable en supuestos interregionales. El legislador estatal debe adoptar normas de Derecho interregional ejerciendo una competencia exclusiva que le ha sido encomendada en el marco del principio de lealtad autonómica, sin que su intervención pueda producir un trato preferente en favor de uno de los Derechos españoles<sup>104</sup>. El artículo 9.8 Cc. parte de una concepción legitimaria del Derecho sucesorio y ésta se da básicamente en el Código civil. La identificación, o si se quiere la vinculación, entre esta concepción existente en el Derecho civil «común» es tan sólida<sup>105</sup> que incluso la jurisprudencia ha llegado a proyectar en supuestos de tráfico externo el carácter esencial de las legítimas, al afirmar que su existencia es una cuestión de orden público internacional, aunque posteriormente se ha rectificado esta posición<sup>106</sup>.

Con todo, no puede tacharse de forma contundente el artículo 9.8 Cc. de inconstitucional – al menos con la actual jurisprudencia constitucional en la materia –, pese a que es evidente que supone facilitar, de manera indirecta, una aplicación del sistema de legítimas contenido en el Cc<sup>107</sup>. La aplicación de la ley correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de fallecer, en tanto ley

<sup>104</sup> Vid. E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica...*, *op. cit.*, p. 163.

<sup>105</sup> La vinculación entre el sistema legitimario castellano y el artículo 9.8 Cc. la pone en evidencia R. DURÁN RIVACOPA, «Igualdad jurídica, orden público y fraude de ley en los conflictos interregionales», *Poder Judicial*, núm. 35, 1994, pp. 93-94, que plantea la creación de un orden público en el marco interregional en el que incluiría «las limitaciones a la disposición del causante, así las legítimas», aunque luego templó su afirmación.

<sup>106</sup> El TS, sentencia de 23 de octubre de 1992, parece considerar a las legítimas de orden público –aunque no queda claro si la existencia de las legítimas es una cuestión de orden público, o bien si lo que constituye el orden público español es el principio «antes es pagar que heredar»–. En caso de que se refiera a la existencia de las legítimas la sentencia es errónea, teniendo en cuenta que uno de los Derechos civiles españoles establece la libertad absoluta del testador (*vid.* art. 134 LDCFPV, relativo al Fuero de Ayala). Por su parte, la sentencia de 15 de noviembre de 1996 [*vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, «Nota a la sentencia 887/1996 del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 15 de noviembre de 1996», *REDI*, 1997, 1, pp. 265-268] confirma la apreciación apuntada, ya que el TS declara de manera contundente que «la legítima (...) no pertenece a materia protegida por el orden público interno» (*sic.*).

<sup>107</sup> Vid. L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, «Los sistemas legitimarios...», *op. cit.*, p. 513. Igualmente, en relación con los derechos del cónyuge viudo y las legítimas de los descendientes, poniendo de relieve este desequilibrio entre los Derechos civiles españoles, *vid.* E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica...*, *op. cit.*, 1993, pp. 176 y ss., particularmente p. 183. Apuntando las dificultades de coordinación entre los derechos de los descendientes legitimarios y los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge viudo, *vid.* M. E. GINEBRA MOLINS, «Els conflictes de lleis derivats de la coexistència de diversos ordenaments jurídics civils a l'Estat espanyol i l'últim incís de l'art. 9.8 C.c.», *La Notaría*, 1996, 4, p. 116.



sucesoria que debe regir indefectiblemente las legítimas, se fundamenta en una conexión que objetivamente guarda una estrecha relación con el supuesto regulado, aunque pueda esconder una opción de política legislativa no compartida por todos los Derechos civiles españoles. Su constitucionalidad es, pues, dudosa y puede aducirse una deslealtad constitucional del legislador estatal por su dejación en el deber de neutralidad. Por ello, desde una perspectiva *de lege ferenda*, considero más acertada y respetuosa con la realidad constitucional la utilización de otro criterio de conexión: vecindad civil ostentada en el momento de disponer.

Esta opción no estaría exenta de problemas puesto que la facultad de disposición es móvil en el tiempo, cabiendo modificaciones o revocaciones del testamento anterior ostentando ya otra vecindad civil, con un sistema legitimario distinto, ya sea más amplio o estricto<sup>108</sup>. De esta manera, la voluntad *mortis causa* expresada en un momento posterior, cuando se ostente otra vecindad civil, supondrá enmarcar la libertad de disposición en el Derecho de sucesiones establecido por la nueva ley personal. La virtud de esta conexión se centra en que se garantizan las expectativas del testador por la seguridad jurídica que aporta. Si bien es cierto que ello puede suponer una inclinación en favor de aquellos Derechos civiles que tienen un sistema legitimario estricto —*ad ex*. Cataluña—, colectivo con posible apartamiento o atribución de carácter simbólico —*ad ex*. Vizcaya o Aragón, respectivamente— o puramente formal —*ad ex*. Navarra.

16. En definitiva, el problema que suscita el artículo 9.8 Cc. es básicamente el de acoger una conexión que de hecho es aplicable únicamente a las legítimas, que altera el marco legal en el que se manifestó la voluntad del disponente. Esta situación podría resolverse de dos formas distintas:

a) Teniendo en cuenta la construcción del artículo 9.8 Cc. —que contempla la aplicación de un Derecho para la validez del acto de disposición y otro a las legítimas<sup>109</sup>— cabría proponer *de lege ferenda* una norma de adaptación. Esto es, una norma que salvara la contraposición entre Derechos que tuvieran sistemas legitimarios radicalmente diferentes, de tal modo que se valorara la existencia de una desproporción importante entre el sistema de

<sup>108</sup> L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, «Los sistemas legitimarios...», *op. cit.*, p. 514, propone que la adquisición de una nueva vecindad civil, con un sistema legitimario distinto, suponga una ampliación o una restricción del alcance de la facultad revocatoria.

<sup>109</sup> Esta afirmación se realiza con todos los matices, porque es evidente que la ley sucesoria es la correspondiente a la ley personal del causante en el momento de fallecimiento. El artículo 9.8 Cc. no acoge propiamente dos normas de conflicto, una aplicable al acto de disposición y otra a las legítimas.

legítimas previsto en la ley de la vecindad civil ostentada en el momento de disponer y el concebido en la ley de la vecindad civil ostentada en el momento de fallecer. Constatada esta desproporción <sup>110</sup> el juez debería arbitrar una solución que estuviera a medio camino entre los dos Derechos españoles en presencia. Sin embargo, ello debería quedar recogido en una norma estatal que, sin proceder a una regulación rígida, otorgara una cierta flexibilidad al juez para acoger las pretensiones de los legitimarios o herederos —dependiendo del caso— que se vieran perjudicados excesivamente por el cambio de vecindad civil del causante. De este modo, apreciada la diferencia substancial en el régimen de cuotas legitimarias de los dos Derechos en presencia, se podría llegar a una salomónica división en mitades —una para los herederos, otra para los legitimarios— de la diferencia existente entre uno y otro sistema de cuotas. Sin embargo, no debería tratarse de una operación automática puesto que debería valorarse la voluntad del causante, el principio *favor testamenti*, la mayor vinculación del supuesto con uno u otro Derecho, lugar de situación de los bienes, etc. En base a este análisis previo se procedería a realizar la media aritmética propuesta.

b) En mi opinión, sin embargo, mejor sería modificar por completo el artículo 9.8 Cc., de tal suerte que la sucesión hereditaria testada, o establecida en pacto sucesorio, quedara regida por la ley personal en el momento de disponer. Esta ley regiría el contenido de la sucesión, comprendiendo por tanto las legítimas. Sin embargo, en atención al eventual conflicto móvil provocado, sería necesario dotar a la norma de una cierta flexibilidad en su aplicación con el fin de tener en cuenta el problema considerado anteriormente: el desajuste entre sistemas legitimarios demasiado alejados, el relativo a la vecindad civil poseída en el momento de disponer y el que derive de la ley de la vecindad civil ostentada en el momento de fallecer. La flexibilidad permitiría llegar a una solución como la que se ha expuesto precedentemente.

Por otra parte, ambas soluciones tendrían un carácter preventivo, o incluso de evicción, respecto de los supuestos de fraude de ley <sup>111</sup>, pese a las dificultades de prueba <sup>112</sup>. Hay que tener en cuenta

---

<sup>110</sup> La desproporción debería ser importante. Por ejemplo, la que existe entre el sistema del Fuero de Ayala (*vid.* arts. 134 y ss. LDCFPV) y el del Cc. (*vid.* art. 808, aquí habría que tener en cuenta la disposición o no de la mejora); o la del FNN (legítima formal, *vid.* ley 267) y la aragonesa (legítima material colectiva, *vid.* arts. 171 y ss. LSCM).

<sup>111</sup> *Vid.* J. A. PASTOR RIDRUEJO, «El fraude de ley en el Derecho interregional español», *REDI*, 1966, 1, pp. 40-55; R. DURÁN RIVACOBA, «Igualdad jurídica, ...», *op. cit.*, pp. 67-105.

<sup>112</sup> *Vid.* J. M. TRÍAS DE BES y GIRÓ, «Conflicto de leyes...», *op. cit.*, pp. 262-263.

que este riesgo se produce tanto si la ley sucesoria es la personal en el momento de fallecer<sup>113</sup>, cuanto si ésta fuera la ley personal en el momento de disponer. En efecto, quedaría paliada la aplicación fraudulenta de un sistema legitimario —o su inexistencia— substancialmente diferente, como consecuencia del cambio de vecindad civil, con una solución que se moviera en el ámbito de la adaptación de la flexibilidad, como las propuestas.

### C) *Excepción a la unidad y universalidad: el principio de troncalidad*

17. Otro problema suscitado por el artículo 9.8 Cc. en el ámbito interregional deriva de que se fundamenta en el principio de unidad y universalidad de la sucesión<sup>114</sup>, cuando no es ésta una base que todos los Derechos civiles españoles compartan<sup>115</sup>. En efecto, el Fuero de Vizcaya contiene el principio de troncalidad<sup>116</sup> que supone un límite a la facultad de disponer con el fin de mantener los bienes raíces situados en la Tierra Llana —o en los términos municipales de Llodio y Aramayo— en una misma

<sup>113</sup> Vid. J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «El nuevo sistema conflictual español: algunas observaciones a su contenido», *RGLJ*, 1974, pp. 421-422; igualmente en «La sucesión en el Derecho civil internacional español», en M. AGUILAR NAVARRO (dir.), *Lecciones de Derecho civil internacional español*, Madrid, UCM, 1983, p. 304. Para un supuesto de fraude de ley en materia de sucesiones, vid. SAT de Pamplona de 22-11-1965, vid. J. A. PASTOR RIDRUEJO, «El fraude de ley...», *op. cit.*, p. 44. Vid. también STS de 5-4-1994, aunque la doctrina pone en duda la existencia de fraude de ley, vid. J. M. ARRIOLA ARANA, «Vecindad civil y nulidad de testamento», *RJN*, 1995, pp. 9-51, asimismo vid. E. ZABALO ESCUDERO «El fraude de ley en el Derecho interregional. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994», *Poder Judicial*, núm. 36, 1994, pp. 397-402. Puede contrastarse esta sentencia con la STS de 6-6-1927 en la que se aplica el Derecho vizcaíno sin que la vecindad foral esté bien fundada, vid. las observaciones de J. PUENTE EGIDO, *op. cit.*, p. 1406.

<sup>114</sup> Mantenido con anterioridad al Cc., vid. *ad ex.* STS de 6-6-1873, STS de 5-7-1893, RDGRN de 28-4-1876.

<sup>115</sup> Sin embargo, vid. la pregunta apuntada por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Artículos 4.º y 5.º», *op. cit.*, p. 154, que merece ser transcrita «la configuración de muchas de las soluciones que contiene el Derecho civil gallego en materia sucesoria se vincula a la realidad del agro gallego, de la estructura de la sociedad rural gallega y, en fin, de la estructura de la propiedad. Desde este presupuesto, ¿resulta satisfactorio que la vecindad civil del causante como circunstancia determinante de la aplicación de un Derecho civil cualquiera de los vigentes en España no tenga en cuenta tal circunstancia? ¿Acaso no podría considerarse —y no estoy tomando con ello posición alguna— la eventualidad de una delimitación territorial, conocida de otros sistemas que someten la sucesión de los inmuebles a la Ley de situación?». Sobre el derecho de abolorio aragonés vid. *infra* núm. marginal 18.

<sup>116</sup> Ciertamente, la troncalidad es conocida de un modo u otro en distintos Derechos civiles españoles (Navarra, ley 305 y ss. FNN; Cataluña, art. 349 CSCM; Cc., art. 811 —cuya única precisión, relevante tanto para supuestos externos como interregionales, aportada por STS de 31-10-1964, *RAJ* 1964, 4860, ha sido la de establecer que se aplica la ley de la nacionalidad del descendiente transmisor en el momento de fallecer—), pero no se rompe con la universalidad.

familia<sup>117</sup>. Se trata de bienes que están gravados en lo que a su destino se refiere, de tal manera que en materia de sucesiones estos bienes quedan separados al no seguir las reglas de la sucesión personal puesto que la transmisión pivota en torno al vínculo que tienen los parientes con el bien raíz sito en la Tierra Llana. El eje sobre el que descansa la sucesión de los bienes troncales es, por tanto, la territorialidad<sup>118</sup>. De esta forma, se rompe también la exigible neutralidad de la norma de conflicto en el ámbito interregional. Sin embargo, este principio fue conocido, respetado y asumido por el legislador de 1889<sup>119</sup> y aceptado y mantenido por la jurisprudencia<sup>120</sup>. Actualmente, ha sido el legislador vasco —extralimitándose en sus competencias, aunque con una solución substancialmente acertada— el que ha adoptado una regulación en relación a esta cuestión en el artículo 23 LDCFPV. Por una parte, los bienes raíces tienen que estar situados en la Tierra Llana y, por otra parte, están sujetos al principio de troncalidad los vizcaínos —tanto los aforados como los que no lo son—, aunque pierdan esta vecindad civil. El artículo 23 LDCFPV pretende adoptar una solución respecto a la exigencia de conexiones personales<sup>121</sup> con el Fuero de Vizcaya, pero el precepto no ha cerrado definitivamente la controversia<sup>122</sup>.

<sup>117</sup> Vid. A. CELAYA IBARRA, *op. cit.*, pp. 55 y ss., L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 576-579.

<sup>118</sup> Vid. STS de 27-1-1913, en referencia al artículo 10, en su último párrafo, Cc., que «estatuye literalmente el concepto *así troncales*, con referencia a las tierras y heredades, sitas en el Juzgado y tierra llana, prescindiendo en absoluto de la condición de las personas para asignar a dichos bienes tal carácter de troncales, lo que constituye un Estatuto real y un verdadero principio de territorialidad».

<sup>119</sup> El Fuero de 1526 contenía, en la Ley 15 del Título XX, una norma que extendía el principio de troncalidad a los vecinos de las villas que tuvieran bienes en la Tierra Llana. El Cc. de 1889, artículo 10.3, respetó esta disposición remitiéndose a la misma. La reforma del Título Preliminar del Cc. supuso la derogación de esta norma, que había sido incorporada en la Compilación de 1959.

<sup>120</sup> Tanto anterior al Cc., *vid.* STS de 8-6-1874, STS de 23-2-1882, RDGRN de 24-4-1883, como posterior, *vid.* STS de 11-11-1902, STS de 27-1-1913, STS de 18-3-1925, STS de 6-6-1927, STS de 26-1-1928, STS de 4-6-1955 (RJ 1955, 1721). En todos estos supuestos se daba alguna vinculación personal con el Fuero de Vizcaya, pero el TS tenía como único referente el hecho de que las fincas estuvieran sitas en tierra infanzona. Debe destacarse que existen sentencias que se han separado de la línea jurisprudencial al exigir, además de que el bien esté situado en la Tierra Llana, que el transmitente tenga la condición de vizcaíno aforado (RDGRN de 4-7-1911, STS de 11-10-1960, RJ 1960, 3083) o que el heredero troncal ostente también esta vecindad aforada (STS de 6-3-1965, RJ 1965, 1292, y STS de 30-11-1977, RJ 1977, 4601). En contra de estas últimas sentencias *vid.* la STSJPV de 10-9-1992 (RJ 1992, 10269).

<sup>121</sup> Cuestión que, como se ha visto, no estaba definitivamente resuelta por la jurisprudencia, *vid. supra* nota precedente, *vid.* J. PUENTE EGIDO, *op. cit.*, p. 1399 en observaciones a la STS de 18-3-1925.

<sup>122</sup> Según A. M.<sup>a</sup> URRUTIA BADIOLA, «Ámbito territorial y personal de aplicación del Fuero Civil de Bizkaia. La troncalidad y sus efectos en las enajenaciones *inter vivos* de los bienes troncales: la *saca foral*», *El Derecho Foral Vasco ...*, *op. cit.*, p. 54, al utilizarse la fórmula «derechos y obligaciones» en el artículo 23 LDCFPV se alude al sujeto activo (pariente tronquero) y al sujeto pasivo (titular del bien troncal que se transmite). En cam-

Desde una perspectiva material la solución es adecuada y no hace más que recoger la tradición histórica, lo que, desde esta perspectiva, puede llevar a admitir su constitucionalidad<sup>123</sup>. Sin embargo, cabe poner reparos en su constitucionalidad porque la norma no se ciñe a regir supuestos *ad intra*<sup>124</sup>. Ello es así en la medida en que la troncalidad continúa vigente para aquellos vizcaínos que han perdido esta vecindad. En este sentido, la norma que rija la sucesión de estas personas será la que corresponda a la vecindad civil ostentada en el momento de fallecer, pero la ley sucesoria deberá asumir el principio de troncalidad respecto a los bienes raíces sitos en tierra infanzona. Es evidente que la norma regula supuestos con *factor de interregionalidad*<sup>125</sup>. El legislador estatal debería arbitrar una solución mediante una disposición complementaria al artículo 9.8 Cc. que resolviera los conflictos surgidos por la aplicación acumulada del Fuero de Vizcaya y otro Derecho civil español. Una solución satisfactoria podría pasar por una cláusula que respetara el principio de troncalidad<sup>126</sup> remitiendo a la normativa vasca, que impone no sólo que los bienes raíces estén sitos en tierra infanzona, sino también que el titular de los mismos sea o hubiera sido vizcaíno. Sin embargo, sería necesaria también una norma que permitiera adaptar el principio de troncalidad con el sistema legitimario de la ley sucesoria que rige la masa de bienes hereditarios no sujetos al régimen de linaje de los bienes, de la misma forma en que lo hace el artículo 25 LDCFPV respecto a los vizcaínos no aforados<sup>127</sup>.

---

bio, A. CELAYA IBARRA, *op. cit.*, p. 53, considera que este precepto elimina la exigencia de una segunda conexión personal (condición de vizcaíno de quien ejercita el derecho de saca). Siguiendo esta perspectiva, J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las normas de Derecho interregional de la ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco*, Oñati, IVAP, 1995, p. 70.

<sup>123</sup> Vid. J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las normas de Derecho interregional...*, *op. cit.*, pp. 69-70.

<sup>124</sup> Aunque ésta es la voluntad del legislador. Así, el artículo 25 LDCFPV piensa únicamente en conciliar la ley sucesoria del vizcaíno no aforado, cuya sucesión se rige por lo demás por el Cc., con la troncalidad.

<sup>125</sup> No está claro, en cambio, si regula supuestos de tráfico externo: en caso de que fallezca un español, con vecindad civil vizcaína, que pierde la nacionalidad española y con ella la vecindad civil, ¿será de aplicación el principio de troncalidad respecto de los bienes raíces situados en la Tierra Llana, junto con la ley sucesoria extranjera? Así parece entenderlo L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, p. 578. Siendo así, el principio de troncalidad tiene una clara dimensión *ad extra*, no se limita a supuestos interregionales, lo que parece correcto aunque mal situado. El legislador estatal debe asumir y prever esta situación en el marco de sus competencias.

<sup>126</sup> Por ejemplo, mediante una disposición inspirada en el artículo 15 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 o en el artículo 3099.2 del Código civil del Quebec.

<sup>127</sup> El artículo 25 LDCFPV está pensado para hacer compatibles el principio troncal del Fuero de Vizcaya con las legítimas del Cc., al que están sometidos los vizcaínos no aforados.

18. No está, en cambio, definitivamente resuelto el tratamiento de los derechos de abolorio contenidos en el Derecho aragonés<sup>128</sup>. El legislador aragonés, acertadamente, no ha regulado el ámbito de aplicación espacial de la institución porque en Aragón no pueden suscitarse conflictos –verdadera puerta falsa en la LDCFPV–. Sin embargo, dadas las características del derecho de abolorio, puede afirmarse que es necesaria una intervención legislativa a quien le corresponde. El derecho de abolorio es un derecho real de adquisición preferente que tienen reconocido por ley los parientes colaterales de la línea de procedencia de los bienes. El vacío legal en la delimitación de su ámbito de aplicación espacial ha generado decisiones contradictorias que van desde su inclusión al estatuto real<sup>129</sup> a su comprensión en el estatuto personal<sup>130</sup>. La solución pasa por una regla mixta de carácter estatal que, partiendo del principio de territorialidad, incorpore conexiones de carácter personal<sup>131</sup>.

D) *Profusión de normas unilaterales: especial referencia al testamento mancomunado*

19. Algunas legislaciones civiles españolas contienen normas unilaterales que delimitan el ámbito de aplicación del Derecho sucesorio propio. Estas normas no pueden substraerse de un análisis constitucional al ejercer una competencia que le es atribuida de manera exclusiva al Estado (art. 149.1.8 CE)<sup>132</sup>. En la medida en que se presenten contradicciones con el criterio de conexión utilizado en el artículo 9.8 Cc.<sup>133</sup> se impone el precepto estatal.

20. Una peculiar situación se constata en relación con el testamento mancomunado, puesto que muchos de los Derechos civiles españoles contienen normas unilaterales, que quieren garantizar o

---

<sup>128</sup> Vid. artículo 212 LSCM. Vid. J. L. MERINO Y HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico (C.S.I.C.), 1980, pp. 125-142.

<sup>129</sup> STS de 4-12-1912.

<sup>130</sup> SAT de Zaragoza, de 23-1-1967. La misma línea parece seguir la AP Zaragoza, sentencia de 18-1-1991, que vincula los artículos 16.1, 9.1 y 9.8 Cc. al artículo 133 de la Compilación de Derecho civil de Aragón y, en consecuencia, tiene en consideración únicamente la vecindad civil aragonesa del causante.

<sup>131</sup> Del mismo modo que se resuelve el principio de troncalidad vizcaíno: inmueble en Aragón, disponente aragonés, o que lo hubiera sido. Vid. J. L. MERINO Y HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés*, op. cit., pp. 134 y ss., aunque no presenta una regla simple que garantice una seguridad jurídica suficiente.

<sup>132</sup> Vid. *supra* núm. marginal 2.

<sup>133</sup> La ley 148 FNN sigue un criterio similar que la norma de conflicto estatal, pero no idéntico porque preserva únicamente la validez formal, y no intrínseca, del acto de disposición conforme a la ley a que se hallaren sometidos al tiempo de su celebración. Sobre el artículo 134 LDCFPV, vid. *supra* núm. marginal 15.

bien la prohibición del testamento mancomunado <sup>134</sup>, o bien su otorgamiento <sup>135</sup>, extendiendo su ámbito de aplicación a supuestos internacionales <sup>136</sup>. En realidad, se trata de falsas normas de extensión puesto que responden a un temor que se ve alejado mediante la aplicación de la ley que rige la sucesión testamentaria. Actualmente, el artículo 9.8 Cc. admite la conservación de la validez del tipo de testamento otorgado conforme a la ley personal del otorgante en el momento en que se realice el acto de disposición. Luego, todas estas normas de extensión son redundantes <sup>137</sup> dado que en todos los casos la norma de extensión pivota en torno a la vecindad civil, como criterio personal, de la misma forma que el artículo 9.8 Cc. se fundamenta en la nacionalidad, a sustituir por la vecindad civil en el plano interregional. La confusión proviene, a mi entender, de la falta de una norma específica al respecto en el artículo 9.8 Cc., que parece actuar en este aspecto como la proyección de un solo Derecho civil español –el castellano, que prevé la prohibición del testamento mancomunado y la extensión de la misma– sin considerar la pervivencia de la institución en otros Derechos civiles españoles. Por ello o bien se sigue la opción de que en el artículo 9.8 Cc. se integra el testamento mancomunado, o bien debe concluirse que el artículo 9.8 Cc. tiene que completarse con alguna de las normas de extensión apuntadas, en función de la vecindad civil del otorgante. Me parece más acertada la primera opción.

<sup>134</sup> Artículo 733 Cc., actuando como norma de extensión del Derecho civil de Castilla.

<sup>135</sup> Vid. ley 200 FNN, artículo 102 LSCM y artículo 137 LDCG. Cabe destacar la ley 200 FNN, y no por su contenido, sino porque entra en contradicción directa con la ley 193. En efecto, según esta norma «Se aplicarán en Navarra las disposiciones de los artículos 688 a 693, 697 y 698, 701 y 702 y 716 a 736 del Código Civil, en cuanto a los respectivos testamentos» (el destacado es del autor). Por consiguiente, se remite también al artículo 733 Cc., que contiene una norma de extensión que prohíbe los testamentos mancomunados otorgados por españoles en país extranjero. La contradicción debe salvarse acudiendo al propio contenido del FNN que admite el testamento mancomunado, de tal suerte que es más coherente una norma de extensión como la ley 200 que la acogida en el artículo 733 Cc., tributaria de la prohibición contenida en el artículo 669 Cc.

<sup>136</sup> Son normas que pueden ser aceptadas ya que se adoptaron, excepto la gallega, con anterioridad a la promulgación de la CE por el legislador estatal. El artículo 137 LDCG se adoptó el año 1995 por lo que, junto con E. M. RODRÍGUEZ GAYÁN, «Heterogeneidad y sistema en las relaciones entre Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional», *RGD*, núm. 622, 1996, p. 8083, no se entiende su incorporación al ser una norma unilateral que también regula conflictos de leyes y, por lo tanto, es de competencia exclusiva del Estado. Por otra parte, al ser reiterativa, no está justificada para garantizar que la institución no sea desnaturalizada. Vid. igualmente M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.*, p. 1033. Considerando también inconstitucional sobre el mismo fundamento el artículo 94 CDCA –actualmente 102 LSCM–, pese a ser aquella una norma adoptada por el legislador estatal con anterioridad a la CE, vid. J. L. MERINO HERNÁNDEZ, «Artículo 94», *op. cit.*, p. 105.

<sup>137</sup> En el mismo sentido, J. J. FORNER DELAYGUA, «Forma de las disposiciones...», *op. cit.*, p. 276, aunque no incluye en su apreciación al artículo 733 Cc. Igualmente, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia», *REDI*, 1995, p. 477, en relación con el artículo 137 LDCG, advirtiendo con acierto de su inconstitucionalidad al invadir una competencia exclusiva del Estado.

De esta manera, si una persona sujeta al Código civil testa mancomunadamente en Alemania —cuya legislación conoce esta modalidad testamentaria— no tendrá más remedio que constatar la nulidad del mismo en España, porque en el Derecho civil correspondiente a su vecindad civil está prevista una prohibición, artículo 669 Cc., que se vería apoyada, de forma redundante, por el artículo 733 Cc.<sup>138</sup>. En cambio, el testamento mancomunado de cónyuges aragoneses en Francia, donde está prohibido, tendrá efectos en España, porque el Derecho civil designado por su vecindad civil lo admite. No importa, pues, ni el artículo 733 Cc., ni el artículo 102.1 LSCM, respectivamente, que únicamente aseguran, de manera reiterada, el cumplimiento de una norma contenida en el estatuto sucesorio aplicable al testamento.

La redundancia de estas normas se demuestra claramente mediante un supuesto puramente interregional, es nulo el testamento mancomunado otorgado en Aragón por personas sometidas al Código civil y ello porque, siguiendo al artículo 16 Cc., la ley que rige aquel testamento queda determinada por el artículo 9.8 Cc. El Derecho designado no es otro que el contenido en el Código civil, debido a la vecindad civil de los disponentes en el momento del otorgamiento, que establece la prohibición de testar conjuntamente. Esta prohibición resulta de la aplicación del artículo 669 Cc., no de la aplicación del artículo 733 Cc.<sup>139</sup>, pensado para supuestos de tráfico externo. El ejemplo sirve además para constatar que nos encontramos ante una cuestión de fondo, porque sino el testamento otorgado en Aragón por personas sometidas al Código civil sería válido en virtud de la regla *lex loci regit actum*, tanto en virtud del artículo 1 del Convenio de La Haya de 1961, como a consecuencia de la aplicación del artículo 11 Cc., si no se acepta la aplicación del Convenio a supuestos interregionales.

21. La escasa importancia de estas normas de extensión se pone de relieve en el Derecho de Vizcaya. El Derecho vizcaíno admite el testamento de hermandad entre cónyuges, pero no contiene una norma que delimite el ámbito de aplicación personal en el sentido en el que se encuentra en otros Derechos civiles españoles. Aún así, los cónyuges vizcaínos de la Tierra Llana que pretendan

---

<sup>138</sup> Salvo que el supuesto hubiera caído dentro del ámbito de la Ley de explotación familiar agraria, en cuyo caso se exceptionaba el artículo 669 y el artículo 733 Cc., *vid. M. CUADRADO IGLESIAS*, «El testamento mancomunado...», *op. cit.*, p. 1105.

<sup>139</sup> El artículo 733 Cc. no es una excepción al artículo 11.1 Cc., *vid. A. MIAJA DE LA MUELA*, *Derecho internacional privado*, II, «Derechos de sucesiones», Capítulo XIV, rev. N. BOUZA VIDAL, Madrid, Marcial Pons, 1987, pp. 536-537. Tampoco una concreción del artículo 11.2 Cc., *vid. E. PÉREZ VERA*, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Madrid, UNED, 1980, p. 255. Cfr. J. J. FORNER DELAYGUA, «Forma de las disposiciones...», *op. cit.*, p. 274.



testar conjuntamente lo podrán otorgar, tanto en el extranjero, como en España, con independencia de que la regulación del lugar en que se realice el acto lo prohíba. Simplemente, porque el artículo 9.8 Cc. determina la aplicación de la ley de la vecindad civil vizcaína que prevé esta modalidad testamentaria, sin que ni el artículo 669 Cc., ni el artículo 733 Cc., puedan ser aplicables, al no estar sujetos al Código civil los vizcaínos aforados.

El problema existente en el Derecho vizcaíno proviene del artículo 13 LDCFPV<sup>140</sup>. Este precepto extiende la posibilidad de que los vizcaínos de las villas, los no aforados y sujetos al Código civil, puedan otorgar testamento de hermandad o por comisario de acuerdo con el Fuero de Vizcaya. En rigor, los vizcaínos no aforados no pueden testar mancomunadamente *ex* artículo 669 Cc., ni por comisario *ex* artículo 670 Cc.<sup>141</sup>, de forma que, a primera vista, el mencionado artículo 13 comporta una extensión del Fuero de Vizcaya a personas que no están vinculadas al mismo en virtud de su vecindad civil<sup>142</sup>. Sin embargo, los vizcaínos de villa están sujetos en algunos aspectos –disposición de los bienes troncales, lo que condiciona su enajenación a la saca foral y en orden a la sucesión al respeto de los derechos de los tronqueros– al Derecho de Vizcaya, lo que permite distinguir entre vizcaínos aforados y vizcaínos de villa<sup>143</sup>, pero también la vizcainía de la vecindad civil «común»<sup>144</sup>. Por otra parte, con anterioridad a la promulgación del Código civil los vizcaínos de las villas utilizaban instrumentos propios de la transmisión foral de bienes (pactos sucesorios, testamentos mancomunados o por comisario), tradición que fue trunca da por la expresa prohibición de los artículos 669 y 670 Cc.<sup>145</sup>. Por

<sup>140</sup> Vid. J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las normas de Derecho interregional...*, *op. cit.*, pp. 54-58, cuyos argumentos recojo. Aunque debe precisarse que este autor parece considerar que los testamentos mancomunados y por comisario, a los que se refiere el mencionado artículo 13, son una cuestión de forma, *vid.* p. 54 y nota 109. No estoy de acuerdo, porque si se tratara de una «singular aplicación de la regla *locus regit actum*» no hubiera sido necesario el artículo 13. Precisamente, su virtud, y el recelo –injustificado, como veremos– que despierta esta disposición, estriba en que rompe la prohibición establecida en el artículo 669 Cc., y en el artículo 670 Cc., al estar contenida en el estatuto sucesorio determinado por la vecindad civil, y no en el estatuto formal.

<sup>141</sup> Aunque deben tenerse en cuenta los artículos 831 y 1057 Cc., además de la Ley de explotación familiar agraria (art. 22), en el tiempo en que estuvo vigente 1981-1995.

<sup>142</sup> Por este motivo, V. GUILARTE ZAPATERO, «Actualidad y perspectivas del pluralismo legislativo en el Derecho civil español», Valladolid, Universidad de Valladolid, 1993, p. 60 se ha pronunciado por la inconstitucionalidad de este precepto. *Vid.* nota 84.

<sup>143</sup> Vecindad foral plena y la vecindad foral menos plena, calificadas de este modo por J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las normas de Derecho interregional...*, *op. cit.*, p. 55, en atención a la distinción efectuada por la propia LDCFPV en su artículo 12.

<sup>144</sup> Para un análisis del ámbito de aplicación territorial y personal de los Derechos civiles en el País Vasco, *vid.* A. M.<sup>º</sup> URRUTIA BADIOLA, *op. cit.*, pp. 35-50; A. CELAYA IBARRA, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 48 y ss.

<sup>145</sup> Vid. A. CELAYA IBARRA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 50.

consiguiente, atendiendo a estas particularidades, el artículo 13 LDCFPV no hace más que retornar a la situación originaria<sup>146</sup> y responde al objetivo de pretender sortear los problemas surgidos a raíz de la existencia de dos legislaciones (conflicto local<sup>147</sup>) en un ámbito territorial muy reducido<sup>148</sup>. El artículo 13 se limita a resolver un conflicto local; el precepto vincula únicamente a los vizcaínos no aforados. Por fin, no es ajeno a este precepto el riesgo que se corría de que la supervivencia del testamento mancomunado quedara en entredicho.

22. Sin embargo, hay que admitir que, pese a los problemas de constitucionalidad, estas normas de extensión tienen la virtud de resolver con claridad el rechazo o aceptación del testamento otorgado conjuntamente fuera del territorio en que es vigente el Derecho civil en cuestión. El problema se suscita respecto de aquellos Derechos españoles que no tienen este tipo de normas de extensión porque no prevén ni la admisión ni la prohibición de otorgamiento de testamento mancomunado. Éste es el caso del Derecho catalán y el Derecho balear donde no se conoce el testamento mancomunado. Puede entonces plantearse si un catalán o un balear podrán testar conjuntamente en territorio español, cuya legislación admita esta particular disposición testamentaria, o en el extranjero, o les será de aplicación el artículo 733 Cc., actuando como norma de Derecho supletorio<sup>149</sup>. La cuestión debe resolverse conforme al Derecho correspondiente a la vecindad civil ostentada en el momento de otorgamiento. Por tanto, siendo aplicable el Derecho civil catalán o balear, se estará al sistema de fuentes establecido en cada uno de los sistemas civiles, únicamente en caso de que no pueda llegarse a una solución concluyente cabría acudir al Código civil<sup>150</sup>. No obstante, la supletoriedad del Código civil no

<sup>146</sup> Repetidamente ignorada por la jurisprudencia, *vid.* STS de 6-6-1927, STS de 24-2-1936 (*RJ* 1936, 483), STS de 11-10-1960 (*RJ* 1960, 3083), STS de 6-3-1965 (*RJ* 1965, 1292) y STS de 15-10-1990 (*RJ* 1990, 7868). Ignorando que en el Fuero de Vizcaya de 1526 se facultaba a los vecinos de villa a disponer como el vecino de la Tierra Llana, Ley I y Ley III, Título XXI.

<sup>147</sup> J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las normas de Derecho interregional...*, *op. cit.*, p. 57, señala que el artículo 13 de la Ley 3/1992 pretende resolver un conflicto en el ámbito interlocal, «en una proyección *ad intra* del sistema».

<sup>148</sup> *Vid.* A. CELAYA IBARRA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>149</sup> Según D. ESPÍN CÁNOVAS, «Artículo 669», *op. cit.*, p. 1683, la prohibición del artículo 669 Cc. «se aplica a los demás españoles de Derecho común o foral cuyo ordenamiento especial no autorice este testamento por aplicación subsidiaria en este último caso del CC (art. 13 II).» y, en consecuencia –se puede añadir–, tampoco podrán testar conjuntamente en país extranjero en virtud del artículo 733 Cc. Igualmente M. A. LÓPEZ SUÁREZ, «El testamento mancomunado...», *Conflictos de leyes en el desarrollo...*, *op. cit.*, p. 442, nota 3. *Cfr.*, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Artículo 733 Cc.», *op. cit.*, p. 1835, especifica que su ámbito de aplicación personal son los españoles que tienen vecindad civil en territorio de Derecho «común».

<sup>150</sup> Como sistema de heterointegración, *vid.* E. ROCA I TRIAS, Capítulo III «Aplicación del Dret civil català. Interpretació. Integració», en L. PUIG I FERRIOL, E. ROCA I TRIAS, *Ins-*

parece razonable en relación con el Derecho de sucesiones catalán dado el carácter completo del CSCM<sup>151</sup>. Este dato, y la admisión del heredamiento mutuo preventivo, no muy alejado del testamento mancomunado<sup>152</sup>, lleva a afirmar que en Derecho de sucesiones catalán no cabe una prohibición taxativa del mismo<sup>153</sup>.

Nótese que estamos extrayendo una conclusión del Derecho civil correspondiente a la vecindad ostentada por el otorgante en el momento de disposición, por efecto de la designación realizada por el artículo 9.8 Cc. Siendo así no se comprende el segundo párrafo del artículo 102 LSCM<sup>154</sup> que, además de reiterativo, comporta un factor de interregionalidad —e incluso de internacionalidad— evidente y, en consecuencia, debe ser considerado inconstitucional al invadir una competencia exclusiva del Estado<sup>155</sup>. La validez del acto de disposición de una persona de vecindad civil distinta a la aragonesa que otorga testamento de mancomún con una persona de vecindad aragonesa corresponde determinarla de conformidad con la ley designada por la norma estatal, y ello tanto si el testamento se otorga en Aragón como fuera de su territorio. La previsión realizada por el legislador aragonés no es, en sí misma, negativa<sup>156</sup>. La crítica se fundamenta por no venir de quien procede: el legislador estatal, confirmando la dejación de la función constitucional que le ha sido asignada.

---

*titucions...*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 78 y ss., en relación con el Derecho catalán, con carácter general.

<sup>151</sup> *Vid.* el Preámbulo, en el apartado I relativo a la finalidad de la ley.

<sup>152</sup> *Vid.* el Preámbulo del Código de sucesiones, apartado IV relativo al contenido de la ley, cuando especifica las principales modificaciones introducidas en la regulación de los heredamientos, «c) (...) Se estima que una utilización correcta de los heredamientos mutuales y los preventivos a favor de los hijos permitirá a los esposos el disponer conjuntamente, en un solo acto y en un solo documento, de sus bienes con carácter revocable o irrevocable, a elección suya» (el destacado es del autor). No se trata, ciertamente, de un testamento mancomunado sino de un pacto sucesorio, pese a su singularidad ya que se admite la revocación unilateral, pero esta revocación no afecta a las disposiciones correspectivas.

<sup>153</sup> *Vid.* L. PUIG I FERRIOL, Capítulo XXII «Els heretaments (Conclusió)», *op. cit.*, p. 376, ve al artículo 669 Cc. como un precepto extraño al Derecho sucesorio catalán. El testamento mancomunado se vino otorgando en algunas comarcas catalanas hasta la promulgación del Código civil. Prueba de ello es la Circular del Colegio Notarial de Barcelona, de 20-12-1889, recordando a los Notarios la norma prohibitiva del Cc., *vid.* J. J. LÓPEZ BURNIOL, «Perspectivas...», *op. cit.* La existencia de este precedente histórico planteó la revitalización del mismo y su eventual incorporación en el CSCM, pero esta opción no prosperó, *vid.* M. GARRIDO MELERO, «La agonía del testamento...», *op. cit.*, pp. 164-170, propugnando su admisión en el Derecho sucesorio vigente.

<sup>154</sup> De acuerdo con el cual «Si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón».

<sup>155</sup> En el mismo sentido, y en un momento anterior a la aprobación de la LSCM, *vid.* M. A. LÓPEZ SUÁREZ, «El testamento mancomunado...», *op. cit.*, pp. 443 y ss.

<sup>156</sup> Sin embargo, falta saber qué ley regiría el testamento mancomunado, máxime cuando es correspectivo. *Vid.* al respecto M. A. LÓPEZ SUÁREZ, «El testamento mancomunado...», *op. cit.*, pp. 455 y ss. y los autores allí citados.

### III. LA VOCACIÓN PACCIONADA

#### 1. CAPACIDAD

23. Respecto a la capacidad activa<sup>157</sup> es la ley personal la que establece los requisitos de capacidad exigibles para disponer en pacto sucesorio. Esta cuestión no tiene gran relevancia práctica al coincidir con la ley que determina la validez del pacto sucesorio y, por otra parte, en todos los Derechos civiles españoles en que están previstos los pactos sucesorios se exige la mayoría de edad<sup>158</sup> o bien edad suficiente para contraer matrimonio, en el supuesto de que se trate de capitulaciones matrimoniales<sup>159</sup>. La ley personal del disponente determinará si cabe la delegación en la formalización del pacto sucesorio<sup>160</sup>.

#### 2. FORMA

24. La ley aplicable a la forma de los pactos sucesorios queda determinada por el artículo 11 Cc.<sup>161</sup>. Ello tiene dos consecuencias: en primer lugar, aquellas normas que se refieran a la edad, nacionalidad u otras circunstancias personales no quedan integradas en el ámbito del artículo 11 Cc., sino que se recogen en el estatuto personal<sup>162</sup> y, en segundo lugar, se puede plantear la oportunidad de aplicar el 2.º párrafo del artículo 11 Cc. En virtud de este precepto «si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada (...)». En este sentido, es necesario destacar que en casi

<sup>157</sup> Por lo que se refiere a la capacidad pasiva, *vid. supra* núm. marginal 5.

<sup>158</sup> Ya sea porque así lo disponen las normas del Derecho civil en cuestión –*vid.* art. 63 LSCM, ley 173 FNN–, ya sea por aplicación supletoria de la normativa relativa a la capacidad de obrar del Cc.

<sup>159</sup> Ya sea porque así lo disponen las normas del Derecho civil en cuestión –*vid.* ley 78 FNN, art. 67 CSCM (que exige la mayoría de edad, salvo para los heredamientos preventivos en que es suficiente la capacidad para contraer matrimonio), art. 66.3 en relación con el art. 72 CDCIB–, ya sea por aplicación supletoria de la normativa relativa a la capacidad de obrar del Cc.

<sup>160</sup> Posibilidad admitida en la ley 173.2 FNN o el artículo 67 CSCM. Cfr. el artículo 64 LSCM, en el que el pacto sucesorio tiene carácter personalísimo.

<sup>161</sup> *Vid. supra* nota 33, respecto al ámbito de aplicación del Convenio de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. Por otra parte, los pactos sucesorios quedan excluidos del ámbito de aplicación material del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («BOE» de 19 de julio de 1993), *vid.* artículo 1.º, 2. a). En consecuencia, tanto las cuestiones de fondo como las de forma quedan regidas por las normas de conflicto autónomas. Paralelamente, *vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, «El Derecho...», *op. cit.*, p. 80, que excluye las donaciones *mortis causa* del ámbito del Convenio.

<sup>162</sup> Cfr. *supra* núm. marginal 8.

todos los Derechos españoles se requiere una exigencia formal ineludible, el pacto debe ser otorgado en escritura pública<sup>163</sup>. Se trata de un requisito de forma *ad solemnitatem* y, en consecuencia, es el artículo 11.2 Cc. el que determina la aplicación de la ley reguladora del contenido del acto. Sin embargo, nos encontramos ante un falso conflicto respecto de todos aquellos Derechos españoles que coinciden en que es esencial que el pacto esté otorgado en escritura pública, por lo que la aplicación de uno u otro Derecho no modifica el resultado final –aunque el proceso localizador debería ser igualmente ejecutado.

De todas formas, se pone de relieve un desajuste entre este precepto y el artículo 9.8 Cc. en aquellos supuestos en los que el pacto ha sido celebrado conforme a un Derecho –como el gallego<sup>164</sup>– que no preceptúa el cumplimiento necesario de escritura pública como formalidad imprescindible. En efecto, podemos encontrarnos con un pacto sucesorio que no comporte donación de bienes inmuebles otorgado por personas con vecindad civil gallega sin que se haya exigido escritura pública. No se presenta ningún problema si no hay cambio de vecindad civil. Sin embargo, si el disponente –con vecindad gallega en el momento de disponer– posee otra vecindad civil en el momento de fallecer resulta que, en virtud del artículo 9.8 Cc., la ley aplicable al contenido del pacto es la sucesoria –la correspondiente a la vecindad civil ostentada por el causante en el momento de fallecer–, distinta a la ley que rige la validez del pacto. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 11.2 Cc., es la ley sucesoria, que rige el contenido del acto, la que determina la exigencia del requisito de forma *ad solemnitatem*. El inconveniente debe salvarse aplicando esta última ley por indicación del artículo 9.8 Cc., 2.º inciso, aunque no es la ley que rige el contenido del acto, tal como establece el artículo 11.2 Cc. Ello demuestra de nuevo que la solución establecida en el artículo 9.8 Cc. no es satisfactoria. En consecuencia, o bien el 2.º inciso del precepto debe ser de interpretación extensiva, o bien, lisa y llanamente, sería más adecuado reformar el

<sup>163</sup> Así, el artículo 67 CSCM en conexión con el artículo 17 del Código de Familia; el artículo 62 LSCM; artículo 74 LDCFPV; artículos 12 y 72.1 CDCIB; ley 174 FNN. En relación al Derecho civil gallego *vid.* el texto principal, así como la próxima nota.

<sup>164</sup> En efecto, en Derecho gallego se exige la forma pública, con carácter esencial, en relación con el pacto de usufructo voluntario de viudedad –*vid.* M. P. GARCÍA RUBIO, «Artículo 118», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXII, vol. 2, Madrid, EDESA, 1997, p. 799– y los apartamientos –*vid.* J. M. LOIS PUENTE, «Artículos 134 y 135», en *op. cit.*, p. 967–. Sin embargo, respecto al pacto de mejora y al derecho de labrar y de poseer no se incluye ninguna regla que se refiera a la forma. Según M. A. PÉREZ ÁLVAREZ, «Artículos 128 y 129», en *op. cit.*, pp. 899 a 901, se tiene que estar a lo establecido en la disposición adicional 1.ª, 1, cuyo sentido literal permite que ciertos pactos sucesorios sean celebrados sin que la elevación a escritura pública sea constitutiva.

artículo 9.8 Cc. de tal modo que, respecto de los pactos sucesorios —como respecto de los testamentos— el criterio de conexión para regir el contenido de la sucesión se basara en la vecindad civil en el momento de disponer. Como se apreciará a continuación existen argumentos para su defensa.

### 3. LEY APLICABLE AL FONDO

25. Una de las grandes virtudes del artículo 9.8 Cc. es la de haber incluido los pactos sucesorios en su ámbito de aplicación. La carencia ponía de relieve que se legislaba atendiendo a la delación prevista en el Código civil<sup>165</sup>, que no prevé la sucesión contractual<sup>166</sup>. El reconocimiento a la realidad plurilegislativa, en la que la mayor parte de los Derechos españoles conocen la sucesión contractual<sup>167</sup>, propició un cambio en el antiguo artículo 10.2 Cc. Sin embargo, la sucesión paccionada ha caído en desuso, pero ello se debe más a razones de carácter fiscal<sup>168</sup> que al hecho de que se trate de un tipo de sucesión que pertenezca a sociedades rurales, en las que se pretende garantizar la unidad del patrimonio familiar.

El trato de los pactos sucesorios se equipara al de los testamentos, admitiendo su operatividad como instrumento de última voluntad del causante expresada en un negocio jurídico bilateral. Los pactos sucesorios conservan su validez conforme a la ley del disponente, pero las legítimas se ajustarán a la ley sucesoria. De nuevo, se plantean aquí los problemas expuestos respecto del cambio de vecindad civil del testador. Sin embargo, en el ámbito de los pactos sucesorios la contradicción es mayor. Los pactos pueden ser de institución de heredero o legatario, o bien de renuncia a la herencia o legítima, y tanto en unos como en otros la aplicación del artículo 9.8 Cc. —si el causante cambia de vecindad

---

<sup>165</sup> Es de destacar la postura de M. DE LASALA LLANAS, *vid. op. cit.*, pp. 250-251, quien considera la prohibición del artículo 1271 Cc. como absoluta —trasladando la jurisprudencia del TS en supuestos puramente internos—, y ello pese a reconocer que el Cc. prevé la validez de ciertos pactos y admitir la existencia de la sucesión contractual en Aragón y Cataluña.

<sup>166</sup> Siguiendo la tradición romanista y al Derecho de Castilla (Partidas y leyes de Toro). Para constatar esta aversión *vid.* F. SÁNCHEZ-ROMÁN GALLIFA, *Estudios de Derecho civil, op. cit.*, pp. 88-98.

<sup>167</sup> Regulado en todos los Derechos civiles españoles, excepto en el Cc. —que, por otra parte, admite algunos supuestos—. Aunque la sucesión contractual se conoció en el Derecho «común» durante el período en que estuvo en vigor la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación familiar agraria.

<sup>168</sup> Se ha considerado como un acto de tráfico ordinario, *vid.* A. CELAYA IBARRA, *op. cit.*, p. 84, que añade que la falta de uso se debe también a que los notarios están generalmente más dispuestos a aplicar el Cc.

civil— puede comportar una deslealtad a la voluntad de las partes. Si se trata de pactos de institución de heredero puede quedar alterada la cuantía del patrimonio transmitido al heredero, lo cual supone traicionar el pacto sucesorio, sobre todo si el heredero ha participado en el mismo.

Sin embargo, en los pactos de renuncia se demuestra con mayor fuerza el desacuerdo entre la ley en virtud de la cual se ha otorgado y la ley sucesoria. La renuncia a la legítima se hará teniendo en cuenta el sistema legitimario de la ley de la vecindad civil del disponente. Si posteriormente el disponente adquiere otra vecindad, cuyo Derecho tiene un sistema de cuotas legitimarias distintas, y fallece ostentando esta última vecindad civil, se dan dos situaciones: o bien, el sistema legitimario de la última vecindad civil tiene unas cuotas más amplias que las del Derecho civil de la vecindad civil ostentada en el momento de disponer <sup>169</sup>, o bien el sistema legitimario de la última vecindad civil tiene unas cuotas menos amplias que las del Derecho civil de la vecindad civil ostentada en el momento de disponer <sup>170</sup>.

En aplicación del artículo 9.8 Cc., estos supuestos deben ser resueltos de modo que, al conservar la validez el pacto sucesorio, si el causante otorga testamento y no menciona al legitimario renunciante no cabrá la preterición, ya sea intencional o no. Por otra parte, en el primer caso, la persona que había renunciado puede percibir lo que resta para alcanzar la cuota legitimaria establecida en la ley sucesoria —conculcando así la voluntad expresada en el pacto así como las expectativas de los demás sucesores— y, en el segundo caso, o bien el exceso recibido como consecuencia de una cuota legitimaria distinta puede ser restituido a los herederos del causante, en estricta aplicación del artículo 9.8 Cc. <sup>171</sup>, o bien se conservará la validez y contenido del pacto sucesorio y se colacionará el exceso recibido en calidad de donación *inter vivos*, lo cual perturba igualmente el sentido del pacto. En conclusión, ello confirma la concepción legitimaria de la que parte el artículo 9.8 Cc., su inclinación por el Derecho sucesorio de raíz castellana y su falta de adecuación a los distintos Derechos de sucesiones españoles.

<sup>169</sup> Persona de vecindad civil catalana que pacta con un descendiente la donación de bienes o dinero en avance de la legítima futura, y fallece ostentando vecindad civil «común».

<sup>170</sup> Persona de vecindad civil mallorquina que pacta, en compensación de una donación, con un descendiente la renuncia del mismo a la legítima. El disponente fallece con vecindad civil catalana.

<sup>171</sup> Soluciones propuestas por J. M. LOIS PUENTE, «De las apartaciones», Sección 4.ª, en *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Colegio Notarial de La Coruña, Colegios Notariales de España, Madrid 1996, p. 108.

26. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el artículo 50.3 CDCIB<sup>172</sup> contiene una norma unilateral que pretende asegurar la aplicación del Derecho mallorquín<sup>173</sup>, pese a que el causante adquiere posteriormente otra vecindad civil. Ciertamente, debe verse como una reiteración<sup>174</sup> –lo que no impide mantener su inconstitucionalidad– y así parece que fue entendido por el Gobierno<sup>175</sup>, porque si no comportaría adoptar una regla contraria a la norma de conflicto estatal, sin perjuicio de que pueda estimarse que la regla balear se ajusta más a la realidad del pacto como instituto sucesorio.

#### IV. LA VOCACIÓN LEGAL<sup>176</sup>

##### A) *La sucesión intestada conforme a la ley del causante en el momento de fallecer*

27. Actualmente no existen dudas respecto a la competencia de las Comunidades Autónomas con Derecho propio a legislar en materia de sucesión intestada<sup>177</sup>. Las principales diferencias entre

<sup>172</sup> «Por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad.

La definición sin fijación de su alcance se entenderá limitada a la legítima.

El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición. (...)». (El destacado es del autor.)

<sup>173</sup> Paradójicamente, porque en Ibiza también cabe la renuncia a la legítima y, en cambio, no está prevista una norma unilateral que fije el ámbito de aplicación espacial de la misma. *Vid.* artículo 83 CDCIB.

<sup>174</sup> En cambio, J. M. LOIS PUENTE, «De las apartaciones», Sección 4.<sup>a</sup>, *op. cit.*, p. 108, considera que en el ámbito del artículo 50 CDCIB no cabe la aplicación del artículo 9.8 Cc., de manera que no es de aplicación otro sistema legitimario que altere el contenido del pacto.

<sup>175</sup> Este precepto no se incluyó en el recurso que dio origen a la STC de 6 de mayo de 1993.

<sup>176</sup> Sobre la capacidad pasiva rigen los mismos criterios en la sucesión testada que en la intestada, por lo tanto nos remitimos a lo que se ha escrito al respecto, *vid. supra* núm. marginal 5, *vid. supra* núm. marginal 23.

<sup>177</sup> El recelo se originaba a causa de la Ley de 16 de mayo de 1835, la denominada Ley de Mostrencos, puesto que regulaba la ocupación por el Estado de la herencia vacante. Problema que fue confundido con el tema de la sucesión intestada. Sobre esta cuestión, *vid.* N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 155 y ss.; M. DE LASALA LLANAS, *op. cit.*, pp. 272-276; J. PUENTE EGIDO, *op. cit.*, p. 1427. El TS vino aplicando el Cc. a la sucesión intestada al entender que la ley de Mostrencos terminó con la pluralidad legislativa en esta materia, *vid.* SSTS de 20-1-1893, de 3-1-1945 (*RJ* 1945, 682), de 24-5-1945 (*RJ* 1945, 689), de 31-1-1950 (*RJ* 1950, 451), de 19-12-1954, de 29-3-1955 (*RJ* 1955, 1122), de 2-6-1956, de 11-10-1960, de 27-5-1961 (*RJ* 1961, 2341), de 20-3-1962 (*RJ* 1962, 1785). Sin embargo, con anterioridad a la STS de 20-3-1893, el TS había mantenido «la vigencia del Derecho foral sucesorio» (SSTS de 14-9-1866, de 9-11-1868, de 6-5-1885, de 15-11-1887), *vid.* M. DE LASALA LLANAS, *op. cit.*, p. 273. Posteriormente, en algunas ocasiones el TS ha respetado el contenido de los demás Derechos civiles españoles, *vid.* SSTS de 16-4-1898, de 1-3-1903, de 12-7-1904, de 27-1-1913.



los Derechos civiles españoles en este ámbito provienen del orden de suceder y de la sucesión del Estado o Comunidad Autónoma correspondiente en ausencia de parientes llamados <sup>178</sup>.

El criterio utilizado en el artículo 9.8 Cc. es razonable y entronca con los principios de unidad y universalidad de la práctica totalidad de los Derechos civiles españoles –por ello es necesaria una excepción en relación con el Fuero de Vizcaya–. Quizá el único reparo que puede plantearse, en el ámbito interregional, es el de que en algunas ocasiones habrá una ley que presente una vinculación más estrecha que la de la vecindad civil ostentada en el momento de fallecer. Sin embargo, el artículo 9.8 Cc. tiene un planteamiento rígido que no permite adoptar una solución flexible para este tipo de supuestos.

Ciertamente, esta vinculación más estrecha con otra ley obedece a la regulación para la adquisición de la vecindad civil, más que a motivos propiamente enmarcados en la materia sucesoria. En efecto, la adquisición automática de la vecindad civil por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario, puede comportar que una persona lleve residiendo en una comunidad durante un plazo algo menor al de diez años y que, pese a sus vínculos con la comunidad en que reside <sup>179</sup>, le sea aplicada otra ley; o bien, a la inversa, que haya adquirido la vecindad civil de la comunidad en la que reside y se mantengan aún los vínculos con el ordenamiento correspondiente a la vecindad civil anterior <sup>180</sup>. La incorporación de una conexión escapatoria –y, por ello, de excepcional aplicación– que permita aplicar la ley más estrictamente vinculada al respecto podría ser positiva en el ámbito de la sucesión intesta-

---

<sup>178</sup> Distintas CC.AA. han sustituido al Estado (Administración central) por las propias CC.AA. (es el caso de la *Generalitat* de Cataluña –artículo 347 CSCM–, de la Comunidad Foral de Navarra –ley 304 FNN–, de la C.A. de Aragón, y excepcionalmente del Hospital de N. S.<sup>a</sup> de Gracia a provincial de Zaragoza con respecto a los enfermos que mueran en él –artículo 202.2.2.º LSCM–, de la C.A. de Galicia –artículo 153 LDCG–, de la Diputación Foral en Vizcaya –artículo 73 LDCFPV– y, sorprendentemente, de la C.A. Valenciana –artículo 50.1.c) EACV y artículo 22.2 Ley de Patrimonio–). Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «La sucesión abintestato en ausencia de parientes llamados en el Derecho interregional español», *La Ley*, pp. 899 y ss.; A. L. CALVO CARAVACA, P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Sucesión hereditaria», *Capítulo XXII en Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 1998, p. 260; E. ZABALO ESCUDERO, «La reforma de la Compilación de Derecho civil de Aragón en materia de sucesión intestada», *REDI*, 1995, pp. 477-480.

<sup>179</sup> Residencia prolongada –aunque inferior a diez años– en el territorio con cuyo ordenamiento mantiene relaciones más estrechas, régimen económico matrimonial gobernado por la ley correspondiente al lugar de residencia, bienes situados en este territorio, familia más próxima residiendo en este territorio, etc.

<sup>180</sup> Residencia en el territorio de la vecindad civil ostentada con anterioridad, régimen económico matrimonial gobernado por la ley de la vecindad civil ostentada con anterioridad, bienes situados en el territorio de la vecindad civil ostentada con anterioridad, familia residiendo en aquella comunidad, etc.

da<sup>181</sup> para tener en cuenta estos casos, y considero que es perfectamente asumible en supuestos interregionales. Se dotaría a la regla conflictual relativa a la sucesión intestada de una mayor proximidad substancial.

## B) Valoración de las normas unilaterales autonómicas

28. Por último, debemos considerar el alcance de las normas autonómicas que delimitan el ámbito de aplicación espacial<sup>182</sup>. En primer lugar, como ya se ha advertido, no hay que olvidar que el principio de troncalidad vizcaína también rige las sucesiones intestadas, de manera que se plantea de nuevo una excepción al criterio seguido en el artículo 9.8 Cc.<sup>183</sup> y se manifiestan los mismos problemas que ya vimos en la sucesión testamentaria.

29. En segundo lugar, algunas normas autonómicas<sup>184</sup> incluyen la vecindad civil del causante como elemento de vinculación personal para que la Comunidad Autónoma pueda suceder en defecto de parientes llamados. Cabe analizar el artículo 73 LDCFPV que llama a la Diputación Foral del Territorio Histórico correspondiente a la vecindad del causante. Esta norma plantea problemas si no se sitúa en el contexto del Derecho vasco (privado y público). La norma pertenece al Fuero de Vizcaya cuyo ámbito de aplicación territorial comprende tanto la Tierra Llana del Territorio histórico de Vizcaya como los municipios de Llodio y Aramayo, situados en Álava. De esta manera, la sucesión intestada de los causantes con vecindad civil vizcaína aforada vecinos, en sentido administrativo, de los mencionados municipios alaveses, a falta de colaterales supondrá el llamamiento de la Diputación foral de Álava. Si, en cambio, son vecinos de la Tierra Llana se hará el llamamiento a la Diputación foral de Vizcaya<sup>185</sup>. Sin embargo, el precepto plantea interrogantes: ¿la norma se aplica únicamente a vizcaínos afora-

<sup>181</sup> No tiene sentido, en cambio, en la sucesión testada o paccionada por cuanto el disponente ya actúa en atención a un ordenamiento que es el correspondiente a la vecindad civil ostentada en aquel momento.

<sup>182</sup> Sobre la ley 148 FNN, *vid. supra* nota 133.

<sup>183</sup> En efecto, el artículo 23 LDCFPV se aplica asimismo a la sucesión intestada. *Vid.* A. URRUTIA BADIOLA, «Ámbito territorial y personal...», *op. cit.*, p. 49.

<sup>184</sup> Este era el caso del artículo 136 CDCA, cuya referencia a la vecindad civil aragonesa era innecesaria, *vid.* E. ZABALO ESCUDERO, «La reforma...», *op. cit.*, p. 479. El actual artículo 102 LSCM suprime esta alusión. Persiste, en cambio, la referencia en el artículo 73 LDCFPV, «En la sucesión *ab intestato*, a falta de colaterales, será llamada la Diputación Foral del Territorio Histórico correspondiente a la vecindad del causante».

<sup>185</sup> *Vid.* A. CELAYA IBARRA, *Derecho civil Vasco*, Bilbao, 1993, p. 189. Sin embargo, en su *Curso de Derecho civil vasco*, *op. cit.*, el autor lamenta que la norma se limite a Vizcaya así como que «puede entenderse que se limita a los vizcaínos aforados», *vid.* p. 116. A mi juicio no puede ser de otro modo.

dos?, ¿será llamada alguna Diputación foral si el causante tenía vecindad administrativa en territorio no aforado del País Vasco?, ¿y si la hubiera tenido fuera del País Vasco?

30. Finalmente, el Derecho civil catalán plantea una cuestión que, al configurarse como cuestión previa, interesa al Derecho interregional en materia de sucesiones<sup>186</sup>. El problema se plantea respecto de los derechos sucesorios derivados del establecimiento de una relación de convivencia.

La nueva ley catalana de uniones estables de pareja<sup>187</sup> distingue entre las uniones estables heterosexuales y las uniones estables homosexuales, pero exige en ambos casos la ostentación de vecindad civil catalana de uno de los miembros para que pueda ser aplicada<sup>188</sup>. Esta delimitación implica la regulación de un *factor de interregionalidad* que nos permite considerarla como inconstitucional. A efectos sucesorios se establece un nuevo orden de suceder en caso de sucesión intestada únicamente aplicable a los supuestos de unión estable homosexual<sup>189</sup>. Los derechos sucesorios surgidos por sucesión intestada quedarán regulados por la ley sucesoria determinada conforme al artículo 9.8 Cc.<sup>190</sup>, de modo que el conviviente sobreviviente sucederá al premuerto siempre que éste tenga vecindad civil catalana y, obviamente, les sea de aplicación la ley de uniones. Si, por el contrario, el premuerto ostenta otra vecindad, la sucesión intestada quedará regulada por la ley correspondiente a esta vecin-

<sup>186</sup> Aunque en Derecho interregional la cuestión previa no tiene la entidad teórica que presenta en supuestos internacionales, dado que los distintos Derechos civiles españoles no tienen su propio sistema de DIPr, sino que comparten un sólo sistema que es de competencia exclusiva del Estado. Por consiguiente a la cuestión previa, en supuestos interregionales, se le aplicará la norma de conflicto estatal correspondiente lo mismo que en los supuestos internacionales, descartando otras soluciones. En general, sobre la cuestión previa en Derecho español *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 411 y ss.; igualmente, A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1997, pp. 363 y ss.

<sup>187</sup> Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, *DOG* núm. 2687 de 23 de julio de 1998, pp. 9159 y ss.

<sup>188</sup> *Vid.* artículo 1 «La unión estable heterosexual 1. Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre si, hayan vivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que se establece en el mismo. Al menos uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña» (*sic.*) y artículo 20.2, en relación con las uniones estables homosexuales, «Al menos uno de los miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña» (*sic.*). En relación a estas normas, *vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Los conflictos internos...», *op. cit.*, pp. 85 y ss.; M. E. GINEBRA MOLINS, «Algunas notas sobre la referencia a la vecindad civil en los arts. 1.1 final y 20.2 de la ley catalana 10/1998, de 15 de julio, d'uniones estables de parella», *Conflictos de leyes en el desarrollo...*, *op. cit.*, pp. 427-439, poniendo de relieve en ambos casos los inconvenientes de estas normas.

<sup>189</sup> *Vid.* artículo 34.1 b) y c).

<sup>190</sup> A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Efectos del matrimonio», Capítulo XVIII en *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 102.

dad, y ello aunque a la relación de convivencia le hubiera sido de aplicación la ley de uniones estables de pareja en virtud de la vecindad catalana de uno de sus miembros, en este caso el sobreviviente o bien el premuerto que ostentó la vecindad catalana en el momento de «celebrar» la unión, pero falleció ostentando otra vecindad.

El problema surgirá si se adoptan normas de delimitación espacial en otros Derechos civiles españoles, puesto que la consideración de conviviente sobreviviente puede depender de otro Derecho civil<sup>191</sup>. La autolimitación a la que se ha sometido la ley catalana de uniones estables de pareja puede generar, en un futuro hipotético pero plausible, lagunas<sup>192</sup> o acumulaciones<sup>193</sup> normativas en caso de que otros Derechos españoles adopten el mismo criterio de delimitación espacial. Por otra parte, esta delimitación puede provocar una colisión innecesaria con la eventual norma conflictual estatal. En efecto, designada la ley catalana por la norma de conflicto estatal puede que ésta no sea de aplicación al contener esta norma autolimitada. En caso de conflicto entre la norma de conflicto estatal y la delimitación espacial prevista en el Derecho civil catalán, se impone la solución establecida en la norma de conflicto estatal<sup>194</sup>. El legislador catalán debía de haberse ahorrado la introducción de una norma autolimitada, no tanto porque el criterio utilizado no sea razonable —que lo es, pero sólo desde una perspectiva unilateral—, cuanto porque es al legislador estatal al que le corresponde adoptar la norma de conflicto.

## V. PROBLEMAS COMUNES A LAS DISTINTAS CLASES DE SUCESIÓN

### 1. LA VOCACIÓN Y SUS TÍTULOS<sup>195</sup>

31. La vocación tiene un contenido distinto en cada uno de los Derechos españoles, destacando por sus diferencias respecto al

<sup>191</sup> El legislador aragonés ha procedido también a la regulación de esta materia mediante la Ley 6/1999, de 26 de marzo, *BOE*, núm. 95 de 21-4-1999, pero afortunadamente no ha incluido una norma general de delimitación espacial. Existen, sin embargo, remisiones a la legislación sucesoria aragonesa.

<sup>192</sup> Sucesión de persona con vecindad civil catalana que había constituido una unión estable homosexual conforme a otro Derecho civil español en un momento en que ninguno de los dos miembros tenía vecindad civil catalana.

<sup>193</sup> Sucesión de persona con vecindad civil catalana que había constituido una unión estable homosexual conforme a otro Derecho civil español ostentando en este momento la vecindad civil catalana y el otro miembro la vecindad civil correspondiente al Derecho al que se acogen. La regulación de ambas leyes es divergente.

<sup>194</sup> Criterio que mantuve ya en otro ámbito, *vid. A. FONT I SEGURA, S. ORRIOLS I GARCÍA, «Reflexions entorn...», op. cit. pp. 767-793.*

<sup>195</sup> No trato la apertura de la sucesión puesto que todos los Derechos civiles españoles parten de la muerte del causante (art. 657 Cc., art. 2 CSCM) o declaración de fallecimiento (art. 196 Cc.).

resto el Derecho sucesorio comprendido en el Código civil. Por este motivo, la determinación del Derecho aplicable a la vocación es fundamental para fijar los títulos en virtud de los cuáles se defiere la sucesión. En Derecho español la ley aplicable al llamamiento es la ley que rige el fondo de la sucesión. Sin embargo, el artículo 9.8 Cc. prevé la posibilidad de que el causante haya dispuesto de sus bienes en un acto de última voluntad con anterioridad a su muerte, en cuyo caso será la ley de la vecindad civil ostentada en el momento en que se otorgue este acto la que determine la validez de estas disposiciones. La introducción de esta regla es fundamental –aunque no plenamente satisfactoria cuando existe una vocación distinta a la legítima, como seguidamente veremos– en Derecho interregional, teniendo en cuenta las notables diferencias existentes.

En efecto, mientras que en el Cc. (art. 658) la sucesión se defiere por testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley, admitiéndose la llamada sucesión mixta (testamentaria y legítima); en Derecho catalán la sucesión se defiere por heredamiento, por testamento o por lo dispuesto en la ley, siendo incompatible la sucesión intestada con la paccionada o la testamentaria –en las que es indispensable la institución hereditaria<sup>196</sup>–; en Derecho navarro la sucesión se defiere por testamento, por pacto sucesorio y, en su defecto, la sucesión será legal, cabiendo la sucesión mixta (testamentaria y legal o paccionada y legal) en virtud de la ley 149 y 300 FNN; en Derecho aragonés la sucesión se defiere por pacto, por testamento o por disposición de la Ley, y se permite la compatibilidad entre los distintos modos de delación, según el artículo 2 LSCM; en Vizcaya la designación de sucesor puede efectuarse mediante testamento, pacto sucesorio, capitulaciones matrimoniales o escritura de donación o bien por ley cuando no se haya producido voluntariamente esta designación o cuando el testamento sea incompleto –artículo 27 LDCFPV–; en Derecho gallego, artículo 117 LDCG, la delación sucesoria tiene lugar por testamento, por ley y por pacto sucesorio, aceptándose que ésta se difiera en parte por cualquiera de estos modos; en el Derecho civil de las Islas Baleares debe distinguirse entre el Derecho aplicable en Mallorca y Menorca, artículos 6 y 7 CDCIB, en el que la herencia se defiere por testamento –siendo la institución de heredero esencial–, por Ley y por la vía contractual prevista<sup>197</sup>, sin que quepa la compatibilidad entre la sucesión intestada y la testada y la contractual, y el Derecho aplicable en Ibiza y

<sup>196</sup> Salvo en testamentos otorgados por persona sujeta al Derecho de Tortosa, *vid.* artículos 136 y 271 CSCM.

<sup>197</sup> En Derecho mallorquín. La vocación paccionada no es título para suceder en Derecho menorquín, *vid.* artículo 65 CDCIB.

Formentera, en el que la sucesión se defiere por testamento, por pacto o por disposición de la Ley, pero cabe la sucesión mixta.

La variedad normativa permite considerar los problemas derivados de mantener que la vocación y la delación quedan regidas por la ley de la vecindad civil del causante en el momento de fallecimiento<sup>198</sup>, concediendo simplemente una operatividad material al testamento o pacto sucesorio otorgado conforme a otra vecindad civil. El problema proviene del propio artículo 9.8 Cc. al permitir la aplicación cumulativa de dos leyes, aunque a diferente nivel: la de la vecindad civil del causante en el momento de morir, a título de ley sucesoria, y la de la vecindad civil del causante al disponer de sus bienes mediante testamento o pacto sucesorio, que opera únicamente para controlar la validez de las disposiciones *mortis causa*. Sin embargo, esta regulación puede comportar que la ley aplicable a la sucesión hereditaria vea contradichos principios esenciales en los que se fundamenta su ordenación.

Unos ejemplos demostrarán el efecto perverso: a) La vocación de una persona con vecindad civil «común» que otorgue testamento sin instituir heredero y muera con vecindad civil catalana queda regida por el CSCM, pero se respeta la voluntad del testador expresada en testamento cuya validez depende del Código civil. El problema radica en que la ley catalana no admite la sucesión mixta y exige que se instituya un heredero como sucesor universal. No obstante, como deben reconocerse las disposiciones establecidas en el testamento nos encontramos con que el Derecho catalán –que rige la sucesión y, con ella, la vocación– tendrá que regular una sucesión mixta, a pesar de la incompatibilidad entre la sucesión intestada y la testada en este Derecho. b) La vocación de persona de vecindad civil catalana que otorgue una capitulación matrimonial por la que se instituye heredero a un hijo y muera con vecindad civil «común», queda regida por el Código civil, aunque se respetan las disposiciones contenidas en el pacto sucesorio, cuya validez está sometida al Derecho catalán. De nuevo se presenta un conflicto porque en el Código civil, ley sucesoria, el pacto sucesorio no es título válido para provocar el llamamiento y, sin embargo, aquella sucesión se habrá diferido en virtud de vocación paccionada.

32. Por consiguiente, debe concluirse que es la ley de la vecindad civil del causante en el momento de disponer *mortis causa* la

---

<sup>198</sup> Esta posición es mantenida por la generalidad de la doctrina española, *vid.* por todos A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8», *op. cit.*, p. 376. *Vid.* la resolución de la DGRN de 6-3-1997, Fto. 2.º, aunque advierte de la propia previsión del artículo 9.8 en lo que se refiere a la validez de los testamentos y pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del causante al tiempo de su otorgamiento.

que debe regir la vocación y los títulos que la producen. No puede ser de otro modo, porque la ley de la vecindad civil en el momento de la muerte del causante puede que no contemple, o incluso tenga prohibido, alguno de los títulos en los que se ha basado el causante para otorgar el acto de última voluntad. La vocación testamentaria no presenta problemas ya que es conocida por todos los Derechos civiles españoles. Sin embargo, se suscita un problema de desajuste importante en aquellos supuestos en que, mediando un cambio de vecindad civil, el causante ha revocado su acto de última disposición con un acto encuadrable en una vocación sucesoria distinta. El problema se da en aquellos supuestos en que la primera voluntad del causante se manifiesta mediante un pacto sucesorio y posteriormente, ostentando otra vecindad civil cuyo Derecho desconoce esta institución, otorga testamento. Sin embargo, ello no sería posible, puesto que la voluntad paccionada, se caracteriza porque la designación tiene eficacia vinculante, al producirse la vocación<sup>199</sup> en el momento en el que se celebra el acto de disposición<sup>200</sup>. La solución estriba, en Derecho interregional, en concluir que la vocación y la delación quedan regidas por la ley de la vecindad civil en el momento del otorgamiento. De esta manera, se preserva la igualdad de los Derechos civiles españoles y, sobre todo, no se produce inadaptación.

Evidentemente, si no se ha producido un acto de libre disposición la vocación será intestada y regulada por la ley sucesoria establecida en el primer inciso del artículo 9.8 Cc.

## 2. PROBLEMAS DE CAPACIDAD

33. Respecto a la capacidad para suceder, que se predica del sucesor, hay que distinguir entre la capacidad genérica para suceder, ley personal del sucesor, y las incapacidades relativas, referidas a una sucesión concreta y determinada<sup>201</sup>, *lex succesionis*.

<sup>199</sup> Aunque tal como precisa E. ROCA I TRÍAS, «Les fases en l'adquisició de l'herència», *op. cit.*, p. 67, no se trata de una verdadera vocación, sino de un sistema de oferta y aceptación similar al contractual.

<sup>200</sup> Conscientes de estas dificultades los redactores del Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* incluyeron una regulación específica de las sucesiones contractuales. La ley designada es la prevista también para las sucesiones testadas e intestadas, pero fijada en el tiempo: la ley que hubiera sido aplicable a la sucesión en caso de muerte en el día en que el pacto fue concluido.

<sup>201</sup> Igualmente, *vid.* V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado...*, *op. cit.*, pp. 199-201; E. PÉREZ VERA, Capítulo XXII, en E. PÉREZ VERA y otros, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 228-229; por otra parte, así se puede constatar en el Convenio de La Haya de 20 de octubre de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, no ratificado por España, en cuyo artículo 7.2. se concretan las materias que quedan regidas por la *lex succesionis*, comprendiendo la desheredación y las indignidades para suceder y, por tanto, excluyendo la capacidad general para suceder. En cambio, A. L.

34. En el primer caso, se alude a las incapacidades absolutas para suceder que se vinculan con la personalidad en aquellos Derechos civiles españoles que regulan esta materia<sup>202</sup>. Por lo tanto, en virtud de la propia naturaleza de la capacidad sucesoria, será la ley personal del sucesor, *ex* artículo 9.1 Cc., la que determine su aptitud para suceder. Sin embargo, la aplicación del Código civil, de la LSCM o del CSCM<sup>203</sup> no presenta ninguna diferencia substancial<sup>204</sup>. El requisito de la personalidad del sucesor —ya sea persona física o jurídica— se exige en ambos Derechos. La ley personal del sucesor determinará también la capacidad para suceder de los concebidos en el momento de la apertura de la sucesión, siempre que sobrevivan al causante y el concebido nazca con las condiciones establecidas en el artículo 30 Cc. Por consiguiente, la ley personal del sucesor se aplica en el momento en que nazca el concebido, pero sus derechos sucesorios al nacer están gobernados por la *lex successionis*<sup>205</sup>. Ello tampoco tiene ninguna incidencia en el ámbito interregional<sup>206</sup>, pero la distinción entre capacidad genérica para suceder y atribución de derechos sucesorios tiene repercusiones en un supuesto muy particular y restringido: el de la fecundación asistida *post mortem*<sup>207</sup>.

35. El nacido como consecuencia de una fecundación asistida *post mortem* tiene capacidad genérica para suceder, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 30 Cc. Sin embargo, la cuestión

---

CALVO CARAVACA, «La sucesión hereditaria...», *op. cit.*, p. 3123, realiza también la distinción, pero distingue entre la capacidad general para suceder, por un lado, y las incapacidades absolutas, las causas de desheredación y las de indignidad, por otro. Contradictorio, A. MARÍN LÓPEZ, *Las sucesiones...*, *op. cit.*, p. 79.

<sup>202</sup> Vid. artículos 744 y 745 Cc.; artículos 10 y 12 LSCM y artículos 9 y 10 del CSCM.

<sup>203</sup> Derechos civiles españoles que contienen normativa en relación con la capacidad sucesoria general.

<sup>204</sup> Un planteamiento distinto atentaría contra el artículo 14 CE, *vid.* L. PUIG I FERRIOL, «Estructura de la successió per causa de mort», Capítulo II, en L. PUIG I FERRIOL, E. ROCA I TRÍAS, *Institucions...*, *op. cit.*, p. 54. Sin perjuicio de que podría violar los derechos fundamentales inherentes a la persona.

<sup>205</sup> Igualmente, M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español...*, *op. cit.*, p. 262; *vid.* asimismo las sugerencias relativas al ámbito de aplicación del Convenio sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, en *Actes et documents de la Seizième session 3 au 20 octobre 1988*, t. II, pp. 206-215, en concreto p. 210.

<sup>206</sup> *Cfr.* artículo 29 Cc., artículo 10.2 LSCM y artículo 9 del CSCM.

<sup>207</sup> La doctrina es contradictoria en cuanto a su constitucionalidad. Contrarios, *vid.* F. PANTALEÓN PRIETO, «Técnicas de reproducción asistida y Constitución», *RCEC*, 15, 1993, p. 130; C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, «Nuevas técnicas de reproducción artificial. La inseminación artificial: consecuencias jurídicas», *RGLJ*, 4, p. 517; J. E. BUSTOS PUECHE, *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Madrid, Dykinson, 1996, p. 178. Favorables, *vid.* F. de P. BLASCO GASCÓ, «La ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación», *ADC*, 1991, 2, p. 705; Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *El Derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, UCM, Madrid, 1994, p. 132; M. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 84; F. RIVERO HERNÁNDEZ, «La fecundación artificial *post mortem*», *RJC*, 1987, 4, p. 41.



estriba en saber si puede suceder al padre premuerto. Las diferencias entre el Derecho «común» y el Derecho catalán comportan contradicciones para la determinación de la filiación<sup>208</sup>, dado el carácter civil de estas normas<sup>209</sup>. La ley sobre técnicas de reproducción asistida<sup>210</sup> admite excepcionalmente la fecundación asistida *post mortem* de mujer siempre que existiera un vínculo convivencial –matrimonial o no– entre el fallecido y la mujer. Cabrá esta posibilidad cuando el varón haya consentido en escritura pública o testamento y se utilice su material reproductor en los seis meses a su fallecimiento. Igualmente, el Código de Familia<sup>211</sup> reconoce la fecundación *post mortem* con un alcance restringido. Sin embargo, los límites impuestos no coinciden con los previstos en la ley 35/1988. Se exige que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido<sup>212</sup> para la fecundación asistida *post mortem*; que ésta se limite a un solo caso, comprendido el parto múltiple y, por último, concede un plazo máximo de 270 días después de la muerte del marido<sup>213</sup>, que puede ser prorrogado por el juez, por causa justa, por un tiempo máximo de 90 días.

Las divergencias existentes podrían comportar que el recién nacido pueda ser considerado o no hijo del varón premuerto, en función de la ley que se le aplique para determinar la filiación, lo cual dependerá de la vecindad civil ostentada en el momento de nacer (art. 9.4 Cc.). Ello ya plantea un primer problema respecto a la constitucionalidad de una norma que, como la catalana, parece vincular la filiación a los requisitos establecidos<sup>214</sup> para que se

<sup>208</sup> Vid. R. DURÁN RIVACOBA, «Igualdad jurídica, ...», *op. cit.*, pp. 88-90.

<sup>209</sup> Vid. la Exposición de Motivos de la ley de filiación catalana justificando la regulación de la filiación derivada de la aplicación de las técnicas de procreación asistida en base a que «la filiación es una categoría jurídica de carácter sustantivo que debe tratarse en una ley civil y no en normas de tipo administrativo-sanitario».

<sup>210</sup> Ley 35/1988 de 22 de noviembre (BOE 24 de noviembre de 1988), cuyas normas civiles son vigente en toda España, salvo en Cataluña, en cuyo Derecho civil se encuentra una normativa propia. De ahí que la referencia hecha en el artículo 10.3 LSCM no tenga repercusiones a los efectos aquí estudiados.

<sup>211</sup> Vid. artículo 92 CF y artículo 9 CSCM. El artículo 46 CSCM prevé la suspensión de la partición de la herencia hasta que se produzca el parto o transcurra el plazo fijado por la ley. Este punto no ha sido previsto por el legislador estatal, *vid.* L. DíEZ-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, op. cit.*, p. 285.

<sup>212</sup> En este punto el legislador catalán ha omitido la posibilidad, prevista en el artículo 9 de la ley de filiaciones derogada por el Código de Familia, de que la mujer fuera fecundada con gametos del varón premuerto que convivía con ella. Únicamente el empeño político en no incluir las relaciones de convivencia en el Código de Familia puede explicar, que no justificar, el olvido legislativo, que debe ser reparado. Por otra parte, hay que señalar que el punto de divergencia existente con la ley 35/1988, ya que se exigía constancia fehaciente de la voluntad expresa de la mujer y el varón, ha desaparecido. El Código de Familia se equipara a la ley 35/1988.

<sup>213</sup> *Vid.* nota precedente.

<sup>214</sup> «(...) el nacido se tiene por su hijo, siempre que concurren las siguientes condiciones...», reza el artículo 92.2 CF.

efectúe la fecundación *post mortem*. En cualquier caso, se desprende de una conclusión de carácter sucesorio puesto que los derechos sucesorios del recién nacido en relación al padre quedarían fijados por el artículo 9.8 Cc. Ello puede provocar una situación en la que el recién nacido pueda ser considerado hijo de acuerdo con un Derecho civil español y, en cambio, no tener capacidad para suceder al padre premuerto conforme a otro Derecho civil español, situación que violaría los artículos 39.2 y 14 CE. Parece ineludible que exista unidad de criterios.

La declaración de voluntad expresa otorgada por el varón se rige por la ley sucesoria. Esta ley determinará los requisitos exigidos para que tenga validez intrínseca y pueda ser ejecutada la declaración de última voluntad, y ello con independencia del lugar en que el semen esté depositado, del lugar en que se efectúe la fecundación, de la vecindad civil de la mujer y de la vecindad civil del hijo, si nace. Ello es así porque, en primer lugar, se trata de determinar el régimen legal de la declaración; en segundo lugar, en el momento de la declaración no se sabe si se llevará a cabo la fecundación *post mortem* ya que se requiere el consentimiento de la mujer; en tercer lugar, en caso de que se proceda a la misma no puede asegurarse que llegue a término y, si es así, no se sabe cuál será la vecindad civil del hijo póstumo y, por último, los requisitos exigidos se establecen a efectos civiles, no de carácter administrativo-sanitario, luego su aplicación no es territorial.

36. Las causas de indignidad<sup>215</sup>, y los efectos que se derivan de la existencia de las mismas, son determinadas conforme a la *lex sucesionis*. Pertenecen al estatuto sucesorio y dependen de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento, tanto si ha realizado un acto de disposición de última voluntad como si no. Ahora bien, en el primer caso, sería más oportuno que fuera la ley de la vecindad civil del causante en el momento de otorgamiento la que determine las causas de indignidad. Deben añadirse aquí además de estas causas las de desheredación<sup>216</sup>, que se dan únicamente por disposición testamentaria. El testador, o los participantes en el pacto sucesorio, se mueven en unas expectativas ciertas que son las que derivan de su Derecho personal—determinado por su vecindad civil— y, como consecuencia, disponen de sus bienes teniendo en cuenta la regulación sucesoria de esta ley en aquel momento. El respeto a la última voluntad del

---

<sup>215</sup> Vid. artículo 756 Cc.; ley 153 FNN; artículo 13 LSCM; artículo 11 y artículo 77 CSCM, en relación a los heredamientos.

<sup>216</sup> Vid. la ley 270 FNN, remitiendo a los artículos 852 y 853 Cc., igualmente la ley 272 FNN; artículos 848 a 857 Cc. —en particular, 852, 853, 854 y 855—; artículos 194 a 199 LSCM; artículos 368 a 372 CSCM —en particular, 370.

causante es capital en el Derecho sucesorio, de forma que no cabe alterar sus decisiones en aplicación de una ley que —aunque no es extraña, pues es la de su vecindad civil en el momento de fallecimiento— el causante no tuvo presente en el momento de disponer. Ahora bien, hay que admitir que esta solución tampoco es enteramente satisfactoria porque la causa de indignidad<sup>217</sup> puede surgir con posterioridad al acto de otorgamiento, cuando el causante ostente otra vecindad civil. Sin embargo, el hecho de que las causas de indignidad, o las de desheredación, pueden ser remitidas por el causante en aquellos Derechos españoles que regulan esta materia<sup>218</sup>, nos indica que es una cuestión que en cierto modo está sujeta a la voluntad del causante, porque siempre podrá hacer uso de esta facultad de remisión. En consecuencia, no plantearía excesivos problemas que la sucesión quedara regida por la ley de la vecindad civil del causante en el momento de disponer. Si surge una causa no prevista en la ley de la vecindad civil del causante en el momento de disponer pero prevista, en cambio, en la ley de la vecindad civil ostentada por el causante en un momento posterior, le basta al causante con enmarcar la sucesión en la ley de la vecindad civil poseída con posterioridad mediante un nuevo acto de disposición. Si es a la inversa no hay problema, porque siempre podrá remitirse la causa de indignidad, quedando claro que el ejercicio de esta facultad no supondría enmarcar la sucesión en la ley de la vecindad civil ostentada en un momento posterior.

### 3. DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO

37. Por último, en la sucesión se pone especialmente de relieve la vinculación entre el Derecho sucesorio y el Derecho de familia, en particular el régimen económico conyugal<sup>219</sup>. Esta interre-

<sup>217</sup> Respecto a la de desheredación no hay problema porque ésta únicamente opera por voluntad del causante, de modo que la aplicación de la ley de la vecindad civil del causante en el momento de otorgar la disposición testamentaria es totalmente ajustada de conformidad con el 2.º inciso del artículo 9.8 Cc.

<sup>218</sup> Vid. artículo 757 Cc.; artículos 17 y 196.3 LSCM; artículo 14 CSCM. La ley 153.3 FNN prevé la remisión de la incapacidad si se prueba que el disponente conocía la causa al tiempo de ordenar la liberalidad. De este modo, estas disposiciones no son de orden público internacional. Igualmente, A.L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8», *op. cit.*, p. 377; a diferencia de lo que mantenía M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español...*, *op. cit.*, p. 262, «Son de orden público internacional: (1.º ...), 2.º Las incapacidades por causa de indignidad establecidas por el Código civil».

<sup>219</sup> Vid. por todos J. VALLET DE GOYTISOLO y otros, «Normas de Derecho Internacional Privado aplicables en la transmisión y en la partición de la herencia», *RDN*, 1969, núm. LXIV, pp. 39-41. Así, en el CSCM se coloca en segundo lugar en el orden de suceder al cónyuge viudo porque el régimen de separación de bienes es el aplicable en defecto de elección, mientras que en el Cc. los ascendientes ocupan un lugar preferente en el orden de suceder frente al cónyuge viudo, en atención al régimen de gananciales.

lación puede provocar supuestos de inadaptación por lo que se refiere al cónyuge viudo, pero el artículo 9.8 Cc. incluye una norma general de adaptación que resuelve este problema<sup>220</sup> y el artículo 16.2 Cc. adopta una norma específica para la viudedad aragonesa<sup>221</sup>.

38. El problema se suscita, de nuevo, en relación con la ley catalana de uniones estables de pareja, pero también respecto de la ley aragonesa de parejas estables no casadas, puesto que ambas normas atribuyen ciertos derechos al conviviente sobreviviente por ministerio de la ley<sup>222</sup>. Es necesario tener en cuenta los problemas de inadaptación que pueden surgir, en la medida en que ésta será probablemente una cuestión regulada en otros Derechos civiles españoles. Por consiguiente, debe entenderse que la ley sucesoria no será la aplicable para determinar los derechos atribuidos por ministerio de la ley al conviviente sobreviviente, sino que éstos se desprenderán de la ley aplicable a los efectos de la relación de convivencia<sup>223</sup>. El problema

<sup>220</sup> Con anterioridad a la reforma *vid.* N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación...*, *op. cit.*, p. 188 y p. 197, proponiendo una adaptación directa; con posterioridad a la misma *vid.* E. ZABALO ESCUDERO, *La situación...*, *op. cit.*, elogiando la incorporación de la norma, aunque critica su método. Respecto a qué derechos se refiere el último inciso del artículo 9.8 Cc., la STSJC de 4 de diciembre de 1995 y la mayoría de la doctrina considera que se refiere a todos los derechos vituales atribuidos por ministerio de la ley, *vid.*, entre otros, E. ZABALO ESCUDERO, *La situación...*, *op. cit.*; A. CALATAYUD SIERRA, «Ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo», *La Notaría*, 1992, 11, pp. 9-16; otro sector doctrinal mantiene que se refiere únicamente a los derechos de naturaleza matrimonial, *vid.* L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pp. 283-284, 367-368, p. 461, J. M. NAVARRO VIÑUELAS, «Notas sobre la interpretación del inciso final del artículo 9.8 del Código civil», *La Notaría*, 1995, 10, pp. 139-186, J. A. MARÍN SÁNCHEZ, «Derechos sucesorios atribuidos por ministerio de la ley al cónyuge sobreviviente: se rigen por la ley nacional del causante. Comentario del artículo 9-8 *in fine* del Código civil», *La Notaría*, 1992, 11, pp. 17-24; M. E. GINEBRA MOLINS, «Els conflictes de lleis...», *op. cit.*, especialmente, pp. 94 y ss., estima que se trata únicamente de derechos sucesorios, pues los matrimoniales ya quedan comprendidos por su propia naturaleza en el artículo 9.2 Cc.

<sup>221</sup> Subsiste el derecho pese a la pérdida de la vecindad civil aragonesa, al tratarse de un derecho expectante. *Vid.* un ejemplo de su aplicación en la SAP de Valencia (Sección 8.ª) de 10-2-1997.

<sup>222</sup> *Vid.* artículo 18, en relación con las uniones heterosexuales, y artículo 33, en relación a las uniones homosexuales. Se trata en ambos casos de derechos equivalentes a los vituales familiares previstos en los artículos 35 *-dret al parament de l'habitatge-* y 36 *-l'any de viduïtat* (anteriormente denominado *any de plor*) del actual Código de Familia, Ley 9/1998, de 15 de julio, DOGC núm. 2687 de 23 de julio de 1998, pp. 9132 y ss. La ley atribuye otro derecho sucesorio únicamente para el conviviente sobreviviente de una unión estable homosexual, tanto si la sucesión es testada como intestada, *vid.* artículos 34.1.a) y 35. Se trata del equivalente al derecho de atribución sucesorio previsto en los artículos 379 y ss. CSCM *-quarta vital-*. Respecto de la ley aragonesa *vid.* el artículo 9.

<sup>223</sup> Considerando la unión como una mera cuestión de hecho que debe ser regulada mediante respuestas particulares, en función de la categoría conceptual, *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado», *REDI*, 1989, pp. 487-531; igualmente, A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZÁLEZ, «Efectos del matrimonio», Capítulo XVIII en *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, pp. 101-102, propugnando soluciones casuísticas; también J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Derecho de familia. El matrimonio», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 293. Por el contrario, J. M. FONTANELLAS I MORELL, «Noves perspectives per a una

se encuentra en que es difícil sostener la aplicación analógica de la norma de adaptación contenida en el artículo 9.8 Cc.<sup>224</sup>. Por este motivo puede afirmarse que la realidad –no sólo social sino jurídica<sup>225</sup>– exige una norma de adaptación que comprenda al conviviente sobreviviente, además del cónyuge superviviente; así como la inevitable regulación de los efectos de las relaciones de convivencia creadas en el ámbito internacional e interregional.

Los derechos «viudales» previstos en la ley aragonesa o catalana serán de aplicación: primero, cuando sea designado el Derecho aragonés o catalán para regir los efectos de esta relación; segundo, cuando se hayan cumplido los requisitos previstos en la ley aragonesa 6/1999 o la ley catalana 10/1998 para poder calificar a sus efectos aquella relación como estable; tercero, con independencia de que el causante tuviera vecindad civil aragonesa o catalana al fallecer; y, cuarto, sin importar la vecindad civil del conviviente sobreviviente en el momento de apertura de la sucesión. En cualquier caso, respecto de la ley catalana, se ponen de relieve los problemas apuntados anteriormente por la existencia de las normas de delimitación espacial<sup>226</sup>. En efecto, según la ley catalana uno de los convivientes debía ostentar vecindad civil catalana al constituir la unión estable<sup>227</sup>. Pero, ¿qué sucede si uno de los miembros de la

---

regulación de las unions de fet en el Dret internacional privat espanyol», en *Uniones de hecho* (J. M. MARTINELL y M.<sup>a</sup> T. ARECES PIÑOL, eds.), Lleida, Universitat de Lleida, 1998, pp. 233-245, concibe una solución unitaria basada en el criterio seguido en el estatuto personal para determinar la ley aplicable a las uniones extramatrimoniales: ley nacional (vecindad civil en supuestos interregionales) común de los convivientes y, en su defecto, ley de la residencia habitual común. También, J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 276-277, acudiendo al artículo 9.1 Cc. como norma general.

<sup>224</sup> El TC ha establecido que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes, *vid.* entre otras STC 184/1990, de 15 de noviembre; STC 29/1991, de 14 de febrero; STC 31/1991, de 14 de febrero; 35/1991, de 14 de febrero; 38/1991, de 14 de febrero; 77/1991, de 11 de abril; 29/1992, de 9 de marzo; 222/1992, de 11 de diciembre; 47/1993, de 8 de febrero; 66/1994, de 28 de febrero. Por su parte, el TS se ha negado a aplicar analógicamente las disposiciones matrimoniales a las uniones de hecho, la doctrina jurisprudencial se inicia con la STS de 18-5-1992 (RAJ, 1992, 4907). A destacar la STS de 10-3-1998 (RAJ, 1998, 1272), donde se continúa manteniendo la imposibilidad de analogía, pero se acude al principio general de protección al conviviente perjudicado.  *Vid.* J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Derecho de familia...», *op. cit.*, p. 293, S. SÁNCHEZ LORENZO, «Las parejas no casadas...», *op. cit.*, pp. 503, 509 y 511.  *Cfr.* J. M. FONTANELLAS I MORELL, «Noves perspectives...», *op. cit.*, pp. 244-245, distinguiendo entre *analogia legis* y *analogia iuris*.

<sup>225</sup> La institucionalización de las uniones estables de pareja en un Derecho civil español debe comportar una actuación inmediata del legislador estatal para regular los supuestos interregionales e internacionales. Advirtiendo la necesidad de una modificación de las normas de DIPr como respuesta a la regulación de las uniones de hecho, *vid.* J. M. FONTANELLAS I MORELL, «Noves perspectives...», *op. cit.*, pp. 239 y ss.; A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOA GONZÁLEZ, «Efectos del matrimonio», *op. cit.*, p. 102.

<sup>226</sup>  *Vid. supra* núm. marginal 30.

<sup>227</sup> En este aspecto la ley es muy confusa (*vid. supra* nota 188). En caso de otorgamiento de escritura pública basta con que uno de los dos miembros tenga vecindad civil catalana, pero ¿esta ley rige los efectos de la relación de convivencia aunque se pierda pos-

pareja tiene vecindad catalana, el otro vecindad aragonesa e inscriben la constitución de la pareja en el correspondiente Registro administrativo aragonés? La legislación aragonesa tiene la virtud de no determinar el alcance espacial de las normas de Derecho civil, de suerte que la inscripción únicamente condiciona la aplicación de las reglas administrativas<sup>228</sup>. En cualquier caso, la pregunta formulada debe mantenerse igualmente y el legislador estatal es el único que puede, y debe, resolver.

## VI. CONCLUSIONES

39. El carácter cada vez más completo de los Derechos civiles españoles —especialmente cierto en materia sucesoria— exige una nueva aproximación al sistema estatal conflictual tanto desde la función que desempeñan en el ámbito externo, cuanto en el interno. En el primer sector, debe asegurarse la proyección de los fines materiales perseguidos en cada uno de los Derechos civiles. Ello requiere normas de conflicto comprometidas con los Derechos españoles, frente al Derecho extranjero. En el segundo sector, debe determinarse el ámbito espacial de cada Derecho civil español en el marco de un sistema jurídico único, pero plurilegislativo, que respeta y garantiza los fundamentos de estos Derechos. Las normas de conflicto se deben únicamente a la Constitución Española, no a los Derechos civiles españoles, a los que deben servir, en aras a la igualdad, como meros instrumentos neutros de localización. Sin embargo, la determinación del ámbito espacial de los Derechos civiles se ve alterada por la existencia de normas unilaterales con carácter fragmentario en ciertos Derechos. Estas normas colisionan con las normas de conflicto estatales lo que pone de relieve un desajuste de los Derechos civiles «autonómicos», aunque también puede ilustrar la falta de neutralidad de la norma estatal. No es ajeno a ello el hecho de que estas normas unilaterales se encuentren principalmente en Derechos civiles distintos al Código civil, que acogió como propio el sistema conflictual estatal. La revisión del sistema<sup>229</sup> debe realizarse des-

---

teriormente esta vecindad? Por otra parte, si se trata de una pareja que convive maritalmente de manera ininterrumpida durante un período mínimo de dos años, ¿la vecindad civil catalana de uno de los miembros deberá haberse ostentado a lo largo de este período mínimo o no es necesario? En caso de uniones estables homosexuales, únicamente se plantea la primera pregunta porque la unión estable homosexual sólo se puede acreditar mediante otorgamiento conjunto de escritura pública.

<sup>228</sup> De acuerdo con el artículo 2 de la Ley aragonesa 6/1999 la pareja estable no casada «deberá ser inscrita».

<sup>229</sup> Abonando la reforma del sistema español de Derecho interregional, *vid.* J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *op. cit.*, p. 81; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 154; A. FONT I SEGURA, S. ORRIOLS I GARCÍA, «Reflexions entorn...», *op. cit.* p. 793.

pués de un estudio institución por institución, analizando las fricciones que se producen entre los distintos Derechos civiles españoles. En materia sucesoria, trascienden diversos desencuentros.

40. La profunda modificación de que han sido objeto los Derechos civiles españoles debe correr paralela a una corrección de las normas de conflicto en su vertiente interregional. Una vía, algo forzada, es la de alegar la remisión del artículo 16.1 Cc., incluyendo los convenios en la medida en que tengan carácter universal. Así, el Convenio de La Haya de 1961 sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias puede ser aplicado a supuestos interregionales, aunque mejor sería que el legislador adoptara por remisión el convenio para resolver los conflictos internos. En cualquier caso, se logra que tanto los supuestos interregionales como los internacionales queden sujetos en igual medida a un Convenio que persigue favorecer la validez de la disposición testamentaria. Este principio contribuye a desmentir el pretendido carácter territorial estricto de algunas normas autolimitadas, como el artículo 105.3 CSCM o la ley 185 FNN, máxime cuando el principio *favor validitatis* es compartido por todos los Derechos civiles españoles. Teniendo en cuenta la naturaleza integrativa, que no constitutiva, de la forma en las disposiciones testamentarias en los distintos Derechos españoles, la norma de conflicto opera de manera neutra –al integrar y respetar un valor compartido por todos los Derechos civiles españoles–. Lo mismo sucede en el ámbito de los pactos sucesorios, en el que no es aplicable el Convenio de La Haya de 1961, sino el artículo 11 Cc.

41. La regulación del contenido de la sucesión en Derecho interregional no descansa en la igualdad de los Derechos civiles coexistentes en España ni, en consecuencia, recoge la riqueza de un sistema plurilegislativo como el nuestro. Este defecto podría ser paliado si la norma de conflicto distinguiera entre la sucesión prevista por el causante, *ex testamento* o bien *ex pacto* sucesorio, y la legal. Ciertamente, el artículo 9.8 Cc. tiene la virtud de considerar la validez de los testamentos y pactos sucesorios a la luz de la ley personal del disponente en el momento de otorgar, pero no admite que ésta pueda ser la ley sucesoria. No se trata de incorporar la autonomía conflictual en el ámbito interregional. Se trata simplemente de designar la ley sobre la que se asienta la voluntad del disponente: la ley personal en el momento de disponer. De esta manera, la autonomía conflictual es innecesaria, porque los modos de adquisición de la vecindad civil ya permiten una flexibilidad suficiente para que se traduzca la voluntad del disponente y se garantice su proximidad con la ley aplicada. Acoger esta conexión evitaría las incongruencias presentes en la regulación actual como

la imprevisión de las incapacidades específicas, la distorsión de la voluntad del causante por un sistema legitimario no previsto en su momento o la falta de respeto a las vocaciones y delaciones previstas en los distintos Derechos civiles españoles. De este modo, se conseguiría mayor simplicidad y coherencia en la regulación de la sucesión.

Una comprensión global –que considerara todos los Derechos civiles españoles– de la norma de conflicto estatal supondría además la superación de los inconvenientes que presentan normas como el artículo 134 LDCFPV, así como la supresión de normas reiterativas, como la ley 148 FNN o las normas de extensión relativas al testamento mancomunado.

42. La cuestión es si ello se puede abordar mediante normas de conflicto multilaterales<sup>230</sup>. En la medida en que los principios materiales de los distintos Derechos de sucesiones españoles no coinciden, es difícil conseguir adoptar una norma que por sí sola respete la igualdad entre los mismos, puesto que en una norma de conflicto siempre subyacen consideraciones de carácter material que traicionan su neutral función localizadora. En efecto, admito que tan tendenciosa puede llegar a ser la norma contenida en el artículo 9.8 Cc. como la que se recoge en este trabajo. Hay que decir que la solución no pasa tampoco por la adopción de normas unilaterales, ni autonómicas ni estatales, para cada uno de los Derechos de sucesiones españoles porque se presentarían problemas de acumulación o de vacío normativo. En mi opinión, la respuesta se encuentra en la incorporación de normas de adaptación que permitan la transición de un sistema legitimario a un sistema basado en la libertad de testar, o bien de un sistema personalista a otro basado en la territorialidad.

---

<sup>230</sup> En este sentido se manifestaba el Magistrado J. D. GONZÁLEZ CAMPOS en su voto particular a la STC 226/1993, aunque más adelante puso de relieve la falsa neutralidad de la norma de conflicto, *vid. op. cit.* «El paradigma de la norma de conflicto multilateral». La orientación material de las normas de conflictos también ha sido puesta de relieve por A. BUCHER, «Vers l'adoption de la méthode des intérêts? Réflexions à la lumière des codifications récentes», *TCFDIP*, 1994-1995, pp. 209-228. Especialmente interesante el debate entre B. ANCEL y A. BUCHER, *vid. p.* 237, a raíz de la ponencia.





# El contrato de asunción de deuda \*

XABIER BASOZABAL

SUMARIO: *I. Introducción.*—*II. El «Cambio de deudor»: diversidad de modelos codificados.*—*III. Modalidades:* 1. Por sus efectos: asunción de deuda liberatoria o cumulativa, asunción de cumplimiento. 2. Asunción de deuda liberatoria: procedimiento para asumir: a) Asunción de deuda por expromisión. b) Asunción de deuda por contrato entre deudores ratificado por el acreedor. c) Asunción de deuda por contrato trilateral. 3. La asunción de deuda cumulativa.—*IV. Naturaleza jurídica.* *V. Contenido esencial:* 1. La deuda asumida. 2. El consentimiento del acreedor. 3. La forma. 4. La causa.—*VI. El alcance de la asunción de la deuda:* 1. Las garantías prestadas a favor del deudor. 2. Los privilegios del crédito. 3. Otros componentes y accesorios de la deuda.—*VII. Las excepciones oponibles por el asumentante:* 1. Excepciones derivadas del contrato de asunción de deuda. 2. Excepciones derivadas de la relación de cobertura. 3. Excepciones derivadas de la relación de valuta.

## I. INTRODUCCIÓN

Entendiendo por contrato de asunción de deuda aquél por el que un tercero (asumente) se obliga a cumplir la deuda de otro, bien frente a éste, bien frente al acreedor, no puede decirse que entre nosotros sea una cuestión problemática<sup>1</sup>. Admitida la posibilidad

---

\* Agradezco al Ministerio de Educación y Cultura la concesión de la beca que ha hecho posible la estancia en la Universidad de Colonia durante la cual ha sido elaborado este trabajo. Agradezco asimismo al Profesor PANTALEÓN PRIETO sus consejos, en los que se apoyan las mejores ideas del texto.

<sup>1</sup> La STS 16-III-95 afirma que «la institución de asunción de deudas, si bien carece de regulación precisa en nuestro Código, salvo la referencia genérica de sus preceptos 1112 y 1205, ha sido integrada doctrinalmente por la jurisprudencia de esta Sala, ya que se ha declarado que opera ocasionando la sustitución del deudor originario por el posterior, que voluntariamente acepta y asume la obligación de satisfacer la deuda, con lo que se alcanza estado liberatorio para el primero». Si bien no de forma tan clara, dan por válido este planteamiento todas las últimas sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia (SSTS 20-V-97, 21-III-96, 9-XI-95, 10-VII-95, 20-II-95, 23-XII-92, 30-III-92 y 18-III-92).

En cuanto a la doctrina, ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en derecho civil*, Granada, 1996, pp. 3 y ss. DE BUEN, en COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, III, Madrid, 1924, p. 282. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III,

de cambiar de deudor sin tener por ello que acudir a la extinción de la relación obligatoria, parece haber desaparecido el interés por una materia en la que durante tiempo los autores se enzarzaron, obsesionados «por el espejismo de los nombres»<sup>2</sup>. Desecho el encantamiento, hoy se reconoce la posibilidad de «suceder a título particular en las deudas»<sup>3</sup>, y la llamada asunción de deuda se explica, junto a la expromisión y a la delegación, como una de las posibles formas de modificar la relación obligatoria por cambio de deudor<sup>4</sup>.

Claro que también la novación puede provocar el cambio de deudor a través de la extinción de la relación obligatoria originaria

---

*Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 15.ª ed. (rev. por García Cantero), Madrid, 1988, pp. 329 y ss. COSSÍO, «La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular» (Conferencia de 8 de marzo de 1943), *AAMN*, 1, 1945, p. 195. CRISTÓBAL-MONTES, «La llamada novación modificativa en el Derecho Civil Español», *RCDI*, 1973, pp. 1192 y 1193. DE DIEGO, *Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912, pp. 129 y ss. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 4.ª ed., Madrid, 1993, pp. 833 y ss. GARCÍA AMIGO, «Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato», *RDP*, 1963, p. 40; *Lecciones de derecho civil*, II, *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995, pp. 566 y ss. GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión en las deudas a título singular» en *Estudios de derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, II, Pamplona, 1969, p. 222. GETE-ALONSO, «La modificación de la relación obligatoria» en PUIG I FERRIOL, GETE-ALONSO, GIL RODRÍGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, 2.ª ed., Madrid, 1998, pp. 382 y ss.; *Comentario a la STS 5-XI-90, CCJC*, núm. 24, septiembre/diciembre, 1990, p. 1185. JORDANO BAREA, «Asunción de deuda» (Comentario a la STS 10-II-50), *ADC*, 1950, p. 1375. LASARTE, *Principios de derecho civil*, 2, *Derecho de obligaciones*, 3.ª ed., Madrid, 1993, pp. 232 y ss. O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho civil*, II-1.º, *Derecho de obligaciones. Teoría general de la obligación, del contrato y del acto ilícito*, Madrid, 1994, p. 205. ORDUÑA MORENO, «Modificación de la obligación» en VALPUESTA, BLASCO, CAPILLA y otros, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2.ª ed., Valencia, 1995, pp. 285 y ss. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECCERUS/LEHMANN, *Derecho de obligaciones* en ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *Tratado de derecho civil*, II-1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1954, pp. 410 y ss. PUIG BRUTAU, *Compendio de derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones. Contratos y cuasicontratos. Obligaciones derivadas de actos ilícitos*, 2.ª ed., Barcelona, 1994, pp. 125 y ss. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios de derecho privado*, I-2.º, *Obligaciones y contratos*, Madrid, 1948, p. 320. SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales» (dir. por Albaladejo y Díaz Alabart), XVI-1.º, 2.ª ed., Madrid, 1991, art. 1205, pp. 741 y 742. STORCH DE GRACIA, «Construcción jurídica de la asunción de deuda en el derecho español», *La Ley*, 1987-4, p. 1115.

<sup>2</sup> COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 195.

<sup>3</sup> Claro que hay que entender por «sucesión» lo que razonablemente puede ser entendido por tal (lejos de la vieja concepción —hace tiempo desechada— que pretendía explicar la asunción de deudas de forma análoga a la cesión de créditos), lo que supone que la asunción liberatoria sólo es posible con el consentimiento del acreedor (art. 1205 C.c.), y que el efecto «sucesorio» producido ha de respetar, tanto la posición del primitivo deudor, que sigue siendo parte contractual, como la de los garantes, que han de prestar consentimiento para seguir siéndolo (art. 1207 C.C.). SANCHO REBULLIDA opina que con estas correcciones no cabe hablar de «sucesión» («Comentario...», XVI-1.º, cit., art. 1205, p. 742).

<sup>4</sup> DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, 7.ª ed., Madrid, 1995, pp. 262 y ss. GARCÍA AMIGO, *Lecciones...*, II, cit., pp. 566 y ss. GETE-ALONSO, «La modificación...», cit., pp. 382 y ss. LASARTE, *Principios...*, 2, cit., pp. 232 y ss. O'CALLAGHAN, *Compendio...*, II-1.º, cit., pp. 204 y ss. SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, II-1.º, *Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, 3.ª ed., Barcelona, 1994, pp. 333 y ss.

y correlativa creación de una nueva en la que el nuevo deudor ocupa el lugar del primitivo. La ambigüedad de nuestro Código civil al regular la novación, con su difusa línea divisoria entre modificación y extinción/creación, obliga a tener en cuenta su normativa tanto en un caso como en el otro. Dicha normativa permite que el cambio se produzca sin el consentimiento del deudor primitivo, a través de un contrato entre acreedor y nuevo deudor (art. 1205, en el que la doctrina ha reconocido la figura de la expromisión); en cuanto a una posible participación de aquél, el artículo 1206 hace referencia al deudor que «delega» su deuda, esto es, al deudor que invita a un tercero a obligarse frente al acreedor como nuevo deudor. La aparición única de la palabra «delegar» hubiera pasado desapercibida de no ser porque con ella se hace referencia a una de las instituciones jurídicas más escurridizas pero de mayor trascendencia en el tráfico jurídico económico<sup>5</sup>.

Por una parte, la doctrina suele presentar la delegación como fundamento de realidades negociales tan útiles como la letra de cambio y los títulos al portador, las tarjetas de crédito o el crédito documentario<sup>6</sup>; por otra, la explicación que de la delegación se da,

<sup>5</sup> No resulta fácil aproximarse al concepto de delegación. DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, cit., p. 853) propone como definición de ésta «la operación jurídica por medio de la cual una persona (delegante) da una orden o una autorización a otra (delegado), a fin de que realice una prestación o emita una promesa en favor de un tercero (delegatario), todo ello de manera tal que la promesa o la prestación se entienda hecha por cuenta del delegante»; el delegado asume en nombre propio la obligación frente al delegatario (o efectúa la prestación en favor de éste), a quien de un modo o de otro se da a conocer la delegación procedente del delegante, de forma que recibe la prestación como proveniente de éste. Según SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, II-1.º, cit., p. 337), «en su concepto más general, por delegación se entiende hoy aquella combinación de obligaciones, prestaciones y causas en la que intervienen tres partes: en el esquema más usual, una (delegante) da orden a otra (delegado) de (o le autoriza para) prestar o prometer algo, por su cuenta y en nombre propio, a un tercero conocedor del transcurso de la operación (delegatario)». Sobre la delegación en general, ver BIGIAMI, *La delegazione*, Padua, 1940 (obra de referencia en la materia). GRECO, voz «Delegazione (diritto civile)» en *Novissimo Digesto Italiano*, V, Torino, 1960, pp. 327 y ss. MANCINI, «La delegazione, l'espromissione e l'accollo» en RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, 9, Torino, 1991, pp. 401 y ss. RESCIGNO, voz «Delegazione (diritto civile)» en *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, pp. 929 y ss. Buenas aproximaciones en COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, III, Madrid, 1924, p. 226. COSSÍO, «La transmisión...», cit., pp. 198 y 199. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXVIII, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, 1872, núm. 308, p. 217. PLANIOLY RIPERT, *Traité pratique de droit français*, VII, *Obligations*, 2.ª ed. por Esmein, Paris, 1954, núm. 1261, p. 667. RODRÍGUEZ TAPIA, voz «Delegación (derecho civil)», en *Enciclopedia jurídica básica*, II, Madrid, 1995, p. 1973.

<sup>6</sup> COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 228. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 853 y 854. HUECK/CANARIS, *Derecho de los títulos-valor* (trad. por J. Alfaro y D. Brückner), Barcelona, 1988, pp. 47 y ss. PLANIOLY RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., núm. 1271, p. 677. Advierten de la debida separación entre las instituciones mercantiles y civiles, IGLESIAS PRADA, «El libramiento de la letra de cambio», en AA.VV., *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque* (dir. por Aurelio Menéndez Menéndez), Madrid, 1992, p. 437. PAZ-ARES, «Naturaleza jurídica de la letra de cambio», en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque* (dir. por Aurelio Menéndez Menéndez), Madrid, 1992, p. 106.

como fuente de obligaciones «abstractas» (la obligación del nuevo deudor –delegado– frente al acreedor –delegatario– es independiente de la relación que liga a éste con el deudor –delegante– y de la que exista entre delegante y delegado), parece chocar con el causalismo sin excepciones de nuestro ordenamiento jurídico<sup>7</sup>. La posibilidad de aceptar una delegación *civil* sin un apoyo normativo que justifique su «abstracción» ha venido siendo negada o eludida, en parte por la propia complejidad del problema, en parte porque la figura, de indudable utilidad como mecanismo de crédito y garantía, goza ya de excelente salud en el ámbito mercantil, en el que se encuentra regulada (tanto por el derecho interno –títulos valores– como por los usos de la contratación internacional –crédito documentario-); su aparición normativa en el marco de la novación no hace sino dificultar aún más una visión adecuada de la misma.

A la luz de los artículos que nuestro Código civil dedica a la novación, no parece que el codificador español descartara la idea de sustituir la figura del deudor sin extinguir la obligación primitiva; lo que sí resulta evidente es que, al igual que en el *Code* o en el *Codice* decimonónico<sup>8</sup>, la idea de «asunción de deuda» entendida como contrato por el que el acreedor y un tercero acuerdan transmitir a éste la obligación del deudor (idea consagrada por el codificador alemán en el § 414 BGB), o con este mismo contenido, como contrato entre primitivo y nuevo deudor, ratificado por el acreedor (§ 415 BGB), resulta extraña en nuestro Código civil, no así en la Ley Hipotecaria (art. 118), que recibe la asunción de deuda garantizada con hipoteca tal y como se concibe en el derecho alemán<sup>9</sup>.

El trabajo que se inicia con estas líneas parte de una normativa codificada que esboza una novación no necesariamente extintiva, en la que el cambio de deudor se consigue a través de delegación o expromisión, figuras que no excluyen la idea de asunción de deuda, aunque tampoco quede nada clara la relación que guardan con ésta; parte, por lo tanto, de un panorama que de puro confuso ha logrado

<sup>7</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., p. 169. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 849 y 858. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 341.

<sup>8</sup> CARBONNIER, *Droit civil*, 4, *Les obligations*, 7.ª ed., Paris, 1972, pp. 469 y ss. NEUMAYER, «La transmission des obligations en droit comparé» en *Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain*, XII, *La transmission des obligations. Travaux des IX. Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations*, Bruxelles-Paris, 1980, pp. 230 y 231. PLANIOLY RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., p. 473. Véase también, DA MOTA PINTO, *Cessao de posição contratual*, Coimbra, 1970, pp. 166 y ss.

<sup>9</sup> ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, VII, 8.ª ed., Barcelona, 1999, pp. 300 y ss.: «el artículo 118 de la Ley Hipotecaria ha dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la asunción de deuda».

pasar inadvertido<sup>10</sup>. En cuanto al orden de la exposición, a la necesaria labor de deslinde entre las diversas figuras mencionadas, y a la «cuestión causal», en la que habrá que analizar el grado de «dependencia» del contrato de asunción respecto de la relación originaria entre deudor y acreedor –relación de valuta– y de la relación generalmente existente entre antiguo y nuevo deudor –relación de provisión o cobertura–, se sumará el estudio de los efectos y del alcance del contrato de asunción de deuda (transmisión de los derechos potestativos del deudor, oponibilidad de excepciones por el asumente al acreedor, posible permanencia de las garantías prestadas por terceros, por el deudor o por el asumente, y de los privilegios del crédito), donde las aportaciones doctrinales han sido especialmente escasas<sup>11</sup>.

## II. EL «CAMBIO DE DEUDOR»: DIVERSIDAD DE MODELOS CODIFICADOS

La vinculación entre los conceptos de novación y delegación (provocada por la posible función común de ambas) se aprecia ya en la Compilación Justiniana, y persiste en el tiempo hasta consagrarse por el *Code* francés<sup>12</sup>. Sin presentación previa, la delegación irrumpe en la regulación de la novación por cambio de deudor de la siguiente manera: «la delegación por la cual un deudor da

<sup>10</sup> La STS 13-VI-97 es una buena muestra de la falta de claridad en la distinción de las diferentes figuras: «en la asunción de deuda un nuevo deudor asume una deuda existente en el lugar del hasta entonces deudor, pudiendo construirse el contrato aplicando las normas de la novación por cambio de deudor (arts 1203 núm. 2, 1204 y 1205), ya sea en la forma de expromisión (art. 1205) o en la de delegación (art. 1206), pero en ambas es necesario el *animus novandi*, en el que habrá que contemplarse el consentimiento del deudor». Pocos días antes, por el contrario, otra sentencia distingue con corrección la asunción de la novación (STS 21-V-97): «la asunción de deuda es la sustitución de la persona del deudor por otra, con respecto a la misma relación obligatoria, sin extinción de ésta (...); partiendo de su admisibilidad, sólo se puede dar, tanto en su tipo de expromisión (acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor) como en el de delegación (acuerdo entre el deudor antiguo y el nuevo, con consentimiento del acreedor), si el acreedor lo consiente. Distinto es el caso de la novación (extintiva) subjetiva por cambio de deudor, en que se extingue la obligación primitiva y se constituye una nueva, con la persona del deudor distinta: también requiere el consentimiento del acreedor».

<sup>11</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 834 y 843 y ss. Ya la primera edición de esta obra proponía, en 1979, un enfoque práctico sobre la materia. Deudoras de este mismo planteamiento son las opiniones de GETE-ALONSO, «La modificación...», cit., pp. 382 y ss. PUIG BRUTAU, *Compendio...*, II, cit., p. 126. STORCH DE GRACIA, «Construcción jurídica...», cit., pp. 1110 y ss. Otros autores se ocupan indirectamente de los efectos de la asunción de deuda al tratar de diferenciar la sucesión de la novación: JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1379; y oponiéndose a sus argumentos, SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., pp. 731 y ss. En 1996 el panorama se enriquece con la monografía de ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 313 y ss.

<sup>12</sup> COING, *Derecho privado europeo*, II, Madrid, 1996, pp. 581. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 837 y ss. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 338.

al acreedor otro deudor que se obliga respecto de éste, no produce novación, salvo que expresamente declare el acreedor que el deudor que ha hecho la delegación queda liberado» (art. 1275). De aquí deduce la doctrina francesa que la delegación puede producir o no el efecto novatorio/extintivo; a la que lo produce la denomina delegación perfecta, e imperfecta a la que, por no producirlo, consigue sumar o acumular la obligación del nuevo deudor a la del deudor primitivo<sup>13</sup>. En la delegación perfecta la liberación del deudor primitivo está ligada a la novación de la relación obligatoria primitiva de tal forma que aquella no es posible sino mediante la extinción de ésta<sup>14</sup>.

*Délégation* y *cession de dette* se distinguen correctamente: aquella crea un nuevo vínculo entre delegado y delegatario, en tanto que por cesión el nuevo deudor «concorre» en una relación obligatoria preexistente, de aquí que le afecten las vicisitudes de ésta<sup>15</sup>.

La cuestión que resulta conflictiva y en ocasiones difícil de comprender es la de la causa de la obligación del delegado, siempre relacionada con la oponibilidad por parte de éste frente al acreedor de las excepciones derivadas de las relaciones de valuta y cobertura<sup>16</sup>. Durante buena parte del siglo XIX los exégetas del *Code* no se preguntan por la causa de la delegación, ni por la de la obligación del delegado. Lo que se afirma como opinión unánime, recibida del derecho romano, es que el delegado no puede oponer al delegatario el haberse obligado por creer ser deudor del delegante (esto es, por una circunstancia proveniente de la relación de cobertura existente entre delegado y delegante). Se aduce como justificación que el vínculo que por la delegación surge entre

<sup>13</sup> COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., pp. 212 y ss. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 309 y ss., pp. 219 y ss. GHESTIN, «La transmission des obligations en droit positif français» en *Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain*, XII, *La transmission des obligations. Travaux des IX. Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations*, Bruxelles-Paris, 1980, pp. 63 y ss. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVIII, 3.<sup>a</sup> ed., Bruxelles, 1878, núm. 311, p. 335. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, IV, 7.<sup>a</sup> ed., Paris, 1873, núm. 769, p. 619. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil. Les obligations*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1989, pp. 396 y ss. PLANIOLY RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., 1954, núm. 1271 y ss., pp. 676 y ss. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, VII, 7.<sup>a</sup> ed., Paris, 1830, núm. 284, pp. 348 y ss.

<sup>14</sup> Los autores franceses no parecen concebir una delegación liberatoria que no extinga la primitiva obligación, lo que en absoluto es incompatible con la figura delegatoria. La delegación *crea* una obligación nueva entre acreedor –delegatario– y nuevo deudor –delegado– que no determina, ni la liberación del deudor primitivo, ni la extinción de la relación obligatoria que une a éste con el acreedor; aquella depende de la declaración liberatoria del acreedor, y ésta de la voluntad novatoria de las partes, o de la concurrencia de cualesquiera otras causas de extinción de las obligaciones.

<sup>15</sup> COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 347. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., núm.432, p. 402.

<sup>16</sup> GHESTIN, «La transmission...», cit., pp. 63 y ss. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., pp. 402 y ss.

delegado y delegatario es nuevo y distinto del que liga al delegado con el delegante, esto es, el principio de relatividad del contrato; la inoponibilidad se explica porque el error se produce en una relación respecto de la cual el acreedor es tercero (sin perjuicio de que el error sea también relevante en la relación entre delegado y acreedor)<sup>17</sup>.

Ahora bien, el discurso doctrinal se va paulatinamente «causalizando», y la cuestión sobre si el delegado puede oponer al delegatario el error que concurre en la relación de cobertura se convierte en la cuestión sobre si la obligación del delegado es causal o abstracta; y desde esta perspectiva, la inoponibilidad de excepciones provenientes de la relación de cobertura no es ya consecuencia de la «relatividad» del contrato, sino de su «abstracción», convirtiendo así una cuestión de eficacia (inoponibilidad de aquello que es ajeno a la relación *inter partes*) en una cuestión de validez (la causa del contrato como mecanismo de control de desplazamientos patrimoniales provocados por éste).

En este cambio de perspectiva influyeron diversos factores. Por un lado, la tendencia a subjetivizar el concepto de causa<sup>18</sup>. Por otro, la libertad de las partes para *incorporar* al contrato circunstancias en principio ajenas al mismo (como la relación de cobertura respecto del contrato entre delegado y delegatario), haciéndolo así depender de éstas<sup>19</sup>; de aquí a la idea de «causalizar los motivos» del contrato no hay más que una diferencia terminológica, pero ya se ha conseguido plantear la cuestión desde una perspectiva causal<sup>20</sup>. Indudablemente, tampoco fue ajeno a este viraje el que la doctrina alemana hablase de «abstracción» para referirse a su contrato de

<sup>17</sup> DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 324 y ss., pp. 229 y ss. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 291, p. 353.

<sup>18</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, *Introducción. Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 229.

<sup>19</sup> LAURENT (*Principes...*, XVIII, cit., núm. 319, pp. 335 y 336) matiza la inoponibilidad del error afirmando que si el delegado se obligó frente a delegatario como *deudor del delegante*, podrá alegarlo de forma eficaz también frente al acreedor, salvo que éste, confiando de buena fe en la obligación del delegado, haya descuidado o destruido sus títulos contra el delegante, tal y como se protege al *accipiens* de buena fe en la regulación del pago de lo indebido. Generalizando esta idea, dicen PLANIOLY RIPERT (*Traité pratique...*, VII, cit., núm. 1274, pp. 678 y 679) que en principio las excepciones que corresponden al delegado frente al delegante son inoponibles al delegatario, salvo que la relación de cobertura entre delegante y delegado se haya incorporado a la convención que éste adopta frente al delegatario, sin necesidad de proteger al acreedor en este último caso mediante la aplicación analógica de la regulación del pago de lo indebido.

<sup>20</sup> Ya MARCADÉ (*Explication...*, IV, cit., núm. 774, p. 623) enseña que aunque el delegado se obligue por creerse deudor del delegante no cesa su obligación de pago frente al acreedor, ya que esta obligación tiene por *causa*, no la existencia de una deuda entre delegado y delegante, sino más bien la extinción de la deuda existente entre delegante y delegatario; no siendo su *causa*, aquella otra deuda entre delegado y delegante sólo puede considerarse como *motivo* del contrato entre delegado y delegatario, y como tal, irrelevante de cara a la validez de éste.



asunción de deuda<sup>21</sup>, en el que el nuevo deudor no puede oponer al acreedor las excepciones derivadas de la relación que le une con el deudor primitivo (§ 417.II BGB). Ahora bien, la identidad del conflicto que plantean ambos códigos es sólo aparente.

En el Código civil alemán el nuevo deudor *asume una deuda del primitivo*, y lo hace (salvo en el supuesto «expromisorio» del § 414 BGB) en virtud de un contrato acordado con el primitivo deudor que necesita de la ratificación del acreedor para producir el efecto liberatorio (§ 415 BGB). El legislador alemán detecta que en este caso los sujetos que protagonizan la asunción de deuda y la relación de cobertura son los mismos, por lo que resulta difícil justificar que ambas relaciones no se condicionen; para evitarlo introduce un precepto que consagra su independencia (§ 417.II BGB), pero el *Bundesgerichtshof* encuentra fácilmente pretextos para relativizar esta «abstracción»<sup>22</sup>.

Por lo que respecta al derecho francés, no hay que insistir en que el nuevo deudor –delegado– ni *asume la deuda del delegante*, ni lo hace por un contrato celebrado con el delegado; por el contrario, *debe* una deuda propia en virtud de un nuevo vínculo existente entre él y el delegatario. Colin y Capitant ya advierten que «los

<sup>21</sup> Hoy se sigue hablando de «abstracción», matizando qué debe ser entendido por tal. ERMAN/WESTERMANN, *B.G.B. Handkommentar*, 1, 9.ª ed., Münster, 1993, Vor § 414, Rn. 4. KADUK, en *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12.ª ed., Berlin, 1994, § 414, Rn. 22. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14.ª ed., München, 1987, p. 608.

<sup>22</sup> Tanto el *RG* como el *BGH* (*RGZ* 58, p. 386; *BGHZ* 31, p. 321) han admitido la posibilidad de que el asumente impugne la asunción de deuda acordada con el deudor (§ 415 B.G.B.) por problemas derivados de la relación de cobertura, argumentando que cuando la asunción de deuda se acuerda por ambos deudores forma con la relación de cobertura un negocio jurídico unitario que, en virtud del § 139 B.G.B., puede ser impugnado como conjunto, aun cuando sólo sea impugnabile alguna de sus partes integrantes. La doctrina critica esta postura jurisprudencial, aunque no faltan autores que la aceptan bajo determinadas condiciones: ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 3. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, I-2.º, 7.ª ed., Heidelberg, 1993, p. 299. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 608. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 19 y 20. ZEISS en *SOERGEL Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 12.ª ed., Stuttgart-Berlin-Köln, 1990, § 417, Rn. 6. Entre las opiniones matizadas, MEDICUS (*Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 11.ª ed., München, 1999, pp. 360 y 361) acepta las decisiones jurisprudenciales, pero advirtiendo que en realidad la asunción no fracasa por el defecto de la relación de cobertura, sino porque ese mismo defecto concurre en la propia relación de asunción de deuda. NÖRR (en NÖRR/SCHEYHING, *Sukzessionen*, Tübingen, 1983, p. 306. La reciente segunda edición de esta obra –NÖRR/SCHEYHING/PÖGGELER, *Sukzessionen*, Tübingen, 1999– reproduce sin cambios, en lo referente a la asunción de deuda liberatoria, el contenido de la primera) se suma al parecer jurisprudencial siempre que se limite al supuesto de compraventa de fundo con asunción de deuda garantizada mediante derecho real sobre el mismo. HEINRICH (en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 58.ª ed., München, 1999, § 417, Rn. 6) propone debilitar la abstracción, tanto en el supuesto de «doble vicio», como cuando las partes hayan querido agrupar la relación de cobertura y la asunción en un único negocio jurídico complejo (§ 139) y concurren ciertos «presupuestos concretos» que permitan apreciar dicha voluntad, como cuando ésta ha sido notificada debidamente al acreedor, de forma que pueda entenderse comprendida por el asentimiento de éste (MÖSCHEL, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4, 3.ª ed., München, 1997, § 417, Rn. 10).

jurisconsultos alemanes y suizos explican este resultado (inoponibilidad de la relación de cobertura) diciendo que la aceptación (de la obligación por parte del delegado) crea una obligación abstracta cuya validez es independiente de toda causa de obligación entre el delegado y el delegante», y que «las soluciones de nuestro derecho francés son idénticas desde el punto de vista práctico, sin que sea necesario recurrir a la misma explicación»<sup>23</sup>. La advertencia no fue sin embargo escuchada, y, al plantearse la cuestión como *causal* y en el marco codificado de la novación, los autores franceses arrastran la necesidad causal típica de la novación (la extinción de una relación obligatoria válida como causa para la posible creación de otra nueva<sup>24</sup>) a la delegación, y acaban por exigir para ésta la validez de la relación primitiva entre delegante y delegatario, a lo que sin duda contribuye también el que la delegación liberatoria sólo se conciba como novatoria (extintiva)<sup>25</sup>.

En síntesis, el tratamiento por parte de la doctrina francesa de los posibles modos de cambiar de deudor tropieza, en primer lugar, con la vinculación entre el efecto extintivo de la relación originaria y el efecto liberatorio del primitivo deudor<sup>26</sup>; y en segundo lugar, con la «causalización» de la cuestión sobre las excepciones oponibles y la importación de la causa exigida por la novación a la delegación. Junto a otros procedimientos que posibilitan el cambio de deudor (como la estipulación en favor de tercero —*stipulation pour autrui*—, la novación o la delegación<sup>27</sup>), la *cession de dette* se admite como figura negocial atípica al amparo del principio de autonomía negocial<sup>28</sup>, pero no faltan autores

<sup>23</sup> COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 228.

<sup>24</sup> COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 217. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 242, p. 165. MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., núm. 759, p. 613. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 380. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., núm. 1258, p. 664. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 271, p. 329.

<sup>25</sup> GHESTIN, «La transmission...», cit., pp. 63 y ss. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., pp. 402 y 409.

<sup>26</sup> DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., p. 310: «la liberación del deudor antiguo y la novación de la obligación primitiva (la que corresponda a aquél) son dos caras distintas, y es muy grave el error en que incurrieron los Códigos francés e italiano al confundir esos dos hechos de tal suerte que no se pudieron concebir el uno sin el otro».

<sup>27</sup> GHESTIN, «La transmission...», cit., pp. 60 y ss. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., p. 474. En el marco del derecho belga, VAN OMMESLAGHE, «La transmission des obligations en droit positif belge» en *Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain*, XII, *La transmission des obligations. Travaux des IX Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations*, Bruxelles-Paris, 1980, pp. 143 y ss. Ver también, DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., pp. 262 y ss.

<sup>28</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato teorico pratico di diritto civile*, III, *Delle obbligazioni* (trad. por BONFANTE, PACCHIONI y STRAFFA), Milano, 1914, núm. 1766, p. 93. JOSSE RAND, *Derecho civil*, II-1.º, Buenos Aires, 1950, pp. 657 y ss. PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, VII, cit., p. 478. No falta quien mantiene que la omisión del legislador fue deliberada, de forma que su silencio debe interpretarse en contra de la transmisibilidad de las

que han expresado su deseo de contar con una regulación positiva que proporcione mayor seguridad jurídica a las operaciones de este tipo<sup>29</sup>.

Teniendo en cuenta que el *Codice* decimonónico reprodujo prácticamente el articulado francés<sup>30</sup>, y antes de abordar las importantes novedades que se produjeron en 1942, le llega el turno a nuestro codificador. Como en tantas otras materias, éste parte del modelo francés, pero las modificaciones que se introducen no son tan insignificantes como pudieran parecer; de hecho, casi consigue que la delegación desaparezca de la regulación de la novación, por lo que podríamos presumirle, al menos, la intención de deslindar adecuadamente ambas figuras. A pesar del intento, la delegación siguió asomada al panorama normativo de la novación con su pequeña pero definitiva participación en el artículo 1206 CC. Esta mención, que probablemente no tuvo otra finalidad que la de distinguir los procedimientos de cambio de deudor en los que interviene el deudor primitivo, de cara a su posible responsabilidad por insolvencia del nuevo deudor, propició que la confusión entre novación y delegación perdurara<sup>31</sup>.

La doctrina ha criticado al codificador español que no haya sabido vincular el efecto extintivo al término novación, evitando así la polémica en torno a la posibilidad de aceptar en derecho español una «novación modificativa»<sup>32</sup>. Pero es evidente que al legislador no le preocupaba la coherencia terminológica; lo realmente complicado era pretender (como parece pretendía) hacer compatible la liberación del deudor primitivo con una propuesta no necesariamente extintiva, sin deshacerse del molde codificado heredado (la novación como camino para lograr un cambio de deudor a tra-

---

deudas, MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II, *Théorie générale. Obligations. Biens*, Paris, 1956, p. 1011.

<sup>29</sup> FONTAINE, «La transmission des obligations de lege ferenda» en *Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain*, XII, *La transmission des obligations. Travaux des IX Journées juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations*, Bruxelles-Paris, 1980, p. 477. GHESTIN, «La transmission...», cit., p. 79. PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, VII, cit., p. 477. También solicita la intervención del legislador en todos los ordenamientos latinos DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., pp. 334 y ss.; y en el derecho español, COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 205.

<sup>30</sup> Curiosamente, el *Codice* italiano introduce como única novedad un precepto que aclara que «el deudor que haya aceptado la delegación no puede oponer al segundo acreedor las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor originario, sin perjuicio de la acción que le corresponda frente a éste. Tratándose de excepciones personales, el deudor puede oponerlas si concurren también en el momento en el que consintió la delegación».

<sup>31</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 836: «la idea de *delegare* indica sólo la autorización concedida por el delegante al delegado». GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza (reedición a cargo de LACRUZ BERDEJO), 1974, p. 604 (art. 1134 del Proyecto de 1851).

<sup>32</sup> SANCHO REBULLIDA, en *Elementos...*, II, cit., p. 322.

vés de las figuras de la delegación y de la expromisión). Nuestro texto legal no considera el efecto extintivo como condición para la liberación del deudor primitivo, como parece hacerlo el francés<sup>33</sup>; pero está claro que tampoco contempla la asunción de deuda liberatoria.

En Alemania la codificación estuvo precedida por una intensa polémica doctrinal en torno a la posibilidad de transmitir a título singular las deudas<sup>34</sup>. El resultado es un derecho positivo que ignora la novación (aunque nada se opone a que siga siendo posible al amparo del principio de autonomía negocial<sup>35</sup>) y que reconoce la posibilidad de *asumir la deuda de otro*. Sin duda, la principal novedad que introduce el modelo alemán es precisamente la regulación de la «asunción de deuda» (§ 414 a 418 BGB): mediante acuerdo entre acreedor y asumente (§ 414), o entre deudor y asumente ratificado por el acreedor (§ 415), el asumente se obliga a cumplir la deuda del deudor en el marco de la relación obligatoria en la que ésta existe (relación de valuta entre acreedor y deudor). Por tratarse de la misma relación obligatoria, el asumente puede oponer al acreedor todas las excepciones que, derivadas de la misma, hubiera podido oponer el primitivo deudor, aunque se excluye expresamente la posibilidad de compensar créditos de éste (§ 417.I). En cuanto a las excepciones derivadas de la relación entre deudor y asumente, el párrafo segundo del parágrafo 417 excluye su oponibilidad frente al acreedor, consagrando así la «abstracción» del contrato de asunción de deuda. Por lo que respecta a las garantías, sólo permanecen con el consentimiento de los garantes; los privilegios del crédito que el acreedor hubiera podido hacer valer en el concurso de acreedores contra el deudor no pueden hacerse valer en el concurso del asumente (§ 418).

La delegación ha sido positivizada a través de una de sus posibles manifestaciones en la llamada «Anweisung» (§ 783-792)<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 26 y 27. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, cit., pp. 262 y 263. GETE-ALONSO, «La modificación...», cit., p. 382. LASARTE, *Principios...*, 2, cit., pp. 214 y 215.

<sup>34</sup> Polémica que surge a partir de la monografía de DELBRÜCK (*Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht*, Berlin, 1853), y de la que forman parte los trabajos clásicos de KNOKE [«Die Sondernachfolge in die Schuld bei befreiender Schuldübernahme», *JherJb*, 60 (1912), pp. 407 y ss.] –a favor de la sucesión–, y de STROHAL [«Schuldübernahme», *JherJb*, 57 (1910), pp. 273 y ss.] –en contra–. Sobre la polémica, véase una buena síntesis en STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 9 y ss.

<sup>35</sup> LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pp. 91 y 92. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., p. 141. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Tübingen, 1997, p. 243. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 13.

<sup>36</sup> BIGIAVI (*La delegazione...*, cit., pp. 51 y ss.) y DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, cit., p. 856) la llaman «asignación». ALFARO y BRÜCKNER traducen la expresión alemana directamente por «delegación» (en HUECK/CANARIS, *Derecho de los títulos-valor...*, cit., pp. 47 y ss.).

En virtud de ésta, el delegante entrega al delegatario un documento en el que se encarga al delegado que realice en favor de éste una prestación de dinero, títulos valores u otras cosas fungibles. El delegatario, que presenta el título al delegado, actúa en nombre propio. El delegado, que realiza el pago derivado del título (auténtico título-valor «civil»), o que asume la obligación de pago por la aceptación del mismo, cumple con una obligación propia, aunque por cuenta del delegante. Con la aceptación por parte del delegado, surge para éste una obligación «abstracta» en el sentido de independiente de las relaciones de provisión y valuta<sup>37</sup>. La doctrina alemana reconoce la pequeña importancia práctica de esta figura, sin duda absorbida por los títulos-valores mercantiles<sup>38</sup>; pero su existencia y ubicación dentro del BGB confirma la independencia de la delegación respecto de la novación y de la asunción<sup>39</sup>.

El *Codice* italiano de 1942 contiene una original propuesta que no contempla la novación subjetiva pasiva, y que a través de un precepto remisorio (art. 1235) consigue que el cambio de deudor, novatorio o no, resulte sólo posible al amparo de alguna de estas tres vías: la delegación, la expromisión y el *accollo* (arts. 1268 a 1276).

La delegación típica de los artículos 1268 y siguientes es «abstracta» (el delegado no puede oponer las excepciones derivadas de las relaciones de valuta y cobertura) y no liberatoria, pero por tratarse de una regulación de derecho dispositivo, las partes pueden, no sólo pactar el efecto liberatorio (tal y como se desprende de la propia letra del precepto), sino también hacer depender la delega-

<sup>37</sup> No es ninguna casualidad que la explicación de esta abstracción coincida con la que los comentaristas franceses proponían para la inoponibilidad de excepciones por parte del delegado frente al delegatario. Así, HUECK y CANARIS afirman que la abstracción «resulta sin más del hecho de que la obligación del delegado se basa en un específico contrato con el delegatario. Este contrato no puede depender de la relación de provisión o de valuta, puesto que estas relaciones no se constituyen entre el delegado y el delegatario, sino entre cada uno de ellos y un tercero»; en la asignación, «el delegatario hace valer una pretensión basada en un derecho propio, por lo que las excepciones que pudieran dirigirse contra la persona de su predecesor no entran *a priori* en consideración, lo que significa que *no necesitan ser excluidas*» (*Derecho de los títulos-valor...*, cit., pp. 52 y 53). Luego es la propia relatividad de las relaciones contractuales la que justifica la inoponibilidad de excepciones sin necesidad de acudir a una «abstracción» en sentido estricto.

<sup>38</sup> HUECK/CANARIS, *Derecho de los títulos-valor...*, cit., pp. 47 y ss.

<sup>39</sup> En la línea señalada por el BGB, el Código civil portugués regula la transmisión singular de deudas («de la transmisión de créditos y deudas», arts. 595-600), pero sin dejar de ocuparse de la novación entre las formas de extinción de las obligaciones distintas del cumplimiento (arts. 857-862). En cuanto a la delegación, ésta no encuentra ningún pronunciamiento positivo concreto, dejando así clara su independencia respecto de la asunción y de la novación. Sobre la asunción de deuda en el derecho portugués, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II, 4.ª ed., Coimbra, 1990, pp. 346 y ss. DA MOTA PINTO, *Cessao da posição contratual...*, cit., pp. 157 y ss., 170 y ss. NETO y MARTINS, *Código civil anotado*, 7.ª ed., Coimbra, 1970, arts. 595 y ss., pp. 464 y ss. PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, I, 3.ª ed., Coimbra, 1982, arts. 595 y ss., pp. 579 y ss.

ción de una o ambas relaciones de base (lo que se ha venido a llamar «titular» la delegación, bien en la relación de cobertura, bien en la relación de valuta, bien en ambas)<sup>40</sup>.

La expromisión del artículo 1272 se concibe como un contrato llevado a cabo entre el acreedor y nuevo deudor por el que éste *asume* la deuda del deudor primitivo, lo que explica que pueda oponer las excepciones derivadas de la relación de valuta; no produce efecto liberatorio salvo que el acreedor lo «declare expresamente»<sup>41</sup>.

El *accollo* (art. 1273) es el contrato entre deudor y asumente por el que éste asume la deuda de aquél, y que se ofrece al acreedor para su ratificación. Cuando el *accollo* no libera al deudor, la figura encaja, al igual que la terminología del precepto, en el esquema del contrato en favor de tercero; la adhesión del acreedor hace irrevocable la «estipulación» realizada en su favor (art. 1273.I). Ahora bien, el contrato en favor de tercero difícilmente puede explicar un *accollo* que pretenda liberar al deudor, ya que en este caso el beneficiario (el acreedor) no sólo impide con su adhesión que las partes del contrato puedan modificarlo o revocarlo, sino que dispone de su crédito; de aquí que la cuestión sobre la naturaleza jurídica del contrato de *accollo* no haya sido aún resuelta<sup>42</sup>. El *accollo* liberatorio «equivale», desde un punto de vista dogmático, al contrato de asunción de deuda celebrado por deudor y asumente que necesita del consentimiento del acreedor para liberar a aquél (§ 415 BGB), sin perjuicio de que hasta entonces sirva entre las partes como contrato de asunción de cumplimiento (*accollo* interno; § 415.III BGB)<sup>43</sup>.

El modelo italiano posee la virtud de poner de relieve que el diverso camino por el que se haya optado para proceder al cambio de deudor resulta relevante de cara a la oponibilidad de excepciones derivadas de las relaciones de base. En la delegación el nuevo deudor se obliga por un título nuevo, independiente de las relaciones de valuta y cobertura<sup>44</sup>; en la expromisión, el expromitente

<sup>40</sup> GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 338. MANCINI, «La delegazione...», cit., p. 405. DE SANTIS, en «Commentario del Codice civile diretto da CENDON», IV, Torino, 1991, art. 1268, p. 296; art. 1271, pp. 298 y 299. TRIMARCHI, *Instituzioni di diritto privato*, 7.ª ed., Milano, 1986, p. 436.

<sup>41</sup> GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 332. MANCINI, en «Commentario del Codice civile diretto da CENDON», IV, Torino, 1991, art. 1272, p. 302; en «La delegazione...», cit., pp. 420 y ss. QUAGLIARIELLO, voz «Espromissione» en *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1960, pp. 885 y 886. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 963.

<sup>42</sup> CICALA, voz «Accollo» en *Enciclopedia del diritto*, I, Milano, 1958, pp. 283 y ss., 290 y 291. MANCINI, en «Commentario...», cit., p. 302; en «Delegazione...», cit., pp. 422 y ss. RESCIGNO, voz «Accollo» en *Novissimo Digesto Italiano*, I-1.º, Torino, 1957, p. 143.

<sup>43</sup> MANCINI, en «Commentario...», cit., art. 1273, p. 303; en «Delegazione...», cit., p. 428. TRIMARCHI, *Instituzioni...*, cit., p. 436.

<sup>44</sup> En la delegación, el papel de la relación de valuta se limita a determinar el contenido de la obligación del delegado; ésta es independiente de ambas relaciones de base –valuta y cobertura–, sin que por ello pueda ser tachada de «abstracta» (BIGIARI, *La dele-*

asume la deuda y «concorre» en la relación obligatoria que une al deudor con el acreedor (relación de valuta), de aquí que lo que en ésta ocurra sea también oponible por el asumente (expromitente); mediante el *accollo* se consigue también la asunción de la deuda, pero como la obligación de asumir surge para el nuevo deudor frente al deudor primitivo, esto es, como las partes del contrato de asunción y de la relación de cobertura son las mismas, se concede al *accolante* la posibilidad de oponer frente al acreedor las excepciones derivadas de ésta, como ocurre en el contrato en favor de tercero, en el que parece haberse inspirado el legislador, o tal y como el propio *Bundesgerichtshof* relativiza la «abstracción» del parágrafo 417.II BGB en el marco del derecho alemán. De aquí que en los ordenamientos que carecen de un precepto como el mencionado parágrafo 417.II BGB se deban distinguir aquellas modalidades de asunción en las que el nuevo deudor se obliga frente al acreedor de aquellas otras en las que lo hace frente al deudor primitivo (aunque el consentimiento del acreedor sea siempre necesario para producir el efecto liberatorio).

El principal reproche que debe hacerse al codificador italiano es que haya yuxtapuesto la delegación (mecanismo negocial complejo utilizado —en este caso— para «cambiar» de deudor<sup>45</sup>), la expromisión (entendida como verdadero contrato de asunción de deuda entre acreedor y asumente) y el *accollo* (que puede encajar, si liberatorio en el contrato de asunción de deuda realizado por ambos deudores con ratificación del acreedor, si cumulativo en el contrato en favor de tercero), como si se tratara de figuras jurídicas de similar entidad, por compartir —eventualmente— la misma función<sup>46</sup>.

*gazione...*, cit., p. 271), al menos, en el sentido de que no por ello deja de cumplir con el requisito causal exigido por el artículo 1274 de nuestro Código civil.

<sup>45</sup> ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 359. COSSÍO, «La transmisión...», cit., pp. 198 y 199. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 853 y 854. MANCINI, «La delegazione...», cit., p. 402. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 395. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., p. 678.

<sup>46</sup> La decisión del legislador italiano de no distinguir entre novación y sucesión ha merecido tanto críticas (BIGIARI, «Novación y sucesión en la deuda a título particular en el nuevo Código civil italiano», *RDP*, 1943, pp. 492, 495 y 498. CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 286. GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 332. STOLFI, «Appunti sulla cosiddetta successione particolare nel debito», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1948, pp. 735 y ss.), como alabanzas (MANCINI, en «Comentario...», cit., art. 1272, p. 301; en «Delegación...», cit., p. 416. RESCIGNO, voz «Accollo...», cit., p. 141; voz «Delegazione...», cit., p. 948), pero lo cierto es que no ha conseguido evitar que la polémica entre sucesión y novación siga existiendo en aquellos aspectos concretos en los que se ha olvidado u omitido una previsión específica, como son la prescripción, la cláusula compromisoria, la cláusula penal, o la conservación de los privilegios (RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 948. RODOTÁ, voz «Espromissione» en *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, 1966, p. 789. STOLFI, «Appunti...», cit., pp. 735 y ss.). Otras valoraciones de autores no italianos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, cit., pp. 357 y ss. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 206. DA MOTA PINTO, *Cessao...*, cit., p. 169. NEUMAYER, «La transmisión...», cit., pp. 241 y ss.

Así como la *espromissione* y el *accollo* corresponden a los contratos de asunción de deuda regulados por el BGB en los párrafos 414 y 415, respectivamente, la delegación es un cuerpo extraño en este ámbito de referencia que es la asunción de deuda; y lo es porque *lo proprio* de la delegación, aun cuando se persiga con ella un «cambio» de deudor, es que el nuevo deudor se obliga frente al acreedor, por orden del deudor primitivo, a cumplir una deuda como la debida por éste, y el acreedor a reconocer el pago de aquél como el que debía haber llevado a cabo éste, sin que ello provoque la *asunción* de la deuda originaria por parte del nuevo deudor, cuya obligación es independiente de las relaciones de cobertura y valuta.

El deudor que *delega* su deuda para que sea *asumida* por el delegado no es distinto del deudor que acuerda la asunción de deuda con el asumente en el contrato de *accollo*. Ciertamente que en el *accollo* el asumente no se obliga, además, frente al acreedor, como hace el delegado, pero tanto el acreedor que ratifica el contrato de *accollo* como el que acepta la delegación conocen la relación previa (*accollo, delegazione*) existente entre ambos deudores. Por tratarse de asunción de deuda, la relación de valuta será oponible en ambos casos. Por lo que respecta a la relación de cobertura, pretender que las excepciones derivadas de ésta son oponibles en el supuesto de «*accollo*» y no en el de «delegación» es algo que puede agarrarse al texto codificado italiano, pero, en ningún caso, consecuencia lógica del «tipo» delegatorio. La mal llamada «asunción delegatoria» será siempre, o un contrato de asunción acordado por ambos deudores y ratificado por el acreedor (el *accollo* «titulado» en ambas relaciones, de valuta y cobertura), o un contrato trilateral (que por ser de asunción se encuentra «titulado» en la valuta, y al que las partes pueden incorporar o no la relación de cobertura). La delegación de la que nace una obligación que es independiente de las relaciones de valuta y cobertura tiene poco que ver con la asunción liberatoria de deuda, por más que entre sus múltiples funciones esté la de conseguir que una deuda sea pagada por otro deudor distinto del originario. No olvidemos que cuando la palabra «delegación» aparece en la regulación codificada de la novación no lo hace para significar tal figura sustantiva o tipo negocial, sino para designar o adjetivar la novación en la que interviene el deudor, distinguiéndola así de la novación en la que éste no toma parte (variante *expromisoria*).

Por ello, lo más sensato es considerar que las posibles vías para asumir son, bien el contrato celebrado por el acreedor con el asumente (*expromisión*, § 414 BGB), bien el contrato acordado entre deudor y asumente ratificado por el acreedor (*accollo*, § 415 BGB), bien el contrato trilateral.



De este recorrido por los diversos modelos codificados pueden extraerse algunas ideas claras que ayudan a plantear correctamente la problemática relacionada con la asunción de deuda: aunque pueden compartir función (cambio de deudor en la relación obligatoria), el diverso procedimiento por el que se llevan a cabo distingue claramente la novación de la asunción; aquélla se sirve de la extinción de la primitiva relación obligatoria y correlativa creación de una nueva, ésta provoca la incorporación a la relación obligatoria primitiva de un tercero que asume la deuda del deudor primitivo, sin que éste abandone su lugar como parte contractual<sup>47</sup>. El asunto *se obliga* en virtud del acuerdo de asunción, pero *cumple* en el marco de la relación que sigue ligando al deudor con el acreedor (relación de valuta).

Poniendo un poco de orden terminológico, puede afirmarse que la novación produce «modificación» a través de la extinción de la obligación primitiva y correspondiente creación de una nueva que incorpora el cambio deseado, en tanto la asunción proporciona un nuevo deudor a la relación preexistente sin que el deudor primitivo deje de ser parte contractual. Por ello, «novación» y «asunción» son términos que hacen sobre todo referencia al efecto, extintivo o sucesorio respectivamente, que procuran; ni una ni otra prejuzgan el tipo de contrato por el que se haya llegado a obtenerlo<sup>48</sup>.

Ambos fenómenos jurídicos coinciden en exigir validez a la relación jurídica primitiva que viene a «modificarse». Ahora bien, en el caso de la novación se trata de la necesidad *causal* de un mecanismo negocial en el que creación y extinción se justifican recíprocamente, siendo así que para que algo pueda extinguirse es necesario que previamente exista (art. 1208 CC)<sup>49</sup>. En la asunción de deuda, la relación de valuta es una necesidad estructural y funcional de un supuesto negocial en el que la deuda cambia de titular, pero no de relación obligatoria<sup>50</sup>. En cuanto a la influencia de la

<sup>47</sup> ERMAN/WESTERMANN, Vor § 414 ff., Rn. 14. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 299. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 4. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 285. PALANDT/HEINRICHS, Vor § 414 ff., Rn. 1. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 9.

<sup>48</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 797 y ss. SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., p. 605.

<sup>49</sup> COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 217. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 242, p. 165. MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., núm. 759, p. 613. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 380. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., núm. 271, p. 329. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 329.

<sup>50</sup> Un ejemplo de asunción de deuda/prestación de servicio puede resultar aleccionador: si Cayo, flautista de profesión, se compromete a cumplir con la obligación de su amigo Ticio, también flautista, de tocar en el concierto del viernes, al que éste no puede acudir por enfermedad repentina, y el acreedor (la orquesta) acepta ante el riesgo de quedarse sin flautista para la ocasión, la asunción sólo tiene sentido si la deuda se cumple en el marco en el que el deudor primitivo debía cumplirla, esto es, a la hora y lugar convenidos para el concierto; cualquier otra posibilidad nos haría sonreír. El objeto de la prestación (la deuda)

relación de cobertura sobre la asunción, ya se ha señalado que habrá que distinguir en función de que la obligación del asumente haya surgido frente al acreedor o frente al deudor primitivo.

### III. MODALIDADES

#### 1. Por sus efectos: asunción de deuda liberatoria o cumulativa, asunción de cumplimiento

Uno de los efectos del convenio de asunción de deuda puede ser *la sustitución* del primitivo por el nuevo deudor, quedando aquél liberado de la obligación de satisfacer la deuda o prestación, que recae ahora sobre éste (asunción de deuda liberatoria). Esta operación exige, en todo caso, el consentimiento del acreedor, que dispone de su crédito en la medida en que consiente el cambio de identidad del sujeto obligado (de aquí que se le exija capacidad de disponer)<sup>51</sup>. Ahora bien, con la sustitución el deudor primitivo no desaparece de la relación que le liga con el acreedor, simplemente deja de estar obligado a realizar la prestación debida (sin perjuicio de responder por insolvencia cualificada del asumente, en los términos previstos por el art. 1206 CC). De aquí que una de las tareas más necesarias en esta materia sea la de delimitar adecuadamente los derechos y facultades que se transmiten al asumente, como nuevo deudor, de aquellos que siguen a disposición del primitivo, que no deja de ser parte contractual.

En la asunción de deuda cumulativa el nuevo deudor se incorpora a una relación jurídica preexistente, no en lugar del primitivo deudor, sino junto a éste. El acreedor no dispone de su crédito, puesto que acepta que el asumente quede obligado en los mismos términos en los que lo estaba el deudor, sin liberar a éste, pudiendo

---

es sólo la interpretación de una partitura, pero como tal, la deuda sólo puede existir en el marco de la relación obligatoria en la que existe, esto es, en el concierto del viernes. Es evidente que si éste se cancela, esta circunstancia afecta también al asumente, que no podrá empeñarse en «cumplir» para poder exigir lo que Ticio se hubiera comprometido a pagarle.

<sup>51</sup> Entre los autores alemanes goza de predilección la expresión con la que LARENZ ilustra esta idea: en la asunción de deuda es el mismo crédito, que antes se dirigía contra el deudor primitivo, el que de ahora en adelante se dirige contra el nuevo deudor; no se cambia el contenido de la obligación, *sino su dirección* (*Lehrbuch...*, cit., p. 603). ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 298. NEUMAYER, «Transmission...», cit., p. 229. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 186. SOERGEL/ZEISS, Vor § 414 ff., Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 25 y 26; § 414, Rn. 5. La idea de que el acreedor que consiente el cambio de deudor dispone de su crédito estaba ya clara entre los exégetas y comentaristas de los códigos latinos anteriores al alemán: MARCADÉ, *Explication...*, IV, núm. 749, p. 604. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, 5.ª ed., Firenze, 1926, núm. 134, p. 583. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 293, p. 355.

por tanto exigir la prestación de cualquiera de ambos como si se tratara de deudores solidarios<sup>52</sup>.

Cuando no está claro si las partes han querido la asunción de deuda liberatoria o cumulativa, la duda —se dice— debe resolverse, como norma general, en favor de esta última<sup>53</sup>. No es que exista una «presunción de acumulación» (que como tal presunción sólo podría establecerse por ley)<sup>54</sup>; más bien se trata de un criterio interpretativo según el cual, en la duda, lo que no puede «presumirse» es la voluntad de disponer del acreedor. Ahora bien, cuando la asunción de deuda acompaña la compraventa del bien con el que se garantiza aquélla (el comprador de finca hipotecada asume la deuda que se garantiza mediante la hipoteca), otro criterio de interpretación propone que sea en adelante el comprador el único obligado, pues de esta forma se evita que la relación obligatoria de deuda y la relación real de garantía se den entre personas distintas<sup>55</sup> (criterio que late en el art. 118 LH)<sup>56</sup>. Este cambio de canon hermenéutico «a favor» de la asunción de deuda liberatoria responde a que, en aquellos supuestos en los que existe un bien cuyo valor garantiza el pago de la deuda, el interés del acreedor está, no tanto en la identidad del titular de la garantía, como en la conservación de ésta<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> Entre las más recientes, SSTS de 20 de mayo de 1997 y de 11 de noviembre de 1996. COSSIO, «La transmisión...», cit., p. 205. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 845. ESSER/SCHMIDT, *Schul-drecht...*, cit., p. 300. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1383. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, *Vor § 414 ff.*, Rn. 9 y 13. PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil...*, I, cit., art. 595, p. 580. SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1205, p. 742. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 312. SOERGEL/ZEISS, *Vor § 414 ff.*, Rn. 5. STAUDINGER/KADUK, *Vor § 414 ff.*, Rn. 37 y 49. En Italia, el artículo 1268 del *Codice* dice sobre la delegación cumulativa que el acreedor que ha aceptado la obligación del delegado no puede dirigirse contra el delegante si primero no ha exigido cumplimiento de aquél, y los autores discuten si esta norma debe entenderse también aplicable a la expromisión y al *accollo* a pesar del tenor («in solido») de los artículos 1272 y 1273: DE SANTIS, en «Commentario...», cit., art. 1269, p. 297. GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 342. MANCINI, «La delegazione...», cit., p. 415. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., pp. 942 y ss. Entre los autores franceses, PLANIOL y RIPERT aceptan la analogía con la solidaridad pasiva (*Traité pratique...*, VII, p. 682), en tanto BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE O LAURENT excluyen que se trate de codeudores solidarios (*Trattato...*, III, cit., núm. 1753, p. 72; *Principes...*, XVIII, Bruxelles, 1878, núm. 349, p. 321).

<sup>53</sup> COSSIO, «La transmisión...», cit., p. 205. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 851. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 401. NART FERNÁNDEZ, «Notas sobre los contratos a favor de tercero», *AAMN*, V, Madrid, 1950, p. 477. RODRÍGUEZ TAPIA, voz «Expromisión», en *Enciclopedia jurídica básica*, II, Madrid, 1995, p. 3001. SOERGEL/ZEISS, *Vor § 414 ff.*, Rn. 14. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 9.

<sup>54</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 276 y ss.

<sup>55</sup> SOERGEL/ZEISS, *Vor § 414 ff.*, Rn. 14. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 9.

<sup>56</sup> ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., pp. 302, 310 y ss.

<sup>57</sup> LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 602. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., p. 359. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, *Vor § 414 ff.*, Rn. 1. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, cit., p. 310. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 303. STAUDINGER/KADUK, *Vor § 414 ff.*, Rn. 2. Autores que dedican unas líneas a la «transmisión de deudas accesoria de la de un bien»: GHESTIN, «La transmission...», cit., pp. 72 y ss. VAN OMMESLAGHE, «La transmission...», cit., pp. 150 y ss.

Otra posibilidad es que el nuevo deudor pacte con el primitivo la asunción de deuda con efectos meramente *inter partes*, de forma que sea sólo el deudor, y no el acreedor, quien pueda exigir de aquél el cumplimiento de la obligación<sup>58</sup> (sin perjuicio de que el deudor ceda al acreedor su pretensión de cumplimiento frente al asumente<sup>59</sup>). Se trata de la asunción de cumplimiento<sup>60</sup>. El contenido de la obligación del asumente puede ser, según los casos, de lo más diverso: obligarse a cumplir la obligación del deudor en los mismos términos en que estuviera obligado éste; obligarse a liberar al deudor originario con posibilidad de elegir el modo de liberación; obligarse a prestar los medios para que cumpla el obligado, o a compensar el valor patrimonial perdido por éste una vez satisfecha la deuda, etc.<sup>61</sup> En caso de que el nuevo deudor no cumpla, obligando así a hacerlo al primitivo, éste puede exigir de aquél el daño derivado del incumplimiento, como en cualquier otra relación contractual<sup>62</sup>.

También puede ocurrir que las partes no hayan querido un mero convenio de asunción de cumplimiento, sino un verdadero contrato de asunción de deuda en el que pretendan hacer participar al acreedor. Ahora bien, en tanto el acreedor no responda a la propuesta, o cuando la rechace, se plantea la cuestión sobre el alcance obligacional del acuerdo preliminar adoptado por los deudores.

En general se estima que es posible deducir una voluntad tácita de las partes en favor de la asunción de cumplimiento<sup>63</sup>, y en su caso de una asunción de deuda cumulativa<sup>64</sup>. Ahora bien, la posibilidad de «descubrir» dicha voluntad tácita es, sin duda, un problema de inter-

<sup>58</sup> CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 285. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 204. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 845. GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión...», cit., p. 224. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1383. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 605. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 21. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 314. PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil...*, I, cit., art. 595, p. 581. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 945; voz «Accollo...», cit., p. 142. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, I-2.º, p. 312. SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1205, p. 742. SOERGEL/ZEISS, Vor § 414 ff., Rn. 3. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 72 y ss.

<sup>59</sup> CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 284. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 205. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 13. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 10. STORCH DE GRACIA, «Construcción...», cit., p. 1112.

<sup>60</sup> Muchos de los supuestos de asunción de deuda contemplados en la jurisprudencia corresponden a esta modalidad de «asunción de cumplimiento»: SSTs de 21 de marzo de 1996, de 9 de octubre de 1995 y de 26 de abril de 1993; STSJ Cataluña 7 de febrero de 1991, RDGRN 4 de octubre de 1994.

<sup>61</sup> RESCIGNO, voz «Accollo...», cit., p. 142.

<sup>62</sup> SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., p. 742. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 2. STS de 12 de junio de 1990.

<sup>63</sup> CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 285. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 204. GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión...», cit., p. 224. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1383. PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil...*, I, cit., art. 595, p. 581. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 945. SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., p. 742. ADAME (*Asunción...*, cit., p. 278) previene contra la admisión de auténticas presunciones.

<sup>64</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 844 y 845.

pretación de la voluntad de las partes. El derecho alemán se encarga expresamente del mismo y prevé la conversión del convenio no ratificado en convenio de asunción de cumplimiento (§ 415.III BGB)<sup>65</sup>. Pero entre nosotros no existe previsión legal alguna, por lo que, abandonando la automaticidad de la «conversión legal»<sup>66</sup>, habrá que considerar en cada caso si la asunción pactada por los deudores que no haya sido ratificada por el acreedor puede convertirse, por voluntad presumible de aquéllos y según los criterios generales de interpretación de los contratos (arts. 1281 y ss.), en mera asunción de cumplimiento<sup>67</sup>.

Es necesario, por lo tanto, examinar las declaraciones de voluntad de las partes para comprobar si cabe deducir de las mismas la voluntad de constituir, a pesar de la negativa o del silencio del acreedor, un compromiso de cumplimiento a cargo del asumente, o una asunción cumulativa de deuda a través de estipulación en favor de tercero<sup>68</sup>. Nada impide que el análisis de las declaraciones de voluntad de ambos deudores arroje como resultado que no hayan querido ningún tipo de relación jurídica en ausencia de la ratificación del acreedor, que hayan hecho depender la asunción interna de algún otro factor, o tantas otras soluciones<sup>69</sup>. Éstas dependerán también del esquema negocial concreto por el que hayan optado las partes, ya que si han propuesto al acreedor una oferta de contrato trilateral, la falta de consentimiento por parte de éste (aceptación) hará imposible la constitución de la relación contractual proyectada (sin perjuicio de otras relaciones contractuales bilaterales); mas si se trata de un acuerdo entre deudores propuesto para ratificación del acreedor, la ausencia de ésta no impide la subsistencia de una asunción de cumplimiento.

La diversa trascendencia de los posibles efectos de la asunción (dispositivo o meramente obligatorio) hace aconsejable distinguir, de cara al análisis del contrato, la modalidad liberatoria de la cumulativa.

## 2. Asunción de deuda liberatoria: procedimientos para asumir

El tratamiento tradicional de la modificación de la relación obligatoria por cambio de deudor puede inducir al error de que expromisión, delegación y contrato de asunción de deuda (adoptado por

<sup>65</sup> § 415.III BGB: «En tanto el acreedor no haya otorgado la ratificación, en la duda el asumente está obligado frente al deudor a satisfacer al acreedor en tiempo oportuno. Lo mismo vale si el acreedor niega la ratificación».

<sup>66</sup> El párrafo tercero del § 415 contiene una regla de interpretación (derecho dispositivo): MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 11. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 314. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 72.

<sup>67</sup> PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil...*, I, cit., art. 595, p. 581.

<sup>68</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, en «Comentarios del Código civil y Compilaciones forales» (dir. por ALBALADEJO y DÍAZ-ALABART), XVII-1A, Madrid, 1993, art. 1257, p. 412.

<sup>69</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 845.

los deudores y ratificado por el acreedor) son procedimientos para cambiar de deudor que se excluyen entre sí. Sin embargo, *asunción de deuda* es simplemente la expresión que describe un efecto (el nuevo deudor se hace cargo de la deuda del primitivo<sup>70</sup>), sin prejuzgar el tipo de contrato por el que se ha llegado a obtenerlo<sup>71</sup>.

La posibilidad de que intervengan sólo dos de los tres interesados tiene lugar en el convenio expromisorio entre acreedor y nuevo deudor (art. 1205 CC)<sup>72</sup>. En cuanto a los procedimientos en los que intervienen todos ellos, el Código civil sólo menciona expresamente la delegación<sup>73</sup>, pero no lo hace para poner en marcha el «mecanismo delegatorio», tal y como ha sido descrito, sino para poner de relieve la participación del deudor (lo que no está exento de consecuencias importantes; art. 1206 CC); dicha participación puede concretarse en un contrato entre antiguo y nuevo deudor ratificado por el acreedor<sup>74</sup>, o en un negocio jurídico plurilateral en el que intervengan los tres<sup>75</sup>. El optar por uno u otro tipo de contrato afectará, de un lado, a su impugnación<sup>76</sup>, y de otro, a las excepciones que el asumente pueda oponer al acreedor cuando éste le reclame la prestación del deudor.

#### a) ASUNCIÓN DE DEUDA POR EXPROMISIÓN

Si la expromisión acordada entre acreedor y nuevo deudor es liberatoria, el incumplimiento por parte de éste no hace *revivir* la obligación del deudor primitivo<sup>77</sup>. Incumplida la obligación por

<sup>70</sup> NÖRR define la asunción de deuda liberatoria como el negocio jurídico en el que se pacta la disposición sobre un crédito a través de la sucesión en la deuda (*Sukzessionen...*, cit., p. 285).

<sup>71</sup> GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1185: «en todo caso, genéricamente las tres figuras mencionadas acostumbran a denominarse asunción de deuda refiriéndose, entonces, esta expresión más exactamente al efecto (la sustitución del deudor) que al mecanismo a través del que se opera (delegación, expromisión o contrato de asunción de deuda)».

<sup>72</sup> DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 840. GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión...», cit., p. 224. GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1185. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1380. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, I-2.º, cit., p. 301. STORCH DE GRACIA, «Construcción...», cit., p. 1111.

<sup>73</sup> DE BUEN, en COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 305. COSSÍO, «La transmisión...», cit., pp. 198 y ss. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 841 y 853 y ss. GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1186. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1380. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, VIII, Madrid, 1901, p. 399. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, I-2.º, cit., pp. 309 y ss.

<sup>74</sup> DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 840.

<sup>75</sup> GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1185. STORCH DE GRACIA, «Construcción...», cit., p. 1111.

<sup>76</sup> NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 304.

<sup>77</sup> La liberación del deudor primitivo no está condicionada al cumplimiento del nuevo frente al acreedor; tampoco en los supuestos de «insolvencia cualificada» del artículo 1206 CC (en la expromisión el deudor primitivo no ofrece un deudor nuevo al acreedor, luego no concurre el supuesto de hecho del precepto mencionado). Es por tanto el acreedor quien corre con el riesgo de que el nuevo deudor incumpla.

el asumente, el acreedor podrá «escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución» de la expromisión, «con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos» (art. 1124 CC); también podrá resolver la relación de valuta que le une con el deudor primitivo, mas no exigir de éste indemnización, porque de ningún modo puede entenderse que *incumple* quien ha dejado de estar obligado. El deudor primitivo no se convierte por la expromisión en garante del nuevo; simplemente, ha dejado de estar obligado a pesar de seguir siendo parte contractual en la relación de valuta<sup>78</sup>.

Cuando la expromisión es nula, no sólo las partes contractuales, sino también los terceros con un interés legítimo pueden ejercitar la acción de nulidad; la expromisión nula no ha podido sustituir al deudor porque no ha producido ningún efecto jurídico, y los que ya se hubieran producido pueden hacerse eliminar mediante el ejercicio de aquélla (*restitutio in integrum*)<sup>79</sup>.

Cuando se trate de una expromisión anulable, el ordenamiento protege a una de las partes, aquélla en cuyo consentimiento concurre el vicio de la voluntad o de capacidad por el que se le permite impugnar el contrato<sup>80</sup>. Si el legitimado para impugnar es el

<sup>78</sup> AUBRY y RAU, *Cours de droit civil français*, IV, 6.<sup>a</sup> ed. por BARTIN (1922-1936), Paris, p. 334. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núm. 1747, p. 62. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 224. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 334, p. 238. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 285, p. 349.

<sup>79</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, II-1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1994: «Esta acción de repetición, naturalmente, sólo puede ejercitarla quien es parte en el contrato y nunca los terceros» (p. 576). «Los terceros no están legitimados para pedir la restitución de las prestaciones, ni para sí ni en beneficio de las partes (S de 27 de marzo de 1963); como, de otro lado, tampoco están vinculados por el contrato que atacan, su interés en pedir la declaración de nulidad parece que ha de residir en que el contrato inválido supondría un obstáculo o perjuicio al ejercicio o plenitud de algún derecho de que son titulares» (p. 583).

<sup>80</sup> Aunque no sea este el lugar adecuado para tratar con detenimiento la cuestión, me parece conveniente adelantar la explicación del contrato anulable que considero más adecuada. No es suficiente hablar sin más de la «eficacia» del contrato anulable; y con decir que se trata de una eficacia «claudicante» tampoco se describen con suficiente precisión sus consecuencias jurídicas. Se ha pretendido que la cuestión sobre la eficacia o ineficacia del contrato anulable antes de que recaiga la anulación, la confirmación o caduque el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad carece de interés, argumentándose que, sea cual fuera la postura adoptada, existe un consenso sobre los efectos retroactivos tanto de la anulación como de la confirmación (ALBADALEJO, «Da lo mismo que el acto anulable se estime válido que inválido», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1995, núm. 84, pp. 9 y ss.; PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, p. 178). Sin embargo, la concepción que mejor explica la anulabilidad del contrato es aquella que la caracteriza como situación de *eficacia relativa*, entendiendo por ésta aquella situación en la que «uno de los contratantes queda vinculado si el otro quiere, pero no a la inversa»; si «la ineficacia es carencia de efectos y el efecto fundamental de los contratos es la vinculación de las partes a su cumplimiento», la «obligación que depende de la voluntad del supuestamente obligado no es propiamente una obligación y por ello no puede decirse que el contrato anulable obligue al legitimado para hacer valer la nulidad».

asumente, podrá oponer siempre, frente a la pretensión de cumplimiento del acreedor, la excepción de contrato anulable; si la expro-misión se ha consumado<sup>81</sup>, la impugnación solicitada en plazo (art. 1301) provocará la *restitutio in integrum* (arts. 1303 y ss.), salvo que el cumplimiento del asumente haya supuesto la confirmación tácita de la expromisión, por conocer éste la causa de la nulidad y siempre que ésta hubiera cesado (art. 1311).

En este caso el acreedor no puede impugnar ni reclamar del deudor, ya que la liberación de éste es un efecto claudicante de la expromisión que puede consolidarse (confirmación, transcurso del plazo para el ejercicio de la acción<sup>82</sup>) o desaparecer (impugnación), a elección del asumente<sup>83</sup>. El deudor primitivo, que ha quedado liberado de cara al acreedor, estará interesado en que la expromisión sea confirmada, pero no siendo parte contractual ni «obligado subsidiario» (art. 1302), carece de legitimación para hacerlo<sup>84</sup>. Otra cosa es que por la relación que le liga con el nuevo deudor pueda exigir a éste que confirme la expromisión<sup>85</sup>. Debe tenerse en cuenta que para que haya expromisión no se requiere que el deudor sea absolutamente ajeno a la misma, o que no exista relación de cobertura entre asumente y deudor, de lo contrario se convertiría en un supuesto «académico»; basta que el asumente, al contratar con el

---

En efecto, para quien carece de la posibilidad de impugnar, el contrato anulable se presenta como contrato válido y eficaz (no puede oponerse al cumplimiento, puede incurrir en mora y su pago no es indebido), en tanto la otra parte puede comportarse como si de un contrato ineficaz se tratara (puede oponerse al cumplimiento con la excepción y puede provocar la *restitutio in integrum* en tanto no caduque la acción de nulidad, una vez consumado el contrato); así se explica que para el efecto retroactivo de la confirmación hiciera falta una disposición legal expresa (art. 1313). Las citas literales son de MIQUEL, voz «Anulabilidad» en *Enciclopedia jurídica básica*, I, Madrid, 1995, p. 477. Ver también, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 449. DELGADO ECHEVERRÍA, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales» (dir. por ALBALADEJO), XVII-2.º, Madrid, 1981, arts. 1300 y ss., pp. 243 y ss. PANTALEÓN, «Cesión de créditos», *ADC*, 1988, pp. 1116 y 1117. La *relatividad* de la eficacia del contrato anulable era ya conocida y utilizada para la correcta interpretación del *Code*: TOULLIER enseña que *la nulidad* por menor edad o incapacidad sólo es *relativa* al menor o incapaz, esto es, que sólo éstos pueden oponerla como excepción al cumplimiento (*Le droit...*, VII, cit., núm. 298, p. 358).

<sup>81</sup> Sin la consumación, el plazo para el ejercicio de la acción (restitutoria) de nulidad no empieza a computarse, DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 581.

<sup>82</sup> La excepción es siempre oponible puesto que se trata de un contrato no consumado e «ineficaz» para la parte protegida.

<sup>83</sup> Sobre la situación del contratante que no puede anular, en general, ver DE CASTRO, *El negocio jurídico...*, cit., pp. 507 y 508.

<sup>84</sup> Aunque haya que volver sobre ello, adelanto que tampoco el «obligado subsidiario» del artículo 1302 está legitimado para confirmar o impugnar; lo que permite el mencionado precepto es simplemente oponer la excepción de contrato anulable, provocando así la *suspensión* de la exigibilidad de su obligación en tanto no sea definitiva la suerte del contrato (DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 506). Con todo, no es ésta una opinión pacífica.

<sup>85</sup> STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 33.



acreedor, no manifieste que actúa conforme a un compromiso ya adquirido con el deudor<sup>86</sup>.

Si el asumente confirma la expromisión, el deudor quedará definitivamente liberado; si la anula, la obligación de éste *revivirá* como si la liberación no hubiese tenido lugar<sup>87</sup>, pero el deudor podrá exigir del acreedor y del nuevo deudor responsabilidad por los daños derivados de haber confiado en la liberación.

Cuando la legitimación para impugnar la expromisión corresponde al acreedor, el asumente no puede negarle el pago, con independencia de que la reclamación pueda considerarse como *confirmatoria*. Si aceptamos que el contrato anulable no obliga a la parte que puede anularlo, el acreedor podrá dirigirse también contra el deudor, haciendo conocer así de forma tácita su voluntad de anular la expromisión<sup>88</sup>. Por lo que respecta al deudor, éste no queda liberado hasta que el acreedor confirme (la liberación no es oponible hasta entonces), y aunque esté interesado en la confirmación para que se produzca el efecto liberatorio, es evidente que no puede llevarla a cabo.

Hasta aquí, los problemas que pueden aquejar a la expromisión. Veamos ahora de qué manera puede afectar a ésta la suerte que corra la relación de valuta.

Si la relación de valuta es nula no ha podido originar para el deudor una verdadera obligación. La asunción no sana la nulidad. El asumente recibe la misma deuda que obligaba al deudor, y si ésta no era exigible, así se habrá transmitido.

En caso de relación de valuta anulable, debe tenerse en cuenta que la expromisión puede significar por sí misma la confirmación tácita de aquélla (si es el acreedor quien está legitimado para anular/confirmar), o bien, concurrir con la voluntad confirmatoria—expresa o tácita—del deudor (que no es parte en la expromisión), siempre que se den los requisitos para su existencia (art. 1311 CC)<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 303, p. 215. RODOTÀ, voz «Esmissione...», cit., p. 783. ADAME (*Asunción...*, cit., p. 186) considera que siempre que el acreedor consiga probar que existió una relación entre ambos deudores «podrá servirse del régimen delegatorio». Pero no parece admisible que el artículo 1206 CC (único en nuestro Código que distingue el «régimen delegatorio» del expromisorio) esté haciendo responsable de determinadas formas de insolvencia del asumente a cualquier deudor que de alguna forma esté relacionado con éste. El «deudor que delega su deuda» es aquel que presenta—suya es la iniciativa—un nuevo deudor a su acreedor (BIGIAVI, *La delegazione...*, cit., p. 40. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 976), lo que supone un «dar la cara» frente a éste incompatible con la expromisión, exista o no relación de cobertura.

<sup>87</sup> MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., núm. 750, p. 604; núm. 752, p. 607.

<sup>88</sup> El deudor podrá no estar conforme con la «impugnabilidad» de la expromisión y forzar que sea finalmente un juez quien decida sobre la misma.

<sup>89</sup> AUBRY y RAU, *Cours...*, IV, cit., p. 322. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núm. 1692, pp. 4 y 5. DE BUEN, en COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 302. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 218. DEMOLOMBE,

El propio artículo 1208 CC afirma para la novación que ésta no es nula, siempre que «la ratificación» haya convalidado «los actos nulos en su origen». Siendo así que la hipótesis de *novación* de una obligación anulable ya confirmada no plantea ninguna dificultad, hay que entender el precepto referido a aquellos supuestos en los que la propia *novación* supone confirmación de la obligación primitiva<sup>90</sup>.

Cuando es el acreedor quien está legitimado para impugnar la relación de valuta, y aunque la expromisión no haya supuesto la confirmación de ésta, el asumente no podrá oponerse a la pretensión de cumplimiento presentada por el acreedor. La reclamación del acreedor dirigida al asumente puede significar su voluntad confirmatoria; la dirigida al deudor, bien para que cumpla, bien para que restituya lo que le entregó, el ejercicio extrajudicial de la facultad de anular la expromisión<sup>91</sup>. También la novación fracasa, a pesar de perseguir la extinción de la relación de valuta, por la anulación (con efecto retroactivo<sup>92</sup>) de ésta<sup>93</sup>.

Cuando es el deudor quien está legitimado para anular o confirmar la relación de valuta, el panorama se complica. No siendo éste parte en la expromisión, lo normal será que la causa por la que resulta anulable la relación de valuta no concurra en ésta<sup>94</sup>. Ahora bien, la expromisión válida no acompañada por la confirmación de la relación de valuta a cargo del deudor no impide que éste pueda anularla después, haciendo así desaparecer la deuda. ¿Cuál es entonces la situación del asumente —expromitente— de deuda anula-

---

*Cours...*, XXVIII, cit., núm. 246, p. 167. MANRESA, *Comentarios...*, VIII, cit., p. 408. MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., núm. 760, p. 613. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 380. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XIX, Madrid, 1902, p. 1041. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni...*, IV, cit., núm. 134, p. 578. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., p. 665. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil español, común y foral*, IV, 2.ª ed. (1899-1912), Madrid, p. 430.

<sup>90</sup> El proyecto de GARCÍA GOYENA era más claro sobre este punto. El artículo 1139 (equivalente al actual art. 1208) remite expresamente al artículo 1187 que, en materia de acción de nulidad, afirma que ésta no procede «cuando la obligación ha sido ratificada después de haber cesado el vicio o motivo que produjo la nulidad, y no concurriendo ningún otro que pueda producir la del acto mismo de la ratificación», y que «el cumplimiento voluntario, por medio del pago, *novación* u otro cualquier modo, ejecutado con las mismas circunstancias, se tiene por ratificación, y no puede ser reclamado».

<sup>91</sup> Sobre la posibilidad de declarar extrajudicialmente la nulidad, DELGADO ECHEVERRÍA, en «Comentarios...», XVII-2.º, cit., art. 1301, pp. 249 y ss. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 461. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, pp. 43 y ss. PASQUAU LIAÑO, *Nulidad...*, cit., pp. 204 y ss.

<sup>92</sup> Sobre la retroactividad de los efectos de la acción de nulidad el consenso es absoluto.

<sup>93</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, núm. 1692, pp. 4 y 5. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 245 y ss., pp. 166 y ss. MANRESA, *Comentarios...*, VIII, cit., p. 408. MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., p. 613, núm. 760 y ss. PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, VII, (1954) cit., p. 665.

<sup>94</sup> El deudor no puede anular ni confirmar la expromisión; otra cosa es que por anular o confirmar la relación de valuta llegue a afectar a aquélla.

ble y no confirmada después de la expromisión? Debemos contar con que la deuda que recibe el asumente es la misma que «venía obligando» al deudor (o mejor, que *no* venía obligando) hasta el momento de la asunción, de aquí que pueda parecer, en principio, que la solución dependa de que consideremos o no la deuda anulable como deuda válida y eficaz.

Si el contrato anulable es «sin más» válido y eficaz en tanto no sea anulado, el asumente no podrá oponerse al pago exigido por el acreedor. Pero si aceptamos que la deuda no es exigible al deudor (al menos, en tanto no haya sido confirmada la relación de valuta o transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad)<sup>95</sup>, el asumente habrá recibido en virtud de la expromisión (siempre que con ésta no concurra la confirmación del deudor) una deuda no exigible, por lo que podrá oponerse a la exigencia de pago del acreedor; y podríamos incluso preguntarnos si no estará además legitimado para impugnar la expromisión, o la misma relación de valuta, al amparo del tenor literal del artículo 1302 CC («pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal y subsidiariamente en virtud de ellos»).

Ahora bien, por mucho que la deuda del asumente siga siendo la del deudor, no parece razonable que aquél pueda anular la expromisión por un «defecto» que concurre en la relación de valuta y que protege a éste. Resulta más adecuado por ello enfocar la cuestión como lo hace el propio artículo 1302 CC, concediendo la posibilidad de alegar el vicio que sufrió el deudor al contraer la deuda; esto es, se trata de saber si es oponible por el asumente la anulabilidad de la relación de valuta, respetando así que sea el deudor –parte contractual protegida– quien decida sobre la suerte final del contrato anulable<sup>96</sup>. Para responder a esta cuestión, parece conveniente analizar el contenido protector de la norma que plantea correctamente la cuestión, el mencionado artículo 1302 CC.

El precepto se recibe del Proyecto de 1851 y estaba pensado (a pesar de la expresión «obligado subsidiario») para el fiador<sup>97</sup>, lo que obliga a interpretarlo junto a los artículos 1824 y 1853 CC, que

<sup>95</sup> MIQUEL, voz «Anulabilidad...», cit., p. 477. PANTALEÓN, «Cesión de créditos» cit., p. 1117.

<sup>96</sup> También los exégetas franceses se plantearon la cuestión desde esta perspectiva. DEMOLOMBE (*Cours...*, XXVIII, cit., núm. 246, p. 167) se pregunta si podrá el nuevo deudor anular la obligación primitiva como hubiera podido hacerlo el antiguo, haciendo fracasar así la novación, y la obligación que para él se ha derivado de ésta. Ver también MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., núm. 761, pp. 613 y 614.

<sup>97</sup> Hoy se admiten dentro de la figura del «obligado subsidiario» tanto al fiador como al deudor solidarios: DE CASTRO, *El negocio...*, cit., p. 507. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, p. 145. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 464. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 578.

tratan de esto mismo en sede de fianza<sup>98</sup>. Precisamente por esta conexión con la regulación de la fianza, y a pesar del tenor literal del artículo 1302 («ejercitar la acción»), no debe entenderse que el fiador esté legitimado para anular la obligación principal; lo que puede es oponerse (por vía de excepción) al pago exigido por el acreedor en tanto no sea definitiva la suerte del contrato anulable, evitando así que una vez pagada la deuda el deudor principal pueda oponerle la anulabilidad<sup>99</sup>.

El fiador no puede utilizar el artículo 1302 para provocar la liquidación de la relación principal; se le protege para que el deudor no pueda oponerle la anulabilidad, pero de forma que sea éste quien decida la suerte del contrato anulable. Téngase en cuenta que la novedad que introduce el artículo 1824 CC en la distribución de riesgos para el supuesto de anulabilidad por menor edad (o incapacidad<sup>100</sup>) de la obligación garantizada no es que el fiador corra con el riesgo

<sup>98</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., pp. 629 y 630. El artículo 1186 del Proyecto realiza una remisión explícita al 1735, en sede de fianza (correspondiente al art. 1824 vigente).

<sup>99</sup> CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriidad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, p. 205. CASANOVAS MUSSONS, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, pp. 52 y ss. DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, II-3.º, *Derecho de obligaciones. Contratos y cuasicontratos*, 2.ª ed., Barcelona, 1986, p. 506: «no puede propiamente el fiador hacer anular la obligación principal, lo que supone una decisión que sólo al deudor incumbe personalmente», ya que, «aun cuando el artículo 1302 CC da pie a una conclusión distinta, parece claro que el deudor podría confirmar su obligación aun después de haber sido impugnada por el fiador»; lo que puede el fiador es «suspender el pago mientras corra con el riesgo de que el deudor principal le niegue el reembolso alegando la anulabilidad». No es ésta sin embargo una opinión pacífica. CLAVERÍA GOSÁLBEZ (*La confirmación...*, cit., p. 143) estima que el fiador sí está facultado para pedir la anulación del contrato, ya que, «lo que se pueda hacer valer como excepción se puede hacer valer asimismo por vía de acción». La nulidad solicitada por el fiador –continúa– no impide la confirmación posterior del deudor, pero ésta resultará subjetivamente parcial, esto es, sólo afectará al deudor y no al fiador que previamente ha impugnado. Tanto el deudor como el fiador pueden estar interesados en la anulación (*La confirmación...*, cit., p. 145). GUILARTE ZAPATERO [en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales» (dir. por ALBALADEJO y DÍAZ-ALABART), XXIII, 2.ª ed., Madrid, 1990, art. 1853, p. 427] concede que «aunque el precepto (art. 1853) habla de excepciones, se entiende, generalmente por la doctrina, que si corresponden al deudor acciones cuyo ejercicio pudiera influir de alguna manera sobre la obligación fiada, éstas pueden ser ejercitadas por el fiador». Esta solución es más respetuosa con el tenor literal del artículo 1302; casa sin embargo peor con la finalidad y la propia accesoriidad de la fianza, puesto que permite al fiador *separarse* de la relación principal y provocar la restitución, haciendo así recaer sobre el acreedor el riesgo de que el deudor no pueda hacer frente a la pretensión restitutoria (precisamente, el fiador estará interesado en anular para evitar dirigirse contra un deudor insolvente), con lo que la anulabilidad de la obligación principal serviría al fiador para desentenderse de su obligación (constituída válidamente) sin contar con quien está sin duda legitimado para anular o confirmar aquélla, lo que escapa claramente de la intención del artículo 1302 CC.

<sup>100</sup> DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, cit., pp. 434 y 435) propone que «el concepto de excepción puramente personal es probablemente más amplio», incluyendo toda «facultad de enervar el ejercicio del derecho de crédito, cuya atribución al deudor tenga carácter personalísimo o “inherente a su persona” como dice el artículo 1111, y en cuyo ejercicio, por consiguiente, no podrá ser sustituido por un tercero».

de que confirme un deudor que no puede hacer frente a la pretensión de regreso (riesgo común), sino que corra también con el riesgo de que, una vez anulada la relación principal por el menor o incapaz, éstos restituyan en medida inferior a la que recibieron, por tratarse de la medida de su enriquecimiento (art. 1304)<sup>101</sup>.

Si es el acreedor quien está legitimado para anular, el fiador no puede oponerse a la reclamación de pago, ya que en tal caso, y aunque la reclamación no haya supuesto la confirmación tácita de la obligación principal, tampoco el deudor puede oponerse, ni al pago ni al regreso, alegando dicha anulabilidad.

Pero, ¿ocurre con el asumente de deuda liberatoria como con el fiador<sup>102</sup>? Podríamos pensar que no hay razones para proteger al asumente como al fiador, aduciendo, en primer lugar, que la asunción no es *accesoria*, como la fianza, respecto de la relación principal; y en segundo lugar, que el asumente no corre el riesgo que sí corre el fiador de que el deudor oponga a su regreso la anulabilidad de la relación principal, puesto que éste debe a aquél en virtud de la relación de cobertura. En efecto, las posiciones jurídicas del fiador y del asumente parecen fácilmente diferenciables. Frente a la *accesoriedad* de la fianza, se afirma, como principio, que la obligación del deudor y la obligación del asumente son, a pesar de su identidad inicial, obligaciones independientes desde la conclusión del contrato de asunción de deuda. Ahora bien, esta es, sin duda, una de esas afirmaciones generales que merece ser revisada, y no sólo porque el asumente *cumple* en el marco de la relación de valuta, sino también porque cuando se afirma —por ejemplo— que la remisión de deuda concedida por el acreedor al deudor con posterioridad a la expromisión no modifica ya el contenido de ésta y no afecta al asumente, no es por una pretendida independencia entre ambas relaciones, sino porque en realidad, tras la asunción, no cabe *condonar* al deudor, que ha dejado de deber en la relación de valuta (ha quedado liberado, sin perjuicio de que deba al asumente por la relación de cobertura). Ahora bien, si es al asumente al que se condona la

<sup>101</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La confirmación...*, cit., pp. 142 y ss. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 420 y 421. GUILARTE ZAPATERO, en «Comentarios...», XXIII, cit., art. 1824, pp. 91 y ss. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., pp. 505 y ss. El artículo 1824 afirma que la fianza sigue siendo válida aun cuando el contrato principal se anule por menor edad del deudor; con cierta perplejidad, quienes han estudiado el precepto concuerdan en que el fiador del menor sigue obligado frente al acreedor aun cuando la relación principal haya sido anulada, vulnerando el principio de accesoriedad. En realidad, tal y como se ha señalado, lo que persigue el artículo 1824 es hacer recaer sobre el fiador el riesgo de que, una vez anulada la relación principal, el menor o incapaz restituya en menor medida que en la que recibió, por ser aquélla la medida de su enriquecimiento (art. 1304).

<sup>102</sup> El artículo 1208 no resuelve la cuestión para la novación, puesto que, si bien admite la novación de una obligación anulable, no indica si el nuevo deudor puede alegar la anulabilidad de ésta, impugnarla o confirmarla.

deuda derivada de la expromisión, el deudor no podrá alegarlo para dejar de cumplir en la relación de cobertura, y quien pretenda ver aquí también el principio de independencia deberá reconocer que lo mismo puede ocurrir en la fianza<sup>103</sup>.

En cualquier caso, lo definitivo para rechazar aquellas objeciones es que las mencionadas diferencias entre fianza y asunción no impiden que el fundamento de la oponibilidad de la excepción de relación de valuta anulable sea común a ambas. Lo que realmente persigue esta excepción es evitar que se produzca el pago de una deuda que no obliga a su primitivo deudor (legitimado para impugnar la relación que le une con el acreedor); esto es, la *no exigibilidad* de la deuda a quien puede *disponer* de ella mediante la acción de nulidad, circunstancia ésta que se da tanto en la fianza como en la asunción de deuda.

Esta interpretación no sólo encaja con la concepción que venimos defendiendo del contrato anulable, sino también con la idea de que el deudor primitivo puede anular la relación de valuta, a pesar de la expromisión, y que una vez anulada no cabe defender la validez de la obligación «asumida». La expromisión no puede prescindir de la relación de valuta en la que la deuda sigue existiendo, si bien en manos de un nuevo titular, y el asumente puede alegar lo que ocurra en dicha relación, tanto si es actual (nulidad, anulación, resolución) como potencial (anulabilidad invocable por el deudor, y según se verá, «resolubilidad» por incumplimiento del acreedor). Si el sujeto protegido por la norma que permite anular el contrato puede influir en la suerte de la expromisión, parece razonable que el asumente, antes de pagar, pueda forzar a aquél a tomar su decisión, evitando así desplazamientos patrimoniales cuya vocación es provocar indeseables «reajustes compensatorios» con posterioridad.

Por otra parte, que el nuevo deudor pueda ampararse en la protección que conceden los artículos 1824 y 1853 (oponer la anulabilidad de la relación primitiva) frente al acreedor no es ninguna novedad. Ya Demolombe defendía, precisamente, que tras la novación de deuda anulable al nuevo deudor le amparan los artículos 2012 y 2036 del *Code* (correspondientes a los mencionados de nuestro Código)<sup>104</sup>, si bien interpreta dicha protección como posibilidad de impugnar la obligación primitiva, y nuestro Código

<sup>103</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 530. Sobre el «margen de libre accesoriedad» en la fianza, CARRASCO PERERA, *Fianza...*, cit., pp. 134 y ss.

<sup>104</sup> DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 247, p. 168. También BIGIAMI (*La delegazione...*, cit., pp. 400 y ss.) otorga al delegado la protección de los artículos 1899 y 1927 del *Codice* derogado (también correspondientes a los arts. 1824 y 1853 del nuestro) siempre que la delegación sea titulada (esto es, siempre que se haya hecho depender de la relación de valuta, lo cual es consustancial a la asunción de deuda).

como posibilidad de oponerse al pago. Los artículos 1302, 1824 y 1853 de nuestro Código civil fundamentan un principio de protección por el que los «co-obligados» que se hayan comprometido a pagar una deuda anulable pueden oponerse al cumplimiento en tanto no sea definitiva la suerte de ésta por decisión de quien *dispone* de la posibilidad de impugnarla (el deudor)<sup>105</sup>. Negando el pago de la deuda que aún puede ser anulada (o si ya se ha realizado éste, concediendo una *condictio* al asumente para que pueda repetir directamente del acreedor), se evitan complicadas operaciones de reequilibrio en las relaciones de cobertura y valuta.

Por todo ello hay que decir que los artículos 1302, 1824 y 1853 CC, interpretados conjuntamente, permiten al asumente de deuda liberatoria oponer a la reclamación de pago presentada por el acreedor, tanto la nulidad y anulación, como la anulabilidad de la relación de valuta; si el pago se ha producido ya y ésta es posteriormente anulada por el deudor, el asumente puede repetir directamente del acreedor, como si la expromisión no hubiera tenido lugar y se tratase de un «pago *devenido* indebido»<sup>106</sup>.

Si por la asunción de deuda el nuevo deudor cumple en el marco de la relación de valuta, es evidente que la resolución de ésta le afecta, por lo que, resuelta por el deudor, podrá oponerse al pago exigido por el acreedor o pretender la restitución de lo que ya hubiera pagado a éste. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando, incumplida la relación de valuta por el acreedor, el deudor no ha resuelto y aquél exige el pago al asumente? Parece claro que éste no podrá resolver, puesto que el «perjudicado» del artículo 1124 a quien se otorga la posibilidad de optar por el cumplimiento o por la resolución no es el asumente, sino el deudor; eso sí, puede ocurrir que de la relación de cobertura entre asumente y deudor nazca para éste una obligación de informar a aquél sobre el incumplimiento del acreedor y la posibilidad de resolver, de tomar su decisión teniendo en cuenta los intereses del asumente, o incluso de resolver<sup>107</sup>.

Cuestión distinta es si puede el asumente oponer la *exceptio non adimpleti contractus*. Se ha dicho que «no cabe que el nuevo deudor oponga la *exceptio non adimpleti contractus*, puesto que si se trata sólo de asunción de deuda no ostenta (ni tiene) la condición de

<sup>105</sup> CAFFARENA, *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, 1980, pp. 48 y ss.; en «Comentario del Código civil», II, Madrid, 1993, art. 1148, p. 148. No es ninguna casualidad que el autor proponga que los artículos 1302, 1824 y 1853 CC deben informar la interpretación sistemática del artículo 1148, sobre excepciones que el deudor solidario puede oponer al acreedor.

<sup>106</sup> Por lo que más que de una *condictio indebiti*, se trata de una *condictio causa data causa non secuta*.

<sup>107</sup> MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 4. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 29.

acreedor, para ello sería preciso que se hubiera producido, además, una cesión del crédito, contrapartida de dicha deuda y, con ello, la de la total posición contractual»<sup>108</sup>. Este planteamiento resulta válido para la facultad resolutoria, que queda en manos del deudor (salvo que haya sido cedida por éste al asumente), no así para la mencionada excepción. La *sinalagmaticidad* de la relación de valuta no desaparece por la expromisión. La *exceptio non adimpleti contractus* protege la regla de ejecución simultánea, consecuencia del sinalagma –genético y funcional– que liga ambas prestaciones<sup>109</sup>, y siendo el incumplimiento del acreedor un comportamiento que vulnera dicha regla, no encuentro una razón por la que deba negarse la oponibilidad de aquélla por parte del asumente<sup>110</sup>. Al igual que la excepción por anulabilidad, la *exceptio non adimpleti contractus* invita al deudor a tomar una decisión, y al acreedor a cumplir, evitando así desplazamientos patrimoniales que deban ser posteriormente compensados.

En cuanto a otras excepciones que el asumente pueda oponer al acreedor cuando éste le exija el cumplimiento de la deuda, parece razonable que se excluyan las derivadas de la relación de cobertura que une al asumente con el deudor, ya que respecto de ésta el acreedor es un tercero<sup>111</sup>. La relación de cobertura es ajena (salvo que expresamente se haya querido «causalizar») al convenio expromisorio de asunción, por lo que no parece que pueda invocarse frente a un acreedor que ni tiene por qué conocerla, ni tiene un derecho a exigir que se le informe sobre la misma, ni tiene por qué preocuparse de ella en caso de que la conozca<sup>112</sup>.

Queda finalmente analizar qué puede el asumente pretender del deudor por haber asumido su deuda con carácter liberatorio. Aunque nos encontremos en un supuesto expromisorio, lo nor-

<sup>108</sup> GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1191. Acepta este planteamiento ADAME, *Asunción...*, cit., p. 458.

<sup>109</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 374 y 375.

<sup>110</sup> NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 310. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 26.

<sup>111</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 466 y 467.

<sup>112</sup> Con los mismos argumentos para la delegación, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núm. 1751, p. 67. BIGIARI, *La delegazione...*, cit., p. 300. CAPITANT, *La causa de las obligaciones*, Madrid, s.f., pp. 390 y ss. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., pp. 226 y ss. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 325, p. 229. GHESLIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3.ª ed., Paris, 1993, p. 920. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 402. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, (1954) cit., p. 678. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 291, p. 353. En cuanto a la causa de la obligación del fiador, CARRASCO, *Fianza...*, cit., pp. 185 y ss. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., pp. 509 y ss. LACRUZ BERDEJO, «La causa en los contratos de garantía», *RCDI*, 1981, p. 741. MELICH ORSINI, «La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones», *ADC*, 1984, p. 40. RAMS ALBESA, en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, II-1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1994, p. 453.



mal será que exista una relación entre deudor y asumente (relación de cobertura), en la que se hayan regulado las consecuencias *inter partes* de la asunción llevada a cabo por el asumente con el acreedor. En líneas generales, la prestación del asumente (obligación de asumir) puede significar el pago (total o parcial) de una deuda que previamente hubiera adquirido frente al deudor, una atribución gratuita en favor de éste, o el nacimiento de un crédito en favor de aquél, que el deudor deberá restituir en los términos pactados. También puede ocurrir, aunque la hipótesis sea más extraña, que no exista relación de cobertura, o que ésta se limite al mero conocimiento por parte del deudor de la acción llevada a cabo por el asumente, sin una regulación de las consecuencias de ésta.

En caso de que el deudor conozca la expromisión, y no la acepte, cabe plantearse si puede «rechazar» la liberación, como el tercero beneficiario en el supuesto de contrato en favor de tercero, o si carece de tal facultad, como en la regulación del pago de tercero (art. 1158 CC) <sup>113</sup>. Nuestra tradición jurídica se ha inclinado por contemplar el cambio de deudor con efecto liberatorio sobre el deudor primitivo como un supuesto de pago <sup>114</sup>. En cuanto a la confrontación con la doctrina de la estipulación en favor de tercero, Demolombe respondía que no hay ninguna razón para que el tercero que puede, mediante pago, liberar al deudor sin saberlo éste o incluso contra su voluntad <sup>115</sup>, no pueda liberarlo también mediante la nova-

<sup>113</sup> En Alemania la cuestión ha sido muy disputada. Algunos autores afirman que no puede obligarse al deudor a liberarse contra su voluntad (HIRSCH, «Die Anfechtung der Schuldübernahme, ihre Voraussetzungen und Wirkungen –Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 8.12.59–», *Juristische Rundschau*, 1960, pp. 292 y ss. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 603. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., pp. 359 y 33. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 5. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 21). Sus argumentos son: la regulación del contrato en favor de tercero (§ 333 BGB), la necesidad de aceptar la donación (§ 516.II BGB), la exigencia de un contrato para llevar a cabo la remisión de deuda, y el principio por el que nadie puede verse compelido a enriquecerse contra su voluntad. Para otros autores (MÜNCHKONN/MÖSCHEL, § 414, Rn. 5; NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 301; SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 306), por el contrario, el deudor no puede evitar la liberación llevada a cabo por la expromisión, de la misma forma que no puede evitar el pago liberatorio de un tercero (§ 267 BGB). Si se asume la deuda contra la voluntad del deudor y éste sufre un daño económico por ello (por ejemplo, porque pierde la posibilidad de compensar), queda suficientemente protegido contra el regreso del asumente a través de las reglas que lo limitan (en sede de gestión de negocio ajeno y de enriquecimiento injustificado).

<sup>114</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núms. 1716 y 1717, pp. 27 y 28. DE BUEN, en COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 302. MARCADÉ, *Explication...*, IV, núm. 772, pp. 621 y 622. PACIFICI-MAZZONI, *Instituzioni...*, IV, cit., núm. 133, p. 577. RODRÍGUEZ TAPIA, voz «Delegación...», cit., p. 1973. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, IV, cit., p. 425.

<sup>115</sup> El deudor sólo podrá oponerse al pago del tercero mediante acuerdo previo con el acreedor (DEL OLMO, *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998, p. 47, y la bibliografía que allí se cita).

ción<sup>116</sup>. Así, a la cuestión sobre si el supuesto de asunción expromisoria liberatoria es lo suficientemente distinto del supuesto de pago de tercero como para merecer un tratamiento diferente del que recibe éste en el artículo 1158 del Código civil, habrá que responder negativamente. Los intereses del deudor quedan protegidos por las reglas sobre el regreso contenidas por éste; es más, por ser la asunción previa al pago, siempre que la conozca podrá oponerse para no restituir en medida superior a aquélla en que se hubiera enriquecido (art. 1158 *in fine*).

Si el deudor desconoce la expromisión, el derecho de regreso del asumente nacerá con el vencimiento de la deuda<sup>117</sup> (que equivaldrá siempre al pago<sup>118</sup>, puesto que la liberación se habrá producido ya por la expromisión); y su alcance quedará determinado por el artículo 1158 CC: si cabe apreciar una gestión de negocio ajeno, el asumente contará con la acción contraria de gestión; si éste no puede ser considerado como «gestor», deberá conformarse con la acción de enriquecimiento<sup>119</sup>. Por mucho que la expromisión libere al deudor, si no le ha sido notificada, el pago de éste no puede ser considerado como indebido.

Finalmente, cuando el deudor consiente la expromisión pero no regula con el asumente el contenido de la relación de cobertura, parece lo más lógico que la integración de ésta se lleve a cabo conforme al mismo artículo 1158 CC, que concede al tercero que paga con aprobación del deudor la acción contraria de mandato<sup>120</sup>.

#### b) ASUNCIÓN DE DEUDA POR CONTRATO ENTRE DEUDORES RATIFICADO POR EL ACREEDOR

El supuesto de asunción de deuda que el asumente acuerda con el deudor y que el acreedor ratifica introduce algunas diferencias respecto de la asunción por expromisión. Tampoco ahora «revive» la obligación del deudor por el incumplimiento del asumente, pero dado que aquél ha participado en la asunción, responde de la insolvencia de éste que «hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda» (art. 1206 CC)<sup>121</sup>. El deudor garantiza así el buen

<sup>116</sup> DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 304, p. 216. El autor se remonta a las autorizadas opiniones de ULPiano y POTHIER. En la misma línea, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núm. 1717, p. 28.

<sup>117</sup> BIGIAMI, *La delegazione...*, cit., p. 36.

<sup>118</sup> MANRESA, *Comentarios...*, VIII, cit., p. 401.

<sup>119</sup> DEL OLMO, *Pago de tercero...*, cit., pp. 81 y ss.

<sup>120</sup> DEL OLMO, *Pago de tercero...*, cit., pp. 80 y 81.

<sup>121</sup> Dice Díez-PICAZO (*Fundamentos...*, II, cit., p. 846) que la expresión «revive» es sin duda «una expresión figurada, cuya inteligencia no resulta completamente clara. Podría entenderse que se trata de una hipótesis de ineficacia del consentimiento liberatorio y de

fin de la operación por haber proporcionado al acreedor un nuevo deudor cuya insolvencia conoció o pudo haber conocido <sup>122</sup>.

La asunción de deuda en la que participa el deudor puede suponer la confirmación tácita de la relación de valuta anulable e impugnabile por éste. Desde luego, ni se plantea la posibilidad de «renunciar a la liberación» por parte del deudor, y en cuanto al acuerdo de asunción no ratificado por el acreedor, habrá que considerar si tras el mismo subsiste una asunción de cumplimiento con efectos *inter partes*.

La obligación del asumente nace en esta ocasión de un contrato celebrado con el deudor, contrato en el que el acreedor no es parte aunque su ratificación sea necesaria para producir el efecto liberatorio. Tanto la asunción de deuda como la relación de cobertura están protagonizadas por los mismos personajes, deudor y asumente, por lo que no resulta fácil impedir que éste pueda oponer en la relación de asunción las excepciones derivadas de la relación de cobertura, siendo así que lo lógico es que ambas formen un todo en la intención negocial de las partes <sup>123</sup>. De la misma manera que

---

una continuación de la obligación del deudor primitivo frente al acreedor al resultar ineficaz su liberación» (opinión que comparten CAFFARENA, en «Comentario...», II, cit., art. 1143, p. 133; *La solidaridad...*, cit., p. 141; SANCHO REBULLIDA en *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 336, y TORRALBA SORIANO, «La responsabilidad del cedente por insolvencia anterior y pública del deudor cedido» en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Santa Cruz Teijeiro*, II, Valencia, 1974, p. 464), «aun cuando resulte más probable entender que se trata de una garantía en sentido técnico, de tal manera que el nuevo deudor continúa estando obligado y si el deudor antiguo paga al acreedor, podrá ejercitar una acción de reembolso o de enriquecimiento frente al nuevo deudor». La misma idea de garantía se encuentra ya en DEMOLOMBE (*Cours...*, XXVIII, cit., núm. 323, p. 227, que se remonta a la opinión de POTHIER) y MARCADÉ (*Explication...*, IV, núm. 776, p. 624); en ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (*Estudios...*, I-2.º, cit., pp. 313 y 314); y entre los autores italianos, en MANCINI («La delegazione...», cit., p. 427) y RESCIGNO (voz «Delegazione...», cit., p. 979). Dice este último autor que si la obligación del deudor primitivo reviviera realmente, el acreedor debería restituir al asumente lo que de él hubiese recibido, para proceder después por el crédito primitivo contra aquél. Nuestro ordenamiento carece de un precepto que proteja a los terceros garantes frente al efecto retroactivo que provoca la nulidad de la relación contractual de asunción (como hacen los art. 1276 del *Codice civile* y 597 del Código civil portugués), por lo que siguen garantizando la deuda que no llegó a ser asumida. Ahora bien, resulta evidente que el supuesto de nulidad no es equiparable al de insolvencia calificada del nuevo deudor, por ello, en este último supuesto las garantías, que se han extinguido, no «reviven». Con todo, la opinión de que el consentimiento del acreedor se encuentra legalmente *condicionado* en los supuestos del artículo 1206 cuenta con numerosos defensores: CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 286. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 225. LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., núm. 320, p. 348. PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, VII, cit., núm. 1277, p. 681.

<sup>122</sup> La doctrina coincide en que el supuesto de «insolvencia anterior y pública» debe ser entendido de forma objetiva. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 846. En el estudio más detallado sobre la materia, GIL RODRÍGUEZ, *Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*, Madrid, 1988, pp. 85 y ss. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 336. TORRALBA SORIANO, «La responsabilidad...», cit., p. 466.

<sup>123</sup> Pongamos que el asumente se hace cargo de la deuda de otro y que éste se compromete a devolver la cantidad satisfecha por aquél al acreedor en los plazos y con los intereses pactados. No hay duda de que en este supuesto la asunción y la devolución del préstamo causado por ésta forman para las partes un único contrato.

nadie discute que en una asunción expromisoria el asumente pueda oponer al acreedor excepciones de la relación «causal» existente entre ambos por la que aquél se haya obligado frente a éste <sup>124</sup>, resulta coherente que el asumente pueda oponer en el contrato de asunción de deuda acordado con el deudor las vicisitudes de otra relación que también le liga con éste. No otra cosa reconoce el *Codice* para el supuesto de *accollo* (contrato de asunción entre deudores). Y otro tanto ocurriría en el derecho alemán de no ser por el parágrafo 417.II BGB; con todo, y a pesar de la decisión positivizada, resulta notable el esfuerzo del *Bundesgerichtshof* por debilitarla, lo que confirma la consistencia del planteamiento que hace depender la asunción de deuda de la relación de cobertura cuando coinciden las partes de una y otra <sup>125</sup>.

En un ordenamiento jurídico que carece, como el español, de un precepto similar al parágrafo 417.II BGB, el punto de partida no puede ser otro que la posibilidad de oponer excepciones derivadas de la relación de cobertura (como el art. 1283 del *Codice*). Para los deudores es evidente que ambas relaciones obligatorias –la asunción de deuda y la relación de cobertura– conforman un todo que no puede ser artificialmente escindido, salvo que exista un acuerdo expreso en este sentido.

Hasta aquí lo «dogmáticamente coherente». Cabe considerar, sin embargo, si de esta forma se proporciona suficiente protección al acreedor. Al codificador alemán, por ejemplo, le pareció que no. La cuestión venía planteándose ya con anterioridad. Laurent apunta que cuando el delegatario –acreedor– confía «de buena fe» en el pago realizado por el delegado –nuevo deudor–, y descuida o destruye el título que tuviera contra el delegante –deudor primitivo– o contra los garantes de éste, merece la protección que el *accipiens* de buena fe recibe en la regulación del cobro de lo indebido (art. 1377 *Code*, correspondiente al 1899 de nuestro Código civil) en caso de que el delegado pretenda la restitución de lo pagado por problemas derivados de la relación de cobertura <sup>126</sup>. En este caso –concluye el

<sup>124</sup> ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 7. LACRUZ BERDEJO, «La causa...», cit., p. 742. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 8. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 22.

<sup>125</sup> RGZ 58, p. 386; BGHZ 31, p. 321. ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 3. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 299. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 608. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., pp. 360 y 361. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 10. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 306. PALANDT/HEINRICH, § 417, Rn. 6. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 6. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 19 y 20.

<sup>126</sup> LAURENT no está pensando en un supuesto en el que la relación de cobertura sea oponible porque la asunción se haya acordado entre asumente y deudor, ni siquiera está pensando en un supuesto de asunción, sino en la novación en la que interviene el deudor («delegación» en el *Code*) y se hace depender de la relación de cobertura, como ocurre cuando el nuevo deudor (delegado) se obliga frente al acreedor (delegatario) *como deudor del deudor primitivo* (delegante).

citado autor— el acreedor debería poder oponerse a la pretensión restitutoria del asumente (*solvens*), y éste conformarse con la acción que contra el deudor primitivo o contra los garantes siga viva <sup>127</sup>.

Se proporciona de esta forma cierta protección a quien confía de buena fe en la apariencia creada en el tráfico por quien paga como asumente y pretende luego la restitución de lo pagado por problemas derivados de la relación que le une al deudor, habiendo el acreedor destruido los títulos que por el crédito primitivo tuviera contra éste o sus garantes (lo razonable, si tenemos en cuenta que ha creído liberarlo). No parece que existan obstáculos para aceptar en este caso una aplicación analógica del artículo 1899 CC, siempre que la relevancia de la relación de cobertura provenga simplemente de que la asunción haya sido acordada por deudor y asumente, y no por haber sido incorporada expresamente al convenio de asunción, puesto que en este caso es la propia apariencia la que evidencia el riesgo de que aquélla afecte a ésta <sup>128</sup>. En definitiva, no se trata sino de aplicar una norma pensada para la *condictio indebiti* (pago por error) a la *condictio causa data causa non secuta* (pago por asunción de deuda que deviene indebido por problemas derivados de la relación de cobertura), teniendo en cuenta que en ambos casos el *accipiens* es un tercero respecto del *solvens* (en el primer caso, porque no existe relación obligatoria vigente; en el segundo, porque el acreedor es un tercero respecto de la relación de cobertura por la que se pretende la restitución del pago) <sup>129</sup>.

En cualquier caso, la posible protección del acreedor a través del artículo 1899 CC cuenta con que el asumente ha pagado ya en virtud del convenio de asunción que celebró con el deudor y que aquél autorizó. Más difícil resultará protegerle cuando el asumente no haya pagado aún y oponga a su pretensión problemas derivados de la relación de cobertura. Es evidente que la hipótesis de la *con-*

<sup>127</sup> LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., núm. 319, pp. 345 y 346. Rechazan su planteamiento PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, VII, cit., núm. 1274, pp. 678 y 679.

<sup>128</sup> Se trata del supuesto en el que el acreedor consiente la asunción llevada a cabo por deudor y asumente, disponiendo así de su crédito, sin que se le haya hecho partícipe de la relación causal —de cobertura— existente entre éstos que justifica la asunción.

<sup>129</sup> La norma no protege al acreedor frente al efecto retroactivo causado por la nulidad o anulación del contrato de asunción de deuda. Este es un riesgo ordinario del contrato que él ha decidido ratificar. La cuestión es si el acreedor debe correr además con los riesgos derivados de la relación de cobertura, cuando el contrato de asunción haya sido concertado por asumente y deudor; y entre nosotros la respuesta debe ser afirmativa (como la del art. 1283 del *Codice*), salvo que quepa apreciar la protección que por vía analógica brinda el artículo 1899 CC. Si el convenio de asunción ha sido comunicado al acreedor haciendo constar expresamente la relación de cobertura (que es precisamente el supuesto del que parte LAURENT), el acreedor no podrá escudarse en la aplicación analógica de la regulación del cobro de lo indebido, pues cuando la relación de cobertura ha sido incorporada a la asunción es la propia apariencia la que evidencia el papel que en la asunción puede llegar a jugar aquélla.

*dictio indebiti* presupone el pago, por lo que debemos plantearnos si cabe que un precepto que ha sido diseñado para «dejar de restituir» (con el fin de evitar perjuicios por haber confiado en la apariencia creada por el *solvens*) puede ser utilizado para «poder exigir el pago» a pesar de la existencia de una excepción (y evitar así perjuicios por haber confiado en la apariencia creada por quien se ha obligado como *solvens*). El artículo 1899 protege a quien confía en haber cobrado lo que se le debía, no en una mera expectativa de cobro que desaparece antes de que se haya producido la *solutio*; en este último caso el acreedor deberá conformarse con exigir responsabilidad de ambos deudores por haber confiado en la apariencia que éstos crearon. Otra solución más «protectora» vulneraría los límites de la interpretación analógica.

En la asunción acordada por los deudores y ratificada por el acreedor la nulidad puede provenir tanto del acuerdo celebrado por aquéllos como del negocio jurídico unilateral de ratificación por el que éste acepta la obligación del asumente, liberando así al deudor primitivo. La ratificación no puede «convalidar» un contrato de asunción nulo y no impide las consecuencias de la nulidad (el efecto retroactivo), sin perjuicio de que el acreedor pueda pretender resarcirse de los daños que la operación le hubiera podido causar <sup>130</sup>. En tanto no recaiga la ratificación del acreedor, los deudores pueden modificar o revocar su propuesta <sup>131</sup>. El pago realizado por el asumente antes de que el acreedor se haya pronunciado no puede considerarse *indebido*, por lo que no podrá repetirlo del acreedor, sin perjuicio de la reclamación frente al deudor en virtud de la relación que les una (relación de cobertura); en defecto de ésta (extraña hipótesis, si tenemos en cuenta que la asunción se pacta entre ambos deudores), o cuando no haya sido «regulada» por las partes, lo más coherente es que se integre, también ahora, según la norma del pago del tercero, una vez haya vencido la deuda (art. 1158) <sup>132</sup>.

La anulación del contrato llevado a cabo por ambos deudores faculta al asumente para dejar de cumplir, o cuando ya hubiese pagado, para repetir directamente del acreedor. Si es éste quien anula su ratificación, la liberación habrá quedado sin efecto; en este caso puede seguir existiendo una relación jurídica entre los deudores en forma de asunción de cumplimiento o de contrato en favor de tercero. Habrá que deducir de las declaraciones de voluntad de

<sup>130</sup> Responsabilidad por daño de los deudores que será solidaria frente al acreedor, sin perjuicio de que en la relación interna uno de ellos pueda imputársela al otro.

<sup>131</sup> COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 204. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 13. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 294. SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1205, p. 742. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 9. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 19.

<sup>132</sup> SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 10.

las partes si se hace depender en todo caso la relación *inter partes* de la ratificación del acreedor, o bien si quieren seguir vinculadas a pesar de la anulación de ésta.

También es posible que sea el acreedor quien tome la iniciativa a través de un negocio unilateral de autorización, al que pueden unirse con su acuerdo los deudores para consumir el supuesto de asunción. La autorización puede ser revocada o modificada en tanto no concurra el acuerdo de éstos <sup>133</sup>; si se trata de una autorización nula o anulada con posterioridad al pacto de adhesión otorgado por los deudores, éstos podrán exigirle responsabilidad por los daños que su conducta les haya causado <sup>134</sup>.

Siempre que el acreedor preste su consentimiento con posterioridad al acuerdo adoptado por los deudores, los efectos de aquél se retrotraen a la fecha de celebración de éste, salvo que las partes hayan previsto otra cosa <sup>135</sup>.

#### c) ASUNCIÓN DE DEUDA POR CONTRATO TRILATERAL

Como supuesto negocial de asunción de deuda en el que interviene las tres partes implicadas, no cabe la «renuncia a la liberación» por parte del deudor, puede suponer la confirmación tácita de la relación de valuta anulable, resulta apreciable la hipótesis del artículo 1206; en cuanto a las excepciones oponibles por el asumente frente al acreedor, lo serán siempre las derivadas de la relación de valuta, y las derivadas de la relación de cobertura cuando ésta haya quedado incorporada al convenio de asunción, haciendo depender así la eficacia de éste del buen funcionamiento de aquélla.

Al contrato trilateral en el que confluyen las declaraciones negociales de los tres interesados le son aplicables las normas sobre «nulidad» como a cualquier otro contrato. Si resulta anulable, correrá la suerte que decida quien se encuentre legitimado para anular o confirmarlo; las demás partes quedan obligadas hasta que aquélla tome su decisión <sup>136</sup>. Si la impugnación es posterior al cumplimiento

<sup>133</sup> MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 6. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 57.

<sup>134</sup> STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 56. Lo que sí cabe es revocar la autorización antes de que se produzca el acuerdo entre deudores, siempre que no haya sido expresamente excluida esta posibilidad (Rn. 57).

<sup>135</sup> GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión...», cit., p. 224. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 12. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 294. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, I-2.º, cit., p. 307. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 40. En derecho español la retroactividad obtiene apoyo normativo en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

<sup>136</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 577: «Siendo varias las partes en el contrato —de tipo societario— o varios los sujetos en una de las partes, cada uno de ellos puede por sí solo hacer valer las causas de anulación que le afecten. Según los casos, quedarán o no vinculados los demás sujetos, de acuerdo con los criterios generales de la ineficacia parcial».

por parte del asumente, la ineficacia retroactiva provocada por la anulación faculta a éste para repetir directamente del acreedor.

### 3. La asunción de deuda cumulativa

Cuando la asunción es cumulativa el asumente no se obliga en lugar del deudor, sino que se suma a éste y queda obligado a realizar la misma prestación. El contrato de asunción de deuda cumulativa no crea una obligación paralela entre acreedor y asumente, diferente y accesorio respecto de la relación principal, sino que *introduce al asumente en la relación ya existente*. El acreedor *no dispone* de su crédito, pues conserva intacta la pretensión de cumplimiento para con el deudor primitivo; de aquí que para llevar a cabo un contrato de asunción de deuda cumulativa no haga falta el consentimiento de aquél<sup>137</sup>. Por la acumulación el acreedor puede exigir el cumplimiento del deudor y del asumente como si se tratara de deudores solidarios<sup>138</sup>.

La cuestión principal que plantea esta figura negocial atípica es la relativa al régimen jurídico que le es aplicable<sup>139</sup>, pues siendo su función la de garantía o refuerzo de una obligación preexistente<sup>140</sup>, hay que contar con que nuestro ordenamiento regula otras figuras jurídicas con esta misma finalidad, concretamente la fianza y la solidaridad de deudores<sup>141</sup>. Teniendo en cuenta que la solidaridad

<sup>137</sup> ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 300. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 610. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 11. SOERGEL/ZEISS, Vor § 414 ff., Rn. 6. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 41. En contra de esta opinión, en el marco del derecho portugués, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA (*Código civil...*, I, cit., art. 595, p. 580) estiman que la posibilidad de que ambos deudores pacten la asunción cumulativa sin el consentimiento del acreedor y en beneficio de éste se opone al «principio contractual», por el que nadie puede verse compelido a aceptar un beneficio contra su voluntad. Lo que resulta evidente es que el acreedor podrá ignorar la asunción de deuda en la que no ha intervenido, e incluso rechazar el beneficio surgido en su favor del contrato celebrado por el deudor y el asumente.

<sup>138</sup> COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 205. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 845. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 300. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1383. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 9 y 13. PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil...*, I, cit., art. 595, p. 580. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., p. 682. SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1205, p. 752. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 312. SOERGEL/ZEISS, Vor § 414 ff., Rn. 5. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 37 y 49.

<sup>139</sup> CARRASCO PERERA, *Fianza...*, cit., p. 169.

<sup>140</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núm. 1718, p. 28. DE BUEN, en COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 306. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 224. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 302, p. 215. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 301. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 611. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 405. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 9. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., p. 682. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, IV, cit., p. 426.

<sup>141</sup> La doctrina ha sido siempre consciente de la cercanía de la asunción de deuda cumulativa respecto de la solidaridad de deudores, la fianza o el contrato en favor de tercero: BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núm. 1753, p. 72. LAURENT, *Prin-*



pasiva funciona en buena medida como un supuesto de garantía mutua <sup>142</sup>, no habría problema en aplicar de forma conjunta ambas regulaciones si no fuera porque existen algunos puntos en los que resultan incompatibles. Ahora bien, esta incompatibilidad puntual de dos bloques normativos de carácter dispositivo no obliga a plantear la cuestión en términos disyuntivos <sup>143</sup>. Más bien, teniendo en cuenta el origen histórico común de ambas regulaciones, se trata de intentar una aplicación conjunta, eligiendo, en aquellos conflictos en los que se ofrecen varias soluciones, la mejor. En la labor de aplicación *por vía analógica de normas dispositivas* a una *figura negocial atípica*, parece lo más razonable poder elegir entre ellas, eludiendo así las que han sido criticadas incluso para la figura típica para la que se encuentran previstas <sup>144</sup>.

Si no se ha establecido un orden de preferencia en el cumplimiento, de forma que el acreedor deba dirigirse en primer lugar contra el deudor, o contra el asumente (como ocurre en Italia <sup>145</sup>),

---

*cipes...*, XVIII, cit., núm. 321, p. 349. En Alemania la distinción entre fianza y asunción de deuda cumulativa adquiere mayor relieve, porque ésta se presenta como una forma relativamente sencilla de vulnerar la exigencia de forma que el BGB determina para aquélla (§ 766 BGB); afirma MÖSCHEL que de no existir este riesgo carecería de sentido una delimitación rigurosa respecto de la fianza (MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 15). Ver también ADAME, *Asunción...*, cit., p. 199.

<sup>142</sup> Tal y como afirma CAFFARENA (en «Comentario...», II, cit., art. 1137, p. 118), «la solidaridad pasiva cumple esencialmente una función de garantía»; precisamente, uno de los supuestos de solidaridad no uniforme permitidos al amparo del artículo 1140 CC es aquél «en que se haya constituido una garantía respecto de uno de los deudores» («Comentario...», II, cit., art. 1140, p. 125). CARRASCO PERERA, *Fianza...*, cit., p. 93. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 501. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 204. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 41. Para PUIG I FERRIOL («Régimen jurídico de la solidaridad de deudores», en *Libro homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, pp. 436 y ss.) en toda fianza hay que ver un caso de solidaridad de deudores.

<sup>143</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 217 y ss.

<sup>144</sup> También en el derecho alemán la asunción de deuda cumulativa constituye una figura negocial atípica por la que asumente y deudor quedan obligados como deudores solidarios. Pero no por ello se les aplica en bloque la regulación de éstos. Los autores combinan los preceptos de la solidaridad pasiva con otros que se ocupan de figuras cercanas, para llegar así a una regulación óptima de aquélla. Y no es poca la complicación y las disputas que surgen en esta tarea, si se tiene en cuenta que implica la armonización de normas provenientes no sólo de la relación solidaria pasiva y de la fianza (como ocurre entre nosotros), sino también de la asunción de deuda liberatoria (sobre todo del § 417 BGB) y del contrato en favor de tercero (pues es unánime la opinión de que la asunción de deuda cumulativa concertada por deudor y asumente constituye un supuesto de contrato en favor de tercero). Sobre la cuestión, ERMAN/WESTERMANN, Vor § 414 ff., Rn. 8. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 300. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pp. 610 y 611. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 9 y ss. SCHEYHING, en NÖRR/SCHEYHING, *Sukzessionen...*, cit., pp. 408 y ss.; páginas revisadas por NÖRR en la segunda edición de esta obra, ya citada, pp. 254 y ss. PALANDT/HEINRICH, Vor § 414 ff., Rn. 5. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., pp. 312 y ss. SOERGEL/ZEISS, Vor § 414 ff., Rn. 6. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 37 y 44.

<sup>145</sup> MANCINI, «La delegazione...», cit., p. 415. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., pp. 942 y ss. DE SANTIS, en «Comentario...», IV, cit., p. 297. Dice el artículo 1268, párrafo segundo, del *Codice* que «el acreedor que haya aceptado la obligación del tercero no puede dirigirse contra el delegante, si previamente no ha exigido el cumplimiento del delegado».

parece lo más razonable que la libertad de aquél no quede en este punto constreñida, pudiendo por tanto exigir el todo de cualquiera de ambos, sin perjuicio de proceder contra el otro en la medida en la que el crédito no hubiera quedado aún satisfecho<sup>146</sup>. La asunción de deuda cumulativa se comporta en este aspecto como un supuesto de solidaridad de deudores al que resulta aplicable el artículo 1144 CC.

En cuanto a las excepciones oponibles por el asumente acumulado frente al acreedor, el único obstáculo para hacer compatible el artículo 1148 CC (sobre excepciones oponibles por el deudor solidario frente al acreedor) con los artículos 1824 y 1853 CC (sobre excepciones oponibles por el fiador frente al acreedor) está en la mención por parte de éstos de una tercera categoría de excepciones («puramente personales» del deudor), ignorada por aquél, que frente a las *simplemente* personales no son oponibles por el fiador. A pesar de la existencia de una propuesta de corrección del artículo 1148, acomodándolo a la clasificación tripartita de excepciones oponibles por el fiador, para evitar así contradicciones entre partes de un mismo cuerpo legal con función similar<sup>147</sup>, no todos los autores parecen inclinados a aceptarla<sup>148</sup>. Con todo, ni la literalidad del Código, ni una diversa interpretación del supuesto de hecho de los artículos 1824 y 1853<sup>149</sup> son obstáculo para que a la asunción de deuda cumulativa se le aplique de forma conjunta la regulación mencionada.

Si el fiador y el deudor solidario que pagan pueden quedar subrogados en el derecho que el acreedor tiene contra el deudor, habrá que reconocer también esta posibilidad al asumente<sup>150</sup>. Cuestión diferente plantea el contenido de la acción de regreso que a

<sup>146</sup> Sobre fianza solidaria y subsidiariedad, CARRASCO, *Fianza...*, cit., pp. 76 y 77. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 503. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 434.

<sup>147</sup> CARRASCO, *Fianza...*, cit., p. 93. CAFFARENA, «Comentario...», II, cit., art. 1148, pp. 148 y 149; *La solidaridad...*, cit., pp. 51 y ss. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 213.

<sup>148</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, pp. 279 y ss. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 51.

<sup>149</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad...*, cit., p. 281: «Se trata de supuestos en los que el acreedor exige, para contratar con un incapaz, otro obligado que garantice los riesgos de la posible anulación por el deudor de su obligación. Por la propia naturaleza del supuesto, dicho garante no podrá hacer valer la incapacidad del deudor subsistiendo, por lo tanto, su obligación con independencia de la anulación de la obligación del artículo 1148 Cc.». Aunque aceptemos este planteamiento, lo que no queda justificado es que el *garante*/fiador merezca en este supuesto un tratamiento diferente del que recibiría un *garante*/deudor solidario, salvo que partamos de que el supuesto es sólo compatible con la figura del fiador.

<sup>150</sup> Sobre el derecho de reembolso y la subrogación en la solidaridad pasiva, CAFFARENA, en «Comentario...», II, cit., art. 1145, p. 140; *La solidaridad...*, cit., pp. 254 y 255. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 215. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 52.

éste corresponda frente al deudor. Según el artículo 1145.II, «el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores *la parte que a cada uno corresponda*, con los intereses de anticipo»; parece por lo tanto que habrá que estar a la relación interna entre deudor y asumente. Ahora bien, en defecto de ésta, y teniendo en cuenta que el artículo 1145.II CC hace únicamente referencia a los intereses de anticipo de la cantidad que pueda exigirse de los demás deudores solidarios, sin aportar criterios para determinar dicha cantidad, resulta necesario acudir al artículo 1838 CC, encargado del derecho de regreso del fiador.

El fiador puede repetir en los términos del artículo 1838 aunque el deudor ignore la fianza (art. 1838 *in fine*). Teniendo en cuenta que de cara al deudor se trata de un supuesto de pago de tercero, podría plantearse un conflicto entre el mencionado artículo y lo previsto por el artículo 1158. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el contenido de la acción de regreso concedida por el artículo 1838 coincide sustancialmente con la acción contraria de gestión de negocios ajenos, que es la que el artículo 1158 concede al tercero (gestor) que paga cuando «lo ignore el deudor», habremos de concluir que tal conflicto no tiene lugar. Ahora bien, para ello deberá existir una verdadera gestión; en caso contrario, o cuando el deudor se haya opuesto al pago, el fiador no podrá pretender —en concepto de regreso— más de lo que corresponde al tercero en virtud del mencionado precepto: «la medida en que le hubiera sido útil el pago» (al deudor). De otra forma, el tercero y el acreedor podrían perjudicar fácilmente al deudor, diciendo haber celebrado un contrato de fianza, contrato que en derecho español, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el derecho alemán, no necesita de ninguna formalidad. Otra cosa es que el fiador cuente con la subrogación, de la que no siempre gozará el simple tercero.

Los artículos 1840, 1841 y 1842, cuya aplicabilidad en sede de solidaridad pasiva ha sido cuestionada<sup>151</sup>, regulan algunos aspectos del pago realizado por el fiador, y la cuestión es si resultan adecuados para el asumente. Aunque la hipótesis del deudor que desconoce el pago del asumente es poco probable, resulta compatible con el supuesto expromisorio; y dado el caso, el deudor debe poder oponer al asumente las excepciones que hubiera

<sup>151</sup> CAFFARENA, *La solidaridad...*, cit., p. 56. DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, cit., pp. 215 y 216) concede —haciendo precisamente referencia a los artículos 1841 y 1842— que aunque «los preceptos de la fianza no son directamente aplicables a la solidaridad, los principios en que aquella normativa se funda (...) permiten resolver la cuestión». Con mayor cautela se pronuncia SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, II-1.º, cit., p. 51), para quien no cabe una aplicación analógica incondicionada de los arts. 1840 y 1842. ADAME (*Asunción...*, cit., p. 475) niega la aplicación analógica de los artículos 1840 y 1842 a la relación solidaria de deudores.

podido oponer al acreedor (art. 1840); asimismo el pago anticipado del asumente no tiene por qué perjudicarlo, por lo que podrá esperar al vencimiento para atender al regreso de éste (art. 1841); y finalmente, pagada la deuda por ambos, el deudor queda protegido de forma que es el asumente quien debe repetir del acreedor (art. 1842). La mera notificación de la asunción expromisoria dirigida al deudor no obliga a éste a comunicar al asumente las excepciones que le asisten frente al acreedor<sup>152</sup>. Será la relación de cobertura que eventualmente exista entre deudor y asumente la que originará deberes de información que afectarán a las excepciones oponibles y al tiempo y condiciones del pago<sup>153</sup>.

En la solidaridad de deudores y en la fianza los efectos jurídicos de la mora o de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por dolo o culpa de alguno de los obligados se transmiten al resto<sup>154</sup>. Nada que oponer a que lo mismo ocurra en la asunción de deuda cumulativa, salvo que se trate de un supuesto de expromisión desconocida o rechazada por el deudor; en este caso el efecto expansivo de la responsabilidad se produce siempre en el sentido de hacer responsable al asumente del comportamiento del deudor, mas no a la inversa, ya que sería como hacer responder a un deudor de la mora o imposibilidad culpable causada por un tercero. Para que la

<sup>152</sup> CAFFARENA sintetiza así las consecuencias del pago por uno de los codeudores, en relación con las excepciones oponibles por cualquiera de ellos: «los codeudores pueden oponer (a la pretensión en vía de regreso del codeudor que paga) tanto los hechos que den lugar a excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación como los que originan excepciones personales referentes a ellos siempre que el deudor que pagó no los hubiese opuesto en juicio o habiéndolo hecho hubiesen sido estimados por el Juez. Ahora bien en cuanto a las excepciones personales o a las comunes que se refieren a hechos que por su naturaleza sólo son conocidos por uno de los deudores no podrán oponerse cuando el deudor que realizó el pago lo comunicó previamente a los demás y éstos no le informaron al respecto. Así se deriva del principio de buena fe y de una aplicación analógica de los arts. 1840 y 1842 CC. En cambio parece claro que no cabe oponer al deudor que pagó las excepciones personales a él correspondientes» (en «Comentario...», II, cit., art. 1145, p. 141). CAFFARENA, *La solidaridad...*, cit., pp. 55 y ss. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 216. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 51.

<sup>153</sup> CAFFARENA, *La solidaridad...*, cit., p. 56: «existe un deber por parte de este deudor (conocedor de una excepción que por su naturaleza sólo es conocida por él) de informar a su codeudor, al que se le exige el pago, a fin de que éste oponga la correspondiente excepción. Como presupuesto de este deber es preciso que el codeudor requerido informe a sus coobligados de que se le ha exigido el pago de la deuda. No sería conforme a la buena fe el comportamiento del deudor, que no poniendo en conocimiento de su coobligado el hecho que da lugar a la excepción, luego, al ser requerido en vía de regreso por éste esgrima el mismo hecho que ocultó. Los artículos 1840 y 1842 se hacen eco de esta idea en la fianza».

<sup>154</sup> En la solidaridad de deudores, ADAME, *Asunción...*, cit., p. 481. CAFFARENA, «Comentario...», II, art. 1147, p. 147. *La solidaridad...*, cit., pp. 347 y ss. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 224 y ss. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., pp. 45 y ss. En la fianza, DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 516. GUILARTE ZAPATERO, «Comentario del Código civil», II, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1827, p. 1796. PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad...*, cit., p. 232 y ss.

responsabilidad en que incurre el expromitente sea también exigible al deudor no basta con que éste haya conocido la expromisión y no se haya opuesto a ella; es necesario que de alguna forma se haya involucrado en la misma (aceptación expresa o tácita), y que no haya sido el acreedor quien haya impuesto la identidad del asumente que incurre en mora o causa la imposibilidad de forma culpable<sup>155</sup>.

Dice el artículo 1835 CC que «la transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal. La hecha por éste tampoco surte efecto para con el fiador, contra su voluntad»<sup>156</sup>. Explica Delgado Echeverría que la doctrina considera evidente la regla del artículo 1835.I CC, «atendiendo a que el fiador transige tan sólo sobre su obligación fideiusoria, cuyas vicisitudes no afectan a la deuda garantizada». La transacción realizada por el deudor con el acreedor (art. 1835.II CC) «es, respecto del fiador, *res inter alios acta*, y sólo puede afectarle cuando él así lo quiera»<sup>157</sup>. Ahora bien, cuando es el fiador el que transige, «no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado» (art. 1839.II CC).

La solidaridad pasiva carece de una norma específica para el supuesto de transacción llevada a cabo por uno de los deudores solidarios (al contrario de lo que ocurría en el Proyecto de 1851, en el que García Goyena proponía la misma norma que para la fianza, a pesar de que la obligación del deudor solidario ni es fideiusoria, ni subsidiaria respecto de los demás deudores solidarios)<sup>158</sup>. Tratándose de una relación obligatoria única la que liga a éstos con el acreedor, resulta difícil justificar que lo que le ocurra a dicha obligación, aunque sea por la acción de uno de ellos, no efecte a todos<sup>159</sup>. Sin embargo, el punto de partida no puede ser otro que el de la eficacia *inter partes* de la transacción (cuyo contenido puede ser incluso imposible para otros obligados). Por ello parece razonable defender, con Díez-Picazo, que cada deudor solidario —como el fiador en el artículo 1835 CC— puede servirse de la transacción llevada a cabo por cualquiera de los otros codeudores solidarios; se armoniza así el respeto a la *res inter alios acta* con el carácter único

<sup>155</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad...*, cit., p. 237.

<sup>156</sup> En cuanto a la transacción llevada a cabo por el acreedor con uno (o algunos) de los deudores solidarios, CARRASCO PERERA, *Fianza...*, cit., p. 93. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 227 y 228. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., pp. 43 y 44.

<sup>157</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 531.

<sup>158</sup> PUIG I FERRIOL, «Régimen jurídico...», cit., pp. 476 y ss.

<sup>159</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 227: «es difícil explicar por qué la novación o la remisión pueden producir efectos en la situación de los restantes deudores solidarios y que no los produzca la transacción que contiene pactos que conducen a aquellos efectos.»

de la relación obligatoria<sup>160</sup>. Ésta es por tanto la solución que conviene a la asunción de deuda cumulativa, en la que deudor y asumente deben lo mismo y en la misma relación obligatoria.

También parece lógico que «la novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera» de los deudores solidarios, en nuestro caso, por deudor o asumente, extinga la obligación, sin perjuicio de la protección que el deudor merece frente al expromitente, «y de lo dispuesto en el art. 1146» (art. 1143 CC)<sup>161</sup>.

La extensión de los efectos de la cosa juzgada material a los codeudores solidarios que no litigan en el proceso dirigido por el acreedor contra uno de ellos es consecuencia del párrafo tercero del artículo 1252 CC<sup>162</sup>. Teniendo en cuenta la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario en los procesos entablados contra cualquiera de los deudores solidarios, éste es un precepto que ha merecido la crítica de la doctrina por conducir a «resultados insatisfactorios»<sup>163</sup>; en palabras de Sancho Rebullida, «no parece aceptable que la cosa juzgada despliegue su eficacia positiva, es decir que la sentencia condenatoria de un deudor pueda ejecutarse contra otro codeudor solidario, que no fue parte en el proceso: el art. 24 Const.; la posibilidad de fraude en el primer demandado; y que en nuestro Derecho procesal la persona del condenado forma parte necesaria de la ejecutoria, impiden, efectivamente, semejante efecto. Sin embargo, el deudor nuevamente demandado, no podrá valerse de las excepciones comunes que hubiesen sido desestimadas en la sentencia anterior. Y, en cuanto al efecto negativo –paralización del nuevo proceso– la anterior sentencia absolutoria, fundada en excepción común, sí que impedirá un nuevo proceso contra los demás deudores solidarios»<sup>164</sup>. La aplicabilidad del mencionado precepto a la asunción de deuda cumulativa ha de ser por tanto negada, o al menos, debidamente matizada<sup>165</sup>.

<sup>160</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 228.

<sup>161</sup> Pormenorizado análisis de estos artículos en CAFFARENA, *La solidaridad...*, cit., pp. 142 y ss., 296 y ss.; «Comentario...», II, cit., art. 1143, pp. 132 y ss.; art. 1146, pp. 142 y ss. Ver también DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 217 y ss. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., pp. 45 y ss.

<sup>162</sup> Artículo 1252.III CC: «Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación de satisfacerlas.»

<sup>163</sup> CAFFARENA, «Comentario...», II, cit., art. 1144, p. 138.

<sup>164</sup> SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 43.

<sup>165</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., p. 482. ALAMILLO SANZ, «La solidaridad de deudores y el litisconsorcio pasivo necesario», *La Ley*, 1984-2, pp. 1087 y ss. CAFFARENA, *La solidaridad...*, cit., pp. 10 y ss.; «Comentario...», II, cit., art. 1144, p. 138. CARRASCO PERERA, *Fianza...*, cit., p. 169. CARRERAS RINCÓN, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, Barcelona, 1990, pp. 73 y ss. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º,

Desarrollando el principio contenido en el párrafo segundo del artículo 1141 CC («las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos»), el artículo 1974 CC dispone que «la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores»<sup>166</sup>. Ahora bien, en virtud del párrafo tercero y último de este mismo precepto, cuando el acreedor reclame a uno de los deudores solidarios sólo la parte que a éste corresponde según la relación interna, la reclamación no supondrá la interrupción de la prescripción respecto del resto de deudores solidarios<sup>167</sup>. Lo que no dice el precepto es si la interrupción se produce para todos los codeudores aun cuando sea sólo uno de ellos quien haya reconocido la deuda (siendo así que el efecto propio del reconocimiento se produce sólo frente al reconocedor), o cuando los otros codeudores no hayan conocido la interrupción<sup>168</sup>. Y es del artículo 1975 CC del que debe extraerse la solución, puesto que el hecho de que esté pensado para el fiador no es obstáculo para que sea aplicado también al asumente<sup>169</sup>. En virtud del precepto mencionado, según la interpretación que del mismo propone Díez-Picazo, «cuando el efecto interruptivo nace de una reclamación judicial se produce frente a deudor y fiador, cualquiera que sea la persona demandada»; las reclamaciones extrajudiciales dirigidas al deudor, o los reconocimientos de deuda realizados por éste poseen eficacia interruptiva frente al fiador cuando sus fechas fueran auténticas y le hayan sido notificadas<sup>170</sup>. De esta explicación se aprovecha la correcta comprensión de la asunción de deuda cumulativa, a salvo la protección del deudor frente al expromitente –desconocido o rechazado– que provoca la interrupción<sup>171</sup>.

Todas las figuras negociales que sirven para provocar la asunción de deuda liberatoria sirven también para la cumulativa, y además, nada impide que ambos deudores puedan hacer surgir a favor del acreedor un derecho a exigir del asumente la prestación

cit., p. 532. Díez-Picazo, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 229 y ss. Puig i Ferriol, «Régimen jurídico...», cit., pp. 472 y ss. Sancho Rebullida, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 43.

<sup>166</sup> Crítica del artículo 1974 CC en Puig i Ferriol, «Régimen jurídico...», cit., pp. 468 y ss.

<sup>167</sup> Díez-Picazo, *Fundamentos...*, II, cit., p. 226.

<sup>168</sup> Cabría plantearse en qué medida está el codeudor reclamado o codeudor que reconoce la deuda obligado a comunicarlo a los demás codeudores, incluso el deudor respecto del expromitente cuando entre ambos medie una relación de cobertura.

<sup>169</sup> Pérez Álvarez (*Solidaridad...*, cit., p. 242) interpreta conjuntamente los artículos 1973, 1974 párrafo 1.º y 1975 para explicar la interrupción de la prescripción en sede de cofianza solidaria.

<sup>170</sup> Díez-Picazo, *Fundamentos...*, II, cit., p. 455.

<sup>171</sup> Carrasco Perera, *Fianza...*, cit., p. 169. Delgado Echeverría, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 533. Díez-Picazo, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 455 y 456. Pérez Álvarez, *Solidaridad...*, cit., pp. 241 y ss. Puig i Ferriol, «Régimen jurídico...», cit., pp. 468 y ss.

del deudor a través de un contrato en favor de tercero, siendo el deudor primitivo estipulante, el nuevo deudor promitente, y el acreedor beneficiario<sup>172</sup>.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA

Tal y como pone de relieve Rimmelspacher, durante mucho tiempo se pensó que las soluciones a las cuestiones concretas planteadas en el seno de la asunción de deuda dependían de la «construcción teórica» que, en cuanto a la naturaleza jurídica de la institución, se diese por válida<sup>173</sup>. En Alemania, donde se ha disputado especialmente sobre este punto, el BGB había zanjado la cuestión acerca de la transmisibilidad a título singular de las deudas, pero no pudo evitar una pluralidad de propuestas que pretendían, con una sencilla fórmula de carácter abstracto, explicar la naturaleza jurídica y el funcionamiento de la asunción de deuda<sup>174</sup>. Con todo, ya en 1965 Flume denuncia la hipertrofia de construcciones teóricas, tachándola de «anacronismo metodológico»<sup>175</sup>, y en 1968, Esser

<sup>172</sup> NART FERNÁNDEZ, «Notas sobre los contratos a favor de tercero», *AAMN*, 1950, p. 477. GONZÁLEZ PACANOWSKA, en «Comentarios...», XVII-1A, cit., pp. 410 y ss. PÉREZ CONESA, *El contrato a favor de tercero*, Granada, 1999, pp. 160 y ss. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, I-2.º, cit., p. 312. Para JORDANO («Asunción...», cit., p. 1383) el contrato a favor de tercero no puede originar una asunción de deuda cumulativa. CASALS (voz «Contrato en favor de tercero» en *Enciclopedia Jurídica Seix*, V, Barcelona, 1976, p. 359) y MARTÍN BERNAL (*La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985, pp. 257 y ss.) consideran que no puede calificarse como contrato a favor de tercero aquel en que el estipulante pacta con el promitente el pago a un tercero de un débito preexistente del estipulante para con el tercero. SCHLECHTRIEM plantea mejor la cuestión afirmando que, si el promitente (nuevo deudor) se obliga a cumplir la deuda del estipulante (deudor primitivo), el contrato en favor de tercero (en favor del acreedor) se convierte en un instrumento técnico idóneo para llevar a cabo la asunción de deuda cumulativa (*Schuldrecht...*, cit., p. 305). La adhesión del acreedor al contrato en favor de tercero impedirá que las partes puedan revocar la estipulación pactada a su favor, si bien, como en todo contrato en favor de tercero, el promitente podrá oponer al acreedor las excepciones derivadas de éste. COSSÍO («La transmisión...», cit. p. 205) se limita a señalar que cuando la intención de las partes era proceder a una delegación de pago, con efectos limitados a su relación interna, no debe reconocerse a favor del acreedor un derecho a proceder contra cualquiera de los deudores como si se tratara de una asunción de deuda cumulativa.

<sup>173</sup> RIMMELSPACHER, «Schuldübernahmetheorien und Anfechtbarkeit der befreienden Schuldübernahme», *Juristische Rundschau*, 1969, p. 201.

<sup>174</sup> STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 45 y ss. El autor hace un resumen de las teorías más relevantes (teoría de la oferta, teoría de la representación, teoría del contrato en favor de tercero, teoría de la disposición y, finalmente, teoría del doble negocio jurídico –de disposición y obligación–, por la que se decanta), concluyendo que, ciertamente, es posible que las partes, al proceder a la formación de su contrato de asunción de deuda, quieran que las cosas se desarrollen conforme a cualquiera de las teorías consideradas, pero que el «modelo típico legal» es el que corresponde a la última de las mencionadas.

<sup>175</sup> FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1965, p. 547. La observación se ha mantenido hasta la última –cuarta– de las ediciones de la obra, que ha sido recientemente traducida al castellano, FLUME,



(en la tercera edición –1968– de su *Derecho de obligaciones*) se lamenta de que los verdaderos problemas de la asunción de deuda resulten ensombrecidos por el tono injustificadamente teórico-dogmático de su estudio. En nuestros días es común la idea de que se ha sobrevalorado la importancia de las teorías y se ha puesto de relieve que, por una parte, los partidarios de posiciones teóricas diferentes proponen las mismas soluciones a problemas concretos; y por otra, que el hecho de que se propongan soluciones distintas no obedece a que los puntos de partida teóricos fueran diferentes <sup>176</sup>.

Hoy la doctrina alemana es prácticamente unánime al admitir que el contrato de asunción de deuda liberatoria es un negocio jurídico con efecto dispositivo sobre el crédito del acreedor (el primitivo deudor deja de serlo) y con efecto obligatorio para el asumente (que debe la prestación que hasta entonces obligaba al deudor); confluyen por lo tanto en un único negocio jurídico, de una parte, un negocio de disposición –de cara al acreedor–, y de otra, un negocio de obligación –de cara al asumente– <sup>177</sup>.

No hubiera sido necesario detenerse sobre este punto, si no fuera porque entre nosotros, a la polémica sobre la transmisibilidad de las deudas a título singular (no resuelta por nuestro Código), se han sumado los ecos de las teorías importadas de Alemania <sup>178</sup>, cuya influencia, al contrario de lo que ocurre entre los propios autores alemanes, ha

---

*Parte general del derecho civil*, II, *El negocio jurídico* (4.ª ed., trad. por J. M. Miquel y E. Gómez Calle), Madrid, 1998, p. 642.

<sup>176</sup> BROX, «Anmerkung zu BGH Urteil von 8.12.1959», en *JZ*, 1960, pp. 369 y ss. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 298. HECKELMANN, «Anmerkung zu OLG Hamburg von 18.1.1966 – 2 U 107/65», en *NJW*, 1966, pp. 1925 y 1926. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 2. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 308. Afirma con contundencia este último autor que para responder a las cuestiones que plantea el contrato de asunción de deuda no se necesita recurrir a las viejas teorías de la disposición y de la oferta, que tuvieron –quizá– su papel en el siglo pasado, pero que hoy constituyen –en la expresión, ya referida de Flume– un «anacronismo metodológico». SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 45. Con todo, no falta quien sigue insistiendo en la necesidad de un tratamiento dogmático más coherente en el que no se desprece el valor de una construcción teórica consecuente con la aplicación práctica de la figura de la asunción de deuda, REDICK, *Haftungsbegründung und Schuldbefreiung bei § 415, 416 BGB*, Berlin, 1991, pp. 1 y ss.

<sup>177</sup> ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 298. HIRSCH, «Die Anfechtung...», cit., p. 295. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pp. 603 y 604. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., p. 360. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 4.; § 414, Rn. 1 y 2. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., pp. 286 a 288 y 308. RIMMELSPACHER, «Schuldübernahmtheorien...», cit., pp. 201, 209. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 307. SOERGEL/ZEISS, Vor § 414 ff., Rn. 2.; § 414, § 415, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 25 y ss.; § 414, Rn. 5; § 415, Rn. 5, 18, 45 y ss., 51, 52, 52 b, 53 a.

<sup>178</sup> Se declaran partidarios –entre nosotros– de la teoría de la disposición, DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., pp. 250 y 251; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en *Derecho de obligaciones...*, II-1.º, cit., pp. 416 y 417; SSTS 25-IV-75, 11-XII-79, 22-XI-82, 10-I-83, 28-III-85, 1-XII-87, 14-XI-90. En contra, COSSÍO, «La transmisión...», cit., pp. 202 y ss., que con toda lógica evidencia que la idea de disposición sobre un derecho ajeno no encaja en el marco de la *delegación*; ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, I-2.º, cit., pp. 302 a 309.

llegado hasta nuestros días<sup>179</sup>; lo cual no deja de sorprender, sobre todo si tenemos en cuenta que se trata de una polémica en torno a la correcta interpretación de unas normas concretas, y por tanto, principalmente exegética. Con todo, incluso en Alemania pueden las partes, al proceder a la formación del contrato de asunción de deuda, hacer que las cosas se desarrollen conforme a cualquiera de las teorías (vías jurídicas) posibles, aunque el modelo típico codificado corresponda a una de ellas (teoría del doble negocio jurídico –de disposición y obligación–, correctora de la teoría de la disposición)<sup>180</sup>.

Entre nosotros no existe un marco codificado de referencia<sup>181</sup>, pero al igual que en aquellos ordenamientos que cuentan con él, carece de sentido preguntarse por la asunción de deuda, como si se tratara de un esquema negocial fijo y predeterminado por su propia estructura y función, por su propia «naturaleza». La asunción de deuda no responde a un tipo contractual; es un efecto negocial al que cabe acceder desde diferentes hipótesis contractuales: la oferta que los deudores dirigen al acreedor, el contrato entre ambos deudores que necesita de la ratificación del acreedor para producir efecto dispositivo/liberatorio, el contrato entre acreedor y asumente (modalidad expromisoria)<sup>182</sup>, y el contrato de ambos deudores en favor del acreedor (en caso de asunción de deuda cumulativa).

En cualquier caso, el consenso alemán sobre la naturaleza jurídica del contrato de asunción de deuda liberatoria como contrato de disposición y obligación tiene la ventaja de describir sus efectos. Precisamente es la diversa trascendencia (dispositiva o simplemente obligatoria) que para cada una de las partes se desprende del contrato de asunción de deuda la que explica que la capacidad exigida al acreedor sobre su crédito sea la de disposición, en tanto basta que la capacidad del asumente sea la de obrar<sup>183</sup>. En la asunción de deuda cumulativa, que es un mero negocio de obligación, desaparece el componente dispositivo, por lo que no sólo no se exige capacidad de disponer al acreedor, sino que cabe prescindir de su con-

<sup>179</sup> En la monografía de ADAME se vuelve a plantear la polémica alemana en términos anacrónicos (*Asunción...*, cit., pp. 100 y ss.), proponiéndose, a su vez, una nueva «teoría de la oferta simple».

<sup>180</sup> STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 45 y ss.

<sup>181</sup> El artículo 118 LH (deudor del planteamiento alemán: «en caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito») está pensando en un contrato de asunción de deuda celebrado entre deudor y asumente y presentado al acreedor para su ratificación.

<sup>182</sup> Existen otros mecanismos por los que se puede llegar al cambio de deudor, sin ser ésta su finalidad, como la actuación del nuevo deudor como representante del primitivo, o la impropia utilización de la delegación como medio para asumir.

<sup>183</sup> NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 289. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 25.

sentimiento (salvo para evitar que los deudores puedan revocar su acuerdo, según el modelo del contrato en favor de tercero) <sup>184</sup>.

## V. CONTENIDO ESENCIAL

### 1. La deuda asumida

Si el asumente se obliga a cumplir la prestación del deudor es indudable que ésta (la deuda asumida, lo que el deudor debía y debe ahora el asumente) forma parte del contenido del contrato de asunción de deuda. Frente a la novación, que cambia de deudor extinguiendo la obligación preexistente por otra igual en la que el nuevo deudor sustituye al primitivo, la «sucesión» provocada por la asunción coloca al asumente en la posición del primitivo deudor, no como parte contractual sino como simple deudor (obligado a cumplir la prestación); la relación obligatoria en la que la deuda existe se mantiene por lo tanto inalterada excepto en este punto, y razonablemente, en aquellos otros que por afectar a terceros necesitan para su pervivencia del consentimiento de éstos (es el caso de las garantías).

Parece claro que no se puede asumir una deuda que no existe, y que para existir necesita de una relación obligatoria válida y eficaz <sup>185</sup>. El *leitmotiv* en materia de asunción es precisamente que el nuevo deudor asume la deuda tal y como *se encuentra* en manos del deudor primitivo en el momento de producirse la asunción <sup>186</sup>, por lo que si no existía una verdadera obligación, eso mismo es lo que se habrá «transmitido».

Por lo general, las relaciones entre la relación de valuta en la que la «deuda asumida» existe y el contrato de asunción se suelen considerar desde un punto de vista causal, esto es, cuestionando en qué medida la inexistencia, invalidez u otras vicisitudes de aquélla afectan a la eficacia de éste. Pero en realidad las relaciones entre la «relación primitiva» y la «relación de asunción» son más estrechas: que la deuda cambie de titular no significa que cambie de relación obligatoria. El deudor *debe* en virtud de la relación de valuta; el asumente *se obliga* en virtud del contrato de asunción, pero *debe* y

<sup>184</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, en «Comentarios...», XVII-1A, cit., pp. 395 y 401. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 11. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414, Rn. 41.

<sup>185</sup> DA MOTA PINTO, *Cessao...*, cit., p. 270. QUAGLIARIELLO, voz «Espromissione...», cit., p. 885. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 963. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 32. Entre nosotros, SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1208, p. 763.

<sup>186</sup> ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 353. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 197. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 606. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 309.

*cumple* en la misma relación de valuta en la que aquél sigue siendo parte contractual. Resulta evidente, por lo tanto, que la relación de valuta sigue afectando a la deuda y al nuevo deudor. La propia *función* de la asunción de deuda exige que la relación que constituye el marco en el que la deuda existe sea válida y eficaz<sup>187</sup>.

De aquí que pueda el asumente oponerse al pago frente al acreedor alegando la nulidad, anulabilidad, resolución, «resolubilidad» o extinción por otras causas de la relación de valuta; y que una vez extinguida ésta pueda impugnar el propio contrato de asunción de deuda para recuperar del acreedor lo que ya hubiera pagado. La asunción no sana los vicios de la relación de valuta, sin perjuicio de que confirme quien se encuentre legitimado para ello, o que acreedor y asumente decidan crear una nueva relación obligatoria<sup>188</sup>.

Para que la novación prospere también se necesita la existencia y eficacia de la relación de valuta (art. 1208 CC), y aunque nuestro codificador no determinara con claridad la eficacia de la novación, está claro que el contenido del precepto no obedece a la idea de «asumir una deuda», sino a que sólo mediante la extinción de la relación obligatoria primitiva es posible la creación de una nueva<sup>189</sup>.

De nuevo en torno a la deuda como tal, pueden ser asumidas todo tipo de deudas, vencidas o no, sometidas a término o a condición (suspensiva o resolutoria)<sup>190</sup>, o incluso futuras, siempre que el objeto de la misma pueda determinarse sin necesidad de un nuevo acuerdo de voluntades; puede tratarse también de una deuda por la que estén obligados varios deudores solidariamente<sup>191</sup>, o de una deuda litigiosa<sup>192</sup>.

En cuanto al contenido de la obligación asumida, puede tratarse de una prestación de dar (dinero, cosa genérica o específica), de hacer (prestación de servicios, siempre que el deudor sea sustitui-

<sup>187</sup> RESCIGNO (voz «Delegazione...», cit, p. 935) comenta que entre las versiones proyectadas del vigente *Codice* se propuso un precepto por el que quien «espontáneamente o en virtud de delegación *asume* una obligación frente al acreedor originario, puede hacer valer la nulidad de la obligación del deudor originario frente al acreedor».

<sup>188</sup> QUAGLIARIELLO, voz «Espromissione...», cit., p. 885. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., pp. 963 y 964. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 32.

<sup>189</sup> COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 217. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 242; p. 165. MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., núm. 759, p. 613. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 380. PLANIOLY RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., núm. 271, p. 329. SANCHO REBULLIDA, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 329.

<sup>190</sup> SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1208, pp. 765 y ss.

<sup>191</sup> Que el nuevo deudor –asumente– vaya a ocupar la posición deudora de uno, algunos o todos los deudores solidarios deberá determinarse en cada caso.

<sup>192</sup> DA MOTA PINTO, *Cessao...*, cit., pp. 270 y 271. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 414, Rn. 1. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., pp. 309 y 313. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 3. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 25, 31, 32 y 41.

ble, o cuando sea posible alguna prestación alternativa no personalísima), o incluso de no hacer<sup>193</sup>, o no exigible<sup>194</sup>.

La que no puede ser objeto de un contrato de asunción de deuda es la posición pasiva de una relación o pretensión jurídico-real, ya que ésta queda determinada en virtud de situaciones fácticas que escapan de la disposición negocial (el comprador de un fundo gravado con una servidumbre de paso está obligado a respetar ésta aunque no haya pactado la sucesión con su vendedor)<sup>195</sup>.

## 2. El consentimiento del acreedor

Para que el contrato de asunción de deuda pueda tener efecto liberatorio es necesario que bien dentro, bien junto al mismo, concorra el consentimiento del acreedor. La doctrina ha venido planteándose tradicionalmente por la naturaleza y por la forma que le es exigible a este consentimiento<sup>196</sup>.

En cuanto a la naturaleza jurídica del consentimiento prestado por el acreedor, dependerá del tipo de esquema negocial de asunción en el que se integre. En caso de convenio expromisorio o contrato trilateral entre deudor, asumente y acreedor, el consentimiento de éste constituye su declaración de voluntad negocial o consentimiento contractual, que junto a los emitidos por aquél o aquéllos conforma el negocio jurídico bilateral o plurilateral en el que se integra.

Ahora bien, cuando lo que hace el acreedor es ratificar el acuerdo de asunción ya adoptado por ambos deudores, la naturaleza jurídica de la ratificación es la de un negocio jurídico unilateral recepticio que puede emitirse frente a cualquiera de ellos, o frente a ambos, y que puede ser simultáneo al acuerdo, posterior (negocio jurídico de ratificación o confirmación), o anterior (negocio jurídico

<sup>193</sup> En el subarriendo de vivienda con piano, el subarrendatario sucede al arrendatario/subarrendador en la obligación de no tocar el piano a determinadas horas que éste ha adquirido frente al resto de vecinos del edificio.

<sup>194</sup> MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 414, Rn. 1. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 309. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 3. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 31 y 33. En el supuesto de sucesión en una obligación no exigible («natural»), la deuda se transmite con la misma ausencia de exigibilidad; si lo que quieren las partes es «convertir» dicha obligación en civil, no podrán conseguirlo mediante *sucesión* (asunción), sino por la *creación* de una nueva, esta vez exigible. En el marco de la novación de «obligaciones naturales», SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., pp. 767 y 768.

<sup>195</sup> MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 414, Rn. 1. NÖRR/SCHHEYHING, *Sukzessionen...*, cit., p. 309. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 3. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 34.

<sup>196</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 844. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1377. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., p. 359. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 602. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, I-2.º, cit., p. 301. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 16.

co de autorización)<sup>197</sup>. Sea cual fuere su orden de aparición con respecto al acuerdo, y como tal negocio jurídico unilateral recepticio, es impugnable<sup>198</sup>.

La denegación por parte del acreedor del acuerdo adoptado por deudor y asumente participa de esa misma naturaleza de negocio jurídico unilateral, recepticio e impugnable, que puede dirigirse a cualquiera de ambos<sup>199</sup>, sin perjuicio de que quien la reciba tenga obligación de notificársela al otro, en virtud de la relación que les una<sup>200</sup>.

Si los deudores han comunicado un plazo para la adhesión al acuerdo, el silencio del acreedor equivale a una denegación; aquéllos no pueden pretender que el silencio de éste valga como consentimiento (imponiéndole un plazo pasado el cual deba entenderse aceptado el convenio propuesto), porque «una valoración típica del comportamiento no declarativo» puede determinarse por ley<sup>201</sup>, «pero no por las partes de un negocio (ambos deudores) respecto de un tercero (el acreedor)»<sup>202</sup>.

En cuanto a la forma que le es exigible al consentimiento del acreedor cuando ha de integrarse en una asunción de deuda liberatoria, se ha discutido si cabe la posibilidad de que sea tácita, o si ha de ser necesariamente expresa, tal y como exigen algunos ordenamientos jurídicos (como el artículo 1275 del *Code*, en sede de novación, los artículos 1268, 1272 y 1273 del *Codice* italiano, sobre

<sup>197</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 844. GARCÍA VALDECASAS, «La suesión...», cit., p. 224. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1380. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 6 y 8. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., pp. 290 y ss. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 7 y 8. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 18, 32, 33, 55. STORCH DE GRACIA, «Construcción...», cit., p. 1112.

<sup>198</sup> NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 294. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 66.

<sup>199</sup> MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 10. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 294. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 66.

<sup>200</sup> STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 67.

<sup>201</sup> Así lo hace, por ejemplo, el § 416.I BGB: «Si el adquirente de una finca asume, por contrato con el enajenante, una deuda de éste en garantía de la cual existe una hipoteca sobre la finca, el acreedor sólo puede ratificar la asunción de deuda si el enajenante se la comunica. Si han transcurrido seis meses desde la recepción de la comunicación, vale la ratificación como otorgada si el acreedor no la ha negado anteriormente frente al enajenante.»

<sup>202</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 151. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 9 y 10. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 293. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 974. SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 10. STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 28 y ss. Las citas literales en el texto son de RESCIGNO. En caso de que deudor y asumente hayan comunicado plazos distintos al acreedor, se proponen todo tipo de soluciones: que sea válido el plazo más corto (SOERGEL/ZEISS, § 414, § 415, Rn. 10; STAUDINGER/KADUK, § 415, Rn. 30), el más largo (NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 293), o el impuesto en primer lugar (MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 415, Rn. 10). En ausencia de previsión legislativa específica, no parece que lo más conveniente sea fijar una regla única para todos los supuestos. Si los plazos representan el momento a partir del cual el interés en la asunción por parte de quien lo ha indicado desaparece, el transcurso de cualquiera de ellos habrá supuesto ya la desestimación. Si el primer plazo no obedece a un interés perentorio, parece más adecuado que el acreedor pueda pronunciarse hasta que transcurra el último. Habrá que observar por lo tanto, en cada caso, el interés que resulta protegido por cada plazo.

delegación, expromisión y *accollo* respectivamente, o el artículo 595.2 del Código civil portugués, sobre asunción de deuda)<sup>203</sup>.

Hoy existe en torno a esta cuestión en derecho español un cierto consenso, que se ha ido nutriendo de las aportaciones doctrinales, legales (art. 118 LH)<sup>204</sup>, pero sobre todo, jurisprudenciales, y por el que cabe aceptar consentimientos liberatorios tácitos del acreedor, siempre que sean resultado de un comportamiento concluyente que no ofrezca lugar a dudas, excluyendo por lo tanto el consentimiento presunto o las meras conjeturas<sup>205</sup>.

Nuestra jurisprudencia combina afirmaciones categóricas como «basta con que éste (el acreedor) manifieste dicho consentimiento en cualquier forma y momento, mientras el acuerdo de los deudores permanezca subsistente» (STS 16-VI-8, y en la misma línea las

<sup>203</sup> En el derecho francés a la voluntad de novar se le exige que *resulte claramente del acto* (art. 1273 del *Code*). Sin embargo, para que la *délégation* opere novación el acreedor debe declarar *expresamente* que entiende liberado al deudor (art. 1275). Los autores tratan de justificar esta diferencia y de interpretar correctamente el término «expresamente»: COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 222. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 269, p. 186; núm. 313, p. 220. LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., núm. 317, p. 342. MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., núm. 1275, p. 622. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., pp. 400 y ss. PLANIOLY RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., núm. 1276, p. 679 y 680. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 290, p. 352. El *Codice* decimonónico derogado acogió sin modificarlo el texto francés, PACIFICI-MAZZONI, *Instituzioni...*, IV, cit., pp. 580 y ss. El *Codice* vigente sigue haciendo referencia al consentimiento liberatorio expreso (arts. 1268, 1272 y 1273), pero la doctrina admite que pueda deducirse de «comportamientos típicos»; véase, RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., pp. 973 y ss. Para el derecho portugués véase, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código civil...*, cit., art. 595, pp. 580 y 581. En cuanto al derecho español, GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, cit., p. 605) no incorpora al texto de su Proyecto (el art. 1135 de éste coincide con el actual 1205 CC) la exigencia francesa, pero anota que «es necesario que el acreedor liberte o descargue expresamente al primer deudor; de otro modo quedaría obligado éste, así como el segundo o delegado». El Código civil recoge el texto de García Goyena, pero la doctrina no respeta ya la opinión de éste. Así, MANRESA, *Comentarios...*, VIII, cit., p. 401. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil...*, XIX, cit., pp. 1040 y 1041. DE BUEN, *Curso elemental...*, III, cit., pp. 300 y ss.

<sup>204</sup> ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario...*, VII, cit., p. 310: «El art. 118 de la Ley Hipotecaria facilita grandemente el cumplimiento del requisito del *asenso* o *consentimiento* del acreedor hipotecario —que es esencial para que la asunción del débito sea perfecta— al reducir su alcance a los *efectos liberatorios* del anterior deudor, al permitir que sea *tácitamente manifestado*, al no exigir que sea prestado *en el propio acto de la compraventa*, y al prescindir del trámite de la *notificación de la asunción al acreedor*. Asimismo, da base para que el efecto liberatorio que provoca el consentimiento del acreedor se *retrotraiga* al tiempo de pactarse la asunción entre vendedor y comprador.»

<sup>205</sup> ADAME (*Asunción...*, cit., p. 85 y ss.) pone de relieve cierta contradicción en la jurisprudencia, pues detecta algunas sentencias que «consideran que la voluntad de liberar debe ser expresa, y que no se puede presumir o admitir implícitamente» (STS 25-IV-75, SAP Barcelona 4-XII-89), en tanto «otras reconocen que cabe colegirla, por ejemplo, de la reclamación de pago hecha al nuevo deudor» (SSTS 11-I-49; 7-VI-82; 16-XI-81; SAP Alicante 19-I-87). El autor advierte cierta «evolución jurisprudencial en la forma de interpretar el artículo 1205 en relación con el consentimiento *por facta concludentia*», y concluye: «la única regla que nos parece válida es que el consentimiento se ha de manifestar de una forma que sea indudable porque a nadie se le quita un deudor “a traición”». El autor mencionado denuncia también la falta de coherencia terminológica en las sentencias que se encargan de la asunción de deuda.

de 22-II-46, 29-XII-56 y 26-XI-82), o «la sustitución o cambio de deudor no exige que el acreedor declare expresamente desligado al deudor primitivo» (SSTS 18-I-34, 29-XII-19), con otras que matizan la manera de entender esa «forma cualquiera» de expresión. Así, la STS 27-V-31 advierte que «el consentimiento del acreedor no puede presumirse ni deducirse de suposiciones sujetas a posible equivocación, sino que ha de constar de un modo cierto e indudable prestado con el deliberado propósito de exonerar de sus obligaciones al primitivo deudor» (idea que se reitera en la STS 27-XII-32); «el consentimiento que el acreedor ha de prestar para la novación no se presume, ni se revela de la acción que el mismo ejercite en el juicio que sobre ella versee» (SSTS 8-I-7, 10-VI-43); concretando un poco más, la STS 11-I-49 entendió que el consentimiento de la acreedora iba implícito «en el hecho de reclamar el pago de la obligación al nuevo deudor, que ya había pagado parte de ella»; y en la sentencia de 28-II-51 aclara el Tribunal Supremo que el conocimiento por parte del acreedor de la asunción acordada entre deudores no significa consentimiento liberatorio; en otra ocasión (STS 29-IV-53), pone de relieve que la novación no puede sin más deducirse del hecho de que el acreedor haya reclamado al nuevo deudor, cuando también se le ha exigido cumplimiento al deudor primitivo<sup>206</sup>. A modo de síntesis, la STS 20-V-97 enuncia la opinión jurisprudencial con claridad: «el consentimiento no sólo se presta mediante actos expresos, sino que cabe también descubrirlo en la conducta tácita del acreedor. Esta última precisión reclama, no obstante, que los actos de los que la prestación de tal consentimiento en forma tácita se infiera sean concluyentes e inequívocos.»

### 3. La forma

A la regla general de libertad de forma, que en principio es también aplicable al contrato de asunción de deuda, se le plantea la siguiente cuestión: qué ocurre cuando la ley exige una determinada forma, bien para la relación de valuta, bien para la relación de cobertura.

En cuanto a la primera hipótesis (exigencia de forma en la relación de valuta), hay que partir de que si la ley ha exigido determinada forma para la emisión del consentimiento del deudor primitivo, lo lógico es que las razones por las que ésta fue requerida (los intereses protegidos: reflexión de quien emite el consentimiento, protección de los terceros procurando la certeza de la fecha y el contenido del acto o negocio formalizado) sigan concurriendo de cara a la prestación de consentimiento por parte del asumente. De aquí que al

<sup>206</sup> SANCHO REBULLIDA, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1205, pp. 709 y ss.



contrato de asunción de deuda se le exija la misma forma que a la obligación originaria; tratándose de la misma deuda (simplemente cambia la figura del deudor), la *ratio* por la que se exige forma determinada al consentimiento del deudor primitivo sigue en vigor de cara a la prestación de consentimiento por parte del nuevo<sup>207</sup>.

En cuanto a la segunda cuestión, se trata de saber si el contrato de asunción de deuda debe sujetarse a la forma que le sea exigida a la relación de cobertura, por ejemplo cuando el asumente pretenda donar al deudor mediante la asunción. Santos Morón se plantea esto mismo cuando analiza si le son aplicables las exigencias de forma de la donación al contrato oneroso con estipulación en favor de tercero, cuando el estipulante ha querido realizar una donación al tercero/beneficiario; y comparto la conclusión a la que llega la autora cuando afirma que «al contrato oneroso con estipulación en favor de tercero que conlleve una liberalidad para éste no le son aplicables las solemnidades de la donación. La aplicación de las mismas sólo puede plantearse en relación al acto de liberalidad que tiene lugar entre estipulante y tercero»<sup>208</sup>. En nuestro caso, la forma de la donación le es exigible a la que el asumente pretenda hacer al primitivo deudor, esto es, a la relación de cobertura, pero no al contrato de asunción de deuda. No puede sin embargo olvidarse que ambas relaciones pueden constituir un único supuesto negocial o conformar una unidad en la intención de las partes; incluso en este caso, la asunción no estará, como tal, necesitada de forma, sin perjuicio de que lo esté la parte del contrato por la que se realiza la donación.

#### 4. La causa

Se ha dicho que en aquellos negocios que presuponen siempre otro negocio o situación jurídica antecedente, el problema de la causa no puede desligarse por completo de la relación originaria<sup>209</sup>. Sin embargo, las formas en las que un negocio se relaciona con otros antecedentes pueden ser de lo más diversas. En un sistema —como el alemán— que admite la validez del negocio traslativo de

<sup>207</sup> ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 297. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 6 y 12; § 414, Rn. 4. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., pp. 293 y 303. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 306. SOERTEL/ZEISS, Vor § 414 ff., Rn. 8; § 414, § 415, Rn. 4. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 52; § 414, Rn. 18, 19 y 20; § 415, Rn. 9.

<sup>208</sup> SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos en el Código civil*, Madrid, 1996, p. 193.

<sup>209</sup> AMORÓS GUARDIOLA, en «Comentario del Código civil», II, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1274, p. 482. DE CASTRO, *El negocio...*, cit., p. 214. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 235. MELICH ORSINI, «La causa...», cit., p. 30. Sobre esta cuestión, en relación con el supuesto negocial de reconocimiento de deuda: ALBIEZ-DOHRMANN, *El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios*, Granada, 1987, p. 237. GETE-ALONSO, *El reconocimiento de deuda (Aproximación a su configuración negocial)*, Madrid, 1989, pp. 107 y ss.

dominio con independencia del negocio obligacional que le sirve de base, es evidente que éste constituye la justificación (llámese causa) del desplazamiento patrimonial que se consolida en virtud de aquél<sup>210</sup>. En este caso se suele hablar de negocio dispositivo abstracto y de negocio obligacional causal<sup>211</sup>.

Pero también se habla de abstracción para explicar que el asumente no puede oponer al acreedor excepciones derivadas de la relación de cobertura entre deudor y asumente<sup>212</sup>. En efecto, si la razón por la que el nuevo deudor asume la deuda del primitivo es la relación jurídica que une a éstos, en virtud de la cual se obliga aquél frente a éste, *solvendi, donandi o credendi causa*, a asumir la deuda frente al acreedor, parece que deberá tacharse de «abstracción» el fenómeno por el que el asumente no pueda oponer a la pretensión del acreedor excepciones derivadas de la relación de cobertura. Sin embargo, ésta es una conclusión apresurada e inexacta.

<sup>210</sup> El ordenamiento jurídico alemán no exige causa al contrato, pero controla *a posteriori* el desplazamiento patrimonial provocado por éste a través de los preceptos que regulan el enriquecimiento injustificado (§§ 812 ff. BGB).

<sup>211</sup> HECK, «El negocio jurídico real abstracto», *RCDI*, 1965, pp. 1443 y ss.

<sup>212</sup> Así lo afirma la doctrina alemana, apoyándose en el § 417.II BGB. Los sistemas causalistas carecen de un precepto similar, pero tampoco se ha defedido en ellos que el delegado (nuevo deudor en el supuesto de novación con intervención del deudor primitivo) o el fiador puedan hacer depender su obligación frente al acreedor de la relación que les une con el deudor. Ya se ha visto que la idea de relatividad del contrato como explicación a la inoponibilidad de excepciones provenientes de la relación de cobertura fue sustituida rápidamente por la justificación «causal» que proporciona la idea de abstracción. En Francia se consolida la opinión de que la obligación del delegado frente al delegatario es *abstracta* respecto de la relación que une a aquél con el delegante, y ello porque lo peculiar de la obligación del delegado frente al delegatario es que hay que buscar su causa fuera de la relación que les une, probablemente, en una relación jurídica distinta que media entre delegado y delegante, siendo así que esta causa no aparece manifestada en aquella relación, por lo que las más de las veces el acreedor no la conoce (BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, III, cit., núm. 1751, p. 67. CAPITANT, *De la causa de las obligaciones: contratos, obligaciones unilaterales, legados*, Madrid, s.f., pp. 390 y ss. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., pp. 226 y ss. DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 325, p. 229. GHESTIN, *Traité de droit civil...*, cit., p. 920. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 402. PLANIOLY RIPERT, *Traité pratique...*, VII, cit., p. 678. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 291, p. 353). Entre nosotros, LACRUZ BERDEJO (*Elementos...*, II-1.º, cit., p. 453) afirma que la causa de la obligación asumida por el delegado frente al delegatario es la relación que une a aquél con el delegante, pero que las excepciones derivadas de esta relación de cobertura no son oponibles frente al delegatario (en contra de lo que parece ser congruente con el principio de causalidad), y esto, no como consecuencia de ninguna *abstracción*, sino por la *externidad* de dicha causa; solución esta que había defendido el autor para la causa en los contratos de garantía, apuntando que «es el propio legislador quien, tradicionalmente, en los negocios de garantía prestada por tercero, ha venido a privar de influencia sobre la garantía prestada y, en general, sobre la relación garante/acreedor, a la relación que sirve de base a la garantía cuando, como sucede corrientemente, tal relación es externa al acreedor e interviene entre garante y deudor» («La causa...», cit., p. 741). En cuanto a la fianza, la RDGRN 31-VII-28 afirma que «las relaciones entre acreedor y fiador son abstractas y formales en cuanto no se percibe a primera vista ni es posible decidir *a priori* por qué razón el fiador garantiza la deuda»; nadie defiende que el fiador pueda oponer al acreedor problemas derivados de su relación con el deudor principal: CARRASCO, *Fianza...*, cit., pp. 185 y ss. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., pp. 509 y ss. MELICH ORSINI, «La causa...», cit., p. 40.

Los supuestos de asunción de deuda liberatoria en los que interviene el acreedor (expromisión, contrato trilateral) no quedan causalmente justificados por la relación de cobertura; y esto es así, no porque la obligación del asumente frente al acreedor provenga en este caso de un contrato de asunción abstracto, sino porque el acreedor no es parte de la relación de cobertura<sup>213</sup>. A lo más, la relación de cobertura puede explicar (siempre que exista, y *como motivo*) que el asumente se obligue frente al acreedor, pero ni es causa *del contrato* de asunción de deuda celebrado con éste (por qué se celebró)<sup>214</sup>, ni es la causa *de su obligación* en este mismo contrato (para quienes consideren que ésta es la causa requerida por los artículos 1261-3.º y 1274 de nuestro Código civil)<sup>215</sup>, ni forma parte del *resultado práctico común* perseguido por los contratantes (puede tratarse incluso de algo desconocido para el acreedor)<sup>216</sup>, ni encaja, finalmente, en la propia literalidad del artículo 1274 CC.

Cuando el contrato de asunción de deuda lo acuerdan el deudor y el asumente, los sujetos que protagonizan la relación de cobertura y la asunción de deuda son los mismos, por lo que no puede evitarse que las vicisitudes de la primera afecten a la segunda. Es más, en muchos de estos casos la relación de asunción y la relación de cobertura formarán un único negocio (el asumente salda de este

<sup>213</sup> Ya se vio en la aproximación a las diversas regulaciones del fenómeno de cambio de deudor que la idea de relatividad del contrato como explicación para la inoponibilidad de excepciones provenientes de la relación de cobertura fue sustituida rápidamente por la justificación «causal» que proporciona la idea de abstracción.

<sup>214</sup> DE CASTRO, *El negocio...*, cit., p. 186. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales» (dir. por Albaladejo y Díaz-Alabart), XVII-1B, Madrid, 1993, art. 1274, p. 532; *La causa del contrato*, Bolonia, 1998, pp. 109 y ss. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 233. DE LOS MOZOS, «La causa del negocio jurídico», *RDN*, 1961, p. 403; *RDP*, 1970, pp. 737 y ss.

<sup>215</sup> DE LA CÁMARA, «Meditaciones sobre la causa», *RCDI*, 1978, pp. 650 y ss. JORDANO BAREA, «La causa en el sistema del Código civil español», en *Centenario del Código civil*, I, Madrid, 1990, pp. 1046 y 1052. LACRUZ BERDEJO, «La causa...», cit., p. 718. D'ORS, «Una elección sobre la "causa"», en *De la guerra y de la paz*, Madrid, 1954, pp. 159 y ss. RAMS ALBESA, *Elementos...*, II-1.º, cit., pp. 450 y ss. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 63 y ss.

<sup>216</sup> DE CASTRO, *El negocio...*, cit., pp. 188 y ss. Afirma el autor que «para saber cuál sea la causa del negocio atípico hay que estimar el *resultado práctico* que se proponen alcanzar los particulares» (*El negocio...*, cit., p. 208), y que «la valoración jurídica del *resultado práctico* concreto perseguido por los contratantes, habrá de hacerse conforme al artículo 1274, para saber si aquél basta como requisito para la validez del negocio (art. 1261)»; advierte también que la consideración del *resultado práctico* será necesaria para averiguar «si lo convenido tiene la unidad propia de ser un solo negocio o si se trata de una pluralidad de negocios, y, en tal caso, si ellos son entre sí independientes, conexos o subordinados» (*El negocio...*, cit., p. 209). DÍEZ-PICAZO corrobora que para una correcta aproximación a la cuestión sobre la causa «se hace precisa, como también decía CASTRO, una valoración de cada negocio atendiendo al resultado que con él se busca o que se hayan propuesto quienes hagan las declaraciones negociales», esto es, una valoración que considere la *causa concreta*: «propósito empírico o práctico que las partes tratan de conseguir y el resultado social que pretenden instaurar» (*Fundamentos...*, I, cit., pp. 234 y ss.).

modo una deuda que tenía con el deudor, o bien concede un préstamo a éste). Por lo tanto, en algunos supuestos la relación de cobertura forma parte del presupuesto causal de la asunción de deuda, sin perjuicio de que ésta necesite siempre de la ratificación del acreedor para producir el efecto liberatorio.

Por último, si se trata de un negocio trilateral de asunción de deuda, habrá que observar si el acuerdo de asunción se liga a la relación de cobertura de forma que las partes hagan depender aquél del buen funcionamiento de ésta. Si la relación de cobertura no se incorpora al contrato de asunción de deuda no podrá afectar a éste por el mero hecho de existir y ser probada.

La relación de valuta, en la que existe la deuda que cambia de titular, está ligada de forma inmediata a la estructura y a la función de la asunción. El acuerdo de asunción es inconcebible sin la relación obligatoria en la que dicha deuda existe y obliga; pero como tal, no justifica el acuerdo de asunción, cualquiera que sea la vía por la que se haya llegado a éste. La relación de valuta no constituye por tanto ni la causa del contrato de asunción, ni la causa de la obligación del asumente o de la disposición llevada a cabo por el acreedor.

Ahora bien, que las relaciones de valuta y cobertura no sean causa de la asunción de deuda (salvo en el supuesto mencionado) no significa en absoluto que ésta proceda de un contrato abstracto<sup>217</sup>. En el fondo, el problema que se oculta bajo las expresiones «causa del contrato», «causa de la obligación» (derivada de contrato), no es otro que el del control de los desplazamientos patrimoniales provocados por éste<sup>218</sup>, y el de distribución de riesgos por incumplimiento, impugnación y liquidación de relaciones contractuales<sup>219</sup>; se trata por lo tanto de un concepto «funcional» que trata de proporcionar seguridad en dichos desplazamientos, determinando quién puede exigir el cumplimiento, quién retener lo recibido, quién exigir la restitución de lo entregado, en los diversos supuestos patológicos que afecten al contrato<sup>220</sup>.

<sup>217</sup> DE CASTRO, *El negocio...*, cit., p. 292: «En el supuesto más complejo del pago de deuda ajena importa la causa, tanto en la relación del tercero que paga con el acreedor (...), como en la relación entre tercero y deudor (...). Relaciones cuya vida independiente no puede calificarse de abstracción, ya que funcionan *cada una conforme a su propia causa.*»

<sup>218</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., pp. 235 y 236. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios de derecho privado*, I, Madrid, 1948, p. 52. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, cit., p. 64.

<sup>219</sup> MORALES MORENO, «El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», *ADC*, 1983, pp. 1536 y ss.

<sup>220</sup> Sobre la necesidad de un acercamiento funcional al concepto de causa, DE LA CÁMARA afirma categóricamente que «la separación entre causa y motivos no viene impuesta por ninguna exigencia lógica, sino por una consideración práctica: *la necesidad de proteger la seguridad del tráfico*» («Meditaciones...», cit., p. 663). CAPITANT (*De la*

Es desde este punto de vista («funcional») desde el que debe ser observada la falta de coherencia de nuestro Código, que lo mismo habla de causa de la obligación como de causa del contrato, o plantea la cuestión tanto de forma objetiva (art. 1274: «en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte») como subjetiva (la exigencia de causa ilícita para que el contrato produzca efectos –*ex* art. 1275– obliga a considerar los motivos de las partes, por mucho que éstos sean diferenciables de la causa).

Para cumplir con el requisito causal (art. 1261 CC), el contrato de asunción de deuda no tiene por qué recurrir, ni a la relación de valuta (sin la que no puede existir), ni a la de cobertura (salvo que la asunción también haya sido acordada entre deudores, o que las partes –cualesquiera sean– la hayan convertido en «causa concreta» de la asunción<sup>221</sup>), y mucho menos a la idea de abstracción. Como contrato atípico (el artículo 118 LH no resuelve la «cuestión causal») y oneroso que es, su causa debe encajar en la previsión genérica que para los contratos onerosos determina el artículo 1274 de nuestro Código, y que se concreta para cada parte contratante en «la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte»<sup>222</sup>, lo que hace sin ninguna dificultad: *el acreedor dispone de su crédito (permite la sustitución de deudor) a cambio de que el asumente se obligue a realizar la prestación del deudor, y viceversa (éste se obliga en tanto aquél disponga)*<sup>223</sup>. Para que el contrato de asunción cumpla con su función (sea útil) y con su «causa» (justifique los desplazamientos derivados del mismo), basta la reciprocidad entre ambas prestaciones «típicas», reciprocidad que concurre de forma objetiva, sin necesidad de que sea tal en la intención de los contratantes (salvo que esta intención haya quedado incorporada al contrato): la liberación del deudor y la obligación del asumente son las «prestaciones» exigidas por el artículo 1274 CC.<sup>224</sup>

---

*causa...* cit, p. 391) apunta que si la validez del crédito del acreedor dependiese de la de un vínculo jurídico que desconoce (la relación de cobertura), correría con un riesgo incompatible con la *seguridad necesaria en el tráfico jurídico-económico*.

<sup>221</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 236.

<sup>222</sup> Para aquellos autores que, como DE CASTRO, prefieren corregir la forma con la que el Código divide la causa del contrato en las causas de las obligaciones derivadas de éste, para exigir siempre causa *al contrato*, ésta estaría constituida por «la reciprocidad de prestaciones o promesas» (*El negocio jurídico...*, cit., p. 202), y le son aplicables las mismas consideraciones que se realizan en el texto a partir de la expresión que utiliza literalmente nuestro artículo 1274.

<sup>223</sup> Cada obligación de prestar es causa de su respectiva contraprestación; o bien, la reciprocidad entre ambas prestaciones representa la causa del contrato.

<sup>224</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 419 y ss. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 204.

Si el contrato de asunción de deuda lo han acordado el deudor y el asumente, la explicación causal debe ser otra, puesto que aquí el asumente se obliga a asumir «a cambio» de que el deudor se obligue, bien a entender saldada una deuda de aquél, bien a aceptar la atribución gratuita que a través del pago de su deuda aquél realiza, bien a devolver lo pagado por aquél. En estos casos el incumplimiento del deudor afecta necesariamente a la asunción, que forma un todo con la relación de cobertura<sup>225</sup>.

Este panorama no cambia por el hecho de que la asunción de deuda sea cumulativa<sup>226</sup>. Si el asumente se obliga frente al acreedor, no puede oponer el fracaso de la relación de cobertura, salvo que ésta se haya incorporado al acuerdo de asunción<sup>227</sup>. Pero si se ha obligado como asumente acumulado frente al deudor, su obligación de asumir surge de la relación que le liga con éste, por lo que puede oponer al acreedor las excepciones nacidas de ésta<sup>228</sup>. Si la relación de cobertura justifica causalmente la obligación del asumente no puede dejar de afectar a la asunción<sup>229</sup>, de la misma forma que si el asumente *acumulado* se obliga en virtud de un pacto acordado con el propio acreedor, es lógico que pueda oponer sus irregularidades a éste<sup>230</sup>.

## VI. EL ALCANCE DE LA ASUNCIÓN DE DEUDA

### 1. Las garantías prestadas en favor del deudor

Cuando la prestación del deudor está garantizada, por él mismo o por terceros –incluido el futuro asumente–, se plantea la cuestión

<sup>225</sup> Planteada así la «cuestión causal», parece claro que carece de sentido importar la problemática, típicamente delegatoria, sobre la «nulidad de la doble causa» (nulidad de ambas relaciones, de valuta y de cobertura, o su variante de nulidad de la relación de cobertura y gratuidad de la relación de valuta). Para conocer de esta cuestión véase, BIGIAMI, *La delegazione...*, cit., pp. 321 y ss.

<sup>226</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 481 y 482.

<sup>227</sup> LACRUZ BERDEJO, «La causa...», cit., pp. 733 y ss.

<sup>228</sup> Coherente con este planteamiento en el comentario a la figura del contrato en favor de tercero, GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentarios...», XVII-1A, cit., pp. 412 y ss.

<sup>229</sup> Si el nuevo deudor asume cumulativamente la deuda en virtud de un acuerdo realizado con el deudor primitivo por el que el acreedor recibe esta ventaja de forma gratuita, por mucho que éste haya aceptado, la relación de cobertura es la única explicación para la obligación del asumente, puesto que ni éste ni el deudor reciben nada del acreedor como «contraprestación» que sirva de «causa» en el contrato de asunción. Cuando la relación de cobertura es utilizada para realizar una atribución gratuita al acreedor, la causa del contrato de asunción de deuda no puede ser «para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte» (art. 1274 CC), puesto que el acreedor ni presta ni promete nada al asumente; y tampoco lo es la «mera liberalidad» de éste. La relación de cobertura es aquí el fundamento de la asunción.

<sup>230</sup> LACRUZ BERDEJO, «La causa...», cit., p. 742.

sobre la subsistencia de las garantías una vez haya sido asumida la deuda.

Hay que partir de que para los garantes no es indiferente la identidad del deudor, por lo que sus obligaciones sólo podrán perdurar con su consentimiento. Así se deduce de los principios generales que informan el derecho de obligaciones<sup>231</sup>, y así se expresaba con toda claridad el artículo 1138 del Proyecto de 1851, sobre novación subjetiva pasiva<sup>232</sup>; sin embargo, el precepto fue transformado antes de llegar al Código civil, y aunque en una primera lectura del actual artículo 1207 CC, su «sucesor», uno quiera hacerle decir lo que aquél, lo cierto es que expresa otra idea: «cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento». En efecto, el artículo habla de la subsistencia de las garantías –a pesar de la novación y sin mencionar el consentimiento de los garantes–, cuando éstas aprovechan a tercero; parece, por lo tanto, que hace referencia a terceros distintos de los propios garantes, puesto que a éstos lo que les aprovecha es precisamente liberarse con motivo de la novación<sup>233</sup>.

Entre las primeras interpretaciones de este artículo 1207 se apuntó que podría hacer referencia a un contrato en favor de tercero en el que la prestación del promitente en favor de éste se encuentra garantizada<sup>234</sup>. Ahora bien, el beneficiario que ha aceptado la estipulación realizada en su favor no necesita del artículo 1207 para protegerse frente a la novación: con la aceptación, estipulante y promitente pierden la posibilidad de revocar o modificar el contrato<sup>235</sup>.

Álvarez Caperochipi propone, después de un estudio histórico de los precedentes más inmediatos del precepto, que lo más coherente es corregir su interpretación literal, pues más vale hacerle decir algo razonable, aunque no sea nada que no se pudiera haber deducido de los principios generales, que defender una interpreta-

<sup>231</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 847.

<sup>232</sup> Artículo 1138 del Proyecto de 1851: «Por la novacion se estingue, no solo la obligacion principal, sino tambien sus accesorias. Para que continúen las obligaciones accesorias, en cuanto afecten á un tercero, es necesario tambien el consentimiento de este.»

<sup>233</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, «El artículo 1207 del Código civil. Notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación», *RCDI*, 1973, pp. 1415 y ss. El autor analiza quiénes podrían considerarse «terceros» en el artículo 1207 y concluye que sólo son tales los garantes.

<sup>234</sup> MANRESA, *Comentarios...*, VIII, cit., pp. 405 y 406.

<sup>235</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, «El artículo 1207...», cit., pp. 1419 y 1420. BONET RAMÓN, «Los contratos a favor de tercero», *AAMN*, XII, 1961, p. 232. GONZÁLEZ PACANOWSKA, en «Comentarios...», XVII-1A, cit., p. 401. NART FERNÁNDEZ, «Notas sobre los contratos...», cit., p. 482. OSSORIO MORALES, *Comentario a la STS 9-XII-40, RGLJ*, 1941, p. 253.

ción literal que oscurece el problema de la subsistencia de las garantías<sup>236</sup>. Adame insiste en encontrar supuestos que encajen en la literalidad del precepto, y aunque reconoce que «normalmente la posición del fiador o hipotecante se vería perjudicada por la continuación del accesorio tras el cambio pasivo», defiende que «no es imposible pensar en algún supuesto en el que la continuación del afianzamiento aproveche al tercero» (el asumente es más solvente que el deudor; el fiador cobra por asegurar)<sup>237</sup>. Con todo, no encuentro ninguna razón por la que no deba ser el propio tercero quien decida en cada caso si «le aprovecha» o no seguir obligado. Reducido así el contenido del artículo 1207 CC al reconocimiento de que los garantes han de prestar su consentimiento para seguir siéndolo, no hay ninguna razón para no entenderlo también aplicable a la asunción de deuda, para la que, indudablemente («cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación...»), no se encuentra previsto<sup>238</sup>.

Mención especial merece la pervivencia de las garantías cuando quien las haya prestado sea el propio deudor, o el asumente antes de llegar a serlo<sup>239</sup>. Por lo que respecta al primero, las opiniones son contradictorias: algunos autores consideran que la intervención del deudor en el contrato de asunción de deuda debe ser suficiente para presumir su consentimiento tácito a la pervivencia de las garantías<sup>240</sup>; para otros, se le debe tratar como a un tercero<sup>241</sup>.

No debe perderse de vista que, en cualquier caso, de lo que se trata es de interpretar la voluntad de las partes manifestada en el contrato de asunción de deuda, por lo que los autores no pueden pretender sino orientar dicha labor de interpretación. Algunos destacan que el mero hecho de participar —o tomar la iniciativa— en el contrato de asunción de deuda no puede significar sin más el consentimiento a la pervivencia de las garantías; otros ponen de relieve que el deudor no puede ser considerado como un simple

<sup>236</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «El artículo 1207...», cit., pp. 1414 y ss.

<sup>237</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 364 y 365.

<sup>238</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., p. 357. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 196. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 847. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., pp. 1377 y 1378. STORCH DE GRACIA, «Construcción...», cit., p. 1114.

<sup>239</sup> Se tratará siempre de garantías *reales*, ya que, en cuanto a las *personales*, el deudor no podrá haber afianzado su propia deuda, y el asumente que hubiese sido fiador dejará de serlo por «confundirse» con el deudor.

<sup>240</sup> CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 285. GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión...», cit., p. 223. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., pp. 1377 y 1378. MANCINI, en «Delegazione...», cit., p. 426. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., p. 361. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 978. SOERGEL/ZEISS, § 418, Rn. 4. STAUDINGER/KADUK, § 418, Rn. 26.

<sup>241</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «El artículo 1207...», cit., pp. 1428 y 1429. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 370. GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 345.



tercero, precisamente porque existen datos objetivos (su participación en el contrato de asunción de deuda) de los que cabrá deducir con cierta facilidad su consentimiento. Según otra propuesta, cuando el consentimiento del acreedor sea simplemente *liberatorio*, parece adecuado entender que el deudor queda liberado tanto de la deuda como de la garantía, «pues, si así no fuera, no habría quedado liberado y el consentimiento liberatorio encontraría una restricción que no parece factible si no existe por lo menos una reserva expresa del acreedor»<sup>242</sup>. Con todo, se trata de «lugares» o «tópicos» de interpretación que deberán ser valorados, en cada caso, junto a cualesquiera otros que concurren junto a éstos.

Con las garantías reales prestadas por el asumente antes de serlo ocurre algo similar; si bien predomina la opinión de que deben subsistir tras la asunción<sup>243</sup>, no falta quien advierte que la *posibilidad de deducir* de la voluntad de asumir el consentimiento para mantener las garantías ya prestadas no debe convertirse en una *presunción* de las que sólo pueden determinarse por ley<sup>244</sup>.

El consentimiento necesario para mantener las garantías, ya sea del deudor, ya del asumente o de los terceros, puede ser expreso o tácito; dado que la liberación del deudor provoca la de los garantes que no hubiesen declarado *ya* su voluntad de seguir siéndolo, deberá ser *anterior o coetáneo* al contrato de asunción, sin perjuicio de que un consentimiento posterior haga nacer una nueva garantía<sup>245</sup>.

Ahora bien, pongamos que un garante ha prestado su consentimiento para seguir obligado en favor del nuevo deudor, ¿quiere esto decir que su obligación sigue siendo exactamente la misma? y si no es así, ¿de qué manera «pervive»? ¿sufre alguna modificación? Para responder correctamente a estas preguntas hay que tener en cuenta que su decisión no sólo tiene efectos en su esfera patrimonial personal, sino que afecta también a sus acreedores, cuyas expectativas de cobro pueden variar notablemente en función de la identidad del nuevo deudor (asumente)<sup>246</sup>. Tratándose, por ejem-

<sup>242</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 847. STORCH DE GRACIA, «Construcción...», cit., p. 1114.

<sup>243</sup> ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 371. CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 285. MANCINI, en «Delegazione...», cit., p. 426. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., p. 361. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 978. SOERGEL/ZEISS, § 418, Rn. 4. STAUDINGER/KADUK, § 418, Rn. 25.

<sup>244</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., p. 347.

<sup>245</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., p. 371. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 418, Rn. 6. SOERGEL/ZEISS, § 418, Rn. 4. STAUDINGER/KADUK, § 418, Rn. 18.

<sup>246</sup> Está claro que la obligación del garante existía ya con anterioridad a la asunción; pero la expectativa de tener que pagar finalmente la deuda y las posibilidades de poder recuperarla a través del regreso contra el deudor pueden variar sustancialmente en función de la identidad de éste.

plo, de una fianza, la cuestión es saber si su fecha sigue siendo la misma, o si habrá que estar a la de renovación del consentimiento de afianzar, en atención a los acreedores del fiador con créditos posteriores a la fianza y anteriores a la renovación del consentimiento. Cuando la deuda esté garantizada mediante una hipoteca, se trata de saber si la protección de los acreedores hipotecarios posteriores exige que la fecha de la hipoteca en favor del acreedor quede relegada a la de renovación del consentimiento del garante por cambio de deudor<sup>247</sup>.

Debe tenerse en cuenta que el asumente, aunque cumple en la relación de valuta (de la que pasa a ser deudor por la asunción), *se obliga* en virtud del contrato de asunción de deuda, por lo que de cara a sus acreedores la fecha de su deuda no puede ser otra que la del contrato mencionado<sup>248</sup>. Si la deuda asumida tiene de cara a los acreedores del asumente la fecha del contrato de asunción, parece razonable que sea ésta también la de las garantías, respetando así el principio de accesoriedad y la protección de los acreedores de los garantes con títulos posteriores a la primitiva concesión de aquéllas y anteriores a la renovación del consentimiento<sup>249</sup>. El acreedor que consiente la asunción de la deuda en favor de un nuevo deudor se arriesga a perder los garantes (aunque puede condicionar su consentimiento al de éstos), y aunque los conserve, no evita que se pongan las fechas de las garantías en favor de los acreedores anteriores a la prestación de dicho consentimiento (salvo que éstos a su vez consientan en respetar el lugar de aquél a pesar de la aparición del nuevo deudor).

## 2. Los privilegios del crédito

Puede ocurrir que el crédito del acreedor en la relación de valuta sea uno de los créditos privilegiados a los que el Código hace referencia en los artículos 1922, 1923 y 1924, y debe entonces cuestionarse si pierde su condición de privilegiado por el hecho de haberse asumido la deuda.

---

<sup>247</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., p. 376. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «El artículo 1207...», cit., p. 1430. SANCHO REBULLIDA, en «Comentario del Código civil», II, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1993, art. 1207, p. 308. GARCÍA GOYENA señala expresamente («Concordancias...», cit., pp. 607 y 608) que para que el acreedor conserve «sobre los hipotecarios posteriores la preferencia que le daba la primitiva obligación, como si esta no se hubiese novado» (art. 1140 del Proyecto de 1851), «es menester que el deudor continúe siendo el mismo; pues no se podría hacer remontar la hipoteca sobre los bienes de un nuevo deudor con fecha anterior á la novacion, sin esponerse á perjudicar á los otros acreedores del mismo deudor».

<sup>248</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, «El artículo 1207...», cit., p. 1430.

<sup>249</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., p. 532. SANCHO REBULLIDA en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, III-2.º, *Derechos reales*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1991, p. 375. URIARTE BERASATEGUI, «Revisión de ideas», *RCDI*, 1950, pp. 650 y 651.

Los privilegios constituyen excepciones a la *par conditio* de los acreedores y reconocen a sus titulares una preferencia de cobro sobre bienes determinados (privilegios especiales de los arts. 1922 y 1923 CC), o sobre el «patrimonio restante» (art. 1924 CC) del deudor común<sup>250</sup>.

En cuanto a los privilegios especiales, partiendo de que afectan a bienes particulares del deudor, su pervivencia resulta incompatible con la liberación de éste como consecuencia del contrato de asunción de deuda<sup>251</sup>, por lo que parece lógico que se extingan, salvo que las partes hayan tomado medidas para evitarlo<sup>252</sup>. Para que dichos bienes sigan *afectos* a la deuda hubiera hecho falta un pronunciamiento legal en tal sentido, de modo similar a como el artículo 1206 convierte al primitivo deudor en garante del nuevo cuando conoció o debió haber conocido la insolvencia de éste. No parece que la mera existencia del privilegio pueda modificar sin más el contenido de la liberación querida por las partes<sup>253</sup>.

Ahora bien, si dichos bienes se transmiten al asumente junto con la deuda, no parece ilegítimo plantearse por la pervivencia del privilegio, siempre que, en atención a los acreedores del asumente con créditos posteriores a la relación de valuta y anteriores al contrato de asunción de deuda, la fecha del crédito privilegiado sea ahora la del contrato de asunción<sup>254</sup>.

Los privilegios generales no podrán pretenderse sobre el patrimonio de quien ha dejado de ser deudor. La cuestión es si persisten de cara al patrimonio del asumente; y la respuesta debe ser afirmativa, aunque respetando como nueva fecha del crédito la del contrato de asunción de deuda en atención a los acreedores del asumente<sup>255</sup>.

En ambos casos la pervivencia del privilegio se explica, no por una pretendida eficacia real del privilegio como tal, y menos por la persona del acreedor, sino por la propia entidad (naturaleza o causa)

<sup>250</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., p. 382. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 751 y ss. GULLÓN BALLESTEROS, en «Comentario del Código civil», II, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1921, p. 2064. RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil*, II-1.º, *Derecho de obligaciones*, 3.ª ed., Barcelona, 1994, pp. 285 y ss.

<sup>251</sup> GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión...», cit., p. 223.

<sup>252</sup> GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 345.

<sup>253</sup> En Italia algunos autores mantienen que cuando los bienes afectados por el privilegio siguen en manos del deudor primitivo deben seguir garantizando la deuda. RODOTÀ, voz «Espromissione...», cit., p. 790. RESCIGNO, voz «Accollo...», cit., p. 144. Pero esto supondría convertir al deudor en garante *ex lege* del asumente, fuera de los casos ya expresamente contemplados por la ley (art. 1206 CC). Nada impide sin embargo que la voluntad —expresa o tácita— de las partes sea precisamente esa, tal y como afirma con mayor acierto GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 345.

<sup>254</sup> GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 345.

<sup>255</sup> GRECO, voz «Delegazione...», cit., p. 345. MANCINI, en «Commentario...», cit., art. 1275, p. 305.

del crédito, que es la que justifica el reconocimiento de un privilegio por parte del ordenamiento<sup>256</sup>. La *ratio* por la que se rompe la *par conditio* sigue existiendo a pesar de la asunción; lo que no procede es perjudicar a los acreedores del asumente con créditos de fecha anterior a la de ésta.

### 3. Otros componentes y accesorios de la deuda

El asumente recibe la deuda tal y como ésta se encuentra en manos del deudor<sup>257</sup>, con las cláusulas y acuerdos que éste hubiera pactado con el acreedor<sup>258</sup>. Si como afirmación principal la frase no despierta dudas, lo cierto es que en la práctica la asunción de algunos «accesorios» plantea problemas de interpretación. Así, parece lógico pensar que la deuda que produce intereses siga produciéndolos después de la asunción<sup>259</sup>, por lo que ésta comprenderá el importe del principal y el de aquéllos (sin duda, el de los que vayan devengándose a partir del contrato de asunción de deuda)<sup>260</sup>. Ahora bien, ¿qué ocurre con los intereses que, ya devengados antes de la asunción, no hubieran sido satisfechos por el deudor?

Es evidente que el asumente puede hacerse cargo de la deuda de intereses devengados; pero la preocupación de la doctrina ha sido más bien advertir que la asunción de deuda no comprende *a priori* la deuda de intereses ya devengados y no satisfechos por el deudor<sup>261</sup>. La asunción de deuda en la que no se hace referencia expresa a los intereses que en virtud de la relación de valuta debía haber satisfecho el deudor no puede sin más extenderse a éstos<sup>262</sup>. Para ello deberá constar –bien por declaración expresa, bien por actos con-

<sup>256</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 751 y ss. GULLÓN BALLESTEROS, en «Comentario...», II, cit., art. 1921, p. 2064. MANCINI, en «Comentario...», cit., art. 1275, p. 305.

<sup>257</sup> Por la asunción no varía el carácter –civil o mercantil– que tuviera con anterioridad la deuda; GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1187. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1379.

<sup>258</sup> ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, p. 353. COSSÍO, «La transmisión...», cit., p. 197. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 606. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 309.

<sup>259</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., p. 395.

<sup>260</sup> Por el contrario, el efecto extintivo de la novación no puede dejar de afectar a los intereses, a los privilegios o a la cláusula penal. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., p. 606. MANRESA, *Comentarios...*, VIII, cit., p. 405. SANCHO REBULLIDA, en *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 328. TOULLIER, *Le droit...*, VII, cit., núm. 297, p. 357.

<sup>261</sup> ERMAN/WESTERMANN, Vor § 414 ff., Rn. 6. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 309. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 39. Como subrayan los autores alemanes, no se trata más que de una regla de interpretación; en la duda –dicen–, la asunción de deuda no debe comprender los intereses por pagos atrasados.

<sup>262</sup> Sin una previa labor de interpretación no puede afirmarse *a priori*, como hace JORDANO BAREA, que «el nuevo deudor queda obligado a pagar la indemnización de daños y perjuicios por culpa contractual cometida por el deudor y la pena convencional a que éste hubiere incurrido antes de la asunción de deuda» («Asunción...», cit., p. 1379).

cluyentes de las partes— que se asume, no sólo lo que conforme a la relación de valuta se debe desde el momento de la asunción en concepto de «interés», sino también lo que debió haber sido satisfecho por el deudor hasta tal fecha por ese mismo concepto.

Lo mismo ocurre con la cláusula penal (o con las arras). No hay dificultad alguna para admitir que la cláusula penal pactada en la relación de valuta obligue también a quien ha asumido la deuda<sup>263</sup>. Cuestión diferente es si el asumente responde de las obligaciones derivadas de la cláusula penal (de contenido tanto indemnizatorio como punitivo) que ya hubiesen nacido para el deudor antes de producirse la asunción de deuda, a lo que habrá que responder negativamente. La responsabilidad derivada de la cláusula penal, de la mora, o del incumplimiento en general, no puede entenderse automáticamente asumida por el mero hecho de haberse asumido *la deuda*. No basta que el asumente conozca la existencia y relevancia del incumplimiento; para la asunción de estas deudas de responsabilidad hará falta que —de forma tácita o expresa— conste la voluntad del asumente de hacerse cargo de ellas.

Otras cláusulas que se mantienen en la relación obligatoria de valuta y que afectan ahora al asumente son el lugar y la fecha del cumplimiento<sup>264</sup>, la cláusula compromisoria y de elección de foro competente<sup>265</sup>, o las cláusulas de estabilización del valor del dinero (que siguen contando como día de referencia con el de creación de la deuda)<sup>266</sup>. Sigue formando parte de la deuda el *pactum de non petendo* acordado por acreedor y deudor, siempre que del mismo no se deduzca que se concertó por alguna circunstancia que no concurre en el asumente. Se «transmiten» también al asumente, además del deber principal de prestación, otros deberes accesorios (como los de información, conservación, especial grado de diligencia pactado, o el derecho/deber de especificar el objeto de las obligaciones genéricas)<sup>267</sup>, y los derechos potestativos correspondientes a quien debe llevar a cabo la prestación (como el derecho de elección en las obligaciones facultativas); los demás derechos potestativos corresponden a quien sigue siendo parte contractual, al deudor (resolver, desistir, rescindir, anular, optar entre las acciones redhibitoria y *cuanti minoris*)<sup>268</sup>.

<sup>263</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., p. 396. ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 370. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 847. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1379. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 309. STAUDINGER/KADUK, § 418, Rn. 7.

<sup>264</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., p. 366. ERMAN/WESTERMANN, Vor § 414 ff., Rn. 6. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 6. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 37.

<sup>265</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., p. 366. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 3.

<sup>266</sup> STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 37; §415, Rn. 14.

<sup>267</sup> ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 370.

<sup>268</sup> ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 370. ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 5 y ss. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 299. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit.,

## VII. LAS EXCEPCIONES <sup>269</sup> OPONIBLES POR EL ASUMENTE

Al estudiar los diversos mecanismos por los que se llega a asumir una deuda se han analizado las conexiones entre las diversas relaciones implicadas en la operación para conocer en qué medida las vicisitudes de cada una afectan a las demás. Ahora habrá que volver a ello desde otra perspectiva, pues se trata de determinar los medios de defensa con los que cuenta el asumente frente a la reclamación presentada por el acreedor, distinguiendo en función de que provengan del propio contrato de asunción de deuda, de la relación de cobertura o de la relación de valuta.

### 1. Excepciones derivadas del contrato de asunción de deuda

Sin duda, el asumente puede oponer al acreedor las excepciones derivadas del contrato de asunción de deuda que liga a ambos <sup>270</sup>, e incluso, las que provengan de otras relaciones que les unan, como la eventual relación «causal» por la que aquél se haya obligado a asumir frente a éste <sup>271</sup>. Frente a las dificultades que plantea la excepción por compensación operable entre deudor y acreedor, está claro que el asumente puede compensar un crédito propio frente a éste <sup>272</sup>; la que no podrá oponer el asumente es la *exceptio non adimpleti contractus* por incumplimiento del acreedor en el contrato de asunción, y ello porque el acreedor cumplió ya al emitir su consentimiento liberatorio, disponiendo así de su crédito a la par que se perfeccionaba el contrato de asunción <sup>273</sup>. Cuando se trate de un supuesto de asunción por expromisión, y también como conse-

p. 606. DA MOTA PINTO, *Cessao...*, cit., p. 272. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 4. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 311. PALANDT/HEINRICHS, § 417, Rn. 2. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 33.

<sup>269</sup> Utilizo el término excepción en su sentido amplio, tal y como hace nuestro ordenamiento positivo; sobre el mismo, RODRÍGUEZ TAPIA, voz «Excepción (derecho civil)» en *Enciclopedia jurídica básica*, II, Madrid, 1995, pp. 2964 y ss. TAPIA FERNÁNDEZ, voz «Excepción (derecho procesal)» en *Enciclopedia jurídica básica*, II, Madrid, 1995, pp. 2967 y ss.

<sup>270</sup> DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, p. 849. ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 3 y 7. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 299. GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1191. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 607. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 7. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 308. PALANDT/HEINRICHS, § 417, Rn. 5. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 5. STAUDINGER/KADUK, § 414, Rn. 36; § 417, Rn. 8 y 22.

<sup>271</sup> ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 7. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 8. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 308. PALANDT/HEINRICHS, § 417, Rn. 5. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 22.

<sup>272</sup> LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 606. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 310. PALANDT/HEINRICHS, § 417, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 40. Lo mismo establece el artículo 1271 del *Codice civile*.

<sup>273</sup> El asumente puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus* si el acreedor no ha cumplido en la relación de valuta, pero no podrá resolver ésta.

cuencia del efecto dispositivo, no cabe que el asumente y el acreedor extingan la asunción por mutuo disenso; la posibilidad de que las cosas vuelvan a ser como antes de la asunción pasa por un nuevo convenio por el que el deudor liberado vuelva a hacerse cargo de la deuda, ahora como asumente<sup>274</sup>.

La impugnación del contrato de asunción de deuda por dolo del deudor merece una mención aparte. Si se trata de un supuesto de expromisión, el deudor es un tercero respecto del contrato de asunción de deuda, por lo que el asumente no puede impugnarlo por dolo (salvo que éste haya provocado un error relevante en el asumente, en cuyo caso la impugnación deberá invocar el error<sup>275</sup>); ahora bien, siempre que el deudor fuese parte del contrato de asunción de deuda (contrato trilateral, contrato entre deudores ratificado por el acreedor), el asumente podría impugnarlo, afectando al acreedor aunque la asunción hubiera sido concertada entre asumente y deudor y sólo ratificada por aquél.

En Alemania se encuentra abierta la disputa sobre la correcta solución a este «trato desigual» de supuestos equiparables, al que se acusa de contradictorio, sobre todo si se considera que no deja de ser «casual» el que se haya optado por una u otra vía para llegar a la asunción (§ 414, § 415 BGB)<sup>276</sup>. Algunos autores proponen proteger en todo caso al acreedor de forma que el asumente sólo pueda impugnar cuando aquél conozca o hubiera podido conocer el vicio que hace impugnabile el contrato de asunción<sup>277</sup>. Otros autores, junto a la jurisprudencia, argumentan que es la propia ley la que distingue el dolo de parte y el dolo de tercero (§ 123 BGB), y que no hay por qué proteger preferentemente al acreedor respecto del asumente víctima del dolo<sup>278</sup>. La relativa igualdad de fuerzas entre los partidarios

<sup>274</sup> MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 414, Rn. 6. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 302. Haciendo referencia a la expromisión que causa novación, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., núm. 303 y 304, pp. 215 y 216.

<sup>275</sup> Sobre las relaciones entre el dolo y el error, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., pp. 171 y 172. MORALES MORENO, en «Comentario del Código civil», II, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1269, p. 468. ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994, pp. 186 y ss.

<sup>276</sup> Dice BROX, comentando con cierta ironía una sentencia del *Bundesgerichtshof* (*Anmerkung...*, cit., p. 371), que de mantenerse el tratamiento desigual de la impugnación por dolo, habrá que aconsejar a los acreedores que adopten siempre la vía del § 414 (la modalidad expromisoria de la asunción). REDICK afirma por el contrario que los conflictos de intereses planteados por ambos párrafos no son en absoluto equiparables (*Haftungsbegründung...*, cit., pp. 23 y 65 y ss.).

<sup>277</sup> BROX, *Anmerkung...*, cit., pp. 369 y ss. ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 4. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 299. FLUME, *Allgemeiner Teil...*, II, cit., p. 574. RIMMELSPACHER, «Schuldübernahmetheorien...», cit., pp. 207 y ss. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 310. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 5. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 10 y ss.

<sup>278</sup> BGHZ 31, p. 323. HIRSCH, «Die Anfechtung...», cit., *Juristische Rundschau*, 1960, pp. 291 y ss. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 607. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 14. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 306. PALANDT/HEINRICH, § 417, Rn. 3.

de ambas posturas pone de relieve la dificultad de resolver la contradicción sin vulnerar abiertamente la letra de la ley.

Sirva como reflexión que en un ordenamiento jurídico, como el alemán, que sitúa la seguridad del tráfico (principio de abstracción, control *a posteriori* de los desplazamientos patrimoniales injustificados, derivados o no de contrato) por encima de otros intereses protegibles, es lógico plantear si no debe reforzarse la posición del acreedor<sup>279</sup>. Pero en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que el control de los desplazamientos patrimoniales derivados de contrato se realiza *a priori* a través del concepto de «causa», parece conveniente considerar si no será mejor superar la contradicción por el flanco contrario, concediendo en todo caso al asumente la posibilidad de impugnar por dolo del deudor, aun cuando se trate de un supuesto de expromisión. Desde luego, esto será posible siempre que el acreedor conozca dicho dolo, aunque no haya participado del mismo<sup>280</sup>. Pero también se ha defendido que no cabe considerar como tercero, respecto de un contrato, a su beneficiario<sup>281</sup>, por lo que podría argumentarse que el deudor, como «beneficiario» de la expromisión, debe quedar sometido a la disciplina del «dolo de parte». Sin esta corrección no es fácil superar el «desigual trato» impuesto por el texto legal.

## 2. Excepciones derivadas de la relación de cobertura

Como regla, lo que ocurra en la relación de cobertura entre deudor y asumente no es oponible al acreedor, que es un tercero respecto de ésta. Para quienes la simple *relatividad* del contrato no justifique sin más la inoponibilidad de excepciones que provengan del mismo frente a terceros, y sea necesaria alguna «explicación causal», ya se ha visto, al tratar específicamente de ésta, que la relación de cobertura no es causa del contrato de asunción de deuda, ni siquiera de la obligación del asumente en el contrato que éste acuerda con el acreedor (ya que difícilmente se corresponde con la «prestación» de la contraparte de la que «habla» el art. 1274.I CC)<sup>282</sup>. Claro que la autonomía de las partes puede «causalizarla».

Ahora bien, cuando el contrato de asunción de deuda ha sido acordado por asumente y deudor, las partes de éste son también las

<sup>279</sup> CANARIS (*Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, pp. 127 y ss.) subraya la importancia de la protección que merece quien confía en la apariencia jurídica creada por otro u otros.

<sup>280</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, cit., p. 175. MORALES MORENO, en «Comentario...», cit., II, art. 1269, p. 470. RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos...*, II-1.º, cit., p. 388.

<sup>281</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, I, p. 175: «el dolo causado por [...] el posible beneficiario de la estipulación entra de lleno en la órbita del art. 1269».

<sup>282</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 461 y ss.



de la relación de cobertura, por lo que el principio de *relatividad* no puede evitar que las vicisitudes de ésta afecten a aquél. De hecho, lo normal será que la obligación de asumir a cargo del asumente y la obligación derivada de la relación de cobertura a cargo del deudor se encuentren en «relación causal» (cada prestación como causa de la contraprestación respectiva, o si se prefiere, la reciprocidad entre ambas como causa del contrato). En estos supuestos, asunción y cobertura forman un todo que, como tal, afecta también al acreedor que haya aceptado participar (con su ratificación) en el mismo <sup>283</sup>.

### 3. Excepciones derivadas de la relación de valuta

Que la relación de valuta no puede dejar de afectar al contrato de asunción, y por lo tanto, a las posibilidades del asumente de oponerla para dejar de cumplir en la relación de asunción, es una idea que viene repitiéndose a lo largo de este trabajo y que constituye una mera consecuencia lógica del funcionamiento del contrato de asunción: si el asumente recibe la deuda en el estado que ésta presenta al producirse la asunción (la deuda cambia de titular, no de relación jurídica), resulta obvio que podrá alegar las excepciones que por entonces hubiera podido alegar el deudor (el cumplimiento, el aplazamiento, la anticipación de la reclamación, la nulidad, la prescripción ganada, la extinción de la relación de valuta con anterioridad a la asunción por condonación, confusión, compensación, imposibilidad sobrevenida de la prestación...) <sup>284</sup>.

Ahora bien, no debe olvidarse que el deudor sigue siendo parte contractual de la relación de valuta y titular de los derechos potestativos no inherentes a la posición de obligado, por lo que resulta necesario plantear en qué medida afecta esto a la oponibilidad de excepciones por parte del asumente <sup>285</sup>. En páginas precedentes se ha

<sup>283</sup> Sobre la posibilidad de oponer excepciones derivadas de la relación de cobertura, a pesar del tenor literal del § 417.II BGB: ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 3. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 299. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 608. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 10. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 306. PALANDT/HEINRICH, § 417, Rn. 6. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 6. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 19 y 20.

<sup>284</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 434 y ss. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, III, cit., p. 347. ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 1. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 299. GARCÍA VALDECASAS, «La sucesión...», cit., p. 224. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1379. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., p. 606. MARTY, RAYNAUD y JESTAZ, *Droit civil...*, cit., p. 402. MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 1. NEUMAYER, «La transmission...», cit., p. 231. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 310. PALANDT/HEINRICH, § 417, Rn. 2. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, cit., p. 317. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 309. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 5 y 24 y ss. VAN OMMESLAGHE, «La transmission...», cit., p. 148.

<sup>285</sup> ADAME (*Asunción...*, cit., pp. 434 y 435) propone como criterio para determinar las excepciones derivadas de la relación de valuta oponibles por el asumente el de «legitimación»: «es oponible lo que origina nulidad», no lo es si produce mera anulabilidad.

defendido que el asumente puede oponer tanto la anulabilidad de la relación de valuta impugnada por el deudor<sup>286</sup>, como el incumplimiento del acreedor<sup>287</sup>. La idea de *paralizar* —mediante excepción— un desplazamiento patrimonial (pago del asumente al acreedor) antes de que se produzca, evitando así posteriores desplazamientos compensatorios en las relaciones de valuta y cobertura, encaja perfectamente con la «técnica causal» de control *a priori*, propia de un Código que carece de una regulación sistemática de las pretensiones restitutorias (control *a posteriori* del modelo alemán)<sup>288</sup>.

El BGB, que no se caracteriza por su «causalismo», reconoce expresamente al fiador esta misma posibilidad de oponerse al pago en tanto la relación principal sea anulable —o compensable— (§ 770 BGB), y los autores se cuestionan si no sería también razonable concedérsela al asumente. Las opiniones se dividen (con mayoría de voces en contra)<sup>289</sup>, sin que sea posible apreciar un verdadero debate; más bien se trata de una cuestión de oportunidad<sup>290</sup>. Curiosamente, algunos de los autores que niegan al asumente estas excepciones con las que cuenta el fiador se apresuran a reconocer que, probablemente, y en virtud de la relación de cobertura que une al deudor con el asumente, éste contará con una pretensión por la que pueda exigir de aquél el ejercicio de sus derechos potestativos<sup>291</sup>. Por lo que respecta al derecho español, al margen de la mayor seguridad que proporciona conceder una excepción en lugar de recurrir al contenido contractual exigible (que puede generar fácilmente un proceso paralelo), no cabe duda de que la oponibilidad por parte

<sup>286</sup> Por la aplicación analógica de los artículos 1302, 1824 y 1853 C.C., el asumente puede oponerse a la reclamación del acreedor por anulabilidad de la relación de valuta (salvo que sea el acreedor el legitimado para impugnarla, y en los supuestos de menor edad o incapacidad que conforman la excepción del art. 1824); y ello porque la *ratio* que fundamenta la oponibilidad concurre tanto en la fianza (que es el supuesto en el que pensó el legislador) como en la asunción de deuda: oponerse al pago de una deuda de la que aún puede «disponer» su «antiguo titular» evita complicadas operaciones de regreso y promueve comportamientos de las partes que pueden acabar con la situación de pendencia (pago; ejercicio del derecho potestativo de anular).

<sup>287</sup> La *exceptio non adimpleti contractus* evita el pago de una deuda cuya relación obligatoria puede ser resuelta, promoviendo así el cumplimiento, la pretensión de cumplimiento o la resolución de la relación obligatoria de valuta.

<sup>288</sup> HECK, «El negocio...», cit., pp. 1449 y ss.

<sup>289</sup> En contra de la aplicación del § 770 BGB al asumente, MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 4. NÖRR, *Sukzessionen*..., cit., p. 311. PALANDT/HEINRICHS, § 417, Rn. 2. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*..., cit., p. 309. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 31. A favor, ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 5.

<sup>290</sup> De hecho, entre quienes niegan al asumente la excepción de anulabilidad, algunos le conceden expresamente la *exceptio non adimpleti contractus* (NÖRR, *Sukzessionen*..., cit., pp. 310 y 311. SOERGEL/ZEISS, § 417, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 26 y 31), siendo así que la razón para la concesión de ambas es —al menos parcialmente— la misma (evitar un desplazamiento patrimonial que corre un riesgo cierto de ser corregido con posterioridad).

<sup>291</sup> MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 4. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 29.

del asumente de la anulabilidad (o resolubilidad) de la relación de valuta encaja de forma coherente en nuestro sistema de control de los desplazamientos patrimoniales.

En cuanto a las relaciones entre la asunción de deuda y la compensación operable entre acreedor y deudor, nuestros autores zanjaban la cuestión afirmando que «el que asume la deuda no puede oponer al acreedor la compensación con un crédito del primitivo deudor, pero sí puede aducir la compensación *ya operada* antes de la asunción, por ser circunstancia que representaría la extinción anterior a la deuda (art. 1202 CC)»<sup>292</sup>. La expresión «ya operada» fue la forma con la que los anotadores del tratado de Enneccerus, Kipp y Wolff, autores de la frase transcrita, adaptaron la utilizada por los autores alemanes, «ya declarada»<sup>293</sup>, más apropiada para un ordenamiento jurídico en el que la eficacia de la compensación exige la declaración por parte de uno al menos de los afectados de querer hacerla efectiva (§ 388 BGB).

El ordenamiento español no exige tal declaración; en principio<sup>294</sup>, la compensación opera automáticamente (art. 1202 CC), por lo que podría deducirse que, dada la situación de compensabilidad con anterioridad a la asunción de deuda, el efecto compensatorio se habría producido ya, dejando como objeto de la asunción lo que quedara de la deuda.

Este planteamiento resulta «teóricamente irreprochable», pero choca con que el propio Código civil, al tratar la relación triangular de cesión de crédito en la que el deudor cedido tiene oportunidad de compensar con el acreedor cedente (art. 1198 CC<sup>295</sup>) abandona «la regla de la automaticidad» y busca un mejor equilibrio de los intereses implicados que atiende, muy particularmente, a la con-

<sup>292</sup> COSSÓ, «La transmisión...», cit., p. 197. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en *Tratado...*, cit., pp. 420 y 421. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, cit., pp. 317 y 318.

<sup>293</sup> ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, Tübingen, 1958, pp. 341 y 342: «erklärte Aufrechnung».

<sup>294</sup> Sobre la automaticidad del efecto de la compensación y su crítica, ADAME, *Asunción...*, cit., p. 450. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 552 y ss. GÓNZALEZ PALOMINO, «La compensación y su efecto», en *Estudios jurídicos de arte menor*, II, Pamplona, 1964, pp. 72 y ss. LÓPEZ VILAS, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales» (dir. por Albaladejo y Díaz-Alabart), XVI-1.º, 2.ª ed., Madrid, 1991, art. 1202, pp. 579 y ss. MIGUEL SANCHA, *La compensación convencional*, Barcelona, 1999, pp. 60 y ss. RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos...*, II-1.º, cit., pp. 307 y ss. VALPUESTA FERNÁNDEZ, en «Comentario del Código civil», II, Madrid, 1991, art. 1202, pp. 292 y ss.

<sup>295</sup> Artículo 1198 C.C.: «(I) El deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondiera contra el cedente. (II) Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores. (III) Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión.»

ducta del deudor cedido<sup>296</sup>. No es que la asunción de deuda tenga que guardar un paralelismo con la cesión del crédito (que a lo más a que podría conducir es a reconocer que el acreedor cedido, por aceptar la asunción, pierde la posibilidad de hacer valer la compensación que hubiera podido oponer frente al deudor)<sup>297</sup>; lo que no está de más es observar cómo el legislador, al enfrentarse con un supuesto triangular, abandona la simple automaticidad para apreciar otros factores de valoración, en particular, la protegibilidad de las legítimas expectativas, tanto de poder compensar, como de no ver opuesta la compensación.

Parece claro que si al tiempo de la asunción no se dan los requisitos legales de «compensabilidad» ninguno de los afectados podrá pretender alegar la compensación que hubiera existido de no haberse producido aquélla.

Siendo la compensabilidad anterior a la asunción, ha podido ser o no tenida en cuenta por ésta. En caso afirmativo no se plantea complicación alguna. Por el contrario, si la situación de compensabilidad existente con anterioridad al contrato de asunción es ignorada por éste, es el propio contrato de asunción el que genera una apariencia en la que el asumente debe poder confiar, de forma que la compensación no le pueda ser opuesta en la relación de cobertura.

Ahora bien, si el asumente llega a conocer la compensación antes de que le sea exigido el cumplimiento, parece razonable que pueda oponerla (como el fiador, art. 1197 CC), pues de esta forma se respeta el efecto legal compensatorio (art. 1202 CC) y se simplifican notablemente los desplazamientos patrimoniales en cada una de las tres relaciones obligatorias afectadas, proporcionando el «control *a priori*» que ya ha sido defendido para los supuestos de anulabilidad o resolubilidad<sup>298</sup>. En definitiva, lo que no cabe es «sorprender» al asumente con una compensación que no tiene por

<sup>296</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 544. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Derecho propio y reciprocidad en la compensación legal de créditos», *RCDI*, 1998, pp. 433, 444 y ss. LÓPEZ VILAS, en «Comentarios...», XVI-1.º, cit., art. 1198, pp. 538 y ss. PANTALEÓN, «Cesión...» cit., pp. 1119 y ss., 1126 a 1128. ROJO AJURIA, *La compensación como garantía*, Madrid, 1992, p. 91. VALPUESTA, en «Comentario...», II, cit., art. 1198, p. 286.

<sup>297</sup> La diferencia esencial entre ambos supuestos estriba en que el deudor cedido puede desconocer la cesión del crédito, y una vez conocida pueda aceptarla o rechazarla, sin que de ello dependa la validez y eficacia de aquélla; por el contrario, la asunción de deuda liberatoria es inconcebible sin el consentimiento del acreedor.

<sup>298</sup> La posibilidad de oponer la compensabilidad por parte del asumente encaja mal con un sistema, como el alemán, en el que los efectos de la compensación dependen de la declaración de cualquiera de los afectados por ésta; sería como facultarle para «disponer» de patrimonios ajenos. Con todo, los autores reconocen que en virtud de la relación de cobertura que une al asumente con el deudor aquél podrá exigir de éste que compense (MÜNCHKOMM/MÖSCHEL, § 417, Rn. 6. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., p. 309). Véase también ADAME, *Asunción...*, cit., p. 451.

qué conocer, sin perjuicio de que éste, oponiéndola, simplifique el supuesto solutorio triangular.

En caso de expromisión ignorada o rechazada por el deudor, éste no debe ver alteradas sus expectativas de compensación, siempre que concurren las exigencias legales de compensabilidad con anterioridad al vencimiento de la deuda. Cuando la situación de compensabilidad sea anterior o simultánea al vencimiento de la deuda objeto de la expromisión, no parece razonable privar al deudor de la posibilidad de compensar. Ahora bien, si el vencimiento de la deuda es anterior a la concurrencia del supuesto de hecho que da lugar a la compensación, le guste o no al deudor, habrá quedado liberado al vencimiento de aquélla por la expromisión; de aquí que, pese a la eventual expectativa de compensar en un futuro con el acreedor, deviene deudor del expromitente (con las cautelas que limitan la acción de regreso frente a quien se ha opuesto al pago).

Por último, y en cuanto a la prescripción de la deuda asumida, hay que tener en cuenta que si con la asunción de deuda lo que se hace es proporcionar un nuevo titular a una deuda que ya existía, parece lógico que el plazo de prescripción de la pretensión para hacerla efectiva siga siendo el mismo<sup>299</sup>. La cuestión es si debe empezar a computarse de nuevo tras la asunción o si el tiempo ya transcurrido aprovecha al asumente, esto es, si se interrumpe por la asunción de deuda el plazo de prescripción de la pretensión.

Partiendo de que «la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor» (art. 1973 CC), y aceptando que por reconocimiento cabe entender «cualquier conducta a través de la cual se pone de manifiesto que uno se considera obligado por el derecho»<sup>300</sup>, hay que conceder que toda asunción de deuda en la que intervenga el deudor habrá supuesto el mencionado reconocimiento, y por tanto, la interrupción<sup>301</sup>.

<sup>299</sup> CICALA, voz «Accollo...», cit., p. 286. ERMAN/WESTERMANN, § 417, Rn. 1. JORDANO BAREA, «Asunción...», cit., p. 1379. MÜNKOMM/MÖSCHEL, Vor § 414 ff., Rn. 6. NÖRR, *Sukzessionen...*, cit., p. 310. PALANDT/HEINRICHS, Vor § 414 ff., Rn. 6; § 417, Rn. 2. STAUDINGER/KADUK, Vor § 414 ff., Rn. 41; § 417, Rn. 38.

<sup>300</sup> DIEZ-PICAZO, en «Comentario del Código civil», II, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1973, pp. 2172 y 2173. OROZCO, *La interrupción de la prescripción extintiva en el derecho español*, Granada, 1986, p. 199.

<sup>301</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., pp. 452 y ss. ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht...*, cit., p. 301. GETE-ALONSO, *Comentario...*, cit., p. 1187; *El reconocimiento...*, cit., p. 37. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 964. STAUDINGER/KADUK, § 417, Rn. 38.

Ahora bien, cuando se trate de un supuesto de asunción por expromisión que no se encuentre acompañado por ninguna acción del deudor que pudiera considerarse como de reconocimiento (en el mencionado sentido), la posibilidad de que aquélla produzca la interrupción dependerá de que podamos apreciar la existencia de «reclamación extrajudicial del acreedor»<sup>302</sup>. Y aunque pueda parecer que en la expromisión concurre una «conducta contraria a la inactividad del derecho sujeto a prescripción»<sup>303</sup>, lo cierto es que para que la reclamación pueda considerarse tal ha de realizarse frente al sujeto pasivo de la pretensión (el deudor) o su representante<sup>304</sup>. Se trata de una declaración de carácter recepticio que no cabe apreciar en la mera expromisión, en la que el acreedor se obliga a liberar al deudor frente al asumente. A través de este «resquicio expromisorio» cabe que la asunción no interrumpa la prescripción de la pretensión del acreedor; con todo, hay que reconocer que se trata de un supuesto extraño en el que el acreedor acuerda la expromisión sin dirigirse para nada al deudor, y en el que éste, no sólo no participa en la asunción, sino que omite toda acción que pudiera romper «el silencio de la relación jurídica»<sup>305</sup>.

---

<sup>302</sup> ADAME, *Asunción...*, cit., p. 457. RESCIGNO, voz «Delegazione...», cit., p. 964.

<sup>303</sup> GETE-ALONSO, *El reconocimiento...*, cit., p. 32.

<sup>304</sup> DÍEZ-PICAZO, en «Comentario...», II, cit., art. 1973, p. 2170. OROZCO, *La interrupción...*, cit., p. 195. PANTALEÓN, voz «Prescripción» en *Enciclopedia jurídica básica*, III, Madrid, 1995, p. 5012.

<sup>305</sup> DÍEZ-PICAZO, en «Comentario...», II, cit., art. 1973, p. 2169.



# CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

## I. LEGISLACIÓN

### A) NORMATIVA VIGENTE

#### COMPETENCIA

- 1. Reglamento (CE) núm. 1215/1999 del Consejo de 10 de junio de 1999, por el que se modifica el Reglamento núm. 19/65/CEE, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas. DOCE, L, núm. 148, de 15 de junio de 1999.**

El título del Reglamento núm. 19/65/CEE ha sido adaptado para tener en cuenta la nueva numeración de los artículos del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de conformidad con el artículo 12 del Tratado de Amsterdam; originariamente se refería al apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

- 2. Reglamento (CE) núm. 1216/1999, del Consejo, de 10 de junio de 1999, por el que se modifica el Reglamento núm. 17, primer Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado. DOCE, L, núm. 148, de 15 de junio de 1999.**

El título del Reglamento núm. 17 ha sido adaptado para tener en cuenta la nueva numeración de los artículos del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de conformidad con el artículo 12 del Tratado de Amsterdam; originariamente se refería a los artículos 85 y 86 del Tratado. La modificación incide en la dispensa de la notificación previa a la exención prevista en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento, quedando exentos de dicha notificación todos los acuerdos verticales; con esta medida se trata de reducir el número de notificaciones que colapsan el trabajo de la Comisión, a fin de que ésta pueda concentrar sus esfuerzos en la supervisión de los acuerdos más nocivos para la competencia.



3. **Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. DOCE, L, núm. 336, de 29 de diciembre de 1999.**

De conformidad con el artículo 2 del presente Reglamento, con arreglo al apartado 3 del artículo 81 del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones del propio Reglamento, se declara que el apartado 1 del artículo 81 del Tratado no se aplicará a los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios («acuerdos verticales»). Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan restricciones de la competencia que entren dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado («restricciones verticales»). El resto del artículo y del Reglamento concretan esta exención para supuestos concretos o la excluyen, también para situaciones específicas.

4. **Reglamento (CE) núm. 2549/1999 de la Comisión, de 2 de diciembre de 1999, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1367/95 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 3295/94 del Consejo por el que se establecen las medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas. DOCE, L, núm. 308, de 3 de diciembre de 1999.**

El presente Reglamento establece las condiciones de redacción, expedición y utilización que debe cumplir el formulario de solicitud de intervención correspondiente a una marca comunitaria, definida en el Reglamento (CE) núm. 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, de forma que pueda ser reconocida fácilmente y utilizada en toda la Comunidad.

#### MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

5. **Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. DOCE, L, núm. 171, de 7 de julio de 1999.**

*Vid.* en el núm. 34 de la Crónica aparecida en el *ADC*, 1995, fascículo I, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde

sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios posventa (DOCE, C, núm. 295, de 22 de octubre de 1994); *vid.* también el comentario que realizamos a la Propuesta de Directiva (DOCE, C, núm. 307, de 16 de octubre de 1996) en el núm. 17 de la Crónica aparecida en el *ADC*, 1997, fascículo I, y el comentario que realizamos a la Propuesta modificada en el núm. 21 de la Crónica aparecida en el *ADC*, 1998, fascículo I; la referencia de la Posición Común (CE) núm. 51/98, aprobada por el Consejo el 24 de septiembre de 1998, con vistas a la adopción de la Directiva 98/.../CE, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en el núm. 22 de la Crónica aparecida en el *ADC*, 1998, fascículo III, y el núm. 14 de la Crónica anterior.

La norma comunitaria va a significar una modificación del régimen del Código civil, que afectará tanto a la terminología empleada (falta de conformidad en lugar de vicios, o la utilización de términos inusuales en la situación actual, como el calificativo «desproporcionado» aplicado al saneamiento, o el de «razonable» aplicado a los costes de sustitución o reparación, o al plazo de éstas), como al alcance de los derechos del comprador (consumidor); así, por ejemplo, el plazo de duración de la acción ha de pasar de seis meses desde el momento de la entrega de la acción (art. 1.490 del CC en su redacción actual) a un doble juego de plazos de dos años a partir de la entrega como plazo de garantía para la aparición del vicio, y un mínimo de dos años desde la entrega para la prescripción de la acción, además de la posible introducción de un deber de informar al vendedor sobre la falta de conformidad en un plazo de dos meses desde que el comprador la apreció (art. 5 de la Directiva); necesariamente se ha de modificar, asimismo, el régimen de las cláusulas contractuales relativas a la exclusión del saneamiento que son proscritas por la Directiva con carácter general (aunque para los bienes de segunda mano se admiten con alguna extensión), y no sólo en caso de dolo, como sucede ahora en el sistema del Código civil (art. 1.485).

6. **Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 26 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos. DOCE, L, núm. 182, de 16 de julio de 1999.**
7. **Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, por la que se modifica la Directiva 85/374/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. DOCE, L, núm. 141, de 4 de junio de 1999.**

La modificación es la que se señala en el artículo 1:

«La Directiva 85/374/CEE se modificará como sigue:

- 1) El artículo 2 se sustituirá por el texto siguiente:

“Artículo 2.

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por ‘producto’ cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble. También se entenderá por ‘producto’ la electricidad.”

- 2) En el apartado 1 del artículo 15, se suprimirá la letra a).»

## B) PROPUESTAS, PROYECTOS TRABAJOS LEGISLATIVOS

### COOPERACIÓN EN MATERIA DE JUSTICIA

8. **Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la notificación o traslado en los Estados miembros de *documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil*. DOCE, C, núm. 247 E, de 31 de agosto de 1999.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, uno de los objetivos de la Unión es mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas y los justiciables puedan hacer valer sus derechos gozando de garantías iguales a las que tienen ante los tribunales de su país.

Entre estas medidas, el buen funcionamiento del mercado interior exige mejorar y acelerar la transmisión, entre los Estados miembros, de los documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, a efectos de su notificación o traslado.

A este respecto, la rapidez de los procedimientos y la seguridad jurídica son fundamentales en un momento en que el desarrollo de los intercambios, tanto si son de carácter privado como si tienen que ver con las relaciones económicas o culturales, conduce inevitablemente a la multiplicación de los litigios.

La transmisión de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil de un Estado miembro a otro con fines, en particular, de notificación o traslado, eslabón indispensable para el buen desarrollo de un procedimiento, debe poderse efectuar en condiciones satisfactorias.

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, los Estados miembros concluyeron, sobre la base del artículo K.3.2 del Tratado de la Unión Europea, un convenio relativo a la notificación o traslado, en los Estados miembros de la Unión Europea, de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, establecido por el acto del Consejo de la Unión Europea del 26 de mayo de 1997 (\*\*\*) . No obstante, los Estados miembros no ratificaron este convenio.

El Consejo de Ministros de Justicia, reunido los días 29 y 30 de octubre de 1993, confirió un mandato al grupo «Simplificación de la transmisión de documentos» para que elaborara un instrumento que simplifique y acelere los procedimientos de transmisión de documentos entre los Estados miembros. En efecto, el examen de las respuestas al cuestionario elaborado en 1992 bajo la Presidencia portuguesa, en colaboración con los Países Bajos y el Reino Unido, había puesto de manifiesto un sistema caracterizado por su complejidad, heterogeneidad y eficacia insuficiente.

En efecto, dado que la mayor parte de los Estados miembros son signatarios del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado, en los Estados de la Unión Europea, de los documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil así como de otros instrumentos bilaterales o regionales, ha ido surgiendo progresivamente una cierta confusión en cuanto a los procedimientos que deben utilizarse o a los que debe darse preferencia, lo que ha sido una fuente de retrasos, de errores o de opciones cuestionables.

En 1993, la Delegación neerlandesa presentó un proyecto encaminado a adaptar el artículo IV del Protocolo anejo al Convenio de Bruselas del 27 de septiembre de 1968, relativo a la notificación o traslado de los documentos judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea.

El Grupo mantuvo unos debates preliminares sobre este proyecto y, posteriormente, la Presidencia alemana elaboró un cuestionario relativo al procedimiento aplicable en cada Estado miembro. Por último, a comienzos de 1995, la Presidencia francesa presentó un nuevo proyecto que tenía como principal objetivo la instauración de un mecanismo único y obligatorio para los Estados miembros.

Al final de los trabajos del Grupo, el texto del proyecto de Convenio fue presentado por la Presidencia neerlandesa, de conformidad con el artículo K.6 del Tratado de la Unión Europea, para su estudio por el Parlamento Europeo (3).

El 26 de mayo de 1997, el Consejo aprobó el Convenio, firmado el mismo día por los representantes de todos los Estados miembros.

Al no haber sido ratificado el Convenio de 26 de mayo de 1997 relativo a la «transmisión de documentos» antes de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, sus normas no están vigentes. Este convenio es una de las dos únicas realizaciones en el ámbito de la cooperación judicial logradas bajo el imperio del Tratado de Maastricht. Su objetivo es solucionar las dificultades prácticas a las que se enfrentan los ciudadanos en su vida diaria. Su transformación en instrumento comunitario garantizará, en particular, una aplicación en fecha conocida y homogénea, así como en un plazo cercano.

## 9. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la notificación o traslado en los

**Estados miembros de *documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil***. DOCE, C, núm. 368, de 20 de diciembre de 1999.

El CES muestra su conformidad con la propuesta de Directiva de la Comisión, siendo consciente de las riquezas y dificultades que pueden surgir de la reunión entre países cuyas culturas, sistemas sociales, organización política y sistemas jurídicos, presentan marcadas diferencias; en vista de ello, el CES considera que está debidamente justificada la adopción de la presente Directiva, pero considera también que en el futuro este tipo de actos jurídicos deberían adoptar la forma de Reglamento.

Como observaciones particulares, entre otras, el CES considera que el ámbito de aplicación territorial de la propuesta no está debidamente justificado y podría dar lugar a confusión en el momento de su aplicación; insta a la Comisión a que mejore el aspecto relativo a los procedimientos de recurso de fácil acceso y de rápida ejecución; aboga por incluir el siguiente inciso «el organismo receptor [del documento] calificará de la forma más flexible posible los documentos cuya naturaleza jurídica no puede ser claramente adscrita al ámbito civil o mercantil, y que presenten sin embargo puntos de conexión con los mismos»; abunda en la necesidad de establecer claramente la responsabilidad del Estado por no llevar a cabo las diligencias necesarias dentro de los plazos razonables; considera necesaria la introducción de las nuevas técnicas de comunicación (v. gr., correo electrónico) en la transmisión de documentos; ante la indeterminación del concepto «persona interesada en un proceso judicial», propone el de parte en un proceso judicial según la legislación procesal del Estado miembro requirente, o cualquier otra persona que aun no habiéndose personado en un procedimiento judicial o administrativo está revestida según la ley aplicable a dicho procedimiento de un derecho a actuar.

**10. Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la *competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes***. DOCE, C, núm. 247 E, de 31 de agosto de 1999.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, uno de los objetivos de la Unión es mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas y los justiciables puedan hacer valer sus derechos gozando de garantías iguales a las que tienen ante los tribunales de su país.

Para establecer progresivamente dicho espacio, la Comunidad, entre otras cosas, adopta en el ámbito de la cooperación judicial en materia

civil una serie de medidas necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior. La consolidación de la cooperación judicial en materia civil representa un paso fundamental en la creación de un espacio judicial europeo que dará frutos concretos a cada ciudadano de la Unión Europea.

Entre estas medidas, el buen funcionamiento del mercado interior exige mejorar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. A este respecto, la rapidez de los procedimientos de exequátur y la seguridad jurídica en materia jurisdiccional son fundamentales en un momento en que el incremento del establecimiento de lazos familiares entre personas de nacionalidad diferente o con residencia en Estados miembros diferentes conduce inevitablemente a la multiplicación de los litigios.

En la Unión Europea hacía tiempo que se sentía la necesidad de elaborar un convenio que extendiera el Convenio de Bruselas de 1968 a las materias matrimoniales inicialmente excluidas de su ámbito de aplicación.

En su reunión de los días 10 y 11 de diciembre de 1993, el Consejo Europeo de Bruselas consideró que la entrada en vigor del Tratado de Maastricht creaba nuevas perspectivas para el ciudadano europeo, lo que a su entender hacía necesario un trabajo complementario sobre determinados aspectos de la vida familiar del ciudadano.

A raíz de esta reunión del Consejo Europeo de los días 10 y 11 de diciembre de 1993, la Presidencia griega, en el primer semestre de 1994, dirigió un cuestionario a los Estados miembros con el fin de identificar las líneas generales del Convenio. Teniendo en cuenta las respuestas recibidas se preparó un documento de síntesis, que sirvió de base para que el Consejo Europeo de junio de 1994 diera el mandato de iniciar los trabajos para la preparación de un proyecto de Convenio. En el segundo semestre de 1994, la Presidencia alemana presentó un proyecto de Convenio que se refería sólo al divorcio, la separación y la nulidad del matrimonio. Posteriormente se decidió incluir en el ámbito del convenio las cuestiones relativas a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

El 28 de mayo de 1998 el Consejo adoptó el acto por el que se celebra el convenio, que se firmó ese mismo día por los representantes de todos los Estados miembros.

Al no haber sido ratificado el Convenio de 28 de mayo de 1998 antes de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, sus normas no están vigentes. Este convenio es una de las dos únicas realizaciones en el ámbito de la cooperación judicial logradas bajo el imperio del Tratado de Maastricht. Su transformación en instrumento comunitario trata de garantizar, en particular, una aplicación en fecha conocida y homogénea, así como en un plazo cercano. [La información reproducida ha sido obtenida del Servidor de la UE –[www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)–, dentro de la página correspondiente a propuestas legislativas]

11. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la *competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes*». DOCE, C, núm. 368, de 20 de diciembre de 1999.**

El CES realiza una serie de observaciones generales que van mucho más allá de los objetivos del primitivo Convenio y que, en algunos casos, caen claramente fuera de su ámbito específico de regulación. En concreto, propone que los aspectos relativos a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de las sentencias, deberían acompañarse de la armonización lo antes posible de los procedimientos aplicables, especialmente por lo que se refiere a los plazos (plazos perentorios para presentar la demanda, interposición de recursos contra las resoluciones, etc.); el principio de la protección de la parte más débil debe confirmarse sin ambages –señala el CES– por lo que es aconsejable ampliar el alcance de este Reglamento, en materia de potestad parental, a los hijos no comunes y a los adoptados; se propugna una homogeneidad de los órganos jurisdiccionales autorizados y competentes en esta «delicada materia», con el fin de garantizar una especialización y una profesionalidad adecuadas; el CES propone la fijación de parámetros comunes a todos los Estados miembros, sin dejar de respetar las diferencias sociales, culturales, religiosas y de tradición, en materia de potestad y de responsabilidad parental; aboga por que se redacte de forma más precisa y restrictiva (en relación con el Derecho estatal) el artículo relativo a las medidas provisionales y cautelares en caso de urgencia, preservando el derecho del menor a ser oído cuando deban adoptarse medidas urgentes en materia de potestad; por último, el Comité pide encarecidamente a la Comisión que examine qué medidas son necesarias para que, en caso de que se ponga fin a las uniones no matrimoniales y se adopten resoluciones sobre la responsabilidad de los hijos habidos en su seno, éstas también se puedan reconocer y ejecutar automáticamente.

12. **Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la *competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. DOCE, C, núm. 376 E, de 28 de diciembre de 1999.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, uno de los objetivos de la Unión es mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas y los justiciables puedan hacer valer sus derechos gozando de garantías iguales a las que tienen ante los tribunales de su país.

Para establecer progresivamente dicho espacio, la Comunidad, entre otras cosas, adopta, en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, una serie de medidas que son necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior. La consolidación de la cooperación judicial en materia civil, que a juicio de muchos evoluciona de forma demasiado lenta, representa un paso fundamental en la creación de un espacio judicial europeo, que dará frutos concretos a cada ciudadano de la Unión Europea.

Entre estas medidas, el buen funcionamiento del mercado interior exige definir unas reglas claras de competencia judicial y mejorar y acelerar el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. A este respecto, la seguridad jurídica en materia de competencia judicial y la rapidez de los procedimientos de exequátur presentan decisiva importancia, en un momento en que el incremento de los intercambios entre personas y agentes económicos de Estados miembros diferentes conduce inevitablemente a la multiplicación de los litigios.

El 27 de septiembre de 1968, los seis Estados miembros de la Comunidad Económica Europea celebraron, sobre la base del apartado 4 del artículo 293 (antiguo artículo 220) del Tratado CEE, un convenio relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como el Convenio «de Bruselas». En el año 1971 se firmó un Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El Convenio y el Protocolo, que forman parte del acervo comunitario, se ampliaron sucesivamente a todos los nuevos Estados miembros. El Convenio de Bruselas asimismo sirvió de modelo a la elaboración de un convenio similar entre los Estados miembros y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, el Convenio de Lugano, firmado el 16 de septiembre de 1988.

En su reunión de los días 4 y 5 de diciembre de 1997, el Consejo dio a un grupo *ad hoc*, en el que figuraban representantes de los Estados miembros y de los Estados de la AELC partes en el Convenio de Lugano (Islandia, Noruega y Suiza), el mandato de iniciar los trabajos para la revisión paralela de los Convenios de Bruselas y de Lugano. La Comisión preparó, en este contexto, una propuesta de convenio por el que se sustituye el Convenio de Bruselas, sobre la base del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea. Esta propuesta se presentó al Parlamento Europeo, que todavía no ha emitido su dictamen, así como al Consejo.

Los trabajos, no obstante, prosiguieron sobre la base del apartado 4 del artículo 293 (antiguo 220) del Tratado CE, en estrecha asociación con la Comisión, hasta la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el 1 de mayo de 1999. El 28 de mayo, el Consejo manifestó su acuerdo político sobre el resultado de los trabajos del grupo *ad hoc*.

El objetivo de la presente propuesta de Reglamento es uniformar las reglas de Derecho internacional privado de los Estados miembros en



materia de competencia judicial y mejorar y acelerar el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El Reglamento sustituirá y actualizará el contenido del Convenio de Bruselas de 1968 y de su Protocolo, entre otras cosas, para tomar en consideración las nuevas formas de comercio que no existían en 1968. La propuesta garantiza ampliamente la continuidad de los resultados obtenidos en las negociaciones llevadas a cabo con vistas a su revisión hasta la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam en el marco del grupo *ad hoc* del Consejo. Por tanto, incorpora la esencia del acuerdo alcanzado en el seno del Consejo sobre el equilibrio necesario entre los intereses de las partes que podrían participar en un litigio. Está claro que la opción retenida para llegar a dicho equilibrio podría tener consecuencias para quienes ejerzan estas formas nuevas de comercio.

Por otro lado, al recogerse en un instrumento comunitario los resultados de los trabajos de revisión, se garantiza la aplicación de las nuevas normas en una fecha conocida y homogénea, así como en un plazo cercano. En efecto, el Convenio de Bruselas, tal como ha resultado de las negociaciones de adhesión de Austria, Finlandia y Suecia, no está todavía en vigor en todos los Estados miembros ya que sólo se ha ratificado por una minoría de éstos. Esta continuidad en un instrumento comunitario no es, sin embargo, posible en lo que respecta al Convenio de Lugano, en el que son partes Estados que no son miembros de las Comunidades Europeas.

La materia regulada por el Convenio de Bruselas se encuentra, después de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, dentro del ámbito del artículo 65 del Tratado CE, siendo la letra c) del artículo 61 de dicho Tratado la base jurídica de la presente propuesta.

La forma escogida (un reglamento) se justifica por diversas razones. En efecto, no puede dejarse a los Estados miembros ningún margen de apreciación, no sólo por lo que se refiere a la determinación de las reglas de competencia, cuyo objetivo es garantizar la seguridad jurídica en beneficio de los ciudadanos y los agentes económicos, sino tampoco por lo que respecta al procedimiento de reconocimiento y ejecución, que responde a un imperativo de claridad y homogeneidad dentro los Estados miembros.

Por otra parte, el objetivo de transparencia presenta capital importancia en este ámbito ya que viene a facilitar una lectura inmediata y uniforme de las normas aplicables en la Comunidad Europea, sin que sea necesario proceder a ninguna búsqueda en las disposiciones del Derecho nacional por el que se incorpore el instrumento comunitario, Derecho nacional que, a menudo, será un Derecho desconocido para el demandante. Además, mediante la opción del reglamento, el Tribunal de Justicia podrá garantizar una aplicación uniforme de sus disposiciones en todos los Estados miembros. El reglamento debe adoptarse según el procedimiento previsto en el artículo 67 del Tratado, según el cual, durante un período transitorio de cinco años, el Consejo adopta por unanimidad

medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materias civiles, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro, y previa consulta al Parlamento Europeo.

El nuevo Título IV del TCE, que regula la materia cubierta por la presente propuesta de Reglamento, no se aplica al Reino Unido ni a Irlanda, salvo que estos países ejerzan un «opt in» en las condiciones definidas por el Protocolo anejo a los Tratados. No obstante, estos países señalaron con motivo del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior del 12 de marzo de 1999 su intención de asociarse plenamente a las actividades de la Comunidad en materia de cooperación judicial civil. En el momento oportuno, será de su incumbencia iniciar el procedimiento previsto en el artículo 3 del Protocolo.

El Título IV del TCE tampoco se aplica a Dinamarca en virtud del Protocolo referido a este país. Sin embargo, en cualquier momento Dinamarca tiene la posibilidad de renunciar al mismo. Hasta la fecha, Dinamarca no ha mostrado intención de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 7 del Protocolo.

Por consiguiente, la presente propuesta se redacta partiendo de la situación actual. Si el Reglamento llegara a ser aplicable a uno u otro de dichos Estados, habría que introducir las modificaciones pertinentes.

Los objetivos de la propuesta son mejorar y acelerar la libre circulación de sentencias en materia civil y mercantil dentro del mercado interior. La propuesta se inserta en el objetivo de la Unión Europea de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas y los justiciables puedan hacer valer sus derechos gozando de garantías iguales a las que tienen ante los tribunales de su país. Para establecer progresivamente dicho espacio, la Comunidad, entre otras cosas, adopta en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil una serie de medidas necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior.

Estos objetivos no pueden alcanzarse por los Estados miembros individualmente y, por consiguiente, deben lograrse, debido a su incidencia transfronteriza, al nivel comunitario.

Al igual que el Convenio cuya sustitución se propone y cuya estructura y principios fundamentales reproduce, el Reglamento tiene como objetivo:

- introducir reglas modernas uniformes de competencia judicial directa en materia civil y comercial y
- el reconocimiento y exequátur rápido de las resoluciones mediante un procedimiento simple y uniforme.

El Reglamento propuesto entronca directamente con el Convenio de Bruselas y los resultados de las negociaciones del grupo *ad hoc* «Revisión de los Convenios de Bruselas y de Lugano», que recoge en su casi totalidad.

Las innovaciones fundamentales surgidas de los trabajos del grupo se articulan en torno a los siguientes elementos:

1. Reglas de competencia judicial:

– Si bien se ha mantenido la noción del domicilio de las personas físicas, la sede de las personas jurídicas es objeto de una definición autónoma, en lugar de la remisión a las reglas del Derecho internacional del Estado del foro. Dicha remisión subsiste, en cambio, por lo que respecta a la validez, la nulidad o la disolución de las personas jurídicas, así como respecto de las decisiones de sus órganos.

– Se ha modificado la competencia alternativa del artículo 5.1, relativa al fuero contractual. De ahora en adelante, el lugar de cumplimiento de la obligación en que se basa la demanda se fija de manera autónoma en dos hipótesis contractuales: la venta de mercancías y la prestación de servicios. Con esta solución se evita la remisión a las reglas de Derecho internacional privado del Estado cuyo tribunal conozca del asunto.

– Se ha ampliado el ámbito material de las disposiciones relativas a los consumidores para incrementar su protección en el contexto del comercio electrónico.

– Para aumentar la eficacia del mecanismo de la litispendencia (artículo 27), en el Reglamento se contempla una definición autónoma de la fecha en la que un asunto está «pendiente» (artículo 30).

2. Procedimiento de reconocimiento y ejecución:

– Se ha adecuado el procedimiento para mejorar los plazos de *exequátur* y, por consiguiente, la ejecución de las sentencias en beneficio del acreedor. En concreto, la primera fase del *exequátur* en el Estado requerido se convierte en una fase *quasi* automática, durante la que no se puede plantear de oficio ningún motivo de denegación del reconocimiento o de la ejecución. Este procedimiento se facilita y acelera mediante una certificación uniforme. Se mantiene la protección del demandado, que efectivamente puede interponer un recurso contra la resolución dictada.

Además de las modificaciones de fondo explicadas en el apartado 4.5 *infra*, las diferencias obvias de naturaleza entre el Convenio de Bruselas y el Reglamento justifican que éste se aparte del contenido del Convenio en varios puntos:

– El Protocolo de 1971 relativo a la interpretación del convenio por el Tribunal de Justicia ya no tiene razón de ser, habida cuenta de que los artículos 293 y siguientes del Tratado CE se aplicarán a esta materia, a reserva de las disposiciones específicas del artículo 68. Conviene señalar que, si un órgano jurisdiccional nacional conociere de un asunto antes de la entrada en vigor del Reglamento y, por consiguiente, en virtud del Convenio de Bruselas, a este asunto seguirá aplicándose el Protocolo.

– Habida cuenta de la posición del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, se suprimen las disposiciones particulares previstas en los artículos 3,

apartado 6 del artículo 5, apartado 3 del artículo 17, apartado 2 del artículo 30, apartado 2 del artículo 31, 32, 37, apartado 2 del artículo 38, 40, 41, apartado 2 del artículo 44, apartado 2 del artículo 53, apartado 2 del artículo 54, 54 bis y 55 del Convenio de Bruselas que les son específicamente aplicables.

– Las disposiciones formales de los artículos 60 a 68 del Convenio no tienen cabida en un instrumento comunitario. Por lo que se refiere a la entrada en vigor del Reglamento, son plenamente aplicables los artículos 249 y 254 del Tratado. Por otro lado, la Comisión asume, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211 del Tratado, la responsabilidad de proponer eventuales cambios a las disposiciones del Reglamento.

– El artículo 59 del Convenio, que permitía la firma de acuerdos bilaterales a efectos de no reconocer una resolución basada en un fuero exorbitante contra un súbdito de un tercer Estado, no tiene cabida en un instrumento comunitario. Tales acuerdos afectan por su propia naturaleza a las normas de reconocimiento comunitario, y la facultad de negociarlos es, tras la adopción del Reglamento, competencia exclusiva de la Comunidad, sin que sea preciso especificarlo. Por esta razón, no se recogen en el Reglamento propuesto el apartado 1, *in fine*, del artículo 28 ni el artículo 59. En cambio, es importante que se puedan mantener los acuerdos ya celebrados por los Estados miembros con terceros países.

– Habida cuenta de que algunos Estados miembros están sujetos al presente Reglamento y otros no, procede establecer las disposiciones de aplicación de las reglas de competencia contenidas tanto en el Reglamento como en el Convenio de Bruselas, así como de reconocimiento y ejecución en virtud del Reglamento de las resoluciones adoptadas sobre la base del Convenio de Bruselas.

– Se ha suprimido el Protocolo anexo al Convenio. Las disposiciones de algunos artículos se han incluido en la parte dispositiva del Reglamento, bien porque se aplican en todos los Estados miembros sin distinción, bien porque su objetivo es tener en cuenta reglas de procedimiento particulares de determinados Estados miembros. Por el contrario, no se han incluido algunas excepciones introducidas en el Protocolo en beneficio de determinados Estados miembros (artículos I, V ter). Les corresponderá, en su caso, a los Estados miembros afectados justificar la necesidad de incluir dichas disposiciones en la parte dispositiva del Reglamento. [La información reproducida ha sido obtenida del Servidor de la UE –www.europa.eu.int–, dentro de la página correspondiente a propuestas legislativas.]

13. **Proyecto de Acto del Consejo por el que se celebra el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea. DOCE, C, núm. 251, de 2 de septiembre de 1999.**

Entre otros aspectos el presente Convenio regulará distintos aspectos de la cooperación tales como envío y entrega de documentos procesales, intercambio espontáneo de información, traslado temporal de detenidos con fines de instrucción, audiencia por videoconferencia, audiencia de testigos por conferencia telefónica y numerosos aspectos de la intervención de telecomunicaciones, entre otros.

#### DERECHO COMUNITARIO

**14. Decimosexto informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario –1988–, presentado por la Comisión el 9 de julio de 1999. DOCE, C, núm. 354, de 7 de diciembre de 1999.**

Como en ejercicios anteriores, la Comisión da cuenta del estado de la aplicación del Derecho comunitario. A través de un amplio informe con ilustrativos gráficos se puede observar el grado de trasposición de directivas comunitarias (España se encuentra en el segundo lugar en materia de comunicación de adopción de medidas nacionales de ejecución, sólo superada por Dinamarca); los expedientes de infracción tramitados y activos al 31 de diciembre de 1998 (España, con 291 expedientes de infracción activos, se encuentra entre los Estados más «presuntamente infractores», tras Francia, Italia y Alemania; o los expedientes que han precisado de recurso ante el Tribunal de Justicia (España, con 19, ocupa el quinto lugar, tras Francia, Bélgica, Italia y Grecia); amén de otros datos particulares de especial interés.

**15. Resolución del Parlamento Europeo sobre las consecuencias de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam (relación de propuestas legislativas pendientes en el Consejo al 1 de mayo de 1999, con indicación del nuevo fundamento jurídico, así como de una posible modificación del procedimiento legislativo tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam). DOCE, C, núm. 279, de 1 de octubre de 1999.**

**16. Informe anual del Defensor del Pueblo (1998). DOCE, C, núm. 300, de 18 de octubre de 1999.**

En el curso de 1998, el Defensor del Pueblo tramitó un total de 1.617 asuntos, de los que 1.372 procedían de nuevas reclamaciones recibidas durante el año. Se inició en este período una investigación de oficio, archivándose 185 investigaciones por medio de una decisión. Con carácter general se pone de manifiesto la necesidad de profundizar en la información a los ciudadanos para que conozcan claramente cuáles son las competencias del Defensor del Pueblo Europeo y cuáles no; en este

mismo sentido, se incide en las vías de cooperación con los órganos nacionales (cuyas competencias deben ser deslindadas de las del Defensor Comunitario, más aún tras el nuevo organigrama nacido tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam) y en una necesaria modificación del estatuto del Defensor del Pueblo.

#### COMERCIO; COMERCIO ELECTRÓNICO

#### 17. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior». DOCE, C, núm. 169, de 16 de junio de 1999.**

El CES hace una valoración positiva de la propuesta de directiva, tanto desde el punto de vista de su oportunidad temporal, cuanto desde la perspectiva de su contribución a la eliminación de barreras de naturaleza jurídica que podrían obstaculizar la propagación de las modalidades electrónicas de prestación de servicios en Europa. Asimismo, acoge con satisfacción las medidas complementarias tendentes a la protección de los consumidores. Pone de manifiesto también cómo en aquellos ámbitos no armonizados por la directiva seguirá vigente el principio del país de origen: es decir, la aplicación del ordenamiento jurídico del país en que tenga su establecimiento el prestador de servicios; planteamiento que tiene su origen en la consideración de que para el prestador es difícil ajustar su actividad al marco jurídico de los países de destino. El CES admite en lo fundamental este planteamiento, teniendo en cuenta la reducción de costes jurídicos que lleva implícito; sin embargo también pone de manifiesto que tal principio implica para el demandante de servicios (en especial, los consumidores) verse confrontados con distintos sistemas jurídicos que regulan el contenido, calidad y seguridad jurídica de los servicios de la sociedad de la información, situación que puede suponer un peligro para el usuario en situaciones en que la función protectora de la normativa del país del usuario deja de tener efectos. Por ello, el CES urge a los Estados miembros y a la Comisión Europea a garantizar la rápida creación de una red transfronteriza de agencias u otros órganos unipersonales de defensa del consumidor, que actúen como canales y eventualmente como árbitros en caso de litigio entre consumidores de un país y prestadores de servicios establecidos en otro distinto. El CES, que comprende perfectamente que se simplifiquen los casos al prestador, estima, por consiguiente, que en este campo es preciso proceder con mucha precaución y seguir reflexionando en tanto siga echándose en falta una armonización al más alto nivel. Por último, el CES señala que muchas de las disposiciones de la propuesta de Directiva adolecen aún de falta de claridad y precisan formulaciones más precisas.

18. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones – Libro Blanco del Comercio».** DOCE, C, núm. 258, de 10 de septiembre de 1999.

El Libro Blanco del Comercio es continuación de una serie de documentos oficiales sobre el comercio distributivo: el Libro Verde del Comercio, la legislación comunitaria directamente relacionada con el comercio, la comunicación de la Comisión «Hacia un mercado único de la distribución», documentos sobre las PYMES y el artesanato, sobre las comunicaciones en materia de comercio y otros que ponen de manifiesto las vinculaciones entre el comercio y el resto de las políticas comunitarias.

19. **Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del *comercio electrónico* en el mercado interior (enmiendas del Parlamento Europeo).** DOCE, C, núm. 279, de 1 de octubre de 1999.

El Parlamento introduce la noción de «Consumidor» como cualquier persona física que actúa con fines que no entran en el ámbito de su actividad profesional [artículo 2 letra f bis) nueva].

20. **Posición Común (CE) núm. 36/1999, de 29 de julio de 1998, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de *lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*.** DOCE, C, núm. 284, de 6 de octubre de 1999.

Aparte de la regulación exhaustiva del régimen de los intereses de demora, el artículo 4 de la propuesta de Directiva determina que los Estados miembros velarán por que se pueda obtener un título ejecutivo, independientemente del importe de la deuda, normalmente en un plazo de noventa días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el Tribunal u otra autoridad competentes, siempre que no haya habido impugnación de la deuda o de cuestiones del procedimiento. A efectos de la Directiva se entenderá por «operaciones comerciales» las realizadas entre empresas o entre empresas y autoridades públicas que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios; se entenderá por «empresa» cualquier organización que actúe en ejercicio de su actividad independiente económica o profesional, incluso si dicha actividad la lleva a cabo una única persona.

## MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

21. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo». DOCE, C, núm. 169, de 16 de junio de 1999.**

El CES, tras poner de manifiesto la necesidad de armonización en el ámbito contemplado por la propuesta de Directiva, incide en los siguientes aspectos como de necesaria modificación o modulación: a) el CES considera que las intenciones de la Comisión sólo se alcanzarán cuando el ámbito de aplicación de la Directiva se circunscriba a situaciones en que la comercialización de servicios financieros utilice exclusivamente técnicas de comunicación a distancia, por lo que la definición de contrato a distancia deberá reflejar esta recomendación; b) deberán evitarse interferencias con otras directivas en materia de protección de los consumidores; c) se debería considerar el artículo 129 A del Tratado como base jurídica accesoria a los artículos 57, 66 y 100 A; d) la Directiva debería ser «de mínimos», permitiendo a los Estados miembros la obtención de grados más altos de protección; e) al excluir de su ámbito los supuestos en los que se trata de transacciones fortuitas (no organizadas), el CES estima que se debería definir más detenidamente lo que haya de entenderse por «sistema organizado» de servicios (éstos sí caerían dentro del ámbito de la Directiva); f) en la misma línea, se considera indispensable una tipificación estricta de lo que haya de considerarse «incitación desleal», dentro de la cual se debería incluir la frecuente combinación de aspectos publicitarios y propagandísticos con las condiciones contractuales; g) en lo que se refiere al ejercicio del derecho de retractación, la propuesta de Directiva no define con claridad si la comunicación del consumidor al proveedor tiene carácter recipiendario y, en dicho caso, si su recepción por el proveedor debe tener lugar durante el plazo existente para ejercer este derecho o si es suficiente que éste sea ejercido en dicho plazo, aunque su recepción sea posterior: el CES recomienda que se clarifique este aspecto, así como el de la naturaleza del plazo, resolviendo directamente si se tratan naturales o hábiles y la solución cuando el último día del plazo sea festivo; h) por último, siendo esencial que los consumidores puedan tener confianza, acceso a la información y unos medios simples, extrajudiciales y baratos de reparación en caso de desacuerdo con los proveedores de servicios extranjeros, se pide que la Comisión y los Estados miembros garanticen el rápido desarrollo de mecanismos de reparación transfronterizos para el consumidor, como los que podría proporcionar una red de agen-



cias nacionales de protección del consumidor o de defensores del pueblo que servirían de conducto y de árbitros en caso de conflicto.

22. **Dictamen del Comité de las Regiones sobre la «Comunicación de la Comisión sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo y Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. DOCE, C, núm. 198, de 14 de julio de 1999.**

Tras el proceso de consulta sobre el Libro Verde y en torno al subsiguiente Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único, junto al desarrollo «sustantivo» de una normativa de protección del consumidor, se detectan obstáculos tales como el coste de la consulta jurídica, los gastos judiciales y los gastos de consulta de expertos, la duración de los procedimientos judiciales y barreras de corte sociológico, debidas a la complejidad de unos procedimientos acusadamente formalistas con evidentes dificultades de comprensión que aumentan considerablemente cuando los conflictos tienen una dimensión internacional. El debate sobre las posibles soluciones a esta situación gira en torno a varias vías: la simplificación y mejora de los procedimientos judiciales, la optimización de la comunicación entre consumidores y profesionales y la creación de procedimientos extrajudiciales para la solución de conflictos en materia de consumo.

23. **Resolución del Consejo de 28 de junio de 1999 sobre la *política de consumidores* en la Comunidad en el período 1999-2001. DOCE, C, núm. 206, de 21 de julio de 1999.**

El Consejo insta a la Comisión a poner especial énfasis en los siguientes temas: salud y seguridad, intereses económicos y jurídicos; mayor posibilidad de expresión del consumidor; integración, relaciones internacionales. Asimismo, insta a los Estados miembros a que garanticen a escala nacional que las exigencias de protección se hayan tenido debidamente en cuenta en otras políticas; que fortalezcan las organizaciones nacionales de consumidores mediante los medios adecuados y mejoren su consulta a escala nacional; que contribuyan a una participación real de los representantes de los consumidores en el proceso de normalización.

24. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión-Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2000». DOCE, C, núm. 209, de 22 de julio de 1999.**

En el plan de acción objeto de examen, la Comisión expone sus intenciones en el ámbito de la política de consumidores para los próximos tres años, formulando tres objetivos: el primero lo formula como «una voz más poderosa para los consumidores en toda la Unión Europea»; el segundo objetivo es un elevado nivel de salud y seguridad para los consumidores en la Unión Europea; el tercero es el pleno respeto de los intereses económicos de los consumidores.

El CES pone de manifiesto que falta un verdadero análisis de los resultados del anterior programa (sobre todo en lo que atañe a los objetivos no conseguidos); no obstante, está de acuerdo con los objetivos marcados, que considera menos ambiciosos que los suscritos en el pasado; asimismo, se congratula del paso de una política de protección del consumidor a una (simplemente) política de los consumidores, marcando un tránsito entre el proteccionismo y la verdadera función del consumidor en el sistema socio-económico.

**25. Decisión del Parlamento Europeo relativa al texto conjunto, aprobado por el Comité de conciliación, de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. DOCE, C, núm. 279, de 1 de octubre de 1999.**

El Parlamento Europeo se limita a aprobar el texto a que se refiere la Decisión.

**26. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (propuestas de enmiendas del Parlamento Europeo). DOCE, C, núm. 279, de 1 de octubre de 1999.**

Las importantes enmiendas del Parlamento al texto de la Comisión inciden en una mayor protección del consumidor. A las condiciones contractuales se adjuntará un resumen de las principales condiciones contractuales en un lenguaje fácilmente comprensible por el consumidor. Este resumen incluirá la siguiente información: a) identidad y dirección del proveedor; b) principales características del servicio financiero; c) precio del servicio financiero incluidos todos los impuestos; d) forma de pago, suministro o ejecución del contrato; e) existencia y plazo, de un derecho de rescisión en virtud del artículo 4; f) costes derivados de la utilización de técnicas de comunicación a distancia cuando éstos se calculen sobre una base diferente de la tarifa básica; g) período de validez

de la oferta o precio; h) en su caso, duración mínima del contrato en caso de contratos sobre prestación de servicios financieros duraderos o periódicos; j) legislación aplicable así como procedimientos de reclamación y vías de recurso, incluido el recurso ante la autoridad supervisora, a la que el consumidor podrá dirigir sus reclamaciones; k) la dirección del punto de contacto, establecido en el Estado miembro del consumidor de conformidad con la Directiva sobre determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, en el que los consumidores y los proveedores podrán obtener información sobre los derechos y obligaciones contractuales y recibir asistencia en caso de litigios. No podrá considerarse que el silencio del consumidor equivale a aceptación.

El consumidor podrá retractarse del contrato sin indicar el motivo y sin tener que pagar una penalización contractual en un plazo de treinta días: a) a partir de la celebración del contrato, o b) no obstante lo dispuesto en el artículo 3, cuando el contrato se celebre a petición expresa del consumidor, antes de que éste haya recibido las condiciones contractuales de forma duradera, se considerarán de aplicación las disposiciones del presente artículo con respecto al derecho incondicional de retractación a partir de la fecha de su recepción. Existen también algunos tipos de servicios financieros a los que el derecho de retractación (como lo llama la propuesta) no se extenderá. Cuando el contrato haya sido celebrado por el consumidor y éste haya sido incitado a ello de manera desleal por parte del proveedor, el contrato podrá anularse con todos los efectos jurídicos que ello conlleve con arreglo a la legislación aplicable al contrato, sin perjuicio del derecho del consumidor a obtener una indemnización por el daño que haya sufrido. El consumidor ejercerá su derecho de retractación notificando ésta al proveedor por escrito.

Los nuevos artículos 8.3 bis y 8 bis señalan que los Estados miembros velarán por que existan disposiciones que garanticen que el consumidor pueda solicitar la anulación de un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de crédito/débito en las transacciones contempladas por la Directiva y objeto un reembolso en caso de utilización fraudulenta del pago; además cuando el consumidor ejerza su derecho de retractación o en otros casos previstos en el artículo 8, el consumidor devolverá cuanto antes al proveedor todos los documentos contractuales facilitados en el momento de la celebración del contrato, a fin de evitar la utilización fraudulenta del mismo.

Los Estados miembros estipularán en sus legislaciones que los proveedores del servicio deben facilitar medios eficaces gratuitos, de fácil acceso y con una divulgación adecuada que permitan a los receptores optar por no recibir comunicaciones comerciales no solicitadas. Los Estados miembros velarán por que el funcionamiento y el cumplimiento de estos sistemas eficaces de autoexclusión para los servicios transfronterizos

zos de comunicación no solicitada sean compatibles con los principios del Tratado y se rijan por un código de conducta que deberá adoptarse a nivel comunitario y ponerse en práctica en un plazo de cuatro años tras la entrada en vigor de la presente Directiva.

Sin perjuicio de las disposiciones específicas del Convenio de Bruselas que contemplan los seguros, las acciones interpuestas con arreglo a la presente Directiva contra cualquier otra parte contractual podrán someterse a los tribunales del Estado en cuyo territorio esté domiciliada dicha parte o al tribunal del Estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor, a elección de éste. Los consumidores únicamente podrán ser obligados a comparecer ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio estén domiciliados. Solamente será posible desviarse de las normas establecidas en esta materia a través de acuerdos de jurisdicción aprobados tras la aparición del litigio o en convenios que permitan a los consumidores interponer una acción ante jurisdicciones distintas de las objetivamente competentes.

#### PROPIEDADES ESPECIALES

27. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de los regímenes jurídicos de protección de las invenciones mediante el *modelo de utilidad*. Enmiendas del Parlamento Europeo. DOCE, C, núm. 175, de 21 de junio de 1999.**
28. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los *derechos de autor y derechos afines* en la sociedad de la información. DOCE, C, núm. 180, de 25 de junio de 1999.**

La Directiva se refiere a la protección jurídica de los derechos de autor y derechos afines en el marco del mercado interior, con exclusión genérica de programas de ordenador, arrendamiento o préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; derechos de autor y derechos afines aplicables a la radiodifusión de programas vía satélite y la distribución por cable; duración de la protección de los derechos de autor y determinados derechos afines; protección jurídica de las bases de datos. Los derechos regulados son los de reproducción, de comunicación al público, incluido el derecho a poner a disposición del público obras u otros trabajos protegidos, y de distribución. Además se añade un capítulo sobre protección de las medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos, así como el correspondiente sistema de sanciones y recursos.

## SEGURO DE AUTOMÓVILES

29. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE.** DOCE, C, núm. 171, de 18 de junio de 1999.
30. **Posición común (CE) núm. 24/1999, aprobada por el Consejo el 21 de mayo de 1999, con vistas a la adopción de la Directiva 1999/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de... relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 72/239/CEE y 88/357/CEE (Cuarta Directiva sobre el seguro de automóviles).** DOCE, C, núm. 232, de 13 de agosto de 1999.

La Directiva tendrá por objeto establecer disposiciones específicas aplicables a los perjudicados con derecho a indemnización por los perjuicios o lesiones sufridos como consecuencia de accidentes que hayan tenido lugar en un Estado miembro que no sea el de residencia del perjudicado y causados por vehículos que tengan su estacionamiento habitual y estén asegurados en un Estado miembro. Impone la articulación de un derecho a la acción directa contra la entidad aseguradora por parte del perjudicado, la existencia de representantes para la tramitación y liquidación del siniestro, organismos de información, organismos de indemnización...

SERVICIOS FINANCIEROS, FIRMA ELECTRÓNICA, CONSULTA  
A LOS TRABAJADORES

31. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión “Servicios financieros: establecimiento de un marco de actuación”».** DOCE, C, núm. 209, de 22 de julio de 1999.

El Dictamen del CES (a quien no se dirigió la comunicación y que actúa por propia iniciativa) desglosa los siguientes puntos: instrumentos reguladores más sencillos y efectivos; máximo rendimiento de las normas existentes; integración de los mercados al por mayor al alcance de la mano; mercados al por menor de los Estados miembros aún no abiertos; cooperación entre las autoridades de regulación y de supervisión en aras

de la estabilidad financiera; condiciones generales para un mercado financiero comunitario plenamente integrado y construcción de un consenso.

32. **Posición común (CE) núm. 28/1999, aprobada por el Consejo el 28 de junio de 1999, con vistas a la adopción de la Directiva 1999/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de... por la que se establece un marco comunitario para la *firma electrónica*. DOCE, C, núm. 243, de 27 de agosto de 1999.**
33. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establece un marco general relativo a la *información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea*». DOCE, C, núm. 258, de 10 de septiembre de 1999.**

El CES considera, entre otros aspectos, que es dudosa la competencia comunitaria para regular el tema de la forma propuesta: excesiva desde el punto de vista de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

## II. PREGUNTAS ESCRITAS CON RESPUESTA

34. **Pregunta escrita E-3398/98, de Guido Podestà (PPE) a la Comisión, de 17 de noviembre de 1998; asunto: *adopción de menores*. Respuesta de la Sra. Gradín en nombre de la Comisión. DOCE, C, núm. 182, de 28 de junio de 1999.**

*Pregunta:* Aun siendo perfectamente conscientes de que la legislación relativa a la adopción y a la custodia de los menores de edad no es competencia directa de la Comisión, es lícito preguntar cómo es posible que la Unión Europea no logre intervenir de modo decisivo en los casos de abuso de que son objeto los menores de edad, en el interior de la propia Unión, con ocasión de adopciones o custodias, en particular a escala internacional, y cuando el país al que pertenece el menor se encuentra en condiciones precarias. No se puede dejar de hacer referencia a lo ocurrido en los últimos quince años en Rumania, donde el elevado número de niños adoptados por ciudadanos de otros Estados miembros ha puesto en grave peligro el ciclo de generaciones del país y han quedado sin adoptar únicamente los niños minusválidos físicos o psíquicos.

Visto que muchas leyes de los países miembros se basan en el Convenio de 1993 del Consejo de Europa (sic) relativo a la protección de la infancia por lo que respecta a la adopción internacional, y recordando la propuesta de resolución del Parlamento Europeo de 1996 en la que pide al Consejo y a la Comisión que, de acuerdo con los Estados miembros y en

el respeto de las normas internacionales, profundicen sus actividades en los ámbitos jurídico y social relacionados con el tema de la adopción.

¿No considera la Comisión

1. que al tratarse de una forma peculiar de libre circulación de las personas, para la adopción internacional es sumamente urgente proceder a una verdadera armonización de las legislaciones de los Estados miembros;

2. que este problema se ha de plantear también desde el punto de vista jurídico con el fin de impedir que, en ausencia de un sistema de normas de garantía que sea a un tiempo riguroso, transparente y sencillo, la adopción pueda degenerar convirtiéndose en un avasallamiento incluso burocrático, y asuma el carácter de un comercio de personas indefensas como son los niños;

3. que, por otra parte, es necesario impedir que este nuevo sistema de legislaciones armonizadas se convierta en un impedimento burocrático suplementario a las adopciones en lugar de garantizar a los menores tanto la protección como la posibilidad de tener una nueva familia?

*Respuesta:* La Comisión comparte el interés de su señoría por la protección de los niños de terceros países en los casos de custodia o adopción internacional.

El Convenio de La Haya de 1993 sobre adopciones entre países establece un marco para la cooperación internacional. Regula los contactos entre las autoridades del país de origen y el país beneficiario y trata las cuestiones que afectan al reconocimiento de las decisiones de adopción. Dicho Convenio da absoluta prioridad a los derechos e intereses del niño. La Comisión cree que la firma y ratificación del Convenio por parte de todos los Estados miembros significarían de por sí una mejora sustancial del marco jurídico que regula las adopciones internacionales. Hasta la fecha, ocho Estados miembros han firmado el Convenio, pero solamente Dinamarca, España y Finlandia lo han ratificado. Cabe asimismo señalar que muchos de los países de origen ya han firmado y ratificado el citado Convenio.

Por otra parte, el Convenio relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, cuando se ratifique, contribuirá sustancialmente a la rápida tramitación de los procesos de adopción en la Comunidad.

La Comisión no tiene intención, en un futuro próximo, de proceder a una armonización de la legislación de los Estados miembros en este ámbito por cuanto ya existen instrumentos internacionales que abordan este asunto.

35. **Pregunta escrita E-3685/98, de Sebastiano Musumeci (NI) a la Comisión (7 de diciembre de 1998). Asunto: *Derechos de autor*. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión, de 12 de marzo de 1999. DOCE, C, núm. 289, de 11 de octubre de 1999.**

*Pregunta:* Considerando que en Italia el derecho de autor está regido por la Ley núm. 633, de 22 de abril de 1941, integrada en la Ley núm. 159 de 1993.

Habida cuenta que ambas normas prevén pesadas sanciones administrativas y penales contra aquellos que lleven a cabo por cuenta propia o de terceros la reproducción total o parcial –no autorizada– de documentos protegidos por el *copyright*.

Considerando que la legislación italiana se sitúa en notoria contradicción con la legislación vigente sobre este tema en los demás Estados miembros, apareciendo anacrónica en la era de los multimedia.

Pregunta a la Comisión europea si no considera que debe intervenir con urgencia ante el Gobierno italiano, con el fin de que –por lo que respecta a los derechos de autor– adecue su normativa a las condiciones y exigencias cambiantes de la Unión Europea, evitando así la aplicación, a miles de operadores «reprográficos» italianos, de pesadas sanciones con graves e inevitables repercusiones sobre el ya precario mercado de trabajo.

*Respuesta:* Su Señoría se refiere concretamente a la cuestión de la reprografía, a saber, la reproducción de obras y otros objetos, protegidos por los derechos de autor, mediante técnicas que permiten realizar un facsímil o una impresión en papel.

El derecho de exclusividad constituye el núcleo esencial de los derechos exclusivos reconocidos a los titulares de los derechos de autor y otros derechos afines. Su objetivo consiste en controlar la explotación de obras y otros derechos protegidos. En general, este derecho exclusivo está sometido a excepciones o limitaciones, que afectan principalmente a la reprografía y a la copia privada.

Hasta la fecha, el derecho de reproducción sólo ha sido objeto de una armonización parcial a escala comunitaria relativa a la reproducción en el marco de los programas de ordenador (Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador), la reproducción de las bases de datos (Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos) y el derecho de reproducción de los titulares de derechos afines (en el marco de la Directiva 92/1000/CEE, del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual). Esta armonización sólo contempla algunos aspectos del derecho de reproducción, y no se aplica ni a la reprografía ni a la copia privada (salvo lo dispuesto para esta última en la Directiva 91/250/CEE).

La propuesta de Directiva de la Comisión de 10 de diciembre de 1997, sobre los derechos de autor en la sociedad de la información, prevé la armonización del derecho de reproducción, especialmente la explotación de las obras disponibles en las redes de la sociedad de la información, y de las excepciones que pueden tener lugar en ese ámbito. En lo relativo a la reprografía, la armonización propuesta es limitada. De



acuerdo con la disposición que figura en la letra a) del apartado 2 del artículo 5, se autoriza a los Estados miembros a mantener o introducir una excepción a las reproducciones por reprografía, contemplen o no un sistema de remuneración de los titulares de los derechos. Sin embargo, los Estados miembros que no prevén tal excepción no están obligados a incorporarla. Durante la primera lectura de los dictámenes, varias Comisiones del Parlamento Europeo a las que se les habían solicitado dichos dictámenes propusieron enmiendas relacionadas con la reprografía. La Comisión se propone optar a favor de la solución más adecuada para el mercado interior, en función del dictamen final que el Parlamento debe emitir próximamente, y de la necesidad de respetar el equilibrio entre los derechos de los titulares y los intereses de los usuarios.

En estas condiciones, mientras subsistan lagunas en el acervo comunitario en materia de reprografía, no se podrá declarar que la legislación italiana vulnera la legislación comunitaria. El legislador nacional dispone de un amplio margen de maniobra para definir el ámbito y las condiciones de aplicación del derecho de reproducción, derecho que también comprende la reprografía. No obstante, los Estados miembros deben atenerse a las normas generales previstas por el acervo comunitario en materia de derechos de autor, y a las que se derivan de las normas internacionales, en particular, las relativas al examen del perjuicio económico contemplado también en los nuevos Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

**36. Pregunta escrita E-4002/98, de Caroline Jackson (PPE) a la Comisión, de 5 de enero de 1999. Asunto: Directiva sobre viajes combinados. DOCE, C, núm. 207, de 21 de julio de 1999.**

*Pregunta:* Las quejas de los consumidores contra los operadores turísticos siguen aumentando a pesar de la existencia de la Directiva sobre viajes combinados 90/314/CEE. Los principales motivos de preocupación se refieren a la situación de los clientes en caso de que los operadores resulten insolventes o a los suplementos de precio sobre los precios indicados.

¿Considera la Comisión que la Directiva protege adecuadamente a los consumidores en caso de insolvencia del organizador, de manera que éste y/o el vendedor estén obligados a reembolsar rápidamente y en su integridad las cantidades pagadas por el consumidor?

¿Por qué razón ha aceptado la Comisión que el Reino Unido transponga el artículo 4 de la Directiva, relativo a la posibilidad de revisar los precios publicados, en una forma menos rigurosa y menos precisa que el propio texto de la Directiva?

A la vista de estas y otras observaciones, ¿se propone la Comisión presentar enmiendas a la Directiva?

**Pregunta escrita E-0082/99, de Anita Pollack (PSE) a la Comisión, de 27 de enero de 1999. Asunto: Directiva sobre viajes combinados. DOCE, C, núm. 207, de 21 de julio de 1999.**

*Pregunta:* ¿Piensa la Comisión hacer suyas las peticiones de salvaguarda más estrictas para proteger a los consumidores contra el hundimiento de operadores de viajes combinados, mediante la presentación de propuestas de modificación de la Directiva sobre viajes combinados con los objetivos de facilitar a los consumidores información adicional sobre las garantías de los pagos por adelantado, permitir que se transfieran las reservas si hay riesgos para las vacaciones previstas y garantizar que los viajeros sean devueltos a su lugar de origen en caso de quiebra de las agencias?

**Respuesta común a las preguntas escritas E-4002/98 y E-0082/99 dada por la Sra. Bonino en nombre de la Comisión.**

*Respuesta:* El texto del artículo 7 de la Directiva 90/314/CEE, en virtud del cual los organizadores y detallistas de viajes combinados «facilitarán pruebas suficientes de que, en caso de insolvencia o de quiebra, quedarán garantizados el reembolso de los fondos depositados y la repatriación del consumidor» deja un amplio margen de interpretación.

Los Estados miembros han adoptado diferentes enfoques para la transposición de dicha disposición. La Comisión sigue atentamente la transposición en todos los Estados miembros. Actualmente, hay procedimientos por infracción pendientes contra Italia, donde aún no se ha constituido el fondo de garantía de viaje previsto por la Ley 111/95, y contra Grecia, donde las empresas de transporte marítimo de pasajeros están totalmente exentas de la obligación de proporcionar seguridad en caso de insolvencia.

Es preciso, sin embargo, tener en cuenta que la Comisión sólo puede incoar procedimientos por infracción en caso de que los defectos de transposición y aplicación del artículo 7 de la Directiva sean obvios, por ejemplo cuando no exista transposición en absoluto (como en Italia), o si la seguridad que han de proporcionar los organizadores y detallistas es claramente insuficiente. Si en la práctica no hay defectos, resulta muy difícil argumentar que un sistema de seguridad es insuficiente.

De hecho, la Comisión no ha recibido ninguna queja de consumidores ni de asociaciones de consumidores –ni del Reino Unido ni de ningún otro Estado miembro– por insuficiencias en las medidas nacionales de aplica-

ción del artículo 7. En consecuencia, cabría pensar que en la práctica aún no se han producido problemas graves.

No obstante, la Comisión aún está haciendo un atento seguimiento de esta cuestión. Recientes progresos, en particular las decisiones del Tribunal de Justicia en los asuntos Dillenkofer (C-178/94), VKI contra Österreichische Kreditversicherung (C-364/96) y Ambry (C-410/96) inducen a pensar que las medidas adoptadas por algunos Estados miembros para aplicar el artículo 7 no son conformes a la interpretación que el Tribunal hace de dicho artículo. La Comisión invitará a los Estados miembros a debatir esta cuestión a principios de 1999, y entonces, en caso necesario, tomará otras medidas.

Por lo que respecta al apartado 4 del artículo 4 de la Directiva 90/314/CEE, relativo a la revisión de los precios publicados, la Comisión invita a su señoría a que exponga las razones que le hacen pensar que dicha disposición no ha sido objeto de una transposición correcta en el Reino Unido.

### III. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE <sup>1</sup>

#### ADHESIÓN DE NUEVOS ESTADOS

37. **STJCE de 29 de junio de 1999, Tribunal de Justicia, Asunto C-206/97. Reino de Suecia/Consejo de la Unión Europea. Adhesión de nuevos Estados. Adhesión del Reino de Suecia. Pesca. Fijación del total admisible de capturas para determinadas poblaciones de peces. Bacalao. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
  
38. **STJCE de 7 de septiembre de 1999, Asunto C-355/97. Landesgrundverkehrsreferent der Tiroler Landesregierung/Beck Liegenschaftsverwaltungsgesellschaft mbH, Bergdorf Wohnbau GmbH, en liquidation. Adhesión de nuevos Estados. Cuestión prejudicial. Artículo 70 del Acta de Adhesión de Austria. Residencias secundarias. Procedimiento de adquisición de bienes inmuebles en Tirol. Concepto de legislación vigente. (Sala Quinta.)**

---

<sup>1</sup> La información que sigue ha sido obtenida a partir del Boletín de Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, preparado por la División de Prensa e Información del Tribunal de Justicia (L-2925 Luxemburgo). En ella se da cuenta de las resoluciones dictadas hasta el 3 de diciembre de 1999, con exclusión de las relativas a agricultura, fiscalidad, funcionarios y política regional.

## APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES

39. **STJCE de 1 de julio de 1999, Asunto C-173/98. *Sebago Inc., Ancienne Maison Dubois et Fils SA/G-B Unic SA.* Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Marca. Agotamiento del derecho del titular de una marca. Consentimiento del titular. (Sala Quinta.)**
40. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-215/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Helénica.* Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento de Estado. Directiva 91/157/CEE relativa a las pilas y a los acumuladores que contengan determinadas materias peligrosas. Falta de adopción por el Estado miembro de los programas previstos en el artículo 6 de la Directiva. (Sala Quinta.)**
41. **STJCE de 14 de septiembre de 1999, Asunto C-375/97. *General Motors Corporation/Yplon SA.* Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Directiva 89/104/CEE. Marcas. Protección. Productos o servicios no similares. Marca que goza de renombre. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
42. **STJCE de 14 de septiembre de 1999, Asunto C-401/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Helénica.* Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 94/47/CE. (Sala Quinta.)**
43. **STJCE de 22 de junio de 1999 Tribunal de Justicia, Asunto C-342/97. *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH/Klijsen Handel BV.* Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Directiva 89/104/CEE. Derecho de marca. Riesgo de confusión. Similitud fonética. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
44. **STJCE de 29 de junio de 1999, Asunto C-60/98. *Butterfly Music Srl/Carosello Edizioni Musicali e Discografiche Srl (CEMED).* Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Derechos de autor y derechos afines. Directiva 93/98/CEE. Armonización del plazo de protección. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
45. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-178/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa.* Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento de Estado. Directiva 91/157/CEE, relativa a las pilas y a los acumuladores que contengan determinadas materias peligrosas. Falta de adopción por**

el Estado miembro de los programas previstos en el artículo 6 de la Directiva. (Sala Quinta.)

46. STJCE de 15 de junio de 1999, Asunto C-140/97. *Walter Rechberger et Renate Greindl, Hermann Hofmeister y otros/República de Austria*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Directiva 90/314/CEE, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Viajes ofrecidos a precio reducido a los suscriptores de un diario. Adaptación del Derecho interno. Responsabilidad del Estado miembro. (Tribunal de Justicia en Pleno.)
47. STJCE de 16 de septiembre de 1999, Asunto C-392/97. *Farmitalia Carlo Erba Srl*. Aproximación de las legislaciones. Cuestión prejudicial. Especialidades farmacéuticas. Certificado complementario de protección. (Sala Quinta.)
48. STJCE de 21 de octubre de 1999, Asunto C-391/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Helénica*. Aproximación de las legislaciones. Incumplimiento de Estado. Directiva 93/43/CEE. No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. (Sala Sexta.)

#### AYUDAS DE ESTADO

49. STJCE de 17 de junio de 1999, Asunto C-295/97. *Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA/International Factors Italia SpA (Ifitalia), Dornier Luftfahrt GmbH, Ministero della Difesa*. Ayudas de Estado. Cuestión prejudicial. Artículo 92 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículo 87 CE). Ayuda nueva. Notificación previa. (Sala Quinta.)
50. STJCE de 17 de junio de 1999, Asunto C-75/97. *Reino de Bélgica/Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Concepto. Reducción incrementada de las cotizaciones de Seguridad Social en determinados sectores industriales. Operación Maribel bis/ter. (Sala Sexta.)
51. STJCE de 29 de junio de 1999, Asunto C-256/97. *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*. Ayudas de Estado. Cuestión prejudicial. Artículo 92 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículo 87 CE). Concepto de ayuda de Estado. Facilidades de pago concedidas por un organismo público competente para recaudar las cotizaciones sociales de empresarios y trabajadores. (Sala Sexta.)

52. **STJCE de 5 de octubre de 1999, Asunto C-251/97. República Francesa/Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado. Artículo 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE, tras su modificación). Concepto de ayuda. Reducción de las cargas sociales en contrapartida por los costes resultantes para las empresas de convenios colectivos en materia de reorganización y reducción del tiempo de trabajo. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
53. **STPICE de 15 de junio de 1999, Asunto T-288/97. Regione autonoma Friuli Venezia Giulia/Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado. Recurso de anulación. Decisión de la Comisión. Ayudas de Estado. Recurso interpuesto por una entidad infraestatal. Admisibilidad. (Sala Primera ampliada.)**
54. **STPICE de 17 de junio de 1999, Asunto T-82/96. Associação dos Refinadores de Açúcar Portugueses (ARAP), Alcântara Refinarias-Açúcares SA, RAR Refinarias de Açúcar Reunidas SA/Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado. Denuncias de empresas competidoras. Protección judicial de los denunciantes. Azúcar. Ayuda concedida en ejecución de un régimen general de ayudas de Estado aprobado por la Comisión. Ayuda de Estado a la formación profesional. Ayuda de Estado en el marco de una cofinanciación con arreglo al régimen de los Fondos estructurales. (Sala Cuarta ampliada.)**
55. **STPICE de 6 de octubre de 1999, Asunto T-110/97. Kneissl Dachstein Sportartikel AG/Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado. Decisión por la que se autoriza una ayuda de Estado a la reestructuración. Comienzo del plazo de interposición del recurso respecto a un tercero. Requisitos de compatibilidad de la ayuda. (Sala Segunda ampliada.)**
56. **STPICE de 6 de octubre de 1999, Asunto T-123/97. Salomon SA/Comisión de las Comunidades Europeas. Ayudas de Estado. Decisión por la que se autoriza una ayuda de Estado a la reestructuración. Comienzo del plazo de interposición del recurso desde el punto de vista de un tercero. Requisitos de compatibilidad de la ayuda. (Sala Segunda ampliada.)**
57. **STPICE de 7 de julio de 1999, Asunto T-106/96. Wirtschaftsvereinigung Stahl/Comisión de las Comunidades Europeas. CECA. Recurso de anulación. Admisibilidad. Ayudas de Estado. Decisión individual por la que se autoriza la concesión de ayudas de**

**Estado a una empresa siderúrgica. Base jurídica. Letra c) del artículo 4 y párrafo primero del artículo 95 del Tratado. Incompatibilidad con las disposiciones del Tratado. Principio de igualdad. Principio de proporcionalidad. Confianza legítima. Contrapartidas a la concesión de una ayuda pública. Inexistencia de reducción de capacidad. Vicios sustanciales de forma. (Sala Cuarta ampliada.)**

58. **STPICE de 7 de julio de 1999, Asunto T-89/96. *British Steel plc/Comisión de las Comunidades Europeas*. CEEA. Recurso de anulación. Admisibilidad. Ayudas de Estado. Decisión individual por la que se autoriza la concesión de ayudas de Estado a una empresa siderúrgica. Base jurídica. Letra c) del artículo 4 y párrafo primero del artículo 95 del Tratado. Contrapartidas a la concesión de una ayuda pública. Inexistencia de reducción de capacidad. Principio de no discriminación. Vicios sustanciales de forma. (Sala Cuarta ampliada.)**
59. **STPICE de 9 de septiembre de 1999, Asunto T-110/98. *RJB Mining plc/Comisión de las Comunidades Europeas*. Tratado CEEA. Ayudas de Estado. Ayudas de funcionamiento. Autorización retroactiva de una ayuda ya abonada. Mejora de la viabilidad de las empresas beneficiarias, en el sentido del artículo 3 de la Decisión n. 3632/93/CECA. (Sala Primera ampliada.)**

#### COMPETENCIA

60. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-245/92 P. *Chemie Linz GmbH/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Recurso de casación. Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Reapertura de la fase oral del procedimiento. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una Decisión por la Junta de Comisarios. (Sala Sexta.)**
61. **STJCE de 14 de septiembre de 1999, Asunto C-310/97 P. *Comisión de las Comunidades Europeas/AssiDomän Kraft Products AB y otros*. Competencia. Recurso de casación. Efectos sobre terceros de una sentencia de anulación. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
62. **STJCE de 16 de septiembre de 1999, Asunto C-22/98. *Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV, Adia Interim NV*. Competencia. Cuestión prejudicial. Legislación nacional que reserva la**

**ejecución de determinadas tareas portuarias a trabajadores portuarios reconocidos. Concepto de empresa. Derechos especiales o exclusivos. (Sala Sexta.)**

63. **STJCE de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-219/97. *Maatschappij Drijvende Bokken BV/Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer-en Havenbedrijven*. Competencia. Cuestión prejudicial. Afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones. Compatibilidad con las normas de la competencia. Calificación de un fondo sectorial de pensiones como empresa. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
64. **STJCE de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-67/96. *Albany International BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*. Competencia. Cuestión prejudicial. Afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones. Compatibilidad con las normas de la competencia. Calificación de un fondo sectorial de pensiones como empresa. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
65. **STJCE de 21 de septiembre de 1999, Asuntos acumulados C-115/97, C-116/97 y C-117/97. *Brentjens' Handelsonderneming BV/Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*. Competencia. Cuestión prejudicial. Afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones. Compatibilidad con las normas de la competencia. Calificación de un fondo sectorial de pensiones como empresa. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
66. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-199/92 P. *Hüls AG/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Recurso de casación. Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Reapertura de la fase oral del procedimiento. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una Decisión por la Junta de Comisarios. Normas de competencia aplicables a las empresas. Conceptos de acuerdo y práctica concertada. Principios y normas aplicables en materia de prueba. Presunción de inocencia. Multa. (Sala Sexta.)**
67. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-200/92 P. *Imperial Chemical Industries plc (ICI)/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Recurso de casación. Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Reapertura de la fase oral del procedimiento. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una Decisión por la Junta de Comisarios. (Sala Sexta.)**



68. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-227/92 P. Hoechst AG/Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia. Recurso de casación. Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Reapertura de la fase oral del procedimiento. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una Decisión por la Junta de Comisarios. (Sala Sexta.)**
69. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-234/92 P. Shell International Chemical Company Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia. Recurso de casación. Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Reapertura de la fase oral del procedimiento. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una Decisión por el Colegio de Comisarios. (Sala Sexta.)**
70. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-235/92 P. Montecatini SpA/Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia. Recurso de casación. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una Decisión por la Junta de Comisarios. Normas sobre competencia aplicables a las empresas. Conceptos de acuerdo y de práctica concertada. Prescripción. Multa. (Sala Sexta.)**
71. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-49/92 P. Comisión de las Comunidades Europeas/Anic Partecipazioni SpA. Competencia. Recurso de casación. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una Decisión por la Junta de Comisarios. Normas de competencia aplicables a las empresas. Conceptos de acuerdo y práctica concertada. Responsabilidad de una empresa por la totalidad de la infracción. Imputabilidad de la infracción. Multa. (Sala Sexta.)**
72. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-5/93 P. DSM NV/Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia. Recurso de casación. Demanda de revisión. Admisibilidad. (Sala Sexta.)**
73. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-51/92 P. Hercules Chemicals NV/Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia. Recurso de casación. Procedimiento. Obligación de dictar simultáneamente las sentencias en los Asuntos relativos a la misma Decisión. Reglamento interno de la Comisión. Procedimiento de adopción de una Decisión por la Junta de Comisarios. Normas sobre competencia aplicables a las empresas. Derechos de defensa. Acceso al expediente. Multa. (Sala Sexta.)**

74. **STPICE de 7 de octubre de 1999, Asunto T-228/97. *Irish Sugar plc/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE). Posición dominante y posición dominante colectiva. Abuso. Multa. (Sala Tercera.)**
75. **STPICE de 8 de julio de 1999, Asunto T-266/97. *Vlaamse Televisie Maatschappij NV/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Artículo 90, apartado 3, del Tratado CE (actualmente, artículo 86, apartado 3 CE). Derecho a ser oído. Artículo 90, apartado 1 del Tratado CE (actualmente, artículo 86, apartado 1, CE), en relación con el artículo 52 del Tratado CE (actual artículo 43 CE). Derecho exclusivo de emitir publicidad televisada en Flandes. (Sala Primera ampliada.)**
76. **STPICE de 9 de septiembre de 1999, Asunto T-127/98. *UPS Europe SA/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Recurso por omisión. Obligación de investigar de la Comisión. Plazo razonable. (Sala Cuarta.)**

#### CONVENIO SOBRE COMPETENCIA JUDICIAL

77. **STJCE de 17 de junio de 1999, Asunto C-260/97. *Unibank A/S/Fleming G. Christensen*. Convenio relativo a la competencia judicial/ejecución de resoluciones judiciales. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas. Interpretación del artículo 50. Concepto de documentos públicos con fuerza ejecutiva, formalizados en un Estado contratante. Documento extendido sin la intervención de un funcionario público. Artículos 32 y 36. (Sala Quinta.)**
78. **STJCE de 28 de septiembre de 1999, Asunto C-440/97. *GIE Groupe Concorde y otros/Capitaine commandant le navire Suhadiwarno Panjan y otros*. Convenio relativo a la competencia judicial/ejecución de resoluciones judiciales. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas. Competencia en materia contractual. Lugar de cumplimiento de la obligación. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
79. **STJCE de 5 de octubre de 1999, Asunto C-420/97. *Leathertex Divisione Sintetici SpA/Bodetex BVBA*. Convenio relativo a la competencia judicial/ejecución de resoluciones judiciales. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas. Interpretación de los artículos 2 y 5, número 1. Contrato de agencia comercial.**

**Demanda basada en obligaciones distintas resultantes de un mismo contrato y consideradas como equivalentes. Competencia del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda para conocer de ésta en su integridad. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**

#### DERECHO INSTITUCIONAL

80. **STJCE de 18 de noviembre de 1999, Asunto C-209/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/Consejo de la Unión Europea*. Derecho institucional. Reglamento (CE) n. 515/97. Base jurídica. Artículo 235 del Tratado CE (actualmente, artículo 308 CE) o artículo 100 A del Tratado CE (actualmente artículo 95 CE, tras su modificación). (Sala Sexta.)**
81. **STPICE de 19 de julio de 1999, Asunto T-14/98. *Heidi Hautala/Consejo de la Unión Europea*. Derecho institucional. Derecho de acceso del público a los documentos del Consejo. Decisión 93/731/CE. Excepciones al principio de acceso a los documentos. Protección del interés público en materia de relaciones internacionales. Acceso parcial. (Sala Primera.)**
82. **STPICE de 19 de julio de 1999, Asunto T-188/97. *Rothmans International BV/Comisión de las Comunidades Europeas*. Derecho institucional. Decisión 94/90/CECA, CE, Euratom sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión. Decisión por la que se deniega el acceso a documentos. Regla del autor. Comités denominados de comitología. (Sala Primera ampliada.)**
83. **STJCE de 10 de junio de 1999, Asunto C-172/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/SIVU du plan d'eau de la Vallée du Lot y Hydro-Réalisations SARL*. Derecho institucional. Cláusula compromisoria. Incumplimiento de un contrato. (Sala Tercera.)**
84. **STJCE de 10 de junio de 1999, Asunto C-334/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/Comune di Montorio al Vomano*. Derecho institucional. Artículo 238 CE (antiguo artículo 181). Cláusula compromisoria. Incumplimiento de dos contratos. (Sala Tercera.)**
85. **STPICE de 14 de octubre de 1999, Asunto T-309/97. *The Bavarian Lager Company Ltd./Comisión de las Comunidades Europeas*. Derecho institucional. Transparencia. Acceso a la información. Decisión 94/90/CECA, CE, Euratom de la Comisión,**

sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión. Alcance de la excepción basada en la protección del interés público. Proyecto de dictamen motivado con arreglo al artículo 169 del Tratado CE (actualmente, artículo 226 CE). (Sala Cuarta).

## DERECHO DE SOCIEDADES

86. STJCE de 12 de octubre de 1999, Asunto C-213/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/Irlanda*. Derecho de sociedades. Incumplimiento de Estado. Directiva 92/100/CEE. (Sala Tercera.)
87. STJCE de 14 de septiembre de 1999, Asunto C-275/97. *DE + ES Bauunternehmung GmbH/Finanzamt Bergheim*. Derecho de sociedades. Cuestión prejudicial. Cuarta Directiva 78/660/CEE. Cuentas anuales. Principio de imagen fiel. Principio de prudencia. Principio de valoración por separado. Provisiones globales para varios riesgos. Requisitos de dotación de provisiones. (Sala Quinta.)
88. STJCE de 16 de septiembre de 1999, Asunto C-27/98. *Metalmecanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels-und Montage GmbH/Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*. Derecho de sociedades. Cuestión prejudicial. Contratos públicos de obras. Adjudicación del contrato al único licitador considerado apto para participar. (Sala Cuarta.)
89. STJCE de 18 de noviembre de 1999, Asunto C-107/98. *Teckal Srl/Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*. Derecho de sociedades. Cuestión prejudicial. Contratos públicos de servicios y de suministro. Directivas 92/50/CEE y 93/36/CEE. Adjudicación, por parte de un ente territorial a una mancomunidad a la que está asociado, de un contrato de suministro de productos y de prestación de servicios determinados. (Sala Quinta.)
90. STJCE de 18 de noviembre de 1999, Asunto C-275/98. *Unitron Scandinavia A/S, 3-S A/S, Danske Svineproducenters Service-selskab/Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*. Derecho de sociedades. Cuestión prejudicial. Contratos públicos de suministro. Directiva 93/36/CEE. Adjudicación de contratos

**públicos de suministro por una entidad distinta de un poder adjudicador. (Sala Primera.)**

91. **STJCE de 2 de diciembre de 1999. Asunto C-176/98. *Holst Italia SpA/Comune di Cagliari*. Derecho de sociedades. Cuestión prejudicial. Directiva 92/50/CEE. Contratos públicos de servicios. Justificación de la capacidad del prestador. Posibilidad de referirse a las capacidades de otra sociedad. (Sala Quinta).**
92. **STJCE de 25 de noviembre de 1999, Asunto C-212/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/Irlanda*. Derecho de sociedades. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 93/83/CEE. (Sala Quinta.)**
93. **STJCE de 25 de noviembre de 1999. Asunto C-212/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/Irlanda*. Derecho de sociedades. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 93/83/CEE. (Sala Quinta.)**
94. **STJCE de 28 de octubre de 1999, Asunto C-328/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/República de Austria*. Derecho de sociedades. Incumplimiento de Estado. Contratos públicos de obras. Admisibilidad. Compatibilidad con el Derecho comunitario de las condiciones que rigen las licitaciones. No publicación de un anuncio de licitación en el DOCE. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
95. **STJCE de 28 de octubre de 1999, Asunto C-81/98. *Alcatel Austria AG y otros, Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG/Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*. Derecho de sociedades. Cuestión prejudicial. Contratos públicos. Procedimiento de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras. Procedimiento de recurso. (Sala Sexta.)**

#### LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

96. **STJCE de 14 de octubre de 1999, Asunto C-439/97. *Sandoz GmbH/Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland*. Libre circulación de capitales. Cuestión prejudicial. Contratos de préstamo. Impuesto sobre actos jurídicos documentados. Modalidades de imposición. Discriminación. (Sala Sexta.)**

97. STJCE de 18 de noviembre de 1999, Asunto C-200/98. *X AB, Y AB/Riksskatteverket*. Libre circulación de capitales. Cuestión prejudicial. Libertad de establecimiento. Pago realizado por una sociedad sueca a su filial. Exención del Impuesto sobre Sociedades. (Tribunal de Justicia en Pleno.)

## LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

98. STJCE de 11 de noviembre de 1999, Asunto C-48/98. *Firma Söhl & Söhlke/Hauptzollamt Bremen*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Código Aduanero Comunitario y Reglamento de aplicación. Superación de los plazos de despacho aduanero de las mercancías no comunitarias en depósito temporal. Concepto de infracción que no ha tenido consecuencias reales para el correcto funcionamiento del depósito temporal o del régimen aduanero considerado. Prórroga del plazo. Concepto de negligencia manifiesta. (Sala Sexta.)
99. STJCE de 12 de octubre de 1999, Asunto C-379/97. *Pharmacia & Upjohn SA, anteriormente Upjohn SA/Paranova A/S*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Derecho de marca. Medicamentos. Importación paralela. Sustitución de marca. (Tribunal de Justicia en Pleno.)
100. STJCE de 21 de octubre de 1999, Asunto C-233/98. *Hauptzollamt Neubrandenburg/Lensing & Brockhausen GmbH*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Tránsito comunitario. Infracción. Recaudación de derechos. Estado competente. (Sala Primera.)
101. STJCE de 21 de octubre de 1999, Asunto C-97/98. *Peter Jägerskiöld/Torolf Gustafsson*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Concepto de mercancías. Derecho de pesca con caña. Libre prestación de servicios. (Sala Sexta.)
102. STJCE de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-124/97. *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd., Oy Transatlantic Software Ltd./Kihlakunnansyyttäjät (Jyväskylä), Suomen valtio (Estado finlandés)*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Libre prestación de servicios. Derechos exclusivos de explotación. Máquinas tragaperras. (Tribunal de Justicia en Pleno.)

103. STJCE de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-44/98. *BASF AG/Präsident des Deutschen Patentamts*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Medidas de efecto equivalente. Patente europea privada de efectos por falta de traducción. (Sala Quinta.)
104. STJCE de 22 de junio de 1999, Asunto C-412/97. *ED Srl/Italo Fenocchio*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Libre prestación de servicios. Libre circulación de pagos. Disposición nacional que prohíbe dictar una orden conminatoria de pago que debe notificarse fuera del territorio nacional. Compatibilidad. (Sala Quinta.)
105. STJCE de 7 de septiembre de 1999, Asunto C-61/98. *De Haan Beheer BV/Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen te Rotterdam*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Derechos de aduana. Tránsito externo. Fraude. Nacimiento y recaudación de la deuda aduanera. (Sala Quinta.)
106. STJCE de 14 de octubre de 1999, Asunto C-223/98. *Adidas AG*. Libre circulación de mercancías. Cuestión prejudicial. Reglamento (CE) 3295/94. Prohibición del despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas. Disposición nacional que establece el secreto de los nombres de los destinatarios de los envíos retenidos por las autoridades aduaneras sobre la base del Reglamento. Compatibilidad de la disposición nacional con el Reglamento (CE) 3295/94. (Sala Quinta.)

## LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

107. STJCE de 14 de septiembre de 1999, Asunto C-391/97. *Frans Gschwind/Finanzamt Aachen-Außenstadt*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Artículo 48 del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación). Igualdad de trato. No residentes. Impuesto sobre la renta. Baremo de imposición para las parejas casadas. (Tribunal de Justicia en Pleno.)
108. STJCE de 18 de noviembre de 1999, Asunto C-161/98. *Georges Platbrood/Office national des pensions (ONP)*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad Social. Reglamento (CEE) 1408/71 [en su versión modificada por el Regla-

mento (CEE) 1248/92]. Prestaciones de la misma naturaleza adeudadas en virtud de la legislación de dos o más Estados miembros. Cláusula de reducción, de suspensión o de supresión contenida en la legislación de un Estado miembro. Legislación nacional que reconoce determinados períodos en virtud de una presunción legal (presunción de los años de guerra) en la medida en que no se haya constituido para éstos derecho alguno a pensión con cargo a otro régimen (incluido un régimen extranjero). (Sala Quinta.)

109. STJCE de 18 de noviembre de 1999, Asunto C-442/97. *Jozef Van Coile/Rijksdienst voor Pensioenen*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad Social. Reglamento (CEE) 1408/71 [en su versión modificada por el Reglamento (CEE) 1248/92]. Prestaciones de la misma naturaleza adeudadas en virtud de la legislación de dos o más Estados miembros. Cláusula de reducción, de suspensión o de supresión contenida en la legislación de un Estado miembro. Legislación nacional que reconoce determinados períodos en virtud de una presunción legal (presunción de los años de guerra) en la medida en que no se haya constituido para éstos derecho alguno a pensión con cargo a otro régimen (incluido un régimen extranjero). (Sala Quinta.)
110. STJCE de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-307/97. *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland/Finanzamt Aachen-Innenstadt*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Libertad de establecimiento. Impuestos sobre la renta de las sociedades. Ventajas fiscales. (Tribunal de Justicia en Pleno.)
111. STJCE de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-378/97. *Florus Ariël Wijzenbeek*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a circular y residir libremente. Controles en las fronteras. Normativa nacional que obliga a las personas procedentes de otro Estado miembro a presentar un pasaporte. (Tribunal de Justicia en Pleno.)
112. STJCE de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-397/96. *Caisse de pension des employés privés/Dieter Kordel, Rainer Kordel, Frankfurter Allianz Versicherungs AG*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Seguridad Social. Institución deudora. Derecho a ejercitar una acción judicial frente al tercero responsable. Subrogación. (Sala Quinta.)



113. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-234/97. *Teresa Fernández de Bobadilla/Museo Nacional del Prado, Comité de Empresa del Museo Nacional del Prado, Ministerio Fiscal*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Reconocimiento de títulos. Restaurador de bienes culturales. Directivas 89/48/CEE y 92/51/CEE. Concepto de profesión regulada. Artículo 48 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículo 39 CE). (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
114. **STJCE de 8 de junio de 1999, Asunto C-337/97. *C.P.M. Meeusen/Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Reglamento (CEE) 1612/68. Concepto de trabajador. Libertad de establecimiento. Financiación de los estudios. Discriminación por razón de la nacionalidad. Requisito de residencia. (Sala Quinta.)**

#### LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

115. **STJCE de 14 de septiembre de 1999, Asunto C-170/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Transportes. Incumplimiento de Estado. Reglamento (CEE) 4055/86. Libre prestación de servicios. Transporte marítimo. (Sala Primera.)**
116. **STJCE de 14 de septiembre de 1999, Asuntos acumulados C-171/98, C-201/98 y C-202/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica y Gran Ducado de Luxemburgo*. Transportes. Incumplimiento de Estado. Reglamento (CEE) 4055/86. Libre prestación de servicios. Transporte marítimo. (Sala Primera.)**
117. **STJCE de 21 de octubre de 1999, Asunto C-67/98. *Questore di Verona/Diego Zenatti*. Libre prestación de servicios. Cuestión prejudicial. Recogida de apuestas. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
118. **STJCE de 23 de noviembre de 1999, Asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96. *Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL*. Libre prestación de servicios. Cuestión prejudicial. Desplazamiento temporal de trabajadores para la ejecución de un contrato. Restricciones. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**

119. **STJCE de 23 de noviembre de 1999. Asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96. *Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL. Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL.* Libre prestación de servicios. Cuestión prejudicial. Desplazamiento temporal de trabajadores para la ejecución de un contrato. Restricciones. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
120. **STJCE de 26 de octubre de 1999, Asunto C-294/97. *Eurowings Luftverkehrs AG/Finanzamt Dortmund-Unna.* Libre prestación de servicios. Cuestión prejudicial. Impuesto sobre Actividades Económicas. Integración de la base imponible. Excepción inaplicable al arrendatario de un bien cuyo propietario se halla establecido en otro Estado miembro y por ello no está sometido al impuesto. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
121. **STJCE de 28 de octubre de 1999, Asunto C-55/98. *Skatteministeriet/Bent Vestergaard.* Libre prestación de servicios. Cuestión prejudicial. Impuesto sobre la Renta. Base imponible. Dedución de los gastos relativos a cursos de formación profesional. Distinción según el país donde tienen lugar los cursos. (Sala Sexta.)**
122. **STJCE de 28 de octubre de 1999, Asunto C-6/98. *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD)/PRO Sieben Media AG.* Libre prestación de servicios. Cuestión prejudicial. Radiodifusión televisiva. Limitación del tiempo de transmisión dedicado a la publicidad. (Sala Sexta.)**
123. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-203/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica.* Libre prestación de servicios. Incumplimiento de Estado. Artículos 6 y 52 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículos 12 CE y 43 CE). Navegación aérea. Matriculación de aeronaves. (Sala Cuarta.)**
124. **STJCE de 9 de septiembre de 1999, Asunto C-108/98. *RI.SAN. Srl/Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA, antiguamente GEPI SpA, Ischia Ambiente SpA.* Libre prestación de servicios. Cuestión prejudicial. Libertad de establecimiento. Organización del servicio de recogida de residuos. (Sala Quinta.)**

## MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

125. **STJCE de 11 de noviembre de 1999, Asunto C-184/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Directiva 76/464/CEE, del Consejo. Contaminación de las aguas. No adaptación del Derecho interno. (Sala Sexta.)**
126. **STJCE de 16 de septiembre de 1999, Asunto C-435/97. *World Wildlife Fund (WWF) y otros/Autonomie Provinz Bozen y otros*. Medio ambiente y consumidores. Cuestión prejudicial. Medio ambiente. Directiva 85/337/CEE. Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados. (Sala Sexta.)**
127. **STJCE de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-392/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Irlanda*. Medio ambiente y consumidores. Medio ambiente. Directiva 85/337/CEE. Evaluación del impacto ambiental de determinados proyectos públicos y privados. Determinación de los umbrales. (Sala Quinta.)**
128. **STJCE de 25 de noviembre de 1999, Asunto C-96/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Directiva 79/409/CEE. Conservación de las aves silvestres. Zonas de protección especial. (Sala Quinta.)**
129. **STJCE de 29 de septiembre de 1999, Asunto C-231/97. *A.M.L. van Rooij/Dagelijks bestuur van het waterschap de Dommel*. Medio ambiente y consumidores. Cuestión prejudicial. Medio ambiente. Directiva 76/464/CEE. Concepto de «vertido». Posibilidad de que un Estado miembro adopte una definición del concepto de «vertido» más amplia que la contenida en la Directiva. (Sala Sexta.)**
130. **STJCE de 29 de septiembre de 1999, Asunto C-232/97. *L. Nederhoff & Zn./Dijkgraaf en hoogheemraden van het Hoogheemraadschap Rijnland*. Medio ambiente y consumidores. Cuestión prejudicial. Medio ambiente. Directivas 76/464/CEE, 76/769/CEE y 86/280/CEE. Concepto de vertido. Posibilidad de que un Estado miembro adopte medidas más severas que**

las previstas en la Directiva 76/464/CEE. Incidencia de la Directiva 76/769/CEE en tal medida. (Sala Sexta.)

131. STJCE de 5 de octubre de 1999, Asuntos acumulados C-175/98 y C-177/98. *Procesos penales contra Paulo Lirussi y Francesca Bizzaro*. Medio ambiente y consumidores. Cuestión prejudicial. Residuos. Directivas 75/442/CEE y 91/689/CEE. Concepto de almacenamiento temporal previo a la recogida, en el lugar de producción. Concepto de gestión de residuos. (Sala Cuarta.)
132. STJCE de 8 de junio de 1999, Asunto C-198/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Directiva 76/160/CEE. Calidad de las aguas de baño. Admisibilidad de un recurso interpuesto con arreglo al artículo 226 CE (antiguo artículo 169). Dictamen motivado. Observancia del principio de colegialidad de la Comisión. Incumplimiento del apartado 1 del artículo 4 y del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 76/160/CEE. (Sala Quinta.)
133. STJCE de 9 de noviembre de 1999, Asunto C-365/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Directivas 75/442/CEE y 91/156/CEE. Gestión de los residuos. (Tribunal de Justicia en Pleno.)
134. STJCE de 9 de septiembre de 1999, Asunto C-102/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Directiva 87/101/CEE. Gestión de aceites usados. Adaptación. (Sala Quinta.)
135. STJCE de 9 de septiembre de 1999, Asunto C-217/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. Medio ambiente y consumidores. Incumplimiento de Estado. Directiva 90/313/CEE. Libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. Concepto de autoridades públicas. Exclusión de los órganos jurisdiccionales, así como de las autoridades policiales y disciplinarias. Suministro parcial de información. Exclusión del derecho a información durante un procedimiento administrativo. Importe y modalidades de percepción de las tasas. (Sala Sexta.)

136. **STPICE de 1 de diciembre de 1999. Asuntos acumulados T-125/96 y T-152/96. Boehringer Ingelheim Vetmedica GmbH y C.H. Boehringer Sohn/Consejo de la Unión Europea. Boehringer Ingelheim Vetmedica GmbH y C.H. Boehringer Sohn/Comisión de las Comunidades Europeas. Medio ambiente y consumidores. Agricultura. Directiva que prohíbe la utilización de sustancias  $\beta$ -agonistas en la cría de ganado. Reglamento que restringe a algunas indicaciones terapéuticas la validez de los límites máximos de residuos de medicamentos veterinarios. Recurso de anulación. Admisibilidad. Principio de proporcionalidad. (Sala Segunda.)**

#### POLÍTICA COMERCIAL

137. **STJCE de 20 de octubre de 1999, Asunto T-171/97. Swedish Match Philippines Inc./Consejo de la Unión Europea. Política comercial. Defensa contra las prácticas de *dumping*. Derecho establecido sobre las importaciones de encendedores de bolsillo originarios de Filipinas. Relación de causalidad entre exportaciones en cantidades extremadamente limitadas y la existencia de un perjuicio sufrido por la industria comunitaria. (Sala Primera ampliada.)**
138. **STPICE de 12 de octubre de 1999, Asunto T-48/96. Acme Industry Co. Ltd/Consejo de la Unión Europea. Política comercial. *Dumping*. Artículos 2, apartado 3, letra *b*), inciso ii), y 2, apartado 10, letra *b*), del Reglamento (CEE) 2423/88. Aplicación retroactiva del Reglamento (CE) 3283/94. Valor normal calculado. Determinación de los gastos VGA y del margen de beneficio. Fiabilidad de los datos. Tratamiento de los derechos de importación e impuestos indirectos. (Sala Quinta ampliada.)**
139. **STPICE de 28 de octubre de 1999, Asunto T-210/95. European Fertilizer Manufacturers' Association (EFMA)/Consejo de la Unión Europea. Política comercial. Derechos antidumping. Eliminación del perjuicio. Precio indicativo. Margen de beneficio sobre los costes de producción. (Sala Segunda ampliada.)**

#### POLÍTICA SOCIAL

140. **STJCE de 14 de septiembre de 1999, Asunto C-249/97. Gabriele Gruber/Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG. Política social. Cuestión prejudicial. Igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras. Indemnización por extin-**

**ción del contrato de trabajo. Discriminación indirecta. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**

141. **STJCE de 16 de septiembre de 1999, Asunto C-218/98. *Oumar Dabo Abdoulaye y otros/Régie nationale des usines Renault SA.* Política social. Cuestión prejudicial. Interpretación del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 a 143 CE) y de las Directivas 75/117/CEE y 76/207/CEE. Convenio colectivo que prevé una asignación para las mujeres embarazadas que inicien su permiso de maternidad. (Sala Quinta.)**
142. **STJCE de 17 de junio de 1999, Asunto C-336/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana.* Política social. Incumplimiento de Estado. Adaptación incompleta del Derecho interno a la Directiva 82/501/CEE. (Sala Sexta.)**
143. **STJCE de 2 de diciembre de 1999, Asunto C-234/98. *G.C. Allen y otros/Amalgamated Construction Co. Ltd.* Política social. Cuestión prejudicial. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas. Transmisión entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo. (Sala Quinta.)**
144. **STJCE de 21 de octubre de 1999, Asunto C-333/97. *Susanne Lewen/Lothar Denda.* Política social. Cuestión prejudicial. Igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos. Derecho a una gratificación de Navidad. Permiso parental y permiso de maternidad. (Sala Sexta.)**
145. **STJCE de 21 de octubre de 1999, Asunto C-430/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/Gran Ducado de Luxemburgo.* Política social. Incumplimiento de Estado. Directiva 94/45/CE. No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. (Sala Sexta.)**
146. **STJCE de 21 de septiembre de 1999, Asunto C-362/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana.* Política social. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 93/103/CE. (Sala Primera.)**
147. **STJCE de 26 de octubre de 1999, Asunto C-273/97. *Angela Maria Sirdar/The Army Board, Secretary of State for Defence.***

**Política social. Cuestión prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Negativa a contratar a una mujer como cocinera en los Royal Marines. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**

148. **STJCE de 28 de octubre de 1999, Asunto C-187/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Helénica*. Política social. Incumplimiento de Estado. Artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 a 143 CE). Directivas 75/117/CEE y 79/7/CEE. Igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. Prestaciones familiares y por matrimonio. Pensiones de jubilación. Cálculo. No supresión de los requisitos discriminatorios con carácter retroactivo. (Sala Sexta.)**
149. **STJCE de 5 de octubre de 1999, Asunto C-433/97 P. *IPK-München GmbH/Comisión de las Comunidades Europeas*. Política social. Recurso de casación. Anulación de una decisión de la Comisión por la que se deniega el pago del saldo de una ayuda financiera. (Sala Sexta.)**
150. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-186/98. *Maria Amélia Nunes, Evangelina de Matos*. Política social. Cuestión prejudicial. Ayuda concedida por el Fondo Social Europeo. Utilización indebida. Sanciones en Derecho comunitario y nacional. (Sala Primera.)**
151. **STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-354/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*. Política social. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 96/97/CE. (Sala Primera.)**
152. **STJCE de 9 de septiembre de 1999, Asunto C-281/97. *Andrea Krüger/Kreiskrankenhaus Ebersberg*. Política social. Cuestión prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Gratificación de fin de año. Requisitos de concesión. (Sala Sexta.)**
153. **STPICE de 16 de septiembre de 1999, Asunto T-182/96. *Partex-Companhia Portuguesa de Serviços, SA/Comisión de las Comunidades Europeas*. Política social. Fondo Social Europeo. Recurso de anulación. Reducción de la ayuda financiera. Certificación fáctica y contable. Competencia *ratione temporis* del Estado interesado. Motivación. Derechos de defensa. Abuso de derecho. Confianza legítima. Protección de los derechos adquiridos. Desviación de poder. (Sala Tercera.)**

154. **STPICE de 29 de septiembre de 1999, Asunto T-126/97. *Sonasa – Sociedade Nacional de Segurança, Ld./Comisión de las Comunidades Europeas*. Política social. Recurso de anulación. Fondo Social Europeo. Reducción de una ayuda económica. Confianza legítima. Seguridad jurídica. Buena administración. Defecto de motivación. (Sala Cuarta).**

## RELACIONES EXTERIORES

155. **STJCE de 11 de noviembre de 1999, Asunto C-179/98. *État belge/Fatna Mesbah*. Relaciones exteriores. Cuestión prejudicial. Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos. Artículo 41, apartado 1. Principio de no discriminación en materia de Seguridad Social. Ámbito de aplicación personal. (Sala Sexta.)**
156. **STJCE de 15 de junio de 1999, Asunto C-321/97. *Ulla-Brith Andersson y Susanne Wåkerås-Andersson/Svenska staten (Estado sueco)*. Relaciones exteriores. Cuestión prejudicial. Artículo 234 CE (antiguo artículo 177). Acuerdo EEE. Competencia del Tribunal de Justicia. Adhesión a la Unión Europea. Directiva 80/987/CEE. Responsabilidad del Estado. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
157. **STJCE de 23 de noviembre de 1999, Asunto C-149/96. *República Portuguesa/Consejo de la Unión Europea*. Relaciones exteriores. Política comercial. Acceso al mercado de los productos textiles. Productos originarios de India y de Pakistán. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
158. **STJCE de 23 de noviembre de 1999, Asunto C-89/96. *República Portuguesa/Comisión de las Comunidades Europeas*. Relaciones exteriores. Recurso de anulación. Política comercial. Límites cuantitativos a la importación de productos textiles. Productos originarios de India. Reglamento (CE) 3053/95. Retirada parcial. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
159. **STJCE de 23 de noviembre de 1999, Asunto C-149/96. *República Portuguesa/Consejo de la Unión Europea*. Relaciones exteriores. Política comercial. Acceso al mercado de los productos textiles. Productos originarios de India y de Pakistán. (Tribunal de Justicia en Pleno.)**
160. **STJCE de 23 de noviembre de 1999, Asunto C-89/96. *República Portuguesa/Comisión de las Comunidades Europeas*. Relacio-**



nes exteriores. Recurso de anulación. Política comercial. Límites cuantitativos a la importación de productos textiles. Productos originarios de India. Reglamento (CE) 3053/95. Retirada parcial. (Tribunal de Justicia en Pleno.)

161. STJCE de 8 de julio de 1999, Asunto C-189/97. *Parlamento Europeo/Consejo de la Unión Europea*. Relaciones exteriores. Acuerdo de pesca Comunidad Europea/Mauritania. Acuerdos que tengan implicaciones presupuestarias importantes para la Comunidad. (Tribunal de Justicia en Pleno.)
162. STPICE de 15 de junio de 1999, Asunto T-277/97. *Iseri Europa Srl/Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas*. Relaciones exteriores. Responsabilidad extracontractual. Programas MED. Informe del Tribunal de Cuentas. Críticas relativas a la demandante. (Sala Tercera.)
163. STPICE de 9 de julio de 1999, Asunto T-231/97. *New Europe Consulting Ltd. y Michael P. Brown/Comisión de las Comunidades Europeas*. Relaciones exteriores. Programa PHARE. Recurso de indemnización. Requisitos. Principio de buena administración. Evaluación del perjuicio. (Sala Cuarta.)

#### TRANSPORTES

164. STJCE de 11 de noviembre de 1999, Asunto C-315/98. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana*. Transportes. Incumplimiento de Estado. Directiva 95/21/CE. (Sala Quinta.)
165. STJCE de 28 de octubre de 1999, Asunto C-193/98. *Alois Pfennigmann*. Transportes. Cuestión prejudicial. Directiva 93/89/CE. Transporte de mercancías por carretera. Impuestos sobre los vehículos. Derechos de uso por la utilización de determinadas carreteras. Vehículos comerciales pesados. (Sala Sexta.)

#### VIARIOS: CLÁUSULA COMPROMISORIA, PRINCIPIOS DE DERECHO COMUNITARIO, PRIVILEGIOS E INMUNIDADES

166. STJCE de 10 de junio de 1999, Asunto T-10/98. *E-Quattro Snc/Comisión de las Comunidades Europeas*. CEEA. Cláusula compromisoria. Obligación de pago. Incumplimiento. (Sala Segunda.)

167. **STJCE de 29 de junio de 1999, Asunto C-172/98. Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica. Principios de Derecho comunitario. Incumplimiento de Estado. Artículo 6 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículo 12 CE). Libertad de establecimiento. Exigencia de que cuente con miembros belgas, como condición para reconocer la personalidad jurídica a una asociación. (Sala Sexta.)**
168. **STPICE de 8 de julio de 1999, Asunto T-163/98. The Procter & Gamble Company/OAMI. Marca comunitaria. Sintagma Babydry. Motivo de denegación absoluto. Alcance del control efectuado por las Salas de Recurso. Alcance del control efectuado por el Tribunal de Primera Instancia. (Sala Segunda.)**
169. **STJCE de 14 de octubre de 1999, Asunto C-229/98. Georges Vander Zwalmen, Élisabeth Massart/État belge. Privilegios e inmunidades. Cuestión prejudicial. Funcionarios y agentes de las Comunidades Europeas. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Tributación del cónyuge de un funcionario comunitario. (Sala Sexta.)**
170. **Nota informativa sobre la cita de los artículos de los Tratados en los textos del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia.**

Como consecuencia, en particular, de la nueva numeración de los artículos del Tratado de la Unión Europea (UE) y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (CE), efectuada por el Tratado de Amsterdam, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia pusieron en práctica, desde el 1 de mayo de 1999, un nuevo método para citar los artículos de los Tratados UE, CE, CECA y Euratom. El nuevo método tiene fundamentalmente por finalidad evitar cualquier riesgo de confusión entre la versión de un artículo anterior al 1 de mayo de 1999 y la posterior a dicha fecha. A continuación se exponen los principios en que se basa este método: cuando se haga referencia a un artículo de un Tratado *tal y como está en vigor* después del 1 de mayo de 1999, el número del artículo irá seguido inmediatamente de dos letras, que indicarán el Tratado de referencia: UE para el Tratado de la Unión Europea; CE para el Tratado CE; CA para el Tratado CECA; EA para el Tratado Euratom. Así, el artículo 234 CE se refiere al artículo de dicho Tratado tal y como está en vigor *después* del 1 de mayo de 1999. En cambio, cuando se haga referencia a un artículo de un Tratado *tal y como estaba en vigor antes* del 1 de mayo de 1999, el número del artículo irá seguido de la indicación del Tratado de la Unión Europea, del Tratado CE (o CEE), del Tratado CECA o del Tratado CEEA,

según proceda. Así, el artículo 85 *del Tratado CE* hace referencia al artículo 85 de dicho Tratado *antes* del 1 de mayo de 1999. Por otra parte, por lo que se refiere a los Tratados CE y de la Unión Europea, siempre cuando se haga referencia a un artículo de un Tratado *tal y como estaba en vigor antes* del 1 de mayo de 1999, la primera vez que se cite el artículo en un texto, éste irá seguido, entre paréntesis, de una referencia a la disposición correspondiente del mismo Tratado tal y como está en vigor *después* del 1 de mayo de 1999, redactada en los siguientes términos: Artículo 85 del Tratado CE (actualmente, artículo 81 CE), cuando el artículo no haya sido modificado por el Tratado de Amsterdam; artículo 51 del Tratado CE (actualmente artículo 42 CE, tras su modificación), cuando el artículo haya sido modificado por el Tratado de Amsterdam; artículo 53 del Tratado CE (derogado por el Tratado de Amsterdam), cuando el artículo haya sido derogado por el Tratado de Amsterdam. Como excepción a esta última regla, la primera cita de los (antiguos) artículos 117 a 120 del Tratado CE, que han sido sustituidos en bloque por el Tratado de Amsterdam, irá seguida, entre paréntesis, de la siguiente indicación: (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 a 143 CE). Por ejemplo: artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 a 143 CE). Lo mismo sucede con los artículos J a J.11 y K a K.9 del Tratado de la Unión Europea. Por ejemplo: artículo J.2 del Tratado de la Unión Europea (los artículos J a J.11 del Tratado de la Unión Europea han sido sustituidos por los artículos 11 a 28 UE); artículo K.2 del Tratado de la Unión Europea (los artículos K a K.9 del Tratado de la Unión Europea han sido sustituidos por los artículos 29 a 42 UE). (La nota ha sido obtenida a partir del servidor de la Unión Europea, [europa.eu.int](http://europa.eu.int), y, en particular, a partir del Boletín de Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de primera Instancia, [curia.eu.int/es/act/](http://curia.eu.int/es/act/)).

#### 171. Comunicado de prensa núm. 36/99, de 28 de mayo de 1999

El Presidente del Tribunal de Justicia presenta al Consejo de Ministros de Justicia propuestas y reflexiones relativas al porvenir del sistema jurisdiccional de la Unión Europea.

Un importante aumento en sus competencias marcará próximamente el funcionamiento del sistema jurisdiccional comunitario. Así, la entrada en vigor sucesiva de la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, del Tratado de Amsterdam y determinados Convenios celebrados en el marco del tercer pilar de la Unión Europea (Justicia y Asuntos interiores) implicará un incremento del número de Asuntos sometidos al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia. Por otra parte, la perspectiva de una ampliación de la Unión exigirá reconsiderar las disposiciones que rigen la composición y el funcionamiento de las instituciones. Por consiguiente, resulta justificado que se inicie una reflexión sobre el porvenir

del sistema jurisdiccional comunitario, en general, y sobre el funcionamiento y la composición de los órganos jurisdiccionales comunitarios, en particular. Éste es el objetivo del documento elaborado por el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia. En dicho documento, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia identifican en primer lugar los problemas que deben resolverse, a fin de que los órganos jurisdiccionales comunitarios continúen en condiciones de garantizar de manera efectiva su misión. Estos problemas se refieren de modo principal al aumento de los litigios, a la duración de los procedimientos que puede derivarse de ello y al bloqueo previsible de los servicios de traducción de la Institución. Como esbozo de solución se mencionan tres aspectos sobre los que versa la reflexión dirigida al Consejo.

El Tribunal de Justicia propone en primer lugar medidas que pueden adoptarse de inmediato, mediante simples modificaciones de los Reglamentos de procedimiento, y que permitirán una tramitación más eficaz de los procedimientos. El Tribunal de Justicia propone de este modo que se establezca un procedimiento acelerado o simplificado para la tramitación de asuntos cuya urgencia resulte evidente. La celebración de las audiencias públicas podría igualmente limitarse, cabiendo la posibilidad de que determinados asuntos fueran resueltos sobre la base de un procedimiento escrito sencillo. En lo que respecta al procedimiento prejudicial, mediante el cual los Jueces nacionales procuran obtener respuestas del Tribunal de Justicia a los problemas que se suscitan en los litigios de que conocen sobre materias relacionadas con la aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia desea que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan proporcionarle, cuando él lo solicite, aclaraciones sobre las cuestiones planteadas. El Tribunal de Justicia tiene previsto, por otro lado, adoptar su resolución, con más frecuencia, mediante un simple auto en todos los casos en los que la respuesta se desprenda ya de su jurisprudencia anterior.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia expone un determinado número de adaptaciones que no cambian la arquitectura judicial de la Comunidad, pero que sin embargo suponen una modificación de las normas aplicables a la Institución, recogidas en los Tratados y Estatutos. En este contexto, se acentúa en primer lugar la necesidad de atribuir al Tribunal de Justicia la facultad de modificar por sí mismo su Reglamento de procedimiento, con el fin de poder adaptarlo a la evolución de su entorno fáctico y jurídico. También se propone la idea de un mecanismo de filtrado de los recursos de casación interpuestos ante el Tribunal de Justicia contra las sentencias del Tribunal de Primera Instancia. Un tal filtrado sería previsible, en particular, para los asuntos que ya han sido objeto de un primer control antes incluso de haber sido planteados al Tribunal de Primera Instancia, como sucede en los asuntos relativos a la marca comunitaria. También se prevé por otro lado una nueva regula-

ción del contencioso de la Función Pública europea, en particular mediante la creación de Salas de Recurso interinstitucionales.

Finalmente, el Tribunal de Justicia llama la atención sobre el vínculo existente entre la cuestión relativa al aumento del número de sus Jueces con ocasión de futuras ampliaciones y la del buen funcionamiento del órgano jurisdiccional. En efecto, un aumento considerable del número de Jueces podría suponer que el Pleno del Tribunal de Justicia franqueara la frontera invisible que separa un órgano jurisdiccional colegiado de una asamblea deliberante. Tal evolución podría perjudicar a la coherencia de la jurisprudencia. En el supuesto en el que el Tribunal de Justicia tuviera mucho más de quince Jueces, correspondería al propio Tribunal de Justicia buscar medidas de organización con el fin de descartar un riesgo de tal naturaleza.

El Tribunal de Justicia examina en último lugar el porvenir del sistema jurisdiccional de manera general, formulando determinadas reflexiones más globales, al objeto de que sean consideradas en la próxima Conferencia Intergubernamental. En lo que se refiere a las perspectivas a largo plazo del mecanismo prejudicial, el Tribunal de Justicia subraya que la posibilidad de que se le dirijan peticiones de decisión prejudicial debería continuar subsistiendo para todos los órganos jurisdiccionales nacionales, cualquiera que fuera su naturaleza. Prevé, en cambio, la introducción de un sistema de filtrado para seleccionar las peticiones de decisión prejudicial cuya complejidad o importancia justifique que sean zanjadas a escala comunitaria. Finalmente, el Tribunal de Justicia aborda las ventajas y los inconvenientes que se derivarían de una descentralización del procedimiento prejudicial. Se trataría de crear instancias judiciales en cada Estado miembro, de naturaleza comunitaria o nacional, que estuvieran encargadas de sustanciar las peticiones de decisión prejudicial que emanaran de los órganos jurisdiccionales pertenecientes a sus respectivas esferas de competencia territorial.

A petición de la Presidencia alemana del Consejo, todas estas propuestas y reflexiones han sido presentadas por el Presidente del Tribunal de Justicia, Sr. D. G. C. Rodríguez Iglesias, ante los Ministros de Justicia reunidos en su calidad de Consejo en Bruselas, los días 27 y 28 de mayo de 1999. El presente comunicado de prensa es un documento no oficial para uso de los medios de comunicación, que no vincula al Tribunal de Justicia. El texto completo relativo al porvenir del sistema jurisdiccional de la Unión Europea puede consultarse en el sitio Internet del Tribunal de Justicia ([www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)) en las once lenguas oficiales en el epígrafe Presentación de la Institución, subepígrafe Perspectivas de futuro. (El texto ha sido obtenido a partir del servidor que en él se menciona, en concreto: [curia.eu.int/es/cp/](http://curia.eu.int/es/cp/)).

# BIBLIOGRAFÍA

## Libros

**BAR, Christian Von (editor): *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, volumen 57, Carl Heymanns Verlag, Alemania, 1999, 234 pp.**

El Instituto de Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado de la Universidad de Osnabrück, en colaboración con la Secretaría Permanente de la Conferencia de La Haya, celebró en octubre de 1998 las Jornadas internacionales «*Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*». La obra, objeto de este comentario, se presenta como el fruto de aquella reunión científica, recogiendo, en cinco partes diferenciadas, no sólo todas las conferencias impartidas a lo largo del encuentro, sino también los debates que al hilo de éste se suscitaron y las conclusiones finales aportadas por los profesores Jayme y von Bar.

El libro comienza con una primera parte (*Islamic law: its essentials and varieties*) en la que se muestra el sustrato histórico y religioso que fundamenta las características actuales del Derecho confesional vigente en los países musulmanes. La ponencia del magistrado turco A. F. El Khani (*Essentials and varieties of muslim religious law; Shari'ah law*) expone los dogmas y principios que rigen la vida de la comunidad musulmana y recalca los efectos jurídicos que se derivan de muchos de los preceptos contenidos en el *Corán* y en la *Sunna* (tradición de Mahoma); libros sagrados que conforman a la vez las fuentes básicas del *Shari'ah* o derecho musulmán. Este sistema jurídico se completa con el *fiqh*, reglas deducidas a partir de estas dos obras por los juristas. En relación con estas escuelas jurídicas islámicas que interpretan los textos sagrados, y tal y como recoge el profesor griego A. S. El Kosheri (*Islamic schools of law*), hoy en día no se puede afirmar la existencia de un mundo jurídico musulmán único y homogéneo, sino que distintos métodos intelectuales y tendencias políticas colorean individualizadamente a cada una de las tradicionales escuelas legales islámicas. Para poder resolver las nuevas situaciones que se plantean en la actualidad, el autor defiende la necesidad de innovar y propugna la denominada «apertura de la puerta del *Ijtihâd*» con el fin de rejuvenecer y actualizar el contenido del *Shari'ah*.

En la segunda parte (*Scope and application of Islamic law with regard to other religious and secular laws*) se presentan los diversos problemas jurídicos que origina el asentamiento de colectivos musulmanes en Estados seculares europeos, donde imperan unos principios distintos y en ocasiones incompatibles a los que conforman la cosmovisión islámica. Un interesante trabajo de la profesora O. Elwan (*Le droit interreligieux égyptien auprès des tribunaux allemands*) analiza la práctica judicial alemana, prestando especial atención a dos aspectos: por un lado, la calificación de instituciones islámicas que no tienen parangón en Derecho germano, y, por otro, las soluciones que aporta el artículo 4.3 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán (EGBGB) para las remisiones a sistemas jurídicos plurilegislativos. Al no disponer el ordenamiento jurídico alemán de criterios propios para resolver los conflictos de leyes interpersonales, el citado artículo 4.3

conduce en la práctica a la aplicación de las normas internas del Estado plurilegislativo. En relación con Egipto, la autora comenta críticamente los artículos 6 y 7 de la ley núm. 462 de 1955, reguladora de los conflictos interconfesionales. Estos preceptos reflejan una desmesurada supremacía del Derecho musulmán, ya que éste se aplicará a los no musulmanes en caso de disparidad de confesión religiosa. También el recurso a la conversión al Islam (pero no a otra religión), cuando ya se ha iniciado un proceso judicial y sin necesidad de atender a requisitos de forma, es una vía para modificar el Derecho aplicable al litigio, a fin de someter la controversia al Derecho islámico, que puede tildarse de discriminatoria y plantear problemas en materia de fraude de ley y de respeto a derechos adquiridos.

El doctor S. A. Aldeeb Abu-Sahlieh, investigador del *Instituto Suizo de Derecho Comparado*, presenta un audaz trabajo (*Droit religieux et droit seculier-Défi du droit musulman en Suisse*) salpicado de vivencias personales. En él, el autor deja patente que el ejercicio de las obligaciones religiosas musulmanas (en materia de oraciones, Ramadán, normas alimentarias y de vestuario, supremacía del varón, poligamia, repudiación, enterramiento de los difuntos, etc.) en un Estado aconfesional como el suizo, puede chocar con principios constitucionales a los que no se debe renunciar. A fin de reducir estas tensiones, y sin sacrificar derechos fundamentales fuertemente enraizados en Europa, se sugiere la implantación de medidas de tipo legislativo y la incentivación del diálogo interreligioso.

Dando contenido a la parte tercera (*The application of Islamic law to families and successions*), se incluyen tres estudios centrados en el derecho de familia islámico. En el primero de ellos, el juez británico D. Pearl (*Islamic family law and its reception by the courts in the west: the english experience*) presenta las repercusiones jurídicas de la residencia en Inglaterra de una amplia comunidad musulmana. Aunque el Derecho inglés no ha reconocido oficialmente tal Derecho islámico, ya que esto supondría afirmar la existencia en el país de varios sistemas de Derecho de familia aplicables por razón de religión, sí se han adoptado medidas *de facto* a favor de una convivencia pacífica de estos órdenes legales. En este sentido, se ha creado el *Islamic Shari'ah Council*, órgano de conciliación para los musulmanes que también puede emitir dictámenes en relación con litigios ya planteados ante los tribunales británicos.

Después, la profesora marroquí S. Mernissi (*La filiation de l'enfant en droit musulman*) analiza los fuertes contenidos religiosos que caracterizan al instituto de la filiación en el mundo islámico. En estos sistemas, la determinación del vínculo paterno filial se concreta, como reflejo de la sociedad patriarcal, únicamente por referencia al varón y a su linaje. El Derecho musulmán, que castiga severamente las relaciones sexuales ilegales, exige como premisa de la filiación legítima la existencia de una unión matrimonial válida en el momento de la concepción, estableciéndose, en el seno del vínculo conyugal, una serie de presunciones de paternidad que pueden ser desvirtuadas por el procedimiento del *li'an*. A falta de matrimonio, la legitimidad del menor sólo se puede alcanzar excepcionalmente por la vía de la *shouba* o *l'istilhaq*. Consecuencia de todos estos requisitos es que, al ser inherente a la filiación islámica la existencia de vínculos sanguíneos, no es imaginable en el Islam una adopción de la que deriven las mismas consecuencias jurídicas que en el ámbito europeo, aceptándose únicamente figuras que no implican vínculo de filiación, como la *kafala* o el *tanzil*.

Cerrando esta sección relativa a cuestiones de familia, G. Droz, ex-secretario general de la Conferencia de La Haya, estudia las características del Derecho sucesorio musulmán y las dificultades que su aplicación entraña para los Tribunales occidentales (*Le droit occidental face au droit islamique-Popriété et suc-*

*cession en droit musulman*). Estos problemas se plantean mayoritariamente en los países que, como España, someten la sucesión a la ley nacional del causante. En la resolución de estos casos, junto a las dificultades técnicas, se plantea siempre la cuestión del orden público. En esta última materia, Droz presenta la siguiente distinción: por un lado, el orden público tiene que actuar necesariamente como correctivo cuando las normas islámicas sean contrarias a nuestros principios fundamentales. Así, un juez europeo no podría declarar, basándose en el Derecho islámico, la muerte civil de un apóstata ni considerar la diferencia de religión como causa de incapacidad sucesoria. Pero, por otro lado, la intervención del orden público debe constreñirse si las normas islámicas son únicamente «choquantes» para los ojos del observador europeo. En estos supuestos, los efectos conflictualmente distorsionadores del orden público sólo estarán justificados si la situación jurídica presenta unos vínculos realmente estrechos con el foro.

Las relaciones comerciales, en el mundo islámico, son el objeto de la cuarta parte de esta obra (*Islamic law and international commerce*). El estudio del doctor M. El-Fatih Hamid (*Facing the challenges to Islamic banking: an overview of the issues*) muestra cómo los bancos islámicos aplican los principios del *Shari'ah* en sus actividades económicas. Este sometimiento a las reglas religiosas islámicas y en especial la prohibición de la *riba* (concepto asimilable al enriquecimiento injusto) trae consigo una serie de consecuencias prácticas: tales entidades no pueden realizar operaciones financieras que son cotidianas en el contexto occidental; figuras como el préstamo, la participación en el capital de otras empresas o el *leasing* adquieren características propias en estos países y la práctica bancaria crea productos financieros propios como el *mudarabah*. La determinación de la ley aplicable a todos estos contratos es una cuestión espinosa; se defiende tanto la aplicación del Derecho británico pasado por el tamiz del *Shari'ah* como la remisión directa en los pactos al *Shari'ah* unida a la intervención arbitral.

El doctor I. F. J. Shihata (*Some observations on the question of Riba and the challenges facing «Islamic banking»*) presenta una ponencia llena de propuestas progresistas. Tras recoger las distintas definiciones y contenidos que los juristas islámicos predicán de la *riba*, el autor sostiene que los perfiles de esta institución, limitadora de la libertad contractual, deben interpretarse restrictivamente. En sentido genérico, la defensa a ultranza del purismo que llevan a cabo muchos estudiosos musulmanes en el sector de los intercambios comerciales no debe apoyarse, ya que ésta supone el aislamiento de los mercados islámicos respecto de las corrientes económicas globales. Se propugna, por tanto, el abandono del *taqleed* (adopción de las soluciones «estancadas» postuladas por la doctrina clásica) en favor del *ijtihad*, que permite desarrollar a los estudiosos respuestas adecuadas para las nuevas necesidades sociales.

El profesor B. Fillion-Dufouleur (*Le droit islamique des obligations*) afirma que la caracterización de los contratos en el mundo occidental como una manifestación de la autonomía de la voluntad y con valor de ley entre las partes se refleja también en la concepción islámica. Sin embargo, en el ámbito musulmán se predicán de los contratos una serie de características que les diferencian de sus homólogos europeos; así, el contrato se define negativamente a través de una triple interdicción: prohibición de la *riba*, de las incertidumbres contractuales y de los pactos complejos. Estos elementos, sumados a la potestad del juez para liberar a una de las partes de sus obligaciones contractuales si se ha producido una modificación de las circunstancias, y a las dudas sobre la posibilidad de celebrar pactos no reglamentados por el Derecho islámico, traen consigo en la práctica importantes dificultades para el ejercicio de las relaciones comerciales internacionales con estos países.



Como colofón de estos estudios, la última parte presenta un alegato del Professor E. Jayme en favor de un concepto de orden público más flexible y matizado (*Ordre public, droit de l'homme, diversité de religion*). El autor considera que tres fenómenos actuales justifican este postulado: la defensa del derecho fundamental a la libertad de culto, la protección de la religión como un elemento constitutivo de la identidad cultural del individuo y la evolución del derecho material del foro, que va aceptando progresivamente el pluralismo de estilos de vida. Esto es, para Jayme el orden público debe combatir el fanatismo, pero no las otras formas de vida distintas a la occidental, debiendo admitirse «*des îles différentes, mais pacifiques d'un autre culture dans les pays laïques*». Finalmente, C. von Bar (*Some tentative conclusions*) escribe el epílogo de estas jornadas recalando que el mundo legal islámico ofrece al derecho un vasto campo para la investigación. En esta materia es fundamental la labor del jurista contemporáneo, quien como mediador en los conflictos de civilizaciones ha de saber responder a los nuevos desafíos que se plantean en el seno de una sociedad cada vez más multicultural.

Esta obra es otro buen ejemplo del *savoir faire* jurídico de su editor, Christian von Bar. Este catedrático de la Universidad de Osnabrück, dedicado en la actualidad a la redacción de un Código Civil Europeo en materia patrimonial, ha coordinado desde la sede de su Instituto diversos foros de debate científico. En todos ellos, ha destacado el alto nivel de los ponentes y la seriedad de sus propuestas finales. *Islamic law and its reception by the courts in the West* sigue esta tónica ya habitual en los trabajos con sello de von Bar; la obra es novedosa, el tratamiento de los temas es riguroso, sin restarle por ello claridad expositiva, y las posiciones científicas son positivamente avanzadas. La materia en sí, apasionante y de indudable actualidad, incita a la lectura de esta obra y a una reflexión sosegada en torno a la misma.

Katia FACH GÓMEZ

Becaria F. P. I. de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Zaragoza

**CARRUTHERS, Bruce G./HALLIDAY, Terence C.: *Rescuing Business. The Making of Corporate Bankruptcy Law in England and the United States*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1998, 541 pp.**

Es bien sabido que, desde hace decenios, en España se suceden los intentos de reforma de un Derecho concursal arcaico en los principios en que se inspira y en la realidad social y económica que pretende regular, pero esos intentos, a pesar de haber cristalizado en muy meditados Anteproyectos de Ley, no han ido acompañados de una decidida voluntad política para afrontar los «costes» de toda clase que esa reforma legislativa comporta. Y es que, como causa de esa falta de progreso en el necesario cambio legislativo, además de la propia dificultad técnica de la reforma, es fundamental considerar la existencia de sectores interesados en mantener los «privilegios», de Derecho o de hecho, que la legislación vigente reconoce o ha permitido crear. De ahí que un mejor conocimiento del proceso de reforma del Derecho concursal constituya el primer e indispensable paso para mejorar este desafortunado sector del ordenamiento jurídico. Y de ahí también el

interés del libro de Carruthers y Halliday, en el que se realiza un estudio, a la vez jurídico y sociológico, del proceso de elaboración legislativa del Derecho de quiebras y de los mecanismos que rigen su reforma.

Los autores, que utilizan para este estudio la comparación del proceso de elaboración legislativa del *Bankruptcy Code* norteamericano de 1978 y la británica *Insolvency Act* de 1986, son, respectivamente, un profesor de sociología de la Universidad de Northwestern y un investigador de la *American Bar Foundation*, presidente, además, del *National Institute for Social Science Information* estadounidense. A lo largo de la obra acreditan ambos un profundo conocimiento, no sólo del Derecho concursal vigente en Estados Unidos e Inglaterra (el estudio se circunscribe a Inglaterra y Gales; si bien la mayor parte de la legislación de insolvencias también se aplica en Escocia, la *Insolvency Act* de 1986 contiene numerosas normas que distinguen entre Inglaterra y Escocia), sino también de los aspectos menos conocidos del procedimiento de reforma, demostrando un notable dominio de las técnicas de análisis de los «grupos de poder».

Ciertamente, los estudios de este tipo son muy escasos entre la doctrina concursalista. Los propios Carruthers y Halliday citan como único antecedente un conocido trabajo, que también utilizó parcialmente la metodología y perspectivas de la sociología: T. Sullivan, E. Warren y W. J. Westbrook, *As We Forgive Our Debtors, Consumer Credit in America*, Oxford (Oxford University Press), 1989. Con la excepción de esta obra, no se ha dedicado apenas atención al proceso de elaboración del Derecho de la insolvencia y a las políticas que lo rigen. Sin embargo, los autores olvidan mencionar que, pese a esa ausencia tradicional, el actual proceso de reforma del *Bankruptcy Code* norteamericano ha suscitado en los últimos tiempos la aparición de una serie notable de trabajos sobre la legislación de quiebras y sus mecanismos de reforma, que abordan la cuestión desde una óptica similar a la empleada en la obra que ahora se recensionaria (*Vid.* S. Block-Lieb, «Congress' Temptation to Defect: A Political and Economic Theory of Legislative Resolutions to Financial Common Pool Problems», *Ariz. L. Rev.*, vol. 39, 1997, pp. 801-871 y E. A. Posner, «The Political Economy of the Bankruptcy Reform Act of 1978», *Mich. L. Rev.*, vol. 96, 1997, pp. 47-126). En España, en cambio, donde los distintos proyectos de reforma concursal han sido objeto de cuidadosa atención por la doctrina científica, no existen estudios comparables sobre el proceso *interno* de elaboración y reforma legislativa en materia concursal.

No es casual que se haya elegido la reforma del Derecho concursal como objeto de estudio. Carruthers y Halliday consideran al Derecho de quiebras de los sistemas económicos capitalistas como «ámbito de expresión de conflictos fundamentales entre trabajo y capital, propietarios y administradores, deudores y acreedores y el Estado y el mercado» (p. 1). El estudio de la reforma del ordenamiento jurídico de la quiebra permite analizar cómo intervienen y cuál es el grado de influencia de todos esos actores en el proceso de reforma.

La monografía se construye sobre una sólida base documental: actas parlamentarias, informes de comités, proyectos y propuestas de reforma, dictámenes de expertos e, incluso, entrevistas a los protagonistas más directos del proceso, que ilustran los aspectos menos públicos del desarrollo de la reforma concursal.

Lo primero que llama la atención en el trabajo de Carruthers y Halliday es el método utilizado: consiste, como ya hemos señalado, en comparar el tratamiento que reciben ciertos aspectos del Derecho de quiebras en las más recientes reformas de la legislación concursal norteamericana y británica. Si bien los Estados Unidos y Gran Bretaña comparten un número importante de

rasgos comunes (especialmente en el ámbito del Derecho de las organizaciones económicas), lo que justificaría la existencia de un Derecho de quiebras y una *cultura del crédito* similares, las diferencias en ese campo son muy relevantes. Ambos ordenamientos difieren en el reparto de las competencias profesionales (abogados, jueces y Tribunales en Estados Unidos de Norteamérica, contables en Gran Bretaña), y en el grado de protección de los derechos de los acreedores (modificables en Estados Unidos para facilitar la reorganización, prácticamente intocables en Gran Bretaña). Las diferencias son notables también en el reparto del control sobre el desarrollo del procedimiento (retenido por los administradores de la sociedad insolvente en Estados Unidos y trasladado a un *insolvency practitioner* en el caso británico). Y, en fin, sobre todo, no coinciden tampoco en los objetivos del procedimiento de insolvencia (la «reorganización» en Norteamérica y un propósito adicional de garantía de un «gobierno» *moral* de las sociedades en Inglaterra). La distinta regulación de las garantías, los privilegios y los órganos del procedimiento en estas dos legislaciones produce diferentes relaciones de poder entre las sociedades deudoras, los diversos acreedores y los profesionales de la quiebra. En efecto, la comparación de ambos ordenamientos jurídicos permite a Carruthers y Halliday extraer consecuencias sobre la influencia de la *cultura del crédito* en la elaboración de la legislación y, lo que resulta quizá más interesante, la influencia, a su vez, del Derecho concursal legislado sobre los distintos elementos del mercado donde se aplica.

Tras la entrada en vigor de la reforma de 1978 en Estados Unidos (y, en menor grado, también en Gran Bretaña tras la Ley de 1986) se han sucedido las voces que reclaman actuaciones para remediar los imprevistos efectos negativos de las nuevas legislaciones. Paradójicamente, tanto los británicos como los norteamericanos miran recíprocamente al otro lado del Atlántico en busca de referencias, creyendo encontrar en el sistema ajeno los elementos que podrían resolver los defectos propios. Así, en Norteamérica se han propuesto numerosísimas enmiendas al *Bankruptcy Code*, ha sido reformado —en aspectos relevantes— en 1984 y 1994 y está en curso una nueva reforma de importancia. En Gran Bretaña también se cuestiona la eficacia de la nueva regulación de la reorganización empresarial para la preservación de puestos de trabajo y para la recuperación de empresas, sobre todo en las quiebras de sociedades pequeñas y medianas.

El estudio del proceso de reforma de los Derechos concursales citados permite a Carruthers y Halliday analizar tres cuestiones tan diferentes como interrelacionadas. En primer lugar, la distribución de poder entre los «agentes» afectados. La quiebra obliga a todos los participantes en el mercado (empresas con relaciones de crédito con la quebrada, bancos, el Estado, consumidores, proveedores, trabajadores, Administración local) a negociar una solución a la situación de insolvencia. Carruthers y Halliday distinguen al menos ocho grupos de interesados en el procedimiento de quiebra y, por ende, en la reforma de la legislación concursal: bancos y acreedores garantizados, acreedores ordinarios o de tráfico, proveedores, consumidores, administradores de sociedades, agencias estatales y profesionales. Estos grupos están mejor o peor posicionados para la negociación y tienen también distinta capacidad de movilización política, dependiendo de su nivel de organización, sus recursos económicos, las dificultades para actuar colectivamente y el Derecho en vigor. El resultado final que cada uno de esos partícipes obtenga dependerá de los instrumentos legales de los que disponga cada acreedor para proteger sus intereses, esto es, de las prioridades legales que

la Ley conecta a cada tipo de crédito. Cualquier movimiento de reforma de la legislación de quiebras obliga a todos esos «agentes» afectados a intervenir en el proceso de negociación legislativa que conduce al establecimiento de las «reglas del juego» de la reorganización o liquidación de las empresas.

El segundo punto estudiado en detalle es cómo las ideologías políticas, los intereses privados y la actuación de los profesionales de la quiebra afectan e influyen en el resultado final del proceso de reforma de este sector y en la adjudicación de derechos que supone tal reforma. Igualmente se estudia cómo el Estado, los agentes privados y los profesionales del sector influyen en la ejecución práctica del Derecho legislado.

El tercer aspecto objeto de particular análisis y probablemente al que mayor atención dedican los autores, es la manera en que los profesionales del Derecho de insolvencias (jueces, abogados, contables) influyen creativamente en el nacimiento y negociación de los derechos afectados por la quiebra y, sobre todo, cómo sus específicos intereses corporativos se proyectan sobre el desarrollo del Derecho sustantivo.

El libro no sigue la clásica estructura de división en capítulos, sino que se compone de cuatro grandes partes o secciones, a su vez subdivididas en amplios epígrafes, a modo de capítulos. La obra dedica una sección específica a cada una de esas tres cuestiones referidas (si bien las referencias a otras son inevitables y constantes), reservando la cuarta y última a las conclusiones, desde la óptica del papel de los profesionales –y de la defensa de sus intereses que éstos realizan– en el proceso de elaboración, reforma y aplicación del Derecho de quiebras.

En la primera sección del libro (pp. 13 a 149) los autores distinguen entre «property rights» y «jurisdictional rights». Estos últimos se refieren al derecho de un grupo de profesionales a desempeñar, en monopolio o cuasi-monopolio, una determinada competencia o función y el modo de adquirir ese derecho, administrativamente regulado (p. 20). Estos dos tipos de derechos están fuertemente interrelacionados y son el fundamento del control en el ámbito del crédito: el modo y grado en que sean asignados a los distintos agentes implicados en un procedimiento de quiebra determina cuál sea su posición jurídica final. La introducción en el estudio de los «jurisdictional rights» supone posiblemente la aportación más novedosa de este trabajo y sirve para ilustrar aspectos hasta ahora poco atendidos en esta materia, concretamente el papel que desempeñan en la reforma del Derecho de quiebra los propios profesionales de la quiebra.

Paralelamente, Carruthers y Halliday trazan la distinción entre negociación (respecto de derechos de crédito y garantías y en el seno del mercado) y «meta-negociación» [*meta-bargaining*], referida a la discusión sobre el propio sistema legal de privilegios, garantías y derechos de crédito y de atribución de competencias, que se desenvuelve en el foro político.

Los «agentes» que actúan en el mercado negocian teniendo presente el riesgo de insolvencia. La amenaza de una eventual quiebra les obliga a renegociar, modificar o incluso renunciar a muchos de los contratos que constituyen el conjunto de relaciones de la empresa quebrada con los afectados por la misma. A través de distintos representantes, esos intereses afectados estarán también presentes en el proceso de «metanegociación» de la reforma concursal. Sin embargo, los sujetos que en el mercado ostentan una posición de fuerza no siempre la mantienen en el mismo grado durante el proceso de «metanegociación», sino que incluso los hace políticamente vulnerables (así, en el caso de los suministradores de bienes en cuasi monopolio –gas, electricidad, agua– que salen debilitados de la reforma concursal en ambos países).

La necesidad de intervención de un mayor número de expertos cada vez más técnicos crece en proporción al aumento de las formas de garantía de los créditos y de las partes implicadas en el procedimiento de quiebra. Estos profesionales, cuyos «jurisdiccional rights» están en juego, participarán muy activamente también en el proceso de reforma concursal, con un doble papel: como técnicos, expertos en una materia de suyo muy compleja y que a menudo requiere comisiones de especialistas previas al estudio de la reforma en sede parlamentaria, y como profesionales de la quiebra que desean defender sus competencias, los mecanismos de su retribución o cuestionar el monopolio sobre determinada actividad de otros profesionales o funcionarios públicos. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, al hilo de la reforma de 1978 se produjo una durísima lucha competencial entre jueces federales y jueces de quiebras. De igual modo, en el caso británico, el intento de eliminar los abusos generados hasta 1986 por un mercado libre de profesionales de la insolvencia provocó el conflicto, en el marco de la reforma del ordenamiento de quiebras, entre funcionarios y profesionales independientes, y dentro de éstos, entre contables y juristas.

En las secciones segunda (pp. 153 a 369) y tercera (pp. 373 a 505), Carruthers y Halliday analizan el papel que desarrollan en el proceso de reforma concursal las entidades financieras (defendiendo sus intereses como acreedores garantizados), los sindicatos, las asociaciones de consumidores, los empresarios y los directivos, los profesionales y los especialistas de quiebras, y ciertos departamentos de la Administración estatal. Cada uno de esos grupos de poder, tuvo un particular «caballo de batalla», esto es, una pretensión respecto de un determinado *property right* o *jurisdictional right*. El estudio de las propuestas formuladas, el modo en que se defendieron y el resultado final proporciona una inmejorable perspectiva de los poderes y contrapoderes que intervienen en el proceso de reforma concursal. En el caso norteamericano, Carruthers y Halliday revelan, por ejemplo, las motivaciones de ciertos congresistas, senadores y juristas que resultaron fundamentales en el resultado de la reforma (*v. gr.* pp. 319 a 327), mientras que en el caso británico se estudia el papel de figuras claves del *Cork Committee* (pp. 124 a 130). Al hilo del análisis sociológico y político de esos aspectos de la reforma, se examinan también los controles y cautelas que procuran garantizar la máxima objetividad y tecnicismo posibles en una reforma que, por definición, está muy afectada por elementos extrajurídicos.

Los autores estudian en profundidad el contexto macroeconómico que sirve de telón de fondo a las reformas del Derecho de quiebras acometidas en Estados Unidos e Inglaterra. También se analiza la composición de las respectivas Cámaras parlamentarias y los objetivos de política general perseguidos por los Gobiernos en el poder durante los años de las reformas, por las relevantes implicaciones que tienen en la opción final sobre el modo de regular específicos aspectos del Derecho de quiebras. Así, los Gobiernos de ambos países potenciaron la denominada «desregulación» como postulado de una política conservadora; en el caso británico la privatización perseguida por el Gobierno Thatcher tuvo una trascendencia fundamental en el resultado de la reforma. Los debates producidos en el seno de las comisiones de reforma y en el ámbito parlamentario permiten a Carruthers y Halliday analizar los límites prácticos de la reforma técnica y de la innovación legislativa.

Carruthers y Halliday no mencionan, al menos expresamente, argumentos de *path dependency* (sobre este concepto, *vid.* M. J. Roe, «Chaos and evolution in Law and Economics», *Harvard L. Rev.*, vol. 109, 1996, pp. 641-668. De forma no totalmente coincidente, *vid.* la referencia de Garrido al «proceso de

acarreo histórico» como explicativo de ciertas instituciones, no justificables por otros medios: J. M.<sup>a</sup> Garrido, *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, Milano (Giuffrè), 1998, p. 40) para explicar ciertos resultados del proceso de reforma, pero sí distinguen entre sujetos titulares de derechos, que en la negociación sólo tienen sino que adoptar una cómoda posición de defensa (así, los privilegios reconocidos al Estado como acreedor por impuestos) y sujetos que aspiran a que se les reconozca un derecho nuevo (por ejemplo, en Inglaterra, los acreedores ordinarios que pretenden el «Ten Percent Fund», esto es, que se les asigne un diez por ciento del valor neto de los bienes gravados por los acreedores garantizados), los cuales deben argumentar para justificar su pretensión y el perjuicio que necesariamente producirá a otros agentes que aspiran a un mismo fondo limitado común. Carruthers y Halliday utilizan las expresiones *logic of resistance* y *rethoric of critique* para referirse a este fenómeno (p. 313). Así, una constante excusa de las entidades de crédito, tanto británicas como norteamericanas, a la adopción de medidas legislativas que afecten a sus derechos o privilegios, es que las soluciones propuestas van contra prácticas tradicionales firmemente asentadas en sus mercados (así, el conocido *floating charge* británico) y dañarían la disponibilidad de crédito, encareciéndolo además para aquellos participantes del mercado a los que precisamente se trata de proteger con la reforma propuesta.

La cuarta y última sección (pp. 509 a 541) profundiza en la exposición y análisis de los conflictos entre los distintos profesionales afectados por las opciones políticas extremas de nacionalizar (Estados Unidos) o privatizar (Reino Unido) la administración de la quiebra. A través de diversos ejemplos del proceso de reforma en ambos ordenamientos, Carruthers y Halliday tratan de demostrar la coherencia con la realidad práctica de su modelo *conflictual* de reforma legislativa, expuesto a lo largo del libro. En el caso norteamericano, los *Federal Court Judges* y la *Securities and Exchange Commission* son los grandes perdedores frente a los *Bankruptcy Judges*, al coincidir los intereses de estos últimos con específicos objetivos de política nacional. En el caso británico, la liberalización del sector de la administración de la quiebra debería haber conllevado una competencia entre abogados y contables por tal mercado de trabajo, pero ciertos mecanismos de equilibrio entre ambas profesiones impiden, de hecho, que se dé la competencia fomentada por la Ley (p. 430).

Carruthers y Halliday plantean, pues, cuestiones fundamentales referidas a quiénes elaboran el Derecho de quiebras, quiénes inician su reforma, quiénes influyen en el proceso de reforma y en qué direcciones, quiénes ganan y quiénes salen del proceso como perdedores y, sobre todo, cómo el proceso de reforma concursal puede ser utilizado para modificar previas atribuciones de derechos y competencias y cómo unos y otras se influyen entre sí. El enfoque sociológico utilizado no hace sino realzar el rigor jurídico con el que se estudian institutos concursales claves del Derecho británico y norteamericano, y permite al estudioso del Derecho concursal un mayor y mejor conocimiento del Derecho en vigor, del Derecho de la práctica e, incluso, del Derecho que *pudo ser*, a menudo tan interesante, al menos como los otros dos. Ni que decir tiene que la lectura de esta obra puede aportar valiosa información para interpretar las claves del inseguro y discontinuo proceso de reforma del Derecho concursal español.

**COING, Helmut: *Derecho privado europeo*, 2 tomos [tomo I: Derecho común más antiguo (1500-1800), 862 pp.; tomo II: El siglo XIX, 854 pp.], traducción y apostillas del profesor doctor Antonio Pérez Martín, Colección Clásicos Contemporáneos, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996.**

*Derecho privado europeo* es una obra única en cuanto a su objeto. Estamos ante un tratamiento sistemático del Derecho privado de Europa desde 1500 a 1900, un recorrido por el Derecho Común propio de los numerosos países de Europa que acogieron el *utrumque ius* como derecho propio o que se dejaron influir en su ordenamiento jurídico por dicho derecho.

La obra en castellano comienza con un prólogo del profesor doctor Antonio Pérez Martín en cuyo comienzo extracta ideas del prólogo a la obra en su idioma original. *Derecho privado europeo* es una obra escrita por el profesor doctor Helmut Coing una vez que estuvo éste liberado de sus cargas administrativas al frente del *Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte* tras su jubilación, Instituto del que había sido fundador y Director desde 1964. Puede el lector imaginarse la profundidad de la obra, escrita en una edad en la que el saber jurídico es más denso y goza de más perspectiva.

El tomo primero está dedicado al Derecho Común más antiguo, esto es, al Derecho europeo de 1500 a 1800. Está dividido este tomo primero en seis partes: Fundamentos y entorno del Derecho Común, Teoría general del Derecho, Derechos de la persona y de la familia, Derechos reales, Derecho de obligaciones y Derecho sucesorio. Los capítulos se enumeran de modo correlativo, independientemente de la división en partes, subdividiéndose este primer tomo en veintinueve capítulos.

La primera parte, Fundamentos y entorno de Derecho Común, comienza con un capítulo I dedicado a los fundamentos del Derecho Común. En él el autor mantiene que el término Recepción no es un término realmento histórico sino que más bien pertenece originariamente a la doctrina de las fuentes del Derecho. La idea de *usus receptum* fue mantenida en particular en Alemania desde el siglo XVII. Con esta expresión se fija el resultado de un hecho histórico espiritual en una categoría de la doctrina de las fuentes del Derecho. Y con el término Recepción del *ius commune* nos estamos refiriendo a un proceso histórico-cultural y sociológico muy complicado que se extendió por muchos países durante muchos siglos; en el curso de medio milenio alcanzó poco a poco a los diversos países del Continente.

La Recepción es un acontecimiento de la historia de la educación, que tiene su origen en el redescubrimiento científico del Derecho Romano por los juristas italianos, en particular en los siglos XI y XII en Bolonia. Esta reanimación –puntualiza Coing– es parte de un acontecimiento mayor que se ha calificado como «*rennaissance of the 12th century*». En esta época en Europa se origina una nueva conciencia, una necesidad de una concepción de la vida basada más profundamente, más científica. En la esfera del Derecho se corresponde con el redescubrimiento del Derecho justinianeo, del llamado posteriormente en la Edad Media *Corpus Iuris Civilis*. En Bolonia, los glosadores encuentran en él un sistema jurídico completo, estructurado científicamente hasta un cierto grado, que satisfacía el deseo del tiempo por un fundamento racional. En los siglos XI y XII, Bolonia se convirtió en la base de la enseñanza jurídica y fue cultivado al mismo tiempo con los métodos de la ciencia de entonces. Se nos dice a continuación que una comprensión más profunda del hecho de la Recepción y del Derecho más antiguo

sólo es posible si se entra en las particularidades de las *Fuentes* del derecho recibido y del *método* con el que los juristas trataron esas fuentes desde el renacimiento de la ciencia jurídica y que, en cuanto a la Lógica y la Tópica en la ciencia jurídica que para los juristas es válida la exigencia *ciceroniana* del «*ius in artem redigere*», siendo su objetivo construir su disciplina como *ars*.

Aborda el autor a continuación el marco de *ius commune*, dedicando importantes epígrafes a la religión y educación, el Estado del Antiguo Régimen, la sociedad estamental y las circunstancias económicas. Dedicó un capítulo a la época tardía del *usus modernus*, donde trata del humanismo y cartesianismo, el derecho natural racionalista y el ascenso de la ley y del *ius patrium*.

La segunda parte, Teoría general, comienza con un capítulo dedicado a las fuentes del derecho, dividido en: conceptos fundamentales (*lex divina-lex naturalis-ius gentium, ius positivum, ius scriptum-ius non scriptum, ius commune-ius municipale, ius universale y singulare*), los derechos universales: el Derecho Romano y el Derecho Canónico, los derechos locales: estatutos y consuetudines, los derechos locales y territoriales más importantes y la *communis opinio doctorum*.

Siguen unos capítulos dedicados a la interpretación y aplicación del derecho, la vigencia temporal y local de la norma jurídica, derecho privado y poder estatal y conceptos básicos sistemáticos.

La tercera parte de este primer tomo trata de los derechos de la persona y de la familia. En ella se incluye el estudio de la persona física (*status naturalis, status civilis*, derechos de la personalidad, derechos humanos, derechos de autor y de invención), del derecho matrimonial (esponsales y matrimonio, efectos personales, derecho matrimonial patrimonial y la disolución del matrimonio), padres, hijos y tutela (hijos legítimos, ilegítimos, parentesco y adopción y tutela y curatela), organizaciones (la doctrina de la *universitas* e instituciones –*fiscus*, fundaciones–).

La cuarta parte está dedicada a los derechos reales: un primer capítulo dedica el autor a la posesión: Concepto y efectos y protección –donde se aborda el estudio de los interdictos posesorios, la protección posesoria del Derecho Canónico y las acciones posesorias del Derecho Común y el territorial–. En el capítulo siguiente se estudia la propiedad: terminología y definición, protección jurídica de la propiedad, adquisición originaria, adquisición derivativa.

A continuación procede el autor al difícil tratamiento histórico-sistemático de los derechos reales de goce restringido en el Derecho europeo de los siglos XVI a XVII: unos epígrafes esclarecedores sobre la formación de conceptos y en los que se nos precisa que en el sistema del *ius commune* las servidumbres tienen una importancia práctica especial, ya que sirven de modelo de numerosos derechos de goce permanentes, que se incluyen bajo el concepto de «*iura in re*», como diezmos, ingresos por derechos de soberanía, entre otros. Sigue el estudio de las servidumbres personales limitadas y las servidumbres prediales y un importante epígrafe dedicado a la doctrina general de los derechos reales de goce restringido, origen y extinción y protección jurídica.

Los capítulos siguientes dentro del estudio de los derechos reales en el marco europeo del Derecho Común de los siglos XVI-XVIII tratan del derecho de prenda (origen, tipos, contenido y protección jurídica, extinción y el comienzo de la reforma de la hipoteca mobiliaria), de la aplicación extensiva de las reglas de los derechos reales a otros derechos de goce y a instituciones de derechos reales propias de la Edad Media y del Antiguo Régimen, subdividido este epígrafe en generalidades, derecho feudal, derechos posesorios de los campesinos previos a la



Recepción, las formas jurídicas del *Ius commune* y su aplicación a esta área —enfiteusis, *locatio-conductio*, *precarium* y *precaria*, *colonia perpetua*, contribuciones señoriales, servicios y obligaciones—, el *contractus censualis*, el derecho de retracto (*ius retractus*, *ius protimiseos*) y el mayorazgo (fideicomiso familiar).

La quinta parte está dedicada al Derecho de obligaciones. Tras una panorámica general y sistemática sigue un capítulo dedicado al Derecho contractual general, donde se aborda la unificación del derecho contractual, la perfección y forma del contrato en *Ius commune* de esta época, el contenido e interpretación de los contratos, su ineficacia, la representación voluntaria y el contrato en favor de tercero, el desarrollo del contrato, esto es, su cumplimiento, los impedimentos de la prestación y sus consecuencias y el cambio de personas y pluralidad de personas en la relación jurídica. En el siguiente capítulo se tratan los contratos en particular: la compraventa, la *locatio conductio*, el mandato, la *societas*, los contratos reales, la estipulación y contrato literal, la fianza, la donación y el contrato de arbitraje (*compromissum*). A continuación se estudian los cuasicontratos: el enriquecimiento injusto, la *negotiorum gestio*, la *lex Rhodia de iactu* y la acción de *in rem verso*. Sigue el estudio de los delitos y cuasidelitos (hurto, robo, *actio legis Aquiliae*, *actio iniuriarum*, *metus* y *dolus*), dedicando el capítulo XXIII al Derecho Mercantil, donde se exponen los diversos temas que afectan a esta parcela del Derecho: sociedades mercantiles, contrato de seguro, derecho cambiario y títulos-valores al portador y a la orden. Termina Coing el estudio del Derecho de obligaciones con un capítulo dedicado al Derecho mercantil marítimo, con sus especialidades, tratando de las normas propias de sociedades, gremiales, laborales, el contrato de fletamento, préstamo marítimo, préstamo a la gruesa, *lex Rhodia de iactu* y avería.

La cuarta y última parte de este primer tomo estudia el Derecho sucesorio. En primer lugar se aborda el estudio de la sucesión testada: testamento, apertura de testamento, institución de heredero, legado y fideicomiso, fideicomiso universal y donaciones *mortis causa*. El capítulo XXVI está dedicado a las nuevas instituciones en la esfera de las disposiciones *mortis causa*, estudiándose el testamento mancomunado, los contratos sucesorios, las *piae causae* y la figura del albacea. En los capítulos XXVII y XXVIII tratan de la sucesión legal y de la posición jurídica del heredero, para terminar este primer tomo con un último capítulo dedicado al derecho sucesorio en el Derecho Natural de la Ilustración y en las primeras codificaciones (*Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794, *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* de Austria de 1811 y en el *Code civil* francés).

El segundo tomo está dedicado al estudio del derecho privado europeo en el siglo XIX, tratándose en él las manifestaciones del derecho de Europa en este siglo en las codificaciones del Derecho que van realizándose en Europa. Es el estudio del derecho privado en los códigos europeos del siglo XIX, más en concreto desde el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794 al Código civil suizo de 1907. Está dividido este tomo segundo en tres partes y treinta y dos capítulos.

La primera parte lleva por título Las Bases. Contiene un primer capítulo dedicado a la codificación del Derecho civil. Epígrafes como El Código como forma nueva de Derecho, la crítica al *Corpus Iuris* o el procedimiento para la elaboración de un código se contienen dentro de una visión general sobre la teoría de la codificación. Se estudian a continuación las primeras codificaciones y se dedica atención a las consecuencias de la codificación para el *Ius commune* y a la puesta en práctica general de las ideas de la codificación.

El capítulo II, dentro de la primera parte, está dedicado a la ciencia jurídica. Tras una visión general, trata la ciencia del derecho en el círculo jurídico francés y el alemán. Posteriormente se estudia el derecho comparado en este siglo XIX y se recogen las colecciones de jurisprudencia que se elaboran en este siglo XIX en los distintos países de Europa. En el capítulo siguiente se examinan los fundamentos comunes de la configuración del derecho privado, adentrándose el autor en las ideas políticas directrices de Europa en el siglo XIX, los desarrollos fácticos y los problemas más importantes de regulación del Derecho privado.

El nuevo derecho es el título de la segunda parte. El primer capítulo de ella trata las asociaciones de derecho privado, abordándose el estudio de la sociedad de capital como cometido jurídico-político, la organización de la sociedad anónima, el aseguramiento del capital, la sociedad de responsabilidad limitada, el derecho de las cooperativas y las asociaciones sin ánimo de lucro. El capítulo V de esta segunda parte lleva por título «La competencia. Protección jurídica de la industria y derecho del cártel». En él, después de unas páginas dedicadas a las consecuencias de la implantación de la libertad industrial, se estudian los derechos de autor y derechos editoriales, el derecho de patentes, el derecho de marcas, la competencia desleal y el problema del cártel, apartado en el que se aborda el tema del desarrollo general de los cárteles, el tratamiento jurídico del cártel, la debilitación o supresión de la protección de la libre competencia y la primera legislación de cárteles.

El capítulo VI versa sobre los comienzos del moderno Derecho del trabajo. Se trata el problema de la regulación de la relación laboral, la protección del trabajador (seguridad e higiene en el trabajo, regulaciones de la jornada de trabajo, inspección laboral y el problema de los accidentes de trabajo), el contrato de trabajo y sus particularidades y el convenio colectivo, recogiendo la concepción de éste por la ciencia jurídica.

En el capítulo VII se expone la nueva configuración decimonónica del Derecho inmobiliario. Comienza con un apartado sobre el punto de partida económico. Se exponen a continuación los problemas principales de la reforma del derecho hipotecario, donde se nos indica que el objetivo de los reformadores era en primer lugar la ejecución de los principios de la especialidad (sólo se pueden constituir hipotecas para un crédito concretado numéricamente y sólo sobre un determinado inmueble) y de la publicidad, de modo que las cargas de un inmueble o las relaciones jurídicas que existen sobre él estén fijadas en un registro, llevado por autoridades públicas, accesible a los interesados y que goza de una protección de la fe pública legalmente normada. Se distingue a continuación en este capítulo entre el desarrollo del sistema inmobiliario en el círculo jurídico francés y en el alemán y se recogen los resultados de las reformas.

La parte tercera y última de este tomo lleva por título Los problemas del Derecho privado tradicional. Está dividida en seis secciones. La sección primera es parte general. En el capítulo VIII, primero de esta parte y sección, se tratan —bajo el título de Teoría general— problemas como las fuentes del derecho, indicándose que en el siglo XIX existió una diferencia considerable entre las zonas de Derecho común y aquellas en las que el derecho estaba codificado. También se estudia el problema de la interpretación y aplicación de la ley, donde se recogen las ideas de la Ilustración sobre la relación entre ley y jurisprudencia, la teoría de la interpretación dominante en el siglo XIX y las nuevas teorías que a este respecto aparecen hacia 1900. Dentro de este capítulo se dedica especial atención al Derecho Internacional privado: se estudia éste en las primeras codificaciones, se trata la evolución general de la doctrina, nuevos impulsos y problemas concretos,

doctrinas de particular importancia (Mancini, Savigny) y el Derecho Internacional privado en las codificaciones posteriores de este siglo XIX. Termina este capítulo con el estudio del Derecho privado transitorio, resaltando que en el pasado siglo destacaron los problemas originados al introducir una regulación nueva; las codificaciones habían unificado el derecho, ocupando el lugar de una multitud de derechos locales y con ello creando en muchos casos un derecho nuevo. El capítulo siguiente está dedicado a los conceptos sistemáticos fundamentales: derecho subjetivo, la doctrina de la declaración de voluntad y del contrato y la influencia del tiempo (*praescriptio*).

La sección segunda de esta parte aborda el tema de los derechos de la persona y de la familia en el siglo XIX. El capítulo primero de esta parte y décimo del tomo II está dedicado a los derechos de la persona: la igualdad jurídica en el Derecho privado (*status civilis*), la capacidad jurídica y capacidad de obrar (*status naturalis*) y los derechos de la personalidad en el derecho francés y en el círculo jurídico alemán. En el capítulo siguiente se tratará el Derecho matrimonial en esta época, estudiándose, tras una introducción sobre el derecho matrimonial tradicional y la evolución del derecho matrimonial en el siglo XIX, las instituciones de las esponsales y el matrimonio, las consecuencias personales del matrimonio, el derecho matrimonial patrimonial y la disolución del matrimonio. El capítulo doce, último de esta sección, lleva por título Padres e hijos y en él se estudian los hijos legítimos e ilegítimos, el parentesco y la adopción y la tutela.

La sección tercera trata del derecho de las organizaciones: se recoge la teoría de la persona jurídica para seguidamente estudiar las corporaciones, las fundaciones, la doctrina de la sociedad (*societas*) y la aplicación de las teorías a las nuevas formas de organizaciones del Derecho privado.

La sección cuarta aborda el tema de los derechos reales. Un primer capítulo, el decimocuarto del tomo, bajo el título de Generalidades, estudiará las modificaciones en los derechos reales y el concepto de cosa y las diversas clases de cosas. A continuación se aborda la posesión; primero se recoge la teoría y la práctica de esta institución en el Derecho común en Alemania para a continuación tratar el derecho posesorio en las primeras codificaciones y en las codificaciones posteriores.

En el capítulo dieciséis se recoge el estudio de la propiedad en el Derecho decimonónico: se estudia su contenido, sus tipos, la copropiedad, la propiedad por pisos, la adquisición originaria de la propiedad, la adquisición derivativa de la misma, la adquisición de titulares no legítimos y la protección del tráfico jurídico. En el capítulo siguiente se estudian los derechos reales del derecho romano con utilización limitada: las servidumbres, la superficie y la enfiteusis. En el siguiente capítulo se estudiarán los derechos reales de origen medieval, recogiendo la supresión de los feudos, el mayorazgo y los censos.

El capítulo diecinueve trata del Derecho hipotecario en el siglo XIX: la prenda mobiliaria y anticresis y el derecho hipotecario. En el veinte se estudia la fiducia y la transmisión a título de garantía.

La sección quinta de esta tercera parte dedicada a los problemas del Derecho privado internacional estudia el Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil. En un primer capítulo de generalidades se estudian las obligaciones, el contrato obligacional y la protección de la fe. El capítulo veintidós lleva por título Derecho general de los contratos, abordándose en él la perfección y forma de los contratos, el contenido e interpretación de los contratos, su invalidez, los contratos en favor de tercero, la representación, el cumplimiento del contrato, los obstáculos en la prestación y sus consecuencias y el cambio de personas y la pluralidad de ellas. El capítulo siguiente trata de los contratos en particular: compraventa, *locatio-con-*

*ductio*, mandato, contratos reales, fianza y donación. En el capítulo siguiente se abordan los cuasicontratos y en el veinticinco los delitos y cuasidelitos.

A continuación se estudia el Derecho mercantil en el siglo XIX, tratando las normas especiales del Derecho mercantil con respecto al Derecho general de obligaciones, derecho de la firma, el negocio de la comisión, el contrato de transporte y de expedición y el contrato de seguro. El capítulo veintisiete trata de los títulos valores, subdividiéndose en los siguientes epígrafes: derecho cambiario y del cheque, títulos al portador y teoría general de los títulos valores.

En el capítulo veintiocho se aborda el tratamiento sistemático del Derecho marítimo en el siglo XIX; en él se estudia el buque, el armador, el capitán, el contrato de fletamento, préstamo a la gruesa y la avería.

La sección sexta de esta tercera parte trata del derecho sucesorio. En sucesivos capítulos se estudia las disposiciones de última voluntad (testamento y codicilo, apertura de testamento, testamento mancomunado, contrato sucesorio), el contenido de las disposiciones de última voluntad (institución de heredero, legados y mandas, el albacea, la *donatio mortis causa*), la sucesión legal y la liquidación de la herencia (capacidad y dignidad para suceder, adquisición y repudio de la herencia, posición jurídica del heredero, pluralidad de herederos).

La excelente traducción de la presente edición en castellano de la Fundación Cultural del Notariado ha sido obra del profesor doctor Antonio Pérez Martín, Director del Instituto de Derecho Común con sede en Murcia y Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Murcia, quien añade a la versión alemana unas apostillas referentes al Derecho español muy útiles para el lector, así como unos índices que facilitan mucho la consulta, en especial el de materias, muy completo.

Se trata de una gran obra de lectura amena y sugerente y de obligada consulta para el que quiera conocer el Derecho europeo durante la difusión del *ius commune*, los derechos nacionales y la codificación decimonónica.

José María ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO

**SALAS MURILLO, Sofía de:** *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, 722 pp.

La actualidad y extensión del fenómeno asociativo en todo el mundo y, en concreto, en nuestro país, reclamaban desde hace tiempo un estudio sobre la figura de la asociación sin ánimo de lucro. Dicho estudio no parece exento de dificultades, pues para comenzar, el panorama legislativo resulta poco alentador, en cuanto que el tratamiento que el ordenamiento jurídico español actual otorga a la figura de la asociación sin ánimo de lucro no responde a lo que demanda la sustantividad y creciente importancia de la misma. Obsérvese que, a pesar del reconocimiento del derecho fundamental de asociación que obra el artículo 22 de la Constitución, la base del conjunto normativo regulador de las asociaciones –básicamente, la Ley de asociaciones de 24 de diciembre de 1964– es preconstitucional. Preconstitucionalidad que, así como en otros casos es compatible con la calidad técnica, en el caso de las asociaciones, sin embargo, lleva aparejada una más que considerable parquedad del texto legal; y que, además, se traduce en unos objetivos de política legislativa de los años sesenta muy concretos, que hoy, obviamente, han quedado obsoletos. Con posterioridad a la Constitución, sí que han

sido objeto de regulación determinados tipos especiales de asociaciones (partidos políticos, asociaciones religiosas...); y asimismo, dos Comunidades Autónomas, País Vasco y Cataluña, han aprobado en 1988 y 1997, respectivamente, sendas Leyes autonómicas de asociaciones. Sobre la primera de ellas, precisamente, ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente el Tribunal Constitucional, especialmente en lo referido a la cuestión competencial. Pero, con todo, fuera del ámbito de dichas Comunidades, la situación legislativa, sigue siendo cuanto menos de desorientación e incertidumbre. Hay que apuntar, no obstante, que en la actualidad se halla en trámite un Anteproyecto de Ley orgánica reguladora de este derecho. A la situación legislativa citada, ha de añadirse que en el ámbito de la disciplina del Derecho civil, son relativamente pocos los autores que se han interesado por esta figura, al menos en comparación con otras instituciones.

Por todo ello y por el hecho de que, como anticipaba, en algún momento –ya, parece ser, en la próxima legislatura– se ha de acometer la completa y actualizada regulación de esta figura, puede parecer «peligroso» adentrarse en el estudio de la misma. Arriesgado, ciertamente, pero no por ello poco necesario. Y ésta es precisamente la tarea que satisfactoriamente ha realizado la profesora De Salas en «Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español».

Es evidente que tal objetivo que, bien merecería ser objeto de un tratado de asociaciones, necesitaba ser acotado; la autora ha optado por un enfoque que permite la profundidad doctrinal y la utilidad práctica: el estudio de los elementos que configuran el concepto de asociación en el Derecho español actual, desde una perspectiva que atiende, por una parte, a las características que ordinariamente se predicán del fenómeno jurídico de la asociación, y, por otra, a las líneas propuestas por la doctrina y el propio legislador de *lege ferenda*. Esta línea de investigación, permite deslindar la asociación de las múltiples figuras afines que aparecen en nuestro sistema jurídico actual (sociedad civil, corporaciones de Derecho público...) y asimismo sirve para acercarse a muchas de las cuestiones que suscita su regulación jurídica.

El libro se abre con un primer capítulo dedicado al concepto de asociación, que contiene una panorámica general de dicho concepto. Panorámica que muestra la inexistencia de un concepto legal definido y la necesidad, por tanto, de una formulación doctrinal del mismo, así como los problemas que plantea la variedad e imprecisión de la terminología utilizada, tanto por las propias leyes, como por la doctrina y la jurisprudencia. De las definiciones formuladas por la doctrina desde el siglo XIX hasta nuestros días, extrae la doctora De Salas unos elementos que, si bien no aparecen en todas ellas, puede decirse que constituyen un común denominador.

A cada uno de estos elementos y a las cuestiones e interrogantes que plantean, se dedican cada uno de los restantes seis capítulos del libro.

Así, el segundo capítulo está dedicado al elemento de la pluralidad personal, que constituye, precisamente, la base o sustrato de la asociación, de modo que puede considerarse elemento intrínseco del concepto asociación. Mantiene la doctora De Salas que sigue siendo elemento intrínseco y diferencial de dicho concepto, aunque la realidad nos muestre numerosos factores de acercamiento de la asociación a la fundación: en especial, la similitud que se aprecia en las finalidades perseguidas y en los modos de desenvolverse de estas figuras. Tal acercamiento se pone de manifiesto en la tendencia a agrupar asociaciones y fundaciones en el *Non profit sector*, denominación global que en la actualidad se aplica al conjunto de figuras que se inscriben en el campo no ocupado ni por el sector público, ni por el sector privado que busca el lucro personal.

El número, cualidad y capacidad de las personas que componen el sustrato de la asociación, son todos ellos asuntos que la legislación estatal actual no resuelve satisfactoriamente, y sobre los que se pronuncia la autora en dicho capítulo. Resalta el interés de cuestiones como, entre otras, la posibilidad de la constitución unipersonal de la asociación o la capacidad para constituir e integrar una asociación (punto éste en el que se estudia la Ley orgánica de la protección jurídica del menor).

Puesto que toda asociación se constituye con vistas al logro de un fin para cuya consecución se arbitran unos medios, el capítulo tercero se dedica a lo que la autora denomina elemento teleológico-objetivo. Distinción ésta entre fin y medios acogida en ocasiones por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Económico Administrativo. En este punto se alude al interesante debate entre la corriente que propugna la acogida del criterio estructural propio del Derecho alemán en orden a la distinción de las diversas figuras de base personal y la postura tradicional que fija en el elemento teleológico una decisiva clave de distinción de la asociación respecto a otras figuras afines. Para tomar partido en dicho debate se analiza la interpretación clásica del significado del carácter no lucrativo del fin, con una panorámica de diversas figuras de dudoso encuadramiento según ese criterio clásico: asociaciones que tienen una importante actividad económica o que persiguen una finalidad de tipo económico y lo contrario, entidades calificadas legalmente como «sociedades» y que no persiguen un fin de lucro para ellas mismas, como las entidades de carácter mutualista.

Uno de los problemas de mayor repercusión práctica, respecto del cual no elude pronunciarse la autora, es la compatibilidad entre el fin no lucrativo de la asociación y la conveniente, y en ocasiones necesaria, actividad económica. De hecho, si algo caracteriza las tendencias actuales del movimiento asociativo es la mejora de la gestión de sus actividades, inspirada de modo creciente en criterios empresariales. La respuesta a esta cuestión se da a la luz de criterios tales como el fin asociativo y la prohibición del reparto de beneficios, la protección de los acreedores, la *Paracommercialité* de la que se habla en Derecho francés, la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia desleal. Se alude también a puntos tan prácticos y actuales como la compatibilidad del carácter no lucrativo del fin con la remuneración a los cargos directivos por el desempeño de su misión, así como con el contrato de trabajo también remunerado entre la asociación y el asociado y, finalmente, con el reparto del remanente de la asociación disuelta entre los socios.

Otra interesante cuestión en el estudio del fin y las actividades de la asociación, que se aborda en el capítulo tercero, es que éstos pueden ser tanto de interés particular, como de interés público, y en este último caso, se puede invertir a las asociaciones de funciones públicas sin que por ello se conviertan en Corporaciones de Derecho público. De hecho, este cauce que se ha dado en llamar de «autoadministración» es de creciente utilización, especialmente, en el ámbito urbanístico y deportivo.

El capítulo cuarto se halla dedicado al elemento de voluntariedad propio de la asociación, que se manifiesta en el origen e ingreso en la misma. La doctora De Salas analiza este elemento constitutivo del concepto asociación, intrínsecamente ligado a su carácter de derecho fundamental, con las consiguientes matizaciones, ya que puede imponerse la creación y adscripción forzosa en determinadas asociaciones —que no son Corporaciones de Derecho público— a la vista de las funciones públicas que pueden desempeñar. La autora aborda el análisis de la naturaleza jurídica de estos actos voluntarios, sin ánimo de divagaciones teóricas, sino en la medida que tal naturaleza pueda determinar la aplicación de un

régimen jurídico concreto que sirva para suplir las deficiencias de la actual legislación de asociaciones. La opción por la naturaleza contractual —que es la única que ofrece un régimen completo al que acudir— se enfrenta con dificultades, tanto en la aplicación de algunos de los elementos que forman la categoría conceptual del contrato, como en la aplicación de ciertos artículos del Código civil —especialmente los referidos a esa figura afín a la asociación que es la sociedad civil— incompatibles con la estructura corporativa de la asociación o con la dimensión de derecho fundamental presente en la asociación. De hecho, los casos en que el Tribunal Supremo ha hecho uso de estos artículos arrojan más sombras que luces, y a ellos se alude en el capítulo cuarto.

El elemento de organización, al que se dedica el capítulo quinto, reviste una especial importancia en la asociación, no sólo por ser esencial a la misma, sino por la peculiar estructura corporativa que adopta la asociación, que la aleja de figuras afines como la sociedad civil y, en cierta manera, la acerca más a otras figuras como la sociedad anónima. El carácter de derecho fundamental de la asociación, del que carecen otras figuras corporativas, influye también en la determinación de su estructura, otorgándole unas características especiales que aparecen descritas en la obra. Con la misma dimensión práctica a la que antes se aludía, se aborda, sin ánimo de exhaustividad, el estudio de la naturaleza jurídica del negocio jurídico creador de los Estatutos.

Puesto que la figura de la asociación se estudia en el ámbito del Derecho civil dentro del marco general de las personas jurídicas, no podía dejar de abordarse el elemento de personificación jurídica, que ha sido considerado tradicionalmente esencial en el concepto de asociación y al que la autora dedica el capítulo sexto. El estudio de este elemento se acomete desde la perspectiva de las funciones que cumple, especialmente, el reconocimiento de capacidad jurídica y de obrar; capacidad que se revela de una importancia y amplitud crecientes, y que se manifiesta en diversos órdenes, a los que se va haciendo referencia a lo largo del capítulo. Resalta, como era de esperar, lo relativo a la capacidad patrimonial, y especialmente —dentro de ésta— el tema del grado de comunicación entre el patrimonio de la asociación y el de los asociados. Con las limitaciones propias de un estudio de Derecho civil, se alude también a la capacidad de la asociación en el orden procesal, cuestión ésta de gran actualidad, pues determinadas asociaciones gozan de legitimación para ejercitar acciones en defensa de los intereses difusos. Se alude, asimismo a la capacidad de la asociación en el orden familiar, en cuanto que no hay que olvidar que la asociación está siendo nombrada tutora y realizando importantes funciones como entidad colaboradora de integración familiar y de adopción internacional; y en el ámbito público, pues algunos derechos de los ciudadanos, como el trámite de audiencia en la elaboración de los Reglamentos, sólo encuentran el cauce adecuado a través de las asociaciones.

Por su trascendencia práctica, dedica la autora una especial atención a la relación de la capacidad con el fin y el objeto de la asociación plasmados en los Estatutos y la responsabilidad de la asociación por actos ajenos a los mismos, proponiendo soluciones cercanas a las que se ofrecen en el ámbito societario. Se alude también a las consecuencias de la falta de inscripción de la asociación en el Registro.

Mucho más breve es el capítulo dedicado al último de los elementos, la vocación de permanencia, que no se considera elemento constitutivo del concepto asociación, pues son perfectamente admisibles las asociaciones temporales.

Para la elaboración del trabajo expuesto, la autora, que no ha escatimado medios, ha utilizado el —paradójicamente escaso e inabarcable a un tiempo—

material que proporciona el conjunto normativo de Derecho positivo relativo al tema en cuestión, las aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia, la observación del tratamiento que recibe la asociación sin ánimo de lucro en otros países de nuestro entorno y la misma realidad social.

Por lo que respecta al Derecho positivo, el lector podrá encontrar Derecho vigente, perspectivas de futuro y una adecuada referencia a datos históricos en la medida que ilustran las cuestiones actuales. La obra queda enriquecida con abundantes alusiones a los Derechos francés, alemán e italiano y, según los casos, a las soluciones adoptadas por otros países del entorno de la Unión Europea e incluso ajenos a ella. También es frecuente el recurso a un texto de Derecho comunitario actualmente en proyecto, pero que puede arrojar valiosas luces sobre las cuestiones que se plantean: la Propuesta de Reglamento por el que se aprueba el Estatuto de la Asociación Europea.

Merece también, por último, una mención la jurisprudencia, en cuanto que tiene un importante papel en esta obra, pues a pesar de que, como hace notar la autora en la introducción, el número de sentencias que directamente se pronuncian sobre cuestiones relativas a las asociaciones sin ánimo de lucro, no es demasiado abundante para lo que se esperaría de una institución consagrada legalmente desde el siglo pasado –con todo, se citan más de cien a lo largo de la obra–, las conclusiones del presente libro deben mucho al estudio de la jurisprudencia, resultando de especial actualidad la STC 173/1998, de 23 de julio.

Como puede deducirse de cuanto antecede, el libro presentado no puede pasar desapercibido para quienes, de algún modo, estén en relación con el mundo de las asociaciones o deseen acercarse a él.

María Victoria MAYOR DEL HOYO  
Universidad de Zaragoza





**ISABEL ARANA DE LA FUENTE**  
Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** I. *Derecho civil:* 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho mercantil:* 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor, letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.—III. *Derecho urbanístico y del medio ambiente.*—IV. *Derecho de la Unión Europea.*—V. *Derecho procesal.*—Abreviaturas.

## DERECHO CIVIL

### INTRODUCCIÓN

AGUILAR GRIEDER, Hilda: «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: un nuevo paso en la comprensión del sistema (a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998)», en *La Ley*, 1998-6, D-304.

ÁNTHIMOS, Apóstolos: «Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en Grecia», en *RDCE*, núm. 5, 1999, pp. 209 y ss.

CALVO DÍAZ, Gloria: «El marco legislativo comunitario», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 13 y ss.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Validez de los reglamentos administrativos dictados al amparo de una ley anulada», en *RGD*, junio 1999, pp. 7137 y ss.

DWORKIN, Roger B.: «Aspectos legales de la genética humana en Estados Unidos de América», en *RPJ*, núm. 52, 1998, pp. 337 y ss.

FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa, y VALLE GÁLVEZ, Alejandro del: «Aplicación judicial del Derecho Comunitario en España en 1997», en *RDCE*, núm. 5, 1999, pp. 109 y ss.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> Carmen: «Jurisprudencia “científica” y aplicación judicial del Derecho», en *La Ley*, 1998-6, D-340.

GARCIMARTÍN, Francisco J., y VIRGÓS, Miguel: «Pluralidad de fuentes y unidad del sistema español de competencia judicial internacional», en *RJE*, núm. 1, 1999, pp. 253 y ss.

- LAMARCA I MARQUÉS, Albert: «La prescripció de les accions personals que no tenen assenyalat termini especial en el dret civil de Catalunya: la seva inaplicació», en *RJC*, núm. 4, 1999, pp. 957 y ss.
- LÓPEZ JACOISTE, José Javier: «El Fuero Nuevo, un interrogante intelectual», en *RJN*, núm. 26, 1998, pp. 9 y ss.
- MARTÍ MINGARRO, Luis: «Common Law/Derecho Continental: del enfrentamiento a la fusión», en *GJ*, abril-mayo 1999, pp. 26 y ss.
- MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, José Leandro: «Una visión de la pérdida de vigor de las normas», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 653 y ss.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: «Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo», en *GJ*, abril-mayo 1999, pp. 11 y ss.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio: «Sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Comunitario Europeo (a propósito del asunto Matthews c. Reino Unido)», en *RDCE*, núm. 5, 1999, pp. 95 y ss.
- SORIANO, José Eugenio: «Dos vivas por el triunfo de los principios generales en el Derecho Administrativo de la Comunidad», en *GJ*, abril-mayo 1999, pp. 49 y ss.
- TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio: «El reenvío ante el Tribunal Supremo: historia y reapertura de la vieja polémica en el Derecho Internacional Privado español», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1261 y ss.
- VALLE GÁLVEZ, Alejandro del, y FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa: «Aplicación judicial del Derecho Comunitario en España en 1997», en *RDCE*, núm. 5, 1999, pp. 109 y ss.
- VÁZQUEZ ALOY, Antoni: «El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la Verwirkung en la jurisprudencia española», en *RDPat*, núm. 2, 1999, pp. 89 y ss.
- VIGÓS, Miguel, y GARCIMARTÍN, Francisco J.: «Pluralidad de fuentes y unidad del sistema español de competencia judicial internacional», en *RJE*, núm. 1, 1999, pp. 253 y ss.

## DERECHO DE LA PERSONA

- ALEMÁN MONTERREAL, Ana: «La forma humana y su vinculación con la viabilidad: precedente romano del artículo 30 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1059 y ss.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo», en *La Ley*, 1998-6, D-313.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el estado civil durante el año 1998, en *Actualidad Civil* 1999, pp. 741 y ss.

- DÍEZ-PICAZO, Luis María: «Publicidad y secreto en la Constitución», en *CDJ*, 1997, XXV, pp. 43 y ss.
- DOPICO FRADIQUE, Manuel: «Comentario acerca de la sentencia de 28 de octubre de 1998, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo», en *RJN*, núm. 26, 1998, pp. 177 y ss.
- EGEA IBÁÑEZ, Ricardo: «Nacionalidad: Constitución española y Código civil. Comunidades Autónomas: vecindad administrativa. Vecindad civil: Código civil. Artículo 161 Reglamento Notarial», en *RJNot*, núm. 19, 1996, pp. 335 y ss.
- ESCRIBANO, Francisco: «Acceso a datos en poder de la Administración tributaria», en *CDJ*, 1997, XXV, pp. 261 y ss.
- FERNÁNDEZ DE FRUTOS, Marta: «La detención y otras formas de privación de libertad practicadas por las fuerzas y cuerpos de seguridad. Doctrina del Tribunal Constitucional», en *RJC*, núm. 4, 1999, pp. 1041 y ss.
- GALÁN CORTÉS, Julio César, y GARCÍA-OCHOA, Carlos: «Consentimiento informado y reproducción asistida humana», en *La Ley*, 1998-6, D-339.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel: «La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 447 y ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «Reconocimiento de la nacionalidad española a un nativo de la antigua colonia del Sahara español», en *La Ley*, 1998-6, D-310.
- GARCÍA-OCHOA, Carlos, y GALÁN CORTÉS, Julio César: «Consentimiento informado y reproducción asistida humana», en *La Ley*, 1998-6, D-339.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia ("Betreuung") de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», *Actualidad Civil* 1999, pp. 553 y ss.
- GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel: «Investigación judicial y secreto bancario», en *CDJ*, 1997, XXV, pp. 281 y ss.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos: «Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen», en *CDJ*, 1998, I, pp. 131 y ss.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Naturaleza jurídica de la prodigalidad. Prohibiciones que afectan al curador: actos celebrados por el prodigo. Sin la debida asistencia de aquél: su sanción. Comentario a la S.T.S. (Sala 1.ª) de 23 de diciembre de 1997», en *RDP*, septiembre 1999, pp. 638 y ss.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: «Tutela conjunta o plural», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 423 y ss.
- LÓPEZ BURNIOL, Juan-José: «La Ley catalana de uniones estables de pareja», en *RJC*, núm. 3, 1999, pp. 641 y ss.
- LÓPEZ DOMÍNGUEZ, Orencio: «La información clínica: situación actual, conflictos y tendencias», *CDJ*, 1997, XXV, pp. 337 y ss.

- MACÍAS CASTILLO, Agustín: «La asimilación por los Tribunales civiles de la jurisprudencia del TEDH en materia de inmisiones molestas e inviolabilidad del domicilio», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1227 y ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Derechos humanos: ¿una realidad o una utopía?», en *La Ley*, 1998-6, D-319.
- MANZANEDO GONZÁLEZ, Fernando: «Notas sobre el derecho de acceso a archivos y registros policiales», en *RCDI*, núm. 653, 1999, pp. 1420 y ss.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: «Situación de la pensión compensatoria con limitación temporal en los tribunales de Cataluña», en *RJC*, núm. 3, 1999, pp. 725 y ss.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio: «Los sistemas de protección de los derechos humanos en el ámbito internacional y en el espacio comunitario de la Unión Europea», en *La Ley*, 1998-6, D-320.
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco: «El acceso a los Registros administrativos: un derecho de la nueva generación», en *CDJ*, 1997, XXV, pp. 223 y ss.
- «Consideración introductoria sobre el derecho de acceso a registros y archivos administrativos», en *RCDI*, núm. 653, 1999, pp. 1435 y ss.
- MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: «La anorexia y el internamiento de los enfermos en centros hospitalarios: límites y controles», en *RJC*, núm. 3, 1999, pp. 715 y ss.
- NÚÑEZ MUÑOZ, Carmen: «La guarda de hecho», en *RDP*, junio 1999, pp. 428 y ss.
- OLLERO TASSARA, Andrés: «La ponderación delimitadora de los derechos humanos. Libertad informativa e intimidad personal», en *La Ley*, 1998-6, D-321.
- OVERSTAKE, Jean Francis: «La autonomía jurídica del menor en materia civil en Derecho francés», en *RCDI*, núm. 653, 1999, pp. 1519 y ss.
- PALOMO DEL ARCO, Andrés: «Aspectos procesales de los delitos contra el honor, intimidad y propia imagen», en *CDJ*, 1998, I, pp. 13 y ss.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «Notas sobre el Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *RGD*, octubre-noviembre 1999, pp. 12439 y ss.
- SALGADO CARRERO, Celestino: «El derecho a la ejecución de las sentencias como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», en *RPJ*, núm. 51, 1998, pp. 69 y ss.
- SANMARTÍN TREJO, Elena: «El régimen de las atribuciones a título gratuito hechas a menores e incapacitados y las actividades de sus representantes legales», en *RDP*, septiembre 1999, pp. 596 y ss.
- SANZ MARTÍN, Laura: «La tutela: normativa vigente en contraste con su precedente», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 961 y ss.

SASTRE LEGIDO, Ramón: «La protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *La Ley*, 1998-6, D-314.

TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo: «Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de honor, intimidad y propia imagen», en *CDJ*, 1998, I, pp. 165 y ss.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «La transexualidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RGD*, septiembre 1999, pp. 10689 y ss.

### PERSONA JURÍDICA

ARAGÓN REYES, Manuel: «El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho a la información», en *RJE*, núm. 1, 1999, pp. 13 y ss.

BENEYTO BERENGUER, Remigio: «La Ley valenciana de Fundaciones: valoración crítica de sus disposiciones generales», en *RGD*, julio-agosto 1999, pp. 8991 y ss.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa: «Colegios profesionales: colegiación obligatoria. Jurisdicción competente. Derecho de asociación», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 429 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1998.

GARCÍA GARNICA, M.<sup>a</sup> del Carmen: «La actividad de empresa y las fundaciones a la luz de la Ley 30/1994», en *RDP*, julio-agosto 1999, pp. 524 y ss.

MAS BADÍA, María Dolores: «Elementos identificativos de la fundación: el nombre», en *RCDI*, núm. 652, 1999, pp. 951 y ss.

MONGE GIL, Ángel Luis: «Algunas reflexiones a propósito y sobre la Ley de Cooperativas de Aragón», en *RDM*, núm. 232, 1999, pp. 723 y ss.

PAZ-ARES, Cándido: «Las sociedades profesionales (principios y bases de la regulación proyectada)», en *RCDI*, núm. 654, 1999, pp. 1257 y ss.

PRADA GONZÁLEZ, José María de: «Patrimonios adscritos a fines», en *RJNot*, núm. 20, 1996, pp. 149 y ss.

VIVANCOS COMES, Mariano: «Nota sobre la sentencia de la Ley Vasca de Asociaciones (a propósito de la sentencia constitucional 173/1998, de 23 de julio)», en *RGD*, junio 1999, pp. 7531 y ss.

### OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AGUILAR GRIEDER, Hilda: «Reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: un nuevo paso en la comprensión del sistema (a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1998)», en *La Ley*, 1998-6, D-304.

ALCOVER GARAU, Guillermo: «La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español», en *RDM*, núm. 232, 1999, pp. 687 y ss.

ALBANÉS MEMBRILLO, Antonio: «La evitación del proceso», en *CDJ*, 1997, XXIV, pp. 11 y ss.

ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «Régimen general de la actividad comercial minorista», en *RDM*, núm. 231, 1999, pp. 7 y ss.

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: «Caída montando a caballo. Responsabilidad de daños causados por animales. Responsabilidad extracontractual por hecho propio», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 353 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1999.

ÁLVAREZ-BUYLLA Y BALLESTEROS, Manuel M.ª: «El canon por copia privada en la compra de máquinas fotocopadoras por profesionales del derecho», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 877 y ss.

BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «Resolución del contrato de vitalicio», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 19 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1998.

BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia: «Tercería de dominio. Rescisión de la escritura pública de venta de finca embargada solicitada en reconvencción», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 383 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1998.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: aplicación jurisprudencial de la Directiva 93/13», en *RJNot*, núm. 20, 1996, pp. 205 y ss.

BLANDINO GARRIDO, María Amalia: «Régimen jurídico de la ineficacia de los actos sometidos a la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles», en *RGD*, octubre-noviembre 1999, pp. 12419 y ss.

BONET NAVARRO, José: «Requisitos de la obligación cambiaria en el juicio ejecutivo», en *RGD*, octubre-noviembre 1999, pp. 12499 y ss.

BUSTO LAGO, José Manuel: «Fianza general con renuncia del beneficio de excusión. Beneficio de excusión y fianza solidaria. Fianza solidaria y garantía personal atípica con cláusula *a primer requerimiento*. Muerte del deudor fiado y extinción de la fianza. Valor probatorio de los libros de comercio», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 337 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Operaciones fiduciarias o *trusts* en Derecho español», en *RCDI*, núm. 654, 1999, pp. 1757 y ss.

CARRIÓN, Salvador: «La condición suspensiva y sus efectos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1996», en *RDP*, junio 1999, pp. 449 y ss.

CERDÁ GIMENO, José: «En torno a un tema clásico: donaciones entre cónyuges», en *RJNot*, núm. 20, 1996, pp. 9 y ss.

CILVETI GUBÍA, M.<sup>a</sup> Belén: «Derecho de opción de compra inscrito en el Registro de la Propiedad. Anotación preventiva de embargo. Inscripción del ejercicio de la opción en el Registro de la Propiedad. Solicitud de cancelación de la anotación preventiva de embargo por el optante: no procede», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 197 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 1998.

CRESPO HERNÁNDEZ, Ana: «Delimitación entre materia contractual y extracontractual en el Convenio de Bruselas: implicaciones en orden a la determinación de la competencia judicial internacional», en *La Ley*, 1998-6, D-306.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «El fraude del deudor en la acción pauliana», en *RCDI*, núm. 654, 1999, pp. 1867 y ss.

— «Aparición y consolidación de la acción pauliana», en *RDP*, julio-agosto 1999, pp. 499 y ss.

DÍAZ FRAILE, Juan María: «La inclusión de los préstamos hipotecarios en el Proyecto de Directiva sobre contratación de servicios financieros a distancia (la "hipoteca electrónica")», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 981 y ss.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: «Los presupuestos subjetivos de la compensación de créditos», en *RJNot*, núm. 19, 1996, pp. 123 y ss.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Testamento ológrafo. Testamento mancomunado. Reconocimiento de deuda. Causa: presunción de existencia. Negocio jurídico abstracto. Obligaciones alternativas con elección atribuida al acreedor. Notificación de la elección», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 269 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1998.

ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Novación extintiva. Constitución unilateral de hipoteca. Hipoteca en garantía de crédito mancomunado», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 151 y ss.

Comentario a la RDGRN de 28 de julio de 1998.

ESTEVE SEGARRA, Amparo: «La prestación de servicios médicos: criterios jurisprudenciales de delimitación entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios», en *RGD*, septiembre 1999, pp. 10637 y ss.

FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo: «Acotaciones a una delimitación de la naturaleza jurídica y la vinculación contractual de las partes contratantes en la compraventa a plazos con reserva de dominio», en *RJNot*, núm. 20, 1996, pp. 121 y ss.

GARCÍA, Laura: «Competencia judicial internacional y compensación de créditos», en *RJE*, núm. 1, 1999, pp. 119 y ss.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen: «Leasing financiero inmobiliario: hipotecabilidad del derecho de arrendamiento financiero. Rechazo de la naturaleza arrendaticia del contrato. Afirmación de la naturaleza real del derecho de arrendamiento financiero. Calificación como garantía real de la titularidad



dominical formal que mantiene la sociedad de leasing y admisión de la posibilidad de que acepte garantías adicionales en seguridad del cumplimiento del contrato. Inexistencia de solidaridad de garantías», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 399 y ss.

Comentario a la RDGRN de 26 de octubre de 1998.

GARCÍA MAS, Francisco Javier: «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», en *RCDI*, núm. 652, 1999, pp. 765 y ss.

GARCÍA PASTOS, Milagros: «La mora en las obligaciones recíprocas: una nueva propuesta», en *RDP*, septiembre 1999, pp. 579 y ss.

GARCÍA VARELA, Román: «Competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de la indemnización por lesiones a un policia en acto de servicio», en *La Ley*, 1999-8, D-293.

— «La conducta desidiosa del abogado y la responsabilidad civil», en *La Ley*, 1998-6, D-325.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Rescisión de donación y contrato de opción por fraude de acreedores; carácter subsidiario de la acción rescisoria y fianza solidaria; el perjuicio padecido por el acreedor como límite a la ineficacia de las donaciones; rescisión e indemnización de daños», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 139 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1998.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: «Los títulos-valores como objeto de derechos reales y el contrato de descuento», en *RDBB*, núm. 74, 1999, pp. 167 y ss.

IGLESIA MONJE, María Isabel de la: «Aspectos cuestionables en torno al pacto de retro. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 19 de septiembre de 1997», en *RDP*, junio 1999, pp. 488 y ss.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael: «La firma electrónica y el RD Ley 14/1999, de 17 de septiembre», en *DN*, octubre 1999, pp. 1 y ss.

INGLÉS BUCETA, José Luis: «Riesgos del desarrollo y accesibilidad: la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1997, con un apóstrofe sobre el nuevo art. 141.1 de la LRJAP-PAC», en *DN*, octubre 1999, pp. 15 y ss.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «La moderación judicial de la cláusula penal», en *RCDI*, núm. 653, 1999, pp. 1455 y ss.

JORDANO FRAGA, Francisco: «Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 653, 1999, pp. 1275 y ss.

JUAN SÁNCHEZ, Ricardo: «Jurisprudencia sobre la intervención de terceros responsables civiles en el proceso penal. Referencia a las compañías de seguros», en *RGD*, octubre-noviembre 1999, pp. 12963 y ss.

LAMARCA I MARQUÉS, Albert: «La prescripció de les accions personals que no tenen assenyalat termini especial en el dret civil de Catalunya: la seva inaplicació», en *RJC*, núm. 4, 1999, pp. 957 y ss.

LOBO GARCÍA, Alfonso: «De la continuación del contrato de arrendamiento de vivienda sin prórroga forzosa, una vez concluida la tácita reconducción trienal de la nueva LAU, en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1247 y ss.

LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «La intervención de los compradores de viviendas por documento privado. Comentario a la S.T.S. (Sala Primera) de 18 de julio de 1997», en *RDP*, julio-agosto 1999, pp. 565 y ss.

LÓPEZ SANTANA, Nieves: «Contrato de gestión de carteras de inversión: facultad del gestor para negociar los valores sin necesidad de consentimiento previo de su titular; regulación del contrato: contrato atípico en su aspecto jurídico-privado: aplicación de lo convenido por las partes, de los preceptos establecidos con carácter general por la Ley del Mercado de Valores y de las normas propias del mandato o la comisión; obligaciones del gestor: obligación de observar una conducta diligente y de dar prioridad a los intereses de su cliente», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 33 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1998.

MACHADO PLAZAS, José: «Convenio concursal y fianza (en torno a los efectos de la quita y espera concursales sobre la obligación del fiador)», en *RGD*, junio 1999, pp. 7497 y ss.

MARÍN LÓPEZ, Antonio: «La protección de la parte débil en la contratación internacional», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 499 y ss.

MARTÍN CASALS, Miquel: «La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado», en *RGD*, julio-agosto 1999, pp. 9405 y ss.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: «El arbitraje y la mediación como fórmulas de resolución de los conflictos derivados del uso de la propiedad intelectual a través de INTERNET», en *RDM*, núm. 231, 1999, pp. 167 y ss.

MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis: «Responsabilidad civil profesional del abogado», en *La Ley*, 1998-6, D-285.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Rafael: «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad patrimonial ex artículo 1911 del Código Civil y su actuación en el Derecho administrativo», en *RJN*, núm. 26, 1998, pp. 159 y ss.

MARTOS CALABRÚS, M.<sup>a</sup> Angustias: «El pacto de *quota litis*» en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1003 y ss.

MAYOR MENÉNDEZ, Pablo: «La nueva Ley General de Telecomunicaciones», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 81 y ss.

MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: «Precontrato: obliga a las partes a celebrar un posterior contrato definitivo. La sujeción de la eficacia de un contrato definitivo al cumplimiento de una condición, no transforma a dicho contrato en un precontrato. Aplicabilidad del párrafo segundo del artículo 1118 del Código Civil a las condiciones positivas», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 117 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1998.

MIR PUIGPELAT, Oriol: «La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC», en *RJC*, núm. 4, 1999, pp. 997 y ss.

MOLLINEDO CHOCANO, José Joaquín: «Los servicios de telecomunicación», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 153 y ss.

MONTES REIG, Luis: «Sobre la posibilidad de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral “uncitral” y en el arbitraje en general», en *RJC*, núm. 3, 1999, pp. 741 y ss.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves I.: «Responsabilidad solidaria de los esposos que contratan conjuntamente y de consuno la ejecución de una obra en el inmueble ganancial», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 51 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1998.

MUÑIZ ESPADA, Esther: «Naturaleza jurídica del llamado contrato para persona a designar», en *RCDI*, núm. 654, 1999, pp. 1971 y ss.

ORGAZ ALONSO, Marta: «Préstamo con garantía hipotecaria. Cláusula sobre variabilidad de intereses: falta de objetividad; conversión en fijos», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 371 y ss.

Comentario a la RDGRN de 21 de octubre de 1998.

ORTEGA MONTORO, Rodrigo: «La acción directa y la oponibilidad de excepciones por el asegurador en los supuestos de alcoholemia», en *La Ley*, 1998-6, D-326.

PARDO IRANZO, Virginia: «Ejecución por obligaciones de dar no dinerarias», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 693 y ss.

PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «Las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales de la Ley 7/1998, de condiciones generales de la contratación», en *RGD*, julio-agosto 1999, pp. 9469 y ss.

PETTIT LAVALL, María Victoria: «El contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente», en *RGD*, julio-agosto 1999, pp. 9445 y ss.

POVEDA BERNAL, Margarita Isabel: «Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas», en *RCDI*, núm. 652, 1999, pp. 897 y ss.

QUICIOS MOLINA, Susana: «Suspensión de pagos: convenio de acreedores consentido por el que previamente había reclamado en juicio una cantidad superior a la reconocida; sentencia estimatoria de la demanda posterior al convenio que contiene la dación en pago de todos los bienes de la suspensa. Imposición de costas: concurrencia de circunstancias excepcionales», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 283 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1998.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, y RODRÍGUEZ MIGUEL RAMOS, Joaquín: «Responsabilidad civil subsidiaria de las entidades de crédito por actos delictivos de sus empleados», en *RDBB*, núm. 75, 1999, pp. 249 y ss.

- RUIZ RUIZ, Florentino: «La introducción del euro y la continuidad de los contratos sobre obligaciones dinerarias», en *RGD*, octubre-noviembre 1999, pp. 12379 y ss.
- SALANOVA VILLANUEVA, Marta: «Responsabilidad por daños causados por cosas arrojadas o caídas, en Derecho español y francés», en *RDP*, mayo 1999, pp. 366 y ss.
- SANMARTÍN TREJO, Elena: «El régimen de las atribuciones a título gratuito hechas a menores e incapacitados y las actividades de sus representantes legales», en *RDP*, septiembre 1999, pp. 596 y ss.
- SANZ VALENTÍN, Luis Antonio: «La Directiva 1999/44 CD del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1073 y ss.
- SANZ VILA, Ana M.<sup>a</sup>: «Consideraciones en torno a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 883 y ss.
- SERRA MALLOL, Antonio J.: «La Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles: un pequeño análisis jurídico, matemático y comercial», en *La Ley*, 1998-6, D-329.
- TRIGO GARCÍA, Belén: «La noción de *lugar acasado* en la Ley de Derecho Civil de Galicia. Especial referencia al arrendamiento de *lugar acasado*», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 797 y ss.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Contratos de suministro de carburante para uso y consumo empresarial. Prescripción: inaplicación del artículo 952 Ccom. A los suministros realizados con carácter sucesivo», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 247 y ss.
- Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1998.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Remedios jurídicos con que cuenta el comprador de un inmueble afectado por limitaciones urbanísticas», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1213 y ss.
- «Venta de cuadro falso: resolución; error; saneamiento. *Aliud pro alio*», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 175 y ss.
- Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 1998.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «La unificación del derecho de obligaciones», en *RDPat*, núm. 2, 1999, pp. 21 y ss.
- VICENT LÓPEZ, Cristina: «Cesión de contrato: su aceptación por el contratante cedido», en *RGD*, octubre-noviembre 1999, pp. 12517 y ss.
- VIVES MARTÍNEZ, Gemma: «A propósito del contrato de “leasing” y las cláusulas abusivas», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 783 y ss.
- «Apuntes sobre la cláusula de sumisión expresa en los contratos de adhesión», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 917 y ss.

## DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ALCOVER GARAU, Guillermo: «La rescisión de la hipoteca en la quiebra», en *RGD*, junio 1999, pp. 7567 y ss.

ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto: Nulidad de asientos en el Derecho registral peruano: aspectos generales», en *RCDI*, núm. 653, 1999, pp. 1503 y ss.

ÁLVAREZ-BUYLLA Y BALLESTEROS, Manuel M.<sup>a</sup>: «El canon por copia privada en la compra de máquinas fotocopadoras por profesionales del Derecho», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 877 y ss.

BARNETT, Stephen R.: «Evolución reciente de la *Intellectual Property Law* en los Estados Unidos», en *RDM*, núm. 231, 1999, pp. 183 y ss.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «Comunidad de bienes: división de cuota abstracta inmaterial que recae sobre copropiedad de un bien material. Litisconsorcio pasivo necesario: no es necesario demandar al resto de los copropietarios que no son, a su vez, comuneros de la cuota objeto de división», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 255 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1998.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Propiedad intelectual: reproducción de cartel en sello postal; carga de la prueba sobre titularidad del derecho; derecho moral de autor: derecho de paternidad y derecho de integridad; indemnización por infracción de los mismos», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 439 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1998.

BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia: «Tercería de dominio. Rescisión de la escritura pública de venta de finca embargada solicitada en reconvencción», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 383 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1998.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «La mención registral: su justificación y contenido», en *RCDI*, núm. 652, 1999, pp. 833 y ss.

CILVETI GUBÍA, M.<sup>a</sup> Belén: «Derecho de opción de compra inscrito en el Registro de la Propiedad. Anotación preventiva de embargo. Inscripción del ejercicio de la opción en el Registro de la Propiedad. Solicitud de cancelación de la anotación preventiva de embargo por el optante: no procede», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 197 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 1998.

CONTUJOCH PRATDESABA, Ramón: «Comentarios a la Ley 8/1999, de 6 de abril (de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. Ley 49/1960, de 21 de julio)», en *RJC*, núm. 4, 1999, pp. 1073 y ss.

CORTÉS GARCÍA, Eduardo: «Derechos reales limitados y otros gravámenes sobre valores anotados», en *RDBB*, núm. 73, 1999, pp. 163 y ss.

DELGADO SCHEELJE, Álvaro: «El documento judicial registrable y su calificación registral en el Perú», en *RCDI*, núm. 653, 1999, pp. 1495 y ss.

DÍAZ FRAILE, Juan María: «La inclusión de los préstamos hipotecarios en el Proyecto de Directiva sobre contratación de servicios financieros a distancia (la “hipoteca electrónica”）」, en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 981 y ss.

ECHEVARRÍA SUMMERS, Francisco M.: «Propiedad horizontal: sustitución de portero por conserje: no requiere unanimidad», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 161 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1998.

ESPIAU ESPIAU, Santiago: «Novación extintiva. Constitución unilateral de hipoteca. Hipoteca en garantía de crédito mancomunado», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 151 y ss.

Comentario a la RDGRN de 28 de julio de 1998.

GARCÍA CARNICA, María del Carmen: «Leasing financiero inmobiliario: hipotecabilidad del derecho de arrendamiento financiero. Rechazo de la naturaleza arrendaticia del contrato. Afirmación de la naturaleza real del derecho de arrendamiento financiero. Calificación como garantía real de la titularidad dominical formal que mantiene la sociedad de leasing y admisión de la posibilidad de que acepte garantías adicionales en seguridad del cumplimiento del contrato. Inexistencia de solidaridad de garantías», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 399 y ss.

Comentario a la RDGRN de 26 de octubre de 1998.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: «Los títulos-valores como objeto de derechos reales y el contrato de descuento», en *RDBB*, núm. 74, 1999, pp. 167 y ss.

IGLESIAS CANLE, Inés: «Procedimiento extrajudicial hipotecario (a propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 402/1998, de 4 de mayo)», en *La Ley*, 1998-6, D-330.

JORDANO FRAGA, Francisco: «Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 653, 1999, pp. 1275 y ss.

LLOPIS GINER, Juan Manuel: «La extensión de la hipoteca a las construcciones realizadas antes de su constitución. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de diciembre de 1997», en *RDP*, mayo 1999, pp. 399 y ss.

LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «La intervención de los compradores de viviendas por documento privado. Comentario a la S.T.S. (Sala Primera) de 18 de julio de 1997», en *RDP*, julio-agosto 1999, pp. 565 y ss.

— «Algunas cuestiones sobre el justo título, la buena fe y la interrupción en la prescripción adquisitiva. Comentario a la S.T.S. (Sala Primera) de 22 de julio de 1997», en *RDP*, septiembre 1999, pp. 650 y ss.

MARTÍN BERNAL, José Manuel: «La nueva Ley de Propiedad Horizontal», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 623 y ss.

MARTÍN PASTOR, José: «La anotación preventiva de la demanda del juicio declarativo en oposición al procedimiento judicial sumario de ejecución hipoteca-

- ria y al procedimiento ejecutivo extrajudicial “ ex” artículo 132 de la Ley Hipotecaria», en *RGD*, julio-agosto, 1999, pp. 8973 y ss.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: «El arbitraje y la mediación como fórmulas de resolución de los conflictos derivados del uso de la propiedad intelectual a través de INTERNET», en *RDM*, núm. 231, 1999, pp. 167 y ss.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.: «El abuso del derecho y la propiedad horizontal: criterios jurisprudenciales y nuevas tendencias legislativas», en *Actualidad Civil*, en 1999, pp. 1111 y ss.
- MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso: «Los registros contables de valores», en *RDPat*, núm. 2, 1999, pp. 53 y ss.
- MOREU BALLONGA, José Luis: «Aprovechamiento hidráulico. Jurisdicción competente. Usucapión de aguas públicas. Derecho transitorio de la Ley de Aguas de 1985. Vías de hecho. Comunidad de Regantes. Tutela posesoria. Acción publiciana», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 299 y ss.
- Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998.
- NAVARRO VIÑUALES, José María: «El derecho real de hipoteca inmobiliaria en la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *RCDI*, núm. 654, 1999, pp. 1917 y ss.
- ORGAZ ALONSO, Marta: «Préstamo con garantía hipotecaria. Cláusula sobre variabilidad de intereses: falta de objetividad; conversión en fijos», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 371 y ss.
- PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto: «La reclamación judicial a los propietarios morosos en las comunidades de propietarios», en *RGD*, septiembre 1999, pp. 10663 y ss.
- PINAZO HERNANDIS, Javier, y SÁNCHEZ CABELLO, Josefina: «La realización de obras urgentes o necesarias para la comunidad de propietarios de un edificio y la obstrucción del vecino comunero mediante la negativa del acceso a su propiedad privativa», en *RGD*, julio-agosto 1999, pp. 8931 y ss.
- POMED SÁNCHEZ, Luis: «La normativa agraria de la Comunidad Foral de Navarra», en *RJN*, núm. 26, 1998, pp. 75 y ss.
- POVEDA BERNAL, Margarita Isabel: «Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas», en *RCDI*, núm. 652, 1999, pp. 897 y ss.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique: «Hipotecas sobre maquinaria industrial. Extensión convencional de la hipoteca inmobiliaria y objeto autónomo de la mobiliaria. Incompatibilidad de las garantías. Insubsanabilidad del defecto», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 429 y ss.
- Comentario a la RDGRN de 16 de noviembre de 1998.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel: «Los procesos de la nueva Ley de Propiedad Horizontal», en *RGD*, octubre-noviembre 1999, pp. 12399 y ss.
- SAAVEDRA MONTERO, Eva: «La formación del derecho real de hipoteca y de la Ley Hipotecaria», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 831 y ss.

- SÁNCHEZ CABELLO, Josefina, y PINZAO HERNANDIS, Javier: «La realización de obras urgentes o necesarias para la comunidad de propietarios de un edificio y la obstrucción del vecino comunero mediante la negativa del acceso a su propiedad privativa», en *RGD*, julio-agosto 1999, pp. 8931 y ss.
- SÁNCHEZ MOLERO, José, y SOLER MATUTE, Pedro: «La patente de genes humanos: examen especial de la propuesta de Directiva Comunitaria relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas», en *La Ley*, 1998-6, D-334.
- SOLER MATUTE, Pedro, y SÁNCHEZ MOLERO, José: «La patente de genes humanos: examen especial de la propuesta de Directiva Comunitaria relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas», en *La Ley*, 1998-6, D-334.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «La servidumbre de luces y vistas y la equidistribución en la ejecución de los planes urbanísticos», en *RCDI*, núm. 654, 1999, pp. 1735 y ss.
- VALIÑO, Alejandro: «En torno a la prohibición de división de una finca y su calificación como servidumbre», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 643 y ss.
- VAQUER SALORT, Miguel: «El embargo de bienes gananciales a través de la jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 652, 1999, pp. 979 y ss.
- «El embargo de bienes gananciales y la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado (II)», en *RCDI*, núm. 653, 1999, pp. 1335 y ss.

## DERECHO DE FAMILIA

- ALONSO UCEDA, Alfredo: «Valoración práctica de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en los procesos de determinación de la filiación: criterios a tener en cuenta y alternativas a considerar», en *RGD*, junio 1999, p. 7105 y ss.
- ARIAS DÍAZ, María Dolores: «La adopción de mayores de edad (a propósito del Auto de 9 de julio de 1998 de la Audiencia Provincial de Jaén)», en *La Ley*, 1998-6, D-290.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «La extinción del derecho a la pensión por el cese de la causa que lo motivó», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1039 y ss.
- CERDÁ GIMENO, José: «En torno a un tema clásico: donaciones entre cónyuges», en *RJNot*, núm. 20, 1996, pp. 9 y ss.
- COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, José: «La dote en el panorama de la codificación civil española», en *RCDI*, núm. 652, 1999, pp. 791 y ss.
- CUTILLAS TORNS, José M.<sup>a</sup>: «La petición en el proceso de la actualización de la pensión alimenticia y compensatoria: retroactividad o irretroactividad de sus efectos», en *RGD*, julio-agosto 1999, pp. 8845 y ss.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio: «Derechos humanos, menores y Ministerio Fiscal», en *La Ley*, 1998-6, D-316.



DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el estado civil durante el año 1998, en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 741 y ss.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel: «La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 447 y ss.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «Una aproximación a la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 583 y ss.

LETE ACHIRICA, Javier: «Legado de bien ganancial», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 263 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1999.

LETE DEL RÍO, Juan Manuel: «Tutela conjunta o plural», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 423 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1095 y ss.

MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco: «Sistemas alternativos de resolución de conflictos», en *CDJ*, 1997, XXIV, pp. 299 y ss.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves I.: «Responsabilidad solidaria de los esposos que contratan conjuntamente y de consuno la ejecución de una obra en el inmueble ganancial», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 57 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1998.

PANIZO Y ROMO DE ARCE, Alberto: «La liquidación judicial del régimen económico matrimonial», en *RDP*, mayo 1999, pp. 339 y ss.

SABATER, Antonio: «La investigación de la paternidad y las pruebas biológicas», en *RJNot*, núm. 20, 1996, pp. 287 y ss.

VAQUER SALORT, Miguel: «El embargo de bienes gananciales a través de la jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 652, 1999, pp. 979 y ss.

— «El embargo de bienes gananciales y la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado (II)», en *RCDI*, núm. 653, 1999, pp. 1335 y ss.

## DERECHO DE SUCESIONES

ALBALADEJO, Manuel: «Si muriendo sin descendientes un usufructuario, procede la sucesión intestada. Comentario a la S.T.S. de 9 de febrero de 1998», en *RDP*, julio-agosto 1999, pp. 553 y ss.

BOTANA GARCÍA, Gemma: «Crónica legislativa: la Ley Aragonesa de Sucesión *mortis causa*», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1159 y ss.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Interpretación del testamento: prevalece la voluntad real del testador sobre el tenor literal en una cláusula contradictoria; legado (prelegado) o adjudicación particional. Herencia indivisa: administración de la herencia. Sustitución ejemplar. Incongruencia», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 67 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1998.

CARRIÓN OLMOS, Salvador: «Testamento abierto. Nulidad por incapacidad mental de la testadora, heredera del pintor don Benjamín Palencia», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 231 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Partición por el testador: partición por contador-partidor. Distinción entre partición y normas particionales. Facultades del testador y del contador-partidor en orden a la formación de los lotes. Límite cuantitativo a la disposición testamentaria que recae sobre bienes gananciales», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 189 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998.

— «Testamento ológrafo. Testamento mancomunado. Reconocimiento de deuda. Causa: presunción de existencia. Negocio jurídico abstracto. Obligaciones alternativas con elección atribuida al acreedor. Notificación de la elección», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 269 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1998.

FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita: «Estando la herencia indivisa no es de petición de herencia la acción ejercitada contra un coheredero que posee los bienes hereditarios en beneficio de la comunidad hereditaria. Diferencias entre la acción de petición de herencia y la acción de partición. No procede la usucapión de bienes hereditarios por el heredero que los posee de consuno o en beneficio de los demás coherederos», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 93 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1998.

FERNÁNDEZ-DOMINGO, Jesús Ignacio: «Revisión de algunas incapacidades sucesorias relativas (artículos 752 a 755 del Código Civil)», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 931 y ss.

LETE ACHIRICA, Javier: «La partición de herederos en el Derecho Civil gallego», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 713 y ss.

— «Legado de bien ganancial», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 263 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1999.

LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo: «Reglas de capacidad personal en la aceptación, repudiación y partición de la herencia», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 667 y ss.

MUÑIZ ESPADA, Esther: «Algunas consideraciones sobre el artículo 860 del Código civil», en *RJNot*, núm. 19, 1996, pp. 233 y ss.

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: «Comunidad hereditaria: vínculos de solidaridad activa», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 363 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1998.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La partición hereditaria y sus causas de impugnación. Especial referencia a la problemática de la rectificación de la partición», en *RCDI*, núm. 652, 1999, pp. 1041 y ss.

SANMARTÍN TREJO, Elena: «El régimen de las atribuciones a título gratuito hechas a menores e incapacitados y las actividades de sus representantes legales», en *RDP*, septiembre 1999, pp. 596 y ss.

## DERECHO MERCANTIL.

### PARTE GENERAL. EMPRESA

ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael: «Caducidad de los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia», en *GJ*, agosto-septiembre 1999, pp. 41 y ss.

ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «Régimen general de la actividad comercial minorista», en *RDM*, núm. 231, 1999, pp. 7 y ss.

BENEYTO, José María: «Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86», en *GJ*, agosto-septiembre 1999, pp. 9 y ss.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl: «La utilización de una marca por empresa distinta del titular, como medio de publicitar la reventa o la reparación de productos previamente comercializados por el titular de la misma (comentario a la sentencia del TJCE de 23 de febrero de 1999)», en *GJ*, junio-julio 1999, pp. 59 y ss.

BOTUA BELTRÁN, Miguel Ángel: «Competencia territorial en la Ley de Competencia desleal», en *RPJ*, núm. 51, 1998, pp. 531 y ss.

CALVO DÍAZ, Gloria: «El marco legislativo comunitario», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 13 y ss.

Análisis de las disposiciones de la Comunidad Europea relativas a la liberalización del mercado de las telecomunicaciones.

— «La convergencia de sectores: telecomunicaciones, audiovisual, servicios telemáticos. La telefonía por internet», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 45 y ss.

CASADO CERVIÑO, A., y COS CODINA, J.: «Los trabajos comunitarios sobre el diseño industrial: la Directiva comunitaria», en *GJ*, agosto-septiembre 1999, pp. 31 y ss.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando: «Monopolios comerciales después de la sentencia *Franzén*», en *GJ*, agosto-septiembre 1999, pp. 65 y ss.

CERVERA, José Luis y JIMÉNEZ-LAAIGLESIA, Juan: «Las prácticas del intercambio de información en los oligopolios a la luz de la nueva teoría de la organización industrial», en *GJ*, abril-mayo 1999, pp. 42 y ss.

- COS CODINA, J., y CASADO CERVIÑO, A.: «Los trabajos comunitarios sobre el diseño industrial: la Directiva comunitaria», en *GJ*, agosto-septiembre 1999, pp. 31 y ss.
- CREUS, Antonio: «La privatización del Derecho de la Competencia», en *GJ*, abril-mayo 1999, pp. 55 y ss.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A., y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F.: «Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones en los asuntos *BT/Telefónica* y *Tabacos de Canarias*», en *GJ*, junio-julio 1999, pp. 9 y ss.
- GONZÁLEZ DÍAS, F. Enrique: «Algunas reflexiones sobre las recientes sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos *Ladbroke* y *Comisión/Italia*», en *GJ*, abril-mayo 1999, pp. 81 y ss.
- El autor analiza, a la luz de estos dos importantes asuntos, la aplicabilidad de las normas de competencia a las empresas cuya conducta viene impuesta por una legislación nacional y la posible imputabilidad de la restricción resultante al Estado.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Antonio: «Defraudaciones a la Hacienda Pública en el ámbito empresarial», en *CDJ*, V, 1998, pp. 13 y ss.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., y FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A.: «Precios predatorios y abuso de posición dominante: análisis crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia a la luz de las resoluciones en los asuntos *BT/Telefónica* y *Tabacos de Canarias*», en *GJ*, junio-julio 1999, pp. 9 y ss.
- HOFER, Peter, y VALLE FECED, Manuel del: «La regulación europea de la publicidad comparativa (la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre publicidad comparativa). Especial referencia a España y Suiza», en *DN*, junio 1999, pp. 11 y ss.
- JIMÉNEZ-LAIGLESIA, Juan, y CERVERA, José Luis: «Las prácticas del intercambio de información en los oligopolios a la luz de la nueva teoría de la organización industrial», en *GJ*, abril-mayo 1999, pp. 42 y ss.
- LAVILLA RUBIRA, Juan José: «El operador dominante y los nuevos entrantes ante la nueva Ley General de Telecomunicaciones», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 243 y ss.
- LEÓN, Ignacio de: «Sustitución de las políticas antidumping por políticas antimonopolios: ¿evolución o retroceso?», en *GJ*, octubre-noviembre 1999, pp. 42 y ss.
- MAYOR MENÉNDEZ, Pablo: «La nueva Ley General de Telecomunicaciones», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 81 y ss.
- MOLLINEDO CHOCANO, José Joaquín: «Los servicios de telecomunicación», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 153 y ss.
- MONTAÑA MORA, Miquel: «La OMC y el Derecho de la Competencia. ¿Hacia un Derecho de la competencia mundial?», en *GJ*, abril-mayo 1999, pp. 67 y ss.

- PAZ-ARES, Cándido: «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en *RJE*, núm. 1, 1999, pp. 223 y ss.
- PETTIBÒ JUAN, Amadeo: «Desregular para competir y ganar eficiencia», en *GJ*, abril-mayo 1999, pp. 31 y ss.
- PORTERO SÁNCHEZ, Luis Manuel: «Reflexiones sobre cuotas de mercado, posición dominante colectiva y competencia en el transporte marítimo», en *RGD*, junio 1999, pp. 7087 y ss.
- SILVA DE LAPUERTA, Rosario: «Competencias de los órganos jurisdiccionales nacionales y de las autoridades administrativas de los Estados miembros en la aplicación del Derecho comunitario en la competencia», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 125 y ss.
- TRÍAS SAGNIER, Miguel: «El informe Olivencia sobre el gobierno de las grandes empresas», en *RPJ*, núm. 51, 1998, pp. 409 y ss.
- VALLE FECED, Manuel del, y HOFER, Peter: «La regulación europea de la publicidad comparativa (la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre publicidad comparativa). Especial referencia a España y Suiza», en *DN*, junio 1999, pp. 11 y ss.
- VAÑÓ VAÑÓ, María José: «La liberalización del sistema eléctrico español. Desregulación y neoregulación», en *RDM*, núm. 231, 1999, pp. 219 y ss.
- VEGA-PENICHER LÓPEZ, Luis: «Ejercicio abusivo de acciones judiciales. Un posible abuso de posición dominante», en *GJ*, agosto-septiembre 1999, pp. 20 y ss.

## DERECHO DE SOCIEDADES

- ALONSO LEDESMA, Carmen: «La reforma de la sociedad cotizada», en *RDS*, núm. 12, 1999, pp. 13 y ss.
- BATALLER GRAU, Juan: «La aplicación de las causas de disolución específicas de las sociedades personalistas a la sociedad de responsabilidad limitada», en *RDM*, núm. 231, 1999, pp. 91 y ss.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Acerca de la reactivación de sociedades disueltas (en especial anónimas y limitadas)», en *RJNot*, núm. 19, 1996, pp. 9 y ss.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor: «La conversión de los capitales sociales al euro en la ley de introducción del euro», en *RDS*, núm. 12, 1999, pp. 230 y ss.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, María Cristina: «La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de las propias acciones como obstáculo a ciertas compras apalancadas de empresas, o *leveraged buy-outs*», en *RDM*, núm. 232, 1999, pp. 577 y ss.
- FORUM EUROPAEUM DERECHO DE GRUPOS: «Por un derecho de los grupos de Sociedades para Europa», en *RDM*, núm. 232, 1999, pp. 445 y ss.

- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE (algunas reflexiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999)», en *RDM*, núm. 232, 1999, pp. 645 y ss.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Mariano Javier: «La reactivación de las sociedades tras la reforma mercantil y la resolución de la DGRN de 11 de diciembre de 1996», en *RJNot*, núm. 19, 1996, pp. 305 y ss.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: «De nuevo sobre la diferencia entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal», en *La Ley*, 1998-6, D-305.
- LARGO GIL, Rita: «La fusión de sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social», en *RDS*, núm. 12, 1999, pp. 59 y ss.
- LLEBOT MAJO, Josep Oriol: «La geometría del capital social», en *RDM*, núm. 231, 1999, pp. 37 y ss.
- MARTÍNEZ MACHUCA, Pablo: «El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades», en *RDS*, núm. 12, 1999, pp. 210 y ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> Teresa: «Consideraciones sobre el derecho de información del administrador y, en particular, del consejero», en *RDS*, núm. 12, 1999, pp. 175 y ss.
- MATA MARTÍN, Ricardo M.: «Delitos societarios: administración desleal y demás figuras delictivas», en *CDJ*, 1998, V, pp. 337 y ss.
- MÉNDEZ ÁLVAREZ-CEDRÓN, José María: «Las dificultades para la armonización en el Derecho comunitario del régimen de ofertas públicas de adquisición de valores de sociedades cotizadas», en *DN*, mayo 1999, pp. 1 y ss.
- MONGE GIL, Ángel Luis: «Algunas reflexiones a propósito y sobre la Ley de Cooperativas de Aragón», en *RDM*, núm. 232, 1999, pp. 723 y ss.
- PAZ-ARES, Cándido: «Las sociedades profesionales (principios y bases de la regulación proyectada)», en *RCDI*, núm. 654, 1999, pp. 1257 y ss.
- «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en *RJE*, núm. 1, 1999, pp. 223 y ss.
- POLO VEREDA, Javier: «Naturaleza y formación de mayorías ficticias en los órganos de las sociedades mercantiles», en *La Ley*, 1998-6, D-292.
- PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José: «Acciones privilegiadas y acciones sin voto tras las Leyes 37 y 50 de 1998», *DN*, julio/agosto 1999, pp. 1 y ss.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «Las cuentas en participación como alternativa para la financiación de las sociedades de responsabilidad limitada. Especial referencia a su utilidad en las sociedades familiares», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 489 y ss. y *RDP*, junio 1999, pp. 419 y ss.
- «Derecho al dividendo y participaciones privilegiadas en la sociedad de responsabilidad limitada. Particular referencia a la sociedad familiar», en *RGD*, septiembre 1999, pp. 10625 y ss.

- ROQUETA BUJ, Remedios: «Socios trabajadores y administradores sociales en las sociedades mercantiles capitalistas y sociedades laborales: puntos críticos», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 527 y ss.
- ROSAL BLASCO, Bernardo del: «El delito de falsedad en la información social del art. 290 del Código Penal de 1995», en *CDJ*, 1998, V, pp. 61 y ss.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, Alberto: «Notario & Notario, C.B. (En torno a las sociedades profesionales entre notarios)», en *DN*, septiembre 1999, pp. 1 y ss.
- SAGASTI AURREKOETXEA, Josu J.: «El régimen jurídico de las acciones sin voto en el derecho italiano», en *RPJ*, núm. 52, 1998, pp. 353 y ss.
- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo: «El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión», en *RDS*, núm. 12, 1999, pp. 195.
- SOTO NIETO, Francisco: «Delitos societarios. Ámbito de la responsabilidad civil inherente a los mismos. Nulidad de los acuerdos sociales», en *La Ley*, 1998-6, D-336.
- «Responsabilidad penal y civil de los administradores de sociedades anónimas. Operatividad del seguro de responsabilidad civil correspondiente», en *La Ley*, 1998-6, D-312.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Aspectos jurídico-mercantiles de la fusión transfronteriza de sociedades anónimas cotizadas. Apuntes sobre un caso reciente desde la perspectiva del Derecho español», en *RDS*, núm. 12, 1999, pp. 133 y ss.
- TUSQUETS TRÍAS DE BES, Francisco: «El abogado en el órgano de gobierno de las sociedades anónimas», en *La Ley*, 1998-6, D-311.

## INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- ABELLA SANTAMARÍA, Jaime: «Competencias estatales y autonómicas sobre el mercado de valores. La Sentencia del Tribunal Constitucional», en *RDBB*, núm. 73, 1999, pp. 85 y ss.
- BERMÚDEZ ODRIOZOLA, Luis: «Autoridades reguladoras», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 199 y ss.
- Estudio de las autoridades reguladoras del mercado de las telecomunicaciones, en especial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y de las funciones que desempeña.
- CACHÓN BLANCO, José Enrique: «Las relaciones jurídicas de representación de sociedades de valores, de agencias de valores y de otros intermediarios del mercado de valores», en *RDBB*, núm. 75, 1999, pp. 157 y ss.
- DÍAZ RUIZ, Emilio: «Los otros mercados secundarios de valores», en *RDBB*, núm. 75, 1999, pp. 7 y ss.

- FUERTES, Mercedes: «El Derecho sancionador en los mercados de valores: la eterna reforma», en *RDBB*, núm. 73, 1999, pp. 109 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: «Ordenación de los mercados de valores y operaciones de privatización», en *RDBB*, núm. 73, 1999, pp. 11 y ss.
- GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco: «El servicio de compensación y liquidación de valores, S.A. y sus funciones normativas», en *RDBB*, núm. 75, 1999, pp. 33 y ss.
- MADRID PARRA, Agustín: «Repercusión de las nuevas tecnologías en la reforma del mercado de valores», en *RDBB*, núm. 73, 1999, pp. 31 y ss.
- MARTÍNEZ VILA José Esteban: «Reflexiones sobre la potestad normativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», en *La Ley*, 1998-6, D-309.
- MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso: «Los registros contables de valores», en *RDPat*, núm. 2, 1999, pp. 53 y ss.
- NIETO CAROL, Ubaldo: «Las bolsas de valores», en *RDBB*, núm. 75, 1999, pp. 65 y ss.
- PALÁ LAGUNA, Reyes: «El segundo mercado de valores. ¿Una reforma pendiente?», en *RDBB*, núm. 75, 1999, pp. 93 y ss.
- RECALDE CASTELLS, Andrés: «Los valores negociables ¿concepto delimitador del Derecho del mercado de valores?», en *RDBB*, núm. 74, 1999, pp. 95 y ss.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: «Nueva legislación del mercado de valores (Observaciones preliminares al Anteproyecto de 1985)», en *RDBB*, núm. 73, 1999, pp. 67 y ss.
- «La protección del inversor y el fondo de garantía de inversiones», en *RDBB*, núm. 75, 1999, pp. 111 y ss.
- SÁNCHEZ MIGUEL, María Candelas: «La nueva orientación europea para los segundos mercados bursátiles», en *RDBB*, núm. 75, 1999, pp. 131 y ss.

## CONTRATOS MERCANTILES

- ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «Régimen general de la actividad comercial minorista», en *RDM*, núm. 231, 1999, pp. 7 y ss.
- CACHÓN BLANCO, José Enrique: «Las relaciones jurídicas de representación de sociedades de valores, de agencias de valores y de otros intermediarios del mercado de valores», en *RDBB*, núm. 75, 1999, pp. 157 y ss.
- FONT Y SEGURA, Albert: «La responsabilidad del porteador efectivo en el Convenio de Bruselas de 1968 (STJCE de 27 de octubre de 1998, as. C-51/97, Réunion européenne SA y otros c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV, Capitaine commandant el navire *Abblasgracht V002*)», en *RDCE*, núm. 5, 1999, pp. 187 y ss.



- GARCÍA MAS, Francisco Javier: «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», en *RCDI*, núm. 652, 1999, pp. 765 y ss.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: «Los títulos-valores como objeto de derechos reales y el contrato de descuento», en *RDBB*, núm. 74, 1999, pp. 167 y ss.
- IGLESIAS, Juan Luis y MASSAGUER, José: «Acerca de determinados efectos de los acuerdos de compensación contractual o acuerdos de *netting*», en *RDM*, núm. 231, 1999, pp. 127 y ss.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: «La firma electrónica y el RD Ley 14/1999, de 17 de septiembre», en *DN*, octubre 1999, pp. 1 y ss.
- LEIBLE, Stefan: «El significado de los “Principios de Unidroit” para la seguridad jurídica en el comercio internacional», en *DN*, septiembre 1999, pp. 11 y ss.
- MASSAGUER, José e IGLESIAS, Juan Luis: «Acerca de determinados efectos de los acuerdos de compensación contractual o acuerdos de *netting*», en *RDM*, núm. 231, 1999, pp. 127 y ss.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «El “contrato de logística”: una nominación social para un contrato atípico», en *DN*, mayo 1999, pp. 7 y ss.
- Estudio de la técnica de gestión empresarial consistente, en palabras de la autora, en «externalizar determinados servicios, lo que supone una disminución de los costes, pues se pasa de tener un coste fijo, si es la propia industria la que los ejecuta, a un coste variable, si se externalizan y son llevados a cabo por una empresa auxiliar».
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «Las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales de la Ley 7/1998, de condiciones generales de la contratación», en *RGD*, julio-agosto 1999, pp. 9469 y ss.
- PETTIT LAVALL, María Victoria: «El contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente», en *RGD*, julio-agosto 1999, pp. 9445 y ss.
- QUINTÁNS EIRAS, M.<sup>a</sup> Rocío: «Las relaciones de intermediación en la colocación de valores», en *RDBB*, núm. 75, 1999, pp. 197 y ss.
- RUIZ RUIZ, Florentino: «La introducción del euro y la continuidad de los contratos sobre obligaciones dinerarias», en *RGD*, octubre-noviembre 1999, pp. 12379 y ss.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes: «Régimen jurídico del servicio portuario de practiaje en la Ley 27/1992 y el vigente Reglamento General de Practicaje», en *RDM*, núm. 231, 1999, pp. 197 y ss.
- SANZ VIOLA, Ana M.<sup>a</sup>: «Consideraciones en torno a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 883 y ss.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Contratos de suministro de carburante para uso y consumo empresarial. Prescripción: inaplicación del artículo 952 Ccom. a los suministros realizados con carácter sucesivo», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 247 y ss.
- Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1998.

VEGA GARCÍA, Fernando L. de la: «El seguro marítimo. Aspectos generales», en *RDM*, núm. 232, 1999, pp. 705 y ss.

### TÍTULOS VALOR, LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

BONET NAVARRO, José: «Requisitos de la obligación cambiaria en el juicio ejecutivo», en *RGD*, octubre-noviembre 1999, pp. 12499 y ss.

CACHÓN BLANCO, José Enrique: «Las relaciones jurídicas de representación de sociedades de valores, de agencias de valores y de otros intermediarios del mercado de valores», en *RDBB*, núm. 75, 1999, pp. 157 y ss.

CERVERA-MERCADILLO, Víctor: «Las participaciones como valores mobiliarios negociables», en *RDBB*, núm. 73, 1999, pp. 131 y ss.

CORTÉS GARCÍA, Eduardo: «Derechos reales limitados y otros gravámenes sobre valores anotados», en *RDBB*, núm. 73, 1999, pp. 163 y ss.

FERRANDO MIGUEL, Ignacio: «El pago de cheques falsos o falsificados. Examen del artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 465 y ss.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: «Naturaleza jurídica de los valores tabulares», en *RDBB*, núm. 74, 1999, pp. 7 y ss.

— «Los títulos-valores como objeto de derechos reales y el contrato de descuento», en *RDBB*, núm. 74, 1999, pp. 167 y ss.

LÓPEZ SANTANA, Nieves: «Contrato de gestión de carteras de inversión: facultad del gestor para negociar los valores sin necesidad de consentimiento previo de su titular; regulación del contrato: contrato atípico en su aspecto jurídico-privado: aplicación de lo convenido por las partes, de los preceptos establecidos con carácter general por la Ley del Mercado de Valores y de las normas propias del mandato o la comisión; obligaciones del gestor: obligación de observar una conducta diligente y de dar prioridad a los intereses de su cliente», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 33 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1998.

MARTÍ SÁNCHEZ, J. Nicolás: «La representación de valores mediante anotaciones en cuenta en el Derecho español», en *RDBB*, núm. 74, 1999, pp. 65 y ss.

QUINTÁNS EIRAS, M.<sup>a</sup> Rocío: «Las relaciones de intermediación en la colocación de valores», en *RDBB*, núm. 75, 1999, pp. 197 y ss.

RECALDE CASTELLS, Andrés: «Los valores negociables ¿concepto delimitador del Derecho del mercado de valores?», en *RDBB*, núm. 74, 1999, pp. 95 y ss.

### DERECHO CONCURSAL

ALCOVER GARAU, Guillermo: «La rescisión de la hipoteca en la quiebra», en *RGD*, junio 1999, pp. 7567 y ss.

GINER PARREÑO, César A.: «Repercusiones de los procesos penales en los expedientes de suspensión de pagos (los problemas de los grupos de sociedades)», *DN*, junio 1999, pp. 1 y ss.

LLEBOT MAJO, José Oriol: «La responsabilidad concursal de los administradores», en *RGD*, junio 1999, pp. 7559 y ss.

MACHADO PLAZAS, José: «Convenio concursal y fianza (En torno a los efectos de la quita y espera concursales sobre la obligación del fiador)», en *RGD*, junio 1999, pp. 7497 y ss.

MAIRATA LAVIÑA, Jaime: «La nulidad parcial del convenio alcanzado en procedimiento concursal», en *RDPat*, núm. 2, 1999, pp. 131 y ss.

QUICIOS MOLINA, Susana: «Suspensión de pagos: convenio de acreedores consentido por el que previamente había reclamado en juicio una cantidad superior a la reconocida; sentencia estimatoria de la demanda posterior al convenio que contiene la dación en pago de todos los bienes de las suspensa. Imposición de costas: concurrencia de circunstancias excepcionales», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 283 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1998.

SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Empleo de las acciones de retroacción en la suspensión de pagos», en *RGD*, junio 1999, pp. 7531 y ss.

## DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

ABAD LICERAS, José María: «El marco jurídico de la rehabilitación del Patrimonio Arquitectónico Cultural de España», en *RDU*, núm. 172, 1999, pp. 39 y ss.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Las competencias de la Comunidad Europea en materia medioambiental y su incidencia en el ejercicio de las competencias en el ámbito interno», en *RDU*, núm. 172, 1999, pp. 125 y ss.

CARCABA FERNÁNDEZ, María: «Defensa civil del medio ambiente», en *RDU*, núm. 171, 1999, pp. 141 y ss.

CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio: «Panorama del Derecho urbanístico autonómico», en *RDU*, núm. 172, 1999, pp. 13 y ss.

CASTILLO BLANCO, Federico A.: «La actividad de edificación, rehabilitación urbana y equipamiento comunitario como competencia de las sociedades urbanísticas locales», en *RDU*, núm. 169, 1999, pp. 49 y ss.

CASTILLO GÓMEZ, Fátima: «Una visión global sobre las políticas del suelo», en *RDU*, núm. 171, 1999, pp. 99 y ss.

FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena y MEILÁN GIL, José Luis: «La Ley del Suelo de Galicia y la Legislación Urbanística del Estado», en *RDU*, núm. 171, 1999, pp. 21 y ss.

- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Javier: «Las posibilidades edificatorias dentro de la zona de servidumbre de protección en los terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988. Interpretación de la Disposición Transitoria novena, apartado segundo, del Reglamento de Costas», en *RDU*, núm. 169, 1999, pp. 27 y ss.
- FERNÁNDEZ PARRILLA, Francisco Javier: «Sujeción a previa licencia municipal de las obras aeroportuarias» en *RDU*, núm. 171, 1999, pp. 129 y ss.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, José Antonio: «Acotamiento al régimen del silencio administrativo en nuestro ordenamiento jurídico. La última reforma de la Ley 30/92 (Ley 4/99)», en *RDU*, núm. 169, 1999, pp. 11 y ss.
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «Una reflexión sobre los últimos cuarenta años en el urbanismo español», en *RDU*, núm. 171, 1999, pp. 11 y ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «La rehabilitación urbanística. Legislación, problemas, líneas de futuro», en *RDU*, núm. 172, 1999, pp. 89 y ss.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe: «Análisis de la reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia sobre gestión urbanística», en *RDU*, núm. 170, 1999, pp. 75 y ss.
- JIMÉNEZ LINARES, M.<sup>a</sup> Jesús: «La subsistencia del derecho al aprovechamiento urbanístico», en *La Ley*, 1998-6, D-342
- MARTÍ SELVA, Enrique: «La clasificación del suelo urbano en la normativa estatal y la LRAU», en *RGD*, septiembre 1999, pp. 10615 y ss.
- ORTEGA BERNARDO, Julia: «Las órdenes de ejecución», en *RDU*, núm. 170, 1999, pp. 33 y ss.
- PEÑARRUBIA IZA, Joaquín M.<sup>a</sup>: «Los convenios interadministrativos en materia urbanística y de ordenación territorial», en *RDU*, núm. 171, 1999, pp. 73 y ss.
- REQUERO IBÁÑEZ, J.L.: «Obras públicas, medio ambiente y proceso contencioso-administrativo», en *RDU*, núm. 169, 1999, pp. 93 y ss.
- RODRÍGUEZ-CAHVES MIMBRERO, Blanca: «Ordenación urbanística, legislación sectorial y medio ambiente», en *RDU*, núm.170, 1999, pp. 11 y ss.
- SOLER MATUTES, Pedro: «Derecho ambiental. Los programas de descontaminación gradual», en *RDU*, núm. 169, 1999, pp. 93 y ss.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «La servidumbre de luces y vistas y la equidistribución en la ejecución de los planes urbanísticos», en *RCDI*, núm. 654, 1999, pp. 1735 y ss.
- VERDA Y BEAMONTEN, José Ramón de: «Remedios jurídicos con que cuenta el comprador de un inmueble afectado por limitaciones urbanísticas», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1213 y ss.

## DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Las competencias de la Comunidad Europea en materia medioambiental y su incidencia en el ejercicio de las competencias en el ámbito interno», en *RDU*, núm. 172, 1999, pp. 125 y ss.
- ALCOVER GARAU, Guillermo: «La normativa comunitaria sobre viajes combinados y su adaptación al ordenamiento español», en *RDM*, núm. 232, 1999, pp. 687 y ss.
- ARTUCH IRIBERRI, Elena: «La solicitud de medidas cautelares ante el Juez Nacional de acuerdo al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: precisión de su significado y de las relaciones con un procedimiento arbitral en curso», en *La Ley*, 1998-6, D-343.
- BENEYTO, José María: «Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86», en *GJ*, agosto-septiembre 1999, pp. 9 y ss.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl: «La utilización de una marca por empresa distinta del titular, como medio de publicitar la reventa o la reparación de productos previamente comercializados por el titular de la misma (Comentario a la sentencia del TJCE de 23 de febrero de 1999)», en *GJ*, junio-julio 1999, pp. 59 y ss.
- CALLEJA, Daniel: «El derecho audiovisual de la Unión Europea», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 263 y ss.
- CALVO DÍAZ, Gloria: «El marco legislativo comunitario», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 13 y ss.
- Análisis de las disposiciones de la Comunidad Europea relativas a la liberalización del mercado de las telecomunicaciones.
- «La convergencia de sectores: telecomunicaciones, audiovisual, servicios telemáticos. La telefonía por internet», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 45 y ss.
- CASADO CERVIÑO, A. y COS CODINA, J.: «Los trabajos comunitarios sobre el diseño industrial: la Directiva comunitaria», en *GJ*, agosto-septiembre 1999, pp. 31 y ss.
- COS CODINA, J. y CASADO CERVIÑO, A.: «Los trabajos comunitarios sobre el diseño industrial: la Directiva comunitaria», en *GJ*, agosto-septiembre 1999, pp. 31 y ss.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «La inclusión de los préstamos hipotecarios en el Proyecto de Directiva sobre contratación de servicios financieros a distancia (la "hipoteca electrónica")», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 981 y ss.
- «Estudio de la regulación de la firma electrónica en la Directiva Europea de 13 de mayo de 1998», en *La Ley*, 1998-6, D-302.
- FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa y VALLE GÁLVEZ, Alejandro del: «Aplicación judicial del Derecho Comunitario en España en 1997», en *RDCE*, núm. 5, 1999, pp. 109 y ss.

- GARCÍA CATALÁN, Isabel: «Las reglas de origen comerciales de la URSS-CEI desde el ángulo del Derecho Comunitario europeo», en *RDCE*, núm. 5, 1999, pp. 67 y ss.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Isabel: «La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 447 y ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «La competencia judicial internacional en los litigios societarios en aplicación del Convenio de Bruselas. A propósito del “caso Torras” ante los tribunales españoles», en *GJ*, octubre-noviembre 1999, pp. 19 y ss.
- «La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE (Algunas reflexiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999)», en *RDM*, núm. 232, 1999, pp. 645 y ss.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F. Enrique: «Algunas reflexiones sobre las recientes sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos Ladbroke y Comisión/Italia», en *GJ*, abril-mayo 1999, pp. 81 y ss.
- El autor analiza, a la luz de estos dos importantes asuntos, la aplicabilidad de las normas de competencia a las empresas cuya conducta viene impuesta por una legislación nacional y la posible imputabilidad de la restricción resultante al Estado.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «Inaplicabilidad por los jueces nacionales de las reglamentaciones técnicas no notificadas a la Comisión Europea: la sentencia *Lemmens* del TJCE», en *GJ*, junio-julio 1999, pp. 45 y ss.
- GRANELL, Francesc: «El Euro y el sistema internacional», en *RDCE*, núm. 5, 1999, pp. 7 y ss.
- HOFER, Peter y VALLE FECED, Manuel del: «La regulación europea de la publicidad comparativa (la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre publicidad comparativa). Especial referencia a España y Suiza», en *DN*, junio 1999, pp. 11 y ss.
- LORENTI, P. M.: «Los instrumentos de defensa de la CE tras la Ronda de Uruguay del GATT», en *RJE*, núm. 1, 1999, pp. 181 y ss.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín: «La asimilación por los Tribunales civiles de la jurisprudencia del TEDH en materia de inmisiones molestas e inviolabilidad del domicilio», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1227 y ss.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio: «Los sistemas de protección de los derechos humanos en el ámbito internacional y en el espacio comunitario de la Unión Europea», en *La Ley*, 1998-6, D-320.
- MÉNDEZ ÁLVAREZ-CEDRÓN, José María: «Las dificultades para la armonización en el Derecho comunitario del régimen de ofertas públicas de adquisición de valores de sociedades cotizadas», en *DN*, mayo 1999, pp. 1 y ss.
- MOLLINEDO CHOCANO, José Joaquín: «Los servicios de telecomunicación», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 153 y ss.

- MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos J.: «Consideraciones críticas sobre la propuesta de directiva del consejo relativa a la notificación o traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil», en *GJ*, octubre-noviembre 1999, pp. 9 y ss.
- PARDO LEAL, Marta: «La sentencia “foie gras”: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirma la obligación de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo en la legislación de los Estados miembros», en *GJ*, octubre-noviembre 1999, pp. 83 y ss.
- PASTOR BORGONÓN, Blanca: «El ciudadano comunitario como justiciable ante los órganos jurisdiccionales internos», en *RJNot*, núm. 19, 1996, pp. 305 y ss.
- PAZ MARTÍN, Jesús Luis de: «Las transferencias transfronterizas en la Unión Europea: la Directiva 97/75/CE», en *La Ley*, 1998-6, D-291.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: «Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo», en *GJ*, abril-mayo 1999, pp. 11 y ss.
- ROMERO MELCHOR, Sebastián: «La sentencia “Colim” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: ¿malas noticias para el nacionalismo lingüístico?», en *GJ*, octubre-noviembre 1999, pp. 74 y ss.
- SÁNCHEZ MOLERO, José y SOLER MATUTE, Pedro: «La patente de genes humanos: examen especial de la propuesta de Directiva Comunitaria relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas», en *La Ley*, 1998-6, D-334.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio: «Sobre el Derecho Internacional de los derechos Humanos y Comunitario Europeo (a propósito del asunto Matthews c. Reino Unido)», en *RDCE*, núm. 5, 1999, pp. 95 y ss.
- SANZ VALENTÍN, Luis Antonio: «La Directiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1073 y ss.
- SILVA DE LAPUERTA, Rosario: «Competencias de los órganos jurisdiccionales nacionales y de las autoridades administrativas de los Estados miembros en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia», en *CDJ*, 1998, IV, pp. 125 y ss.
- SOLER MATUTE, Pedro y SÁNCHEZ MOLERO, José: «La patente de genes humanos: examen especial de la propuesta de Directiva Comunitaria relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas», en *La Ley*, 1998-6, D-334.
- SORIANO, José Eugenio: «Dos vivas por el triunfo de los principios generales en el Derecho Administrativo de la Comunidad», en *GJ*, abril-mayo 1999, pp. 49 y ss.
- URLESBERGER, Franz: «El Derecho Comunitario en la jurisprudencia austríaca: la experiencia de un nuevo Estado miembro», en *RDCE*, núm. 5, 1999, pp. 27 y ss.
- VALLE FECED, Manuel del y HOFER, Peter: «La regulación europea de la publicidad comparativa (la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Con-

sejo sobre publicidad comparativa). Especial referencia a España y Suiza», en *DN*, junio 1999, pp. 11 y ss.

VALLE GÁLVEZ, Alejandro del y FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa: «Aplicación judicial del Derecho Comunitario en España en 1997», en *RDCE*, núm. 5, 1999, pp. 109 y ss.

## DERECHO PROCESAL

ALBANÉS MEMBRILLO, Antonio: «La evitación del proceso», en *CDJ*, 1997, XXIV, pp. 11 y ss.

ALTES MARTÍ, Miguel Angel: «A propósito de la prueba de indicios. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 189/1998, de 28 de septiembre», en *RGD*, julio-agosto 1999, pp. 90007 y ss.

BONET NAVARRO, Angel: «La tercera instancia y la casación. Resolución sobre el fondo al casar el Tribunal Supremo la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, teniendo en cuenta prueba aportada durante el trámite del recurso de casación sobre el objeto del proceso», en *CCJC*, núm. 49, 1999, pp. 219 y ss.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: «La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil», en *RPJ*, núm. 52, 1998, pp. 241 y ss.

GARCÍA, Laura: «Competencia judicial internacional y compensación de créditos», en *RJE*, núm. 1, 1999, pp. 119 y ss.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «La competencia judicial internacional en los litigios societarios en aplicación del Convenio de Bruselas. A propósito del “caso Torras” ante los tribunales españoles», en *GJ*, octubre-noviembre 1999, pp. 19 y ss.

GÓMEZ AMIGO, Luis: «La introducción del proceso monitorio en el sistema procesal español», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1175 y ss.

GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel: «Investigación judicial y secreto bancario», en *CDJ*, 1999, XXV, pp. 281 y ss.

LAMO RUBIO, Jaime de: «El “remozado” incidente de nulidad de actuaciones judiciales», en *RGD*, julio-agosto 1999, pp. 8951 y ss.

LUCES GIL, Francisco: «Los juicios verbales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1998-6, D-286.

MARÍN LÓPEZ, Antonio: «La autonomía de la voluntad en materia procesal internacional», en *RGD*, octubre-noviembre 1999, pp. 12913 y ss.

MARTOS CALABRÚS, M.<sup>a</sup> Angustias: «El pacto de *quota litis*», en *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1003 y ss.



- MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco: «Sistemas alternativos de resolución de conflictos», en *CDJ*, 1997, XXIV, pp. 299 y ss.
- MONTES REIG, Luis: «Sobre la posibilidad de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral “uncitral” y en el arbitraje en general», en *RJC*, núm. 3, 1999, pp. 741 y ss.
- OCHOA I MONZO, Virtudes: «Acerca de la Ley 51/1997, de 27 de noviembre, de reforma puntual de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1998-6, D-295.
- PALOMO DEL ARCO, Andrés: «Aspectos procesales de los delitos contra el honor, intimidad y propia imagen», en *CDJ*, 1998, I, pp. 13 y ss.
- PASTOR BORGONÓN, Blanca: «El ciudadano comunitario como justiciable ante los órganos jurisdiccionales internos», en *RJNot*, núm. 19, 1996, pp. 305 y ss.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús: «¿La desaparición de la demarcación judicial de la provincia? Comentario de urgencia sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 38/1998, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial», en *La Ley*, 1998-6, D-341.
- PICÓ I JUNOY, Joan: «La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites», en *RPJ*, núm. 51, 1998, pp. 269 y ss.
- SAMANES ARA, Carmen: «La pluralidad de partes en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1998-6, D-294.
- TORRES ROSELL, Nuria: «Modificaciones al juicio ejecutivo común. Aspectos procesales de la nueva Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos (Ley 28/1998, de 13 de julio, BOE de 14 de julio)», en *RGD*, octubre-noviembre 1999, pp. 12877 y ss.
- VIRGÓS, Miguel y GARCIMARTÍN, Francisco J.: «Pluralidad de fuentes y unidad del sistema español de competencia judicial internacional», en *RJE*, núm. 1, 1999, pp. 253 y ss.

**ABREVIATURAS**

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDPat.	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJE	Revista Jurídica de Estudiantes. Universidad Autónoma de Madrid
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RPJ	Revista del Poder Judicial

**REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR**

Actualidad Civil  
La Ley



# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias comentadas

### Algunos aspectos de la eficacia y el régimen jurídico de la partición hecha por el testador. Comentario a la STS de 23 de febrero de 1999

**MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA**

Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Sevilla

**SUMARIO:** I. *Planteamiento general.*—II. *La doctrina de la Sentencia.*—III. *Reflexiones sobre la doctrina de la Sentencia.* 1. La partición hecha por el propio causante y su posible carácter contractual. A. Razón de ser de la duda en esta materia. B. Las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el artículo 1056. C. El significado contractual de la partición a la luz de los antecedentes históricos. D. Nuestra opinión. 2. La partición por el causante y el reparto *inter vivos* en la práctica jurisprudencial. A. Sistematización de los posibles supuestos. a) Reparto *inter vivos* con causa onerosa. b) Reparto *inter vivos* con causa gratuita. c) Actos *inter vivos* de reparto dependientes de la partición y subordinados a ella. B. La prohibición de los pactos sucesorios como pretendido obstáculo para la admisibilidad de las anteriores figuras. a) Los límites externos de la prohibición de los pactos sucesorios. b) El verdadero contenido de la prohibición de la sucesión contractual. c) Las donaciones *mortis causa* en nuestro ordenamiento. 3. El mantenimiento de las facultades de disponer del causante. 4. Formalidades necesarias para la partición.

#### I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La Sentencia que motiva estas líneas debía resolver sobre la titularidad de determinados bienes inmuebles que habían sido objeto de un procedimiento de embargo. Según el acreedor, dichos bienes pertenecían a los deudores, y según el tercerista de dominio, todavía no se había producido la transmisión puesto que el título del que los deudores traían causa era una simple partición realizada en acto *inter vivos*, que, por no haber fallecido todavía la causante de la herencia, no había producido aún efecto transmisivo. Tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la tercería por considerar que los bienes se habían transmitido a los deudores por efecto de esa partición *inter vivos*. Por contra, para el Tribunal Supremo esa transmisión no se había realizado, por lo que se ve obligado a casar la Sentencia recurrida. El Tribunal Supremo considera que la correcta interpretación del artículo 1056 Cc es la siguiente: a pesar de que el precepto hable de partición por acto *inter vivos*, no estaríamos ante un

acto eficaz *ante mortem* que pudiera tener virtualidad transmisiva con independencia del título sucesorio<sup>1</sup>. Además, con menos relación con los requerimientos del caso, el Tribunal Supremo aprovechó para afirmar que la partición *inter vivos* tiene carácter revocable.

Nosotros, aunque pudiéramos estar de acuerdo con que en el caso contemplado la transmisión de los bienes a los deudores no se había producido efectivamente<sup>2</sup>, pensamos que se puede discutir que esa conclusión deba aceptarse como premisa ineludible en cualquier caso que se pueda presentar. El motivo de estas líneas es precisamente resaltar la posibilidad de que existan negocios, relativos de algún modo a la partición de una herencia futura, que tuvieran carácter irrevocable e incluso efectos transmisivos actuales. Para descartar esta eficacia en vida el Tribunal Supremo se hace fuerte en la idea de que la partición tiene carácter *mortis causa*: «Cualquier tipo de partición es complemento o corolario de una transmisión *mortis causa*. Sólo puede producir efectos distributivo-traslativos como resultado del fallecimiento del causante. Ya proclamaron elocuentemente las fuentes que *viventis non datur hereditas*. No se puede adquirir *mortis causa* de una persona viva. Es preciso, para ello, esperar a su óbito». En nuestra opinión, aunque estas afirmaciones sean correctas, no se puede olvidar que nos movemos en una zona algo ambigua en la que los efectos puramente *mortis causa* se hallan entremezclados con efectos *inter vivos*.

## II. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA

Las afirmaciones de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia que nos han resultado más interesantes son las que reproducimos a continuación<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Pretende utilizar también la Sentencia del Tribunal Supremo otras razones en apoyo de su fallo. Así dice en el FD 4.º «el pretendido embargo es inviable y ni siquiera está bien constituido ya que en el procedimiento se han vulnerado básicos preceptos de nuestro ordenamiento. Así: Se ha infringido el artículo 43.2 de la LH, según el cual cuando se trate de juicio ejecutivo, *será obligatoria la anotación* del mandamiento de embargo. Obligación imposible de cumplir cuando los inmuebles no están inscritos a nombre del deudor embargado. También se ha incumplido el artículo 1453 de la LECiv, conforme al cual «Del embargo de bienes inmuebles *se tomará* anotación preventiva en el registro de la propiedad...». Y tal asiento provisional ni se ha practicado, ni puede practicarse. Nuestro sistema, pues, tratándose del juicio ejecutivo (valiéndose de preceptos de corte imperativo, como acabamos de ver) altera los postulados voluntaristas de la registración». No obstante, habitualmente se considera que la anotación de embargo, a pesar de lo que dice la ley, no es obligatoria; pero es que, además, utilizar este argumento no añade nada a la justificación de la solución de la Sentencia, porque si el embargo no se había anotado, era porque no se podía, al no ser titulares de los bienes los deudores embargados. Sobre el carácter obligatorio o no del embargo, *vid.*: ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, VI, 8.ª ed., Barcelona 1997, pp. 420 y ss.; OSSORIO SERRANO, *La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales*, Granada, 1986, pp. 42 y ss.; en la Jurisprudencia: Sentencia de 3 de noviembre de 1982 y las citadas por ella.

<sup>2</sup> Aunque tampoco lo podríamos asegurar, estando como estamos privados del conocimiento de muchos de los hechos a los que sí pudieron acceder los distintos órganos judiciales que intervinieron en el proceso.

<sup>3</sup> Citamos la Sentencia, salvo error por nuestra parte, a través de la versión aparecida en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, sin corregir las erratas o defectos de expresión, para no correr el riesgo de alterar el sentido de la decisión del Tribunal Supremo.

«(...) Las fincas siguen inscritas a nombre de doña Adelaida D. S., que no es la deudora, ni la fiadora real de crédito que ha motivado el juicio ejecutivo. Ella es la propietaria de la finca indebidamente embargada. En el año 1984 (concretamente el 28 de enero de aquel año) utilizando la facultad que confiere el art. 1056 del CC, realizó una partición de su patrimonio entre sus hijos por acto “entre vivos”, distribuyendo su caudal entre los descendientes, a cada uno de los cuales asignó un lote o conjunto de bienes. En virtud de tal reparto a don Alfredo G. M., casado con doña Josefa G. D. les correspondió, además de otras cosas, la finca sita en A. Machica (A Marca) de 1500 m. inscrita en el Registro de la Propiedad de Celanova; es la finca núm. 9513 del Registro de la Propiedad de Celanova, que, según certificación registral se halla libre de cargas. Sobre la que gravita el procedimiento ejecutivo que motivó la litis que nos ocupa. Esta partición *inter vivos* tuvo lugar antes de que por el matrimonio formado por la hija y el yerno de la transmitente se solicitara (el 20 de octubre de 1988) un préstamo con garantía personal al “Banco Exterior de España”. Del examen de los autos resulta que fue determinante para la concesión del crédito por parte de la entidad financiera la exhibición por los prestatarios del documento particional, en el que figuraba el cúmulo de bienes adjudicados, a tales acreditados por su ascendiente, que resultaba más que suficiente para la cobertura restitutiva del mutuo» (FD 2.º).

«En el enjuiciamiento de la virtualidad traslativa del acto particional se ha producido una confusión, tanto en algunos de los órganos judiciales como en las partes, incluso en la entidad crediticia, que reputó dueños del inmueble perseguido a los adjudicatarios del acto particional. Es preciso eludir equivocadas hermeneúticadas. El hecho de que el reparto del acervo patrimonial del testador se instruya por un acto *inter vivos* no le confiere cariz contractual, ni le imbuye de una fuerza vinculante frente al *de cuius*. Cualquier tipo de partición es complemento o corolario de una transmisión *mortis causa*. Sólo puede producir efectos distributivo-traslativos como resultado del fallecimiento del causante. Ya proclamaron elocuentemente las fuentes que *viventis non datur hereditas*. No se puede adquirir *mortis causa* de una persona viva. Es preciso, para ello, esperar a su óbito. La consecuencia es clara: en cualquier momento puede el que repartió cambiar de decisión, otorgar nuevo testamento, cambiar el destinatario de sus generosidades (en la parte de herencia de libre disposición) y consecuentemente invalidar la partición que, en situación de pendencia hasta que sobrevenga la defunción del testador, estará siempre amenazada de un cambio de voluntad del titular patrimonial y que sólo se consolidará definitivamente cuando sobrevenga su muerte. Repetidas sentencias de esta Sala corroboran esta tesis. Como más representativas citaremos las siguientes: SS. de 9 de junio de 1903 y 9 de julio de 1940: la facultad de realizar la partición por acto “entre vivos” no obstaculiza la posible variación de la voluntad del causante durante su vida y el otorgamiento de otro testamento que deje sin efecto la división realizada; 6 de marzo de 1917: Pese a su forma, este acto entre vivos hay que incluirle entre los negocios *mortis causa* porque está destinado a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio y sobre esta base la división del

patrimonio es fundamentalmente un acto *mortis causa*, que tiene clara finalidad sucesoria, como lo confirma el propio artículo al poner en todo caso como límite de eficacia de la partición que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos» (FD 3.º).

«La dificultad, cara al embargo de la finca cuestionada, deriva también de la forma de documentar la partición “entre vivos”. Se realizó por documento privado; lo cual acarrearía (aun en el supuesto hipotético de que el reparto hubiera tenido efectos traslativos inmediatos, lo que nos planteamos sólo con alcance dialéctico) indefectiblemente el rechazo de su posible inscripción. Resultado: que la finca seguirá inscrita a nombre de doña Adelaida D. S., que la partición no es registrable y que, en consecuencia cualquier traba de embargo sobre dicho inmueble no podrá anotarse en su folio registral, por cuanto el procedimiento se ha seguido contra los prestatarios que no son titulares registrales del predio y, consecuentemente, cualquier persecución sobre los prestatarios resultará inofensiva para la finca ajena. Un embargo dirigido contra don Alfredo G. M. y doña Josefa G. D. no puede anotarse sobre una finca perteneciente a doña Adelaida D. S. porque lo impide el principio de tracto sucesivo, además de otros básicos principios hipotecarios...» (FD 4.º).

### III. REFLEXIONES SOBRE LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA

#### 1. LA PARTICIÓN HECHA POR EL PROPIO CAUSANTE Y SU POSIBLE CARÁCTER CONTRACTUAL

##### A. RAZÓN DE SER DE LA DUDA EN ESTA MATERIA

La Sentencia comentada afirma que la partición por acto *inter vivos* no constituye un contrato; sin embargo, los Tribunales de instancia así lo habían considerado, con apoyo en el hecho de que en su realización intervinieron tanto la futura causante como sus futuros herederos.

Frente a lo que dice la Sentencia de que la partición *inter vivos* del artículo 1056 no tiene, y no puede tener, carácter contractual se alza la expresión legal categórica del artículo 1271.2 Cc que excepciona de la prohibición de los contratos sobre herencia futura a la partición hecha por el causante, y remite al artículo 1056 en el que se regularía un contrato de división del caudal. Dice así el artículo 1271.2:

«1. Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

2. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056.»

La interpretación estrictamente literal de los artículos 1271.2 y 1056 permite pensar que existen «contratos sobre herencia futura» que, sin embargo, tendrían por objeto aspectos simplemente partitivos. Por este motivo, tal como señala la Sentencia, una partición de este tipo presupone la existencia de un título sucesorio del que la partición fuera ejecución<sup>4</sup>. Desde luego, está claro que los contratos a los que estos dos artículos se refieren no pueden ser contratos sucesorios en sentido estricto porque no otorgarían un título para acceder a la herencia, pero, supuesto éste, permitirían la división de los bienes de un modo predeterminado precisamente en contrato<sup>5</sup>.

Supone lo anterior distinguir dos conceptos diferentes de pacto sucesorio: por un lado, los contratos que dan lugar a sucesión contractual en sentido estricto porque realizan la atribución y transmisión de los bienes, y, por otro, los contratos sucesorios que no llegan a tener aquella eficacia, pero se refieren a la sucesión futura.

El pacto sucesorio en el primer sentido sería autónomo, independiente de cualquier otra ordenación sucesoria, es decir, un título más de adquisición *mortis causa*, distinto del testamento y de la vocación legal supletoria, pero de su misma consistencia: capaz por sí mismo de producir la transmisión de bienes a causa de muerte. Pero habrá que distinguir otro tipo de pacto que versaría sobre materia sucesoria sin constituir título sucesorio: no tendría poder para establecer los llamamientos sucesorios; ni tampoco produciría la atribución o transmisión de los bienes, sino que necesitaría apoyarse en otro negocio –el testamento o la donación– para conseguir el efecto atributivo. De este tipo sería el posible pacto sobre la partición, autorizado en el artículo 1271.2 en relación con el artículo 1056<sup>6</sup>.

Un importante problema para dar valor a la referencia del artículo 1271,2 al pacto sucesorio de partición es que el artículo 1056, al que se remite, solamente contiene una desvaída referencia a la partición por acto *inter vivos*, y no detalla el régimen jurídico que pudiera tener ese pacto. En este punto sólo dos cosas están claras: primera, atendiendo a los perfiles institucionales en que la figura debe

---

<sup>4</sup> Así dice el FD 3.º: «Cualquier tipo de partición es complemento o corolario de una transmisión *mortis causa*».

<sup>5</sup> En la doctrina resulta clara la distinción de estos dos tipos de contrato sucesorio en GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador», *RDP*, 1954, pp. 525-526, nota 119: «el concepto de pacto sucesorio, sin añadir más datos, parece que debe entenderse referido a los pactos dispositivos; el pacto meramente particional no ha tenido relevancia como pacto sucesorio en la doctrina ni en la jurisprudencia, ya que no es propiamente un pacto de esa naturaleza, es decir un acto contractual por el que se ordena una sucesión no deferida; sólo puede ser conceptualizado como tal pacto sucesorio si esta expresión se entiende como equivalente de contrato sobre herencia futura, es decir, en un sentido amplio referido a todo acto contractual que tiene por objeto una herencia no deferida. Por esta duplicidad de posibles sentidos de la expresión pacto sucesorio se explica el hecho de que la partición practicada por el testador por acto *inter vivos* encaje en la prohibición del artículo 1271 y haya de ser exceptuada de ella, aun no siendo un verdadero pacto sucesorio, ya que dicho precepto en principio hace referencia al segundo de los sentidos expuestos».

<sup>6</sup> Otros posibles pactos, en este segundo sentido, serían los que versaran sobre imputación y colación de liberalidades, si es que eventualmente las ordenaciones voluntarias sobre estos aspectos pueden asumir en nuestro ordenamiento forma contractual. Cfr. sobre este tema nuestro estudio *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996, pp. 188 y ss. En el mismo sentido: GARCÍA RIPOLL, «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa», *ADC*, 1995, pp. 1170 y ss.



moverse, su naturaleza contractual no puede contradecir el régimen del título sucesorio por el que se rija la sucesión; en consecuencia, sólo en los casos excepcionales de llamamientos sucesorios contractuales la partición podría considerarse irrevocable; segunda, aunque se aceptara la contractualidad de la partición se trataría siempre, al menos en principio, de un pacto sucesorio, es decir, con efectos *mortis causa*, que no produciría la transmisión de los bienes hasta la muerte del causante. No obstante vamos a ver que esta última consideración ha sido puesta a veces en discusión.

## B. LAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ARTÍCULO 1056

Las posturas sobre la interpretación de este precepto en la materia que nos interesa, aunque puedan ofrecer matices diferenciales entre ellas, se reducen fundamentalmente a tres.

La opinión más extendida entiende que la partición por acto entre vivos del artículo 1056 no es más que una partición sin las formalidades propias de los testamentos. Para esta tesis la intervención de los herederos en la partición no significaría contractualizarla: sería siempre un negocio jurídico unilateral y no vinculante<sup>7</sup>. Esta es la tesis a la que se adhiere la Sentencia que ahora comentamos; así resulta con toda claridad del FD 3.º: «Es preciso eludir equivocadas hermenéuticas. El hecho de que el reparto del acervo patrimonial del testador se instrumente por un acto *inter vivos* no le confiere cariz contractual, ni le imbuye de una fuerza vinculante frente al *de cuius*».

<sup>7</sup> Así LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, p. 276: «la partición por el testador hecha fuera de testamento es acto no vinculante y, en definitiva, *mortis causa*. Con la expresión *inter vivos*, en el artículo 1056, el legislador, aun contemplando a la partición por el causante como un complemento del testamento, ha querido dispensar a aquél de las rígidas formas testamentarias, y tal es el sentido de la alusión, al acto *inter vivos*, simplemente referida a sus formalidades externas; alusión, pues, de mero alcance negativo o residual: la partición puede hacerse en testamento o fuera de testamento, sin exigencia formal determinada». Anteriormente en *Derecho de sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, p. 488 había indicado que el precepto bien podía explicarse «por la ausencia en el Código de la categoría negocio jurídico, por su propio interés en prohibir los pactos sucesorios, y, precisamente, para aclarar que la partición *inter vivos* del 1056 no es un contrato sobre herencia futura». En parecidos términos: MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, VII, 7.ª edición revisada por Bonet Ramón, Madrid, 1987, pp. 713-714: «alude a las formalidades con que puede practicarse la partición (...) significando que para ella no es preciso que intervengan las formas solemnes que todo acto de última voluntad en general requiere»; CASTÁN-DE LOS MOZOS, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 3, Madrid, 8.ª ed., p. 301; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, II, «Partición de herencia por actos *inter vivos*», Barcelona, 1948, pp. 379 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, 3, Barcelona, 1983, pp. 427 y ss.; ALBALADEJO, «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», *ADC*, 1948, pp. 922 y ss.; VALLET, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV, 2.º, Madrid, 1989, pp. 143 y ss.; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Sevilla, 1951: «la referencia al "acto entre vivos" ha hecho dudar sobre si tal acto pudiera ser plurilateral y, por lo tanto, contractual e irrevocable. Pero no es así. Al decir "acto entre vivos" el Código quiere referirse a disposición consignada sin guardar ninguna de las formas del testamento, y distinta, en consecuencia, del testamento, que ha de adoptar una de ellas. Aun en el supuesto de que el testador recabe la conformidad de los herederos sobre su disposición particional, esta aquiescencia tiene sólo un sentido de asentimiento moral al proyecto, pero no le da carácter irrevocable ni contenido contractual».

¿Cómo explicar entonces la referencia del artículo 1271 al contrato sobre la partición? Según Roca Sastre habría dos razones fundamentales que explican esa mención: la primera es que «falto el Código civil de una parte dedicada al negocio jurídico en general, para construir ésta con los materiales del Código hay que emplear los preceptos relativos a los contratos, de modo que muchas veces, como sucede con dicho artículo 1271, el concepto contrato puede tomarse en sentido general de negocio jurídico»<sup>8</sup>. En nuestra opinión, si se acepta esta explicación la mención del artículo 1271 sería inútil pues para eso ya valdría la simple indicación del artículo 1056 que contrapone la partición realizada por acto entre vivos y la realizada por acto de última voluntad; si el artículo 1271 se ocupa del supuesto debe ser porque piensa que está ante un acto bilateral. La segunda razón invocada por Roca Sastre para explicar la mención del artículo 1271.2 es «que dada la rigidez del Código civil español en la prohibición de los pactos sucesorios (mayor que la del mismo Código Napoleón), entendió el codificador que incluso la mera partición en acto *inter vivos*, que autoriza el artículo 1056 del mismo, podría considerarse como un supuesto de negocio jurídico entre vivos que, por versar en materia sucesoria, entraría dentro de la prohibición de los pactos sobre herencia futura, por lo que creyó conveniente un precepto que excluyera tal forma particional de dicha prohibición de los pactos sucesorios»<sup>9</sup>. Para nosotros esta cautela sería extraña en un precepto que tan descuidado se muestra al no hacer referencia a los supuestos de sucesión contractual admitidos en el Código.

Desde otro punto de vista, ciertamente minoritario, la mención del artículo 1056 a los actos entre vivos se ha entendido referida a las donaciones realizadas por el causante en beneficio de sus herederos. Para esta tesis el causante podría realizar la partición bien mediante un acto de última voluntad (testamento), o bien mediante donaciones *inter vivos*<sup>10</sup>. Ni que decir tiene que si en el caso de la Sentencia se entendiera que la partición tenía este carácter, la solución debiera haber sido radicalmente opuesta: no se debería haber estimado la tercería de dominio, porque los bienes se habrían transmitido al deudor<sup>11</sup>.

Una tercera línea doctrinal parte de la crítica a las dos anteriores: los actos que se entienden autorizados por el artículo 1056 en las precedentes explicaciones o no son contratos, o no tienen propiamente carácter sucesorio, por lo que no pueden ser los excepcionalmente permitidos por la Ley en el artículo 1271.2 Cc<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Así ROCA SASTRE, *Partición de herencia por actos «inter vivos»*, cit., pp. 391-392.

<sup>9</sup> ROCA SASTRE, *loc. ult. cit.*

<sup>10</sup> Así, MARÍN LÁZARO, *La partición de la herencia hecha por actos «inter vivos»*, RGLJ, 1944, p. 224; RODRÍGUEZ-ARIAS, *Efectos de la partición «inter vivos» que regula el artículo 1056 del Código civil*, RGLJ, 1952, pp. 338 y ss.: «La partición *inter vivos* constituye por sí un título adquisitivo, pudiendo el beneficiario renunciar a la herencia y conservar al mismo tiempo lo que le es atribuido a título particular» (p. 340). Parece adherirse a esta tesis ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, Barcelona, 1998, pp. 36-37 y 131.

<sup>11</sup> Sobre el problema que pudiera plantear la forma del contrato: cfr. *infra* apartado 4.

<sup>12</sup> Así, en la primera interpretación, se excluye la posibilidad de que existan contratos sucesorios partitivos, contra el tenor literal del artículo 1271. Por este motivo varios autores han indicado la necesidad de revisar esta tesis mayoritaria. Así ROYO MARTÍNEZ, *Derecho sucesorio «mortis causa»*, cit., p. 339 después de explicar la doctrina común, que niega carácter contractual a la partición por acto entre vivos a la que se refiere el artículo 1056, señala: «no obstante, habría que tener en cuenta el artículo 1271.2». Por otro lado DIEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho civil, IV*, Madrid, 1967, p. 397 considera que la doctrina tradicional merece alguna revisión, pues dicha doctrina «tendría un fundamento más o

Para esta tesis, la partición por acto *inter vivos* sería necesariamente un contrato en el que intervienen el causante y sus herederos, sin que ello signifique que sea un contrato sucesorio en sentido propio porque la eficacia de la partición no es dispositiva sino partitiva, pero en ese su ámbito propio produce efectos vinculantes para el causante<sup>13</sup>. Éste podría testar de nuevo en un sentido incompatible con la partición, pero no podrá realizar actos de atribución concreta de sus bienes, legado o donación, que supongan variar el destino que en la partición se le habían señalado<sup>14</sup>.

En cualquier caso, nos parece que desde esta tercera tesis la solución de la Sentencia comentada no puede ser tampoco criticada.

### C. EL SIGNIFICADO CONTRACTUAL DE LA PARTICIÓN A LA LUZ DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La posibilidad de un contrato sobre la partición parece clara a partir de los textos legales pero las dudas sobre su interpretación no parece que puedan ser resueltas sin hacer una referencia, siquiera somera, a los antecedentes históricos, lo cual, a su vez, nos brindará luz sobre el caso que estamos comentando.

menos firme con el sólo texto del artículo 1056. Pero se olvida la referencia que al 1056 hace el artículo 1271»; DE LOS MOZOS, «La partición de la herencia por el propio testador», *RDN*, 1960, pp. 99 y ss., aunque se adhiere a la tesis mayoritaria, apunta los principales elementos para esta revisión crítica al subrayar los efectos diferenciales de la partición en la que han intervenido los herederos.

La segunda interpretación también excluye que en materia partitiva puedan existir pactos sucesorios y sólo se admiten simples donaciones entre vivos. Resalta a este respecto VALLET, *Comentarios, cit.*, pp. 130-131, que esta hipótesis estaría fuera del artículo 1056, porque «no hay verdadera división de la herencia... ni implica la atribución de la cualidad de herederos a los donatarios». De forma expresa declara que la partición entre vivos no es un contrato sucesorio: RODRÍGUEZ-ARIAS, *Efectos de la partición «inter vivos», cit.*, p. 345.; aunque MARÍN LÁZARO, *La partición de la herencia, cit.*, pp. 229 y ss., opina lo contrario, sin que por ello deje de considerarla una donación, lo cual nos parece contradictorio, a menos que se considere la especial motivación del negocio.

<sup>13</sup> Nos referimos a la construcción de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador, cit.*, *passim*, que es seguida por MONEDERO GIL, «La partición practicada por el testador», revista *Pretor*, n.º 64, 1971, pp. 515 y ss. Analizando la tesis mayoritaria señala el primer autor que «la tesis más generalizada hace caso omiso de la referencia del artículo 1271 al 1056, o bien la considera un error del legislador».

<sup>14</sup> Así, GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ, *op. cit.*, pp. 528 y ss. No parece que esta tercera tesis pueda quedar libre de crítica: si, como se propugna, la partición supusiera limitar el poder dispositivo del causante sobre sus propios bienes, ya no estaríamos ante un contrato de partición, ni siquiera ante un contrato sucesorio, porque la indisponibilidad de la cosa para el causante permite calificar los actos como *inter vivos*, aunque la entrega y la transmisión de los bienes esté diferida al momento de la muerte. Si queremos conservar la singularidad del «contrato sucesorio», éste no puede producir eficacia *inter vivos*. Por otra parte tampoco parece posible que un contrato sucesorio que, en teoría, se mueve en el ámbito de lo particional suponga para el beneficiario la adquisición de un derecho irrevocable sobre una cosa, cuando no es irrevocable el título sucesorio al que esa atribución particional da contenido. No obstante, nos parece un acierto innegable de esta tesis en el plano de los principios haber pretendido construir un ámbito «particional» en el que el contrato se debería mover; en cambio su principal lastre quizá sea considerar el contrato como irrevocable pues, por la propia conformación de la hipótesis, es imposible concebirlo así cuando el contrato es puramente partitivo y no sucesorio en sentido estricto.

A este respecto, los antecedentes inmediatos de nuestro artículo 1271, no resuelven la cuestión<sup>15</sup>, por lo que hay que acudir a los antecedentes más antiguos. Éstos muestran que la interrelación entre partición y pacto sucesorio está en dos instituciones del Derecho romano, el *testamentum parentum inter liberos* y la *divisio inter liberos*<sup>16</sup>, que tuvieron continuidad en nuestro Derecho histórico. La primera era, fundamentalmente, un acto testamentario con menores requisitos formales<sup>17</sup>, es decir un acto unilateral que por eso no nos interesa, mientras que la segunda sí que podría acoger en su seno la figura del pacto sucesorio<sup>18</sup>; si bien dicho pacto no vinculaba al causante, es decir, para éste tenía carácter revocable por las razones que antes hemos apuntado: en tanto que el título sucesorio fuera revocable, el acto partitivo no podría ser irrevocable.

La forma contractual más evidente de la partición está recogida en P. 5, 5, 13 configurada como un pacto sucesorio dispositivo, es decir, un pacto sobre la herencia de un tercero, autorizado en el caso de que se haga «la vendita con otorgamiento, e con plazer dellos mismos, e que duren todavia en este plazer fasta que mueran»<sup>19</sup>. También es interesante en la evolución de la partición por el tes-

<sup>15</sup> Pues la mención a los pactos sucesorios cuyo objeto fuera la partición de los bienes no existía en la primera edición de nuestro Código, sino que se introdujo en la segunda, sin que nos consten los motivos y las justificaciones de esta modificación.

<sup>16</sup> Así DE LOS MOZOS, *La partición de la herencia por el propio testador*, cit., p. 104. Sobre estas dos instituciones romanas: vid. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1961, pp. 71 y ss. y allí referencias.

Nuestra doctrina es unánime en que la donación-partición del Derecho francés no puede considerarse como un antecedente de nuestra figura. Así: ROCA SASTRE, *La partición de herencia por actos «inter vivos»*, cit., pp. 389-390; LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., p. 488.

<sup>17</sup> Así BIONDI y DE LOS MOZOS, *loc. ult. cit.* Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1945: «El Derecho romano, independientemente de la forma testamentaria especial para que el padre dispusiese de sus bienes en favor de sus hijos («testamentum inter liberos»), admitió la partición de bienes del ascendiente entre sus hijos («divisio inter liberos») como un acto de sucesión hereditaria o última voluntad, pero que podía ser efectuado en forma diversa de la ordinaria y siempre —aun bajo el imperio de la Novela 18 de Justiniano— con caracteres de gran simplicidad».

<sup>18</sup> Así, VISMARA, *Storia dei patti successori*, Milano, 1986 (reimpresión de la ed. de 1941), pp. 122-123. Resalta con toda claridad el carácter contractual en una Constitución de Constantino del año 327 (C. Th. 2, 24, 2) en la que se dice que si los hijos del causante pactaban una concreta forma de dividir su herencia, aun siendo este pacto nulo por referirse a la herencia futura de un tercero, podía llegar a alcanzar validez si el causante lo conocía y disponía de la sucesión de un modo compatible con él, aunque no quedara vinculado en ningún caso por la partición, de la que se podía apartar cuando quisiera. Con posterioridad, Justiniano generalizó la posibilidad de partir la herencia a todos los herederos, sin exigir que el causante fuera progenitor de los mismos, siempre que el causante acomodara su voluntad al pacto y mantuviera en esa voluntad hasta su muerte. Así se deduce de C. 2, 3, 30.

<sup>19</sup> Partida 5, 5, 13: «Esperança han los omes a las vegadas de heredar los vnos, los bienes de los otros. E esta esperança puede ser en dos maneras. La vna es quando alguno ha fuzia de heredar los bienes de algun su pariente, seyendo tan propinco que aya de heredarle si acaesciere que fine sin testamento todo lo suyo. La otra es quando han fuzia que lo establescera alguno por heredero. E por que y ha algunos omes que quieren vender tal esperança como esta sobredicha, o derecho que atienden auer: dezimos que lo non pueden fazer si nombrassen las personas de aquellos que han fuzia de heredar. Fueras ende, si fuere la vendita con otorgamiento, e con plazer dellos mismos, e que duren todavia en este plazer fasta que mueran. Mas si non los nombrassen, poderlo y an vender en esta manera, diziendo assi: que todas las ganancias, o derechos que les han de venir, por razon de heredamiento, onde quier que les vengán, que las venden: e a quien e por quanto. E por esta razon defendemos que non vala la tal vendita en que fuessen nombradas las personas de

tador P. 6, 15, 9<sup>20</sup> que se refiere a todo testador, no sólo al padre que divide entre los hijos, y que conservó su vigencia hasta el Código civil<sup>21</sup>. Con fundamento en esta Ley se admitió «la división mediante la entrega en vida a los hijos de los bienes que habrían de corresponderles». Esta división no requería forma especial, sino simplemente la entrega de los bienes y «se consideraba revocable, *salvo disposición expresa en contrario*, pues se estimaba que no equivalía a una donación simple, sino a una disposición última, que era revocable hasta la muerte»<sup>22</sup>. Adquiere así contornos legales el antiguo uso de tierras de Castilla de «que al

---

aquellos que ouiessem fiuzia de heredar. Porque los compradores de tal esperança, o de tal derecho, como de suso es dicho, non ayan razon de se trabajar de muerte de aquellos, cuyos son los bienes, por cobdicia de los auer».

<sup>20</sup> Dice así su parte final: «Pero si el padre o el testador partiesse el mismo la heredad en su vida entre los herederos a su finamiento, si despues que él finasse, venciessen alguno dellos en juyzio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, entonce los otros herederos non serían tenudos de fazer le emienda ninguna».

<sup>21</sup> En este sentido DE LOS MOZOS en *La partición de herencia por el propio testador*, cit., pp. 118 y ss. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1868; dice su segundo Considerando: «es potestativo a los padres partir la herencia por sí mismos en vida y distribuirla entre los que han de ser *sus herederos a su finamiento*, como declara la ley 9.ª, tit. 15, Partida 6.ª ...».

<sup>22</sup> Así, la Sentencia de 6 de marzo de 1945. La afirmación, en lo que se refiere a la posibilidad de que la partición fuera irrevocable sin necesidad de forma especial, es discutible, si bien también la reconoció la Sentencia de 3 de diciembre de 1868. En ella se contemplaba la hipótesis de una partición con intervención de los herederos que se configuró como irrevocable, demostrando que en la práctica existía la partición de tipo contractual, aunque en nuestra opinión más bien había que hablar de la utilización de los actos *inter vivos* con finalidad sucesoria. El Tribunal Supremo indicó que: «es un principio fundamental de derecho que el contrato es ley para los contratantes, siendo por tanto para ellos ineludible su cumplimiento; y que como acto bilateral no se puede invalidar por testamento o codicilo, ni por otro acto unilateral. Considerando que es potestativo a los padres partir la herencia por sí mismos en vida y distribuirla entre los que han de ser *sus herederos a su finamiento*, como declara la ley 91, tit. 15, Partida 6.ª y que de esta facultad hizo uso la madre del demandante y del demandado, según aparece de la escritura de 13 de mayo de 1860, en que se consigna el convenio que con sus dichos hijos había celebrado, cediéndoles todos sus bienes con adjudicación a cada uno de los correspondientes a su respectiva legítima desde aquel día para siempre jamás. Considerando por lo expuesto que el codicilo de 21 de noviembre de 1864 no ha podido anular, ni contrariar lo establecido en el precitado contrato, siendo por consiguiente ineficaz aquella disposición testamentaria, en cuanto al legado de la finca objeto de la demanda». Sobre esta Sentencia, *vid.* DE LOS MOZOS, *La partición de herencia por el propio causante*, cit., pp. 147 y ss. y 168 y ss.

La calificación como irrevocable de la partición hecha por el progenitor entre los descendientes también se pudo sostener considerándola mejora tácita, e incluyéndola entre las que la Ley 17 de Toro consideraba mejoras irrevocables, es decir aquéllas en las que el causante hubiera entregado la posesión de los bienes o tuvieran causa onerosa. Así, ANTONIO GÓMEZ, *Ad legem thauri commentarium absolutissimumi*, Madrid, MDCCLXXX, in legem XVII, 21, p. 165: «divisio et assignatio non possit revocari: quia considero quod est quaedam tacita melioratio; et melioratio, quam pater vel mater facit filio secundum dispositionem legis Regni nostri, non est mera donatio, sed potius quaedam electio et assignatio facta inter filios, in qua per istam legem 17 Tauri datur certa forma, ut sequuta traditione, vel interveniente causa onerosa non possit revocari: unde eadem ratio et dispositio militat et habet locum in nostro casu, et sic in divisione facta inter filios». Pero esta opinión no fue unánimemente aceptada. AYERBE DE AYORA, *Tractatus de partitionibus bonorum*, Valentiae, 1766, pars II, q. XVI, p. 252, estimó que en este caso «este no es contrato *inter vivos*, ni por tal se ha de juzgar, sino última voluntad, y disposición, que quiso prevenir el padre en dividir su herencia a sus hijos, en lo cual no ha lugar la disposición de la Ley 17 de Toro». SANZ MORQUECHO, *Tractatus de bonorum*

casarse el más joven de los hijos, o el último, o últimos de los que hubieran quedado solteros, el viudo o viuda, no solamente reparten los bienes del difunto, sino también los suyos propios, reservándose lo suficiente para vivir, como pensión o renta, lo que también ocurre en casos de supervivencia de ambos cónyuges», práctica que se observa aún en nuestros días, en particular en los medios rurales<sup>23</sup>.

Interesa resaltar que también se conocía en Roma la «división», mediante donaciones *inter vivos*, del patrimonio entre los diversos hijos<sup>24</sup>, aunque lógicamente aquí no había pacto sucesorio de partición<sup>25</sup>. Está claro que, frente a las demás formas de dividir, que eran revocables, la donación *inter vivos* brindaba un mecanismo que vinculaba al causante y producía efectos transmisivos actuales. En nuestro Derecho anterior al Código tenemos abundante jurisprudencia que se refiere a la utilización de la donación *inter vivos* para proceder al reparto irrevocable de los bienes. La jurisprudencia admite entonces que no estamos ante una partición sino ante donaciones, a pesar de que la Ley 69 de Toro prohibía la donación de todos los bienes<sup>26</sup>.

Los antecedentes, pues, nos hablan de la posibilidad efectiva de particiones hechas por el causante y sus herederos con carácter contractual, incluso irrevocables y que, llevadas al campo de las donaciones, podían producir efectos transmisivos actuales.

---

*divisione*, Madrid, 1601, libro III, capítulo 3, pp. 274 y ss. se hizo eco de la disputa, y opinó que en caso de división desigual entre vivos debería estimarse que el exceso sobre la cuota de los demás hijos constituía mejora irrevocable, mientras que en lo que la división fuera igualitaria era posible la revocación, salvo que se hubiera prestado juramento de no revocar; también entendió que el pacto partitivo entre el padre y los hijos no valía como pacto sino como última voluntad si el padre lo mantenía hasta su muerte.

<sup>23</sup> Según DE LOS MOZOS, *La partición de herencia por el propio testador*, cit., pp. 127-128.

<sup>24</sup> Así C. 3, 28, 35, 2: «... quando pater minus legitima portione filio reliquerit vel aliquid dederit vel mortis causa donatione vel inter vivos sub ea condicione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur...».

En la Novela 123, c. 38, se ocupó Justiniano del caso en que una persona, teniendo hijos, ingresara en un monasterio y dividiera sus bienes entre los referidos hijos. Lógicamente la división se convertía en irrevocable si las donaciones eran *inter vivos*.

Según ROCA SASTRE, *Partición de herencia por actos «inter vivos»*, cit., p. 389: «un texto de ULPIANO (D. 10, 2, 20, 3), con referencia a PAPIANO, dice que cuando un padre divide los bienes entre sus hijos no hay donación, sino partición (*non videri simplicem donationem sed potius supremi iudicii divisionem*). Claro está que esto presupone siempre que el padre se limita a efectuar una mera distribución de bienes sin desprendimiento, abandono o dimisión inmediata de los mismos en favor de los hijos, ni asunción por éstos de obligaciones del padre, ni especie alguna de vinculación o juego de irrevocabilidad. Es decir, que el causante se produzca en el mismo sentido que un contador partidador, o sea, hacer la simple partición (mera formación de lotes constitutivos de una cristalización concreta de cuotas proyectadas). De no ser así habría una donación hecha *per modum divisionis* sujeta a los requisitos de la donación *inter vivos* ordinaria».

<sup>25</sup> Vid., en este sentido VISMARA, *Storia*, cit., pp. 129 y ss.

<sup>26</sup> Así la Sentencia de 27 de noviembre de 1846 aceptó la validez de una donación de todos los bienes con la condición de prestar alimentos durante toda la vida, porque «no puede calificarse como donación de todos los bienes la que llevaba anejas dichas obligaciones a favor de la donante». También las Sentencias de 2 de diciembre de 1862, 28 de marzo de 1863, 30 de diciembre de 1867, 16 de noviembre de 1870 resolvieron en el mismo sentido. Por su parte la Sentencia de 7 de febrero de 1874 discutía si una partición de bienes en la que intervinieron los herederos tenía o no carácter *inter vivos* e irrevocable, cosa que se rechazó.

## D. NUESTRA OPINIÓN

A la luz de los datos históricos apuntados en el apartado anterior, se puede apreciar que en la partición hecha por el causante están involucradas tres figuras de naturaleza diferente pero funcionalmente emparentadas, cuya admisibilidad y eficacia en nuestro Código debemos analizar pues pueden condicionar la solución que merezca el caso de la Sentencia comentada. Las tres figuras a las que nos referimos son: la partición hecha por el causante con la intervención de los herederos y con carácter generalmente revocable; las donaciones *inter vivos* con función de reparto<sup>27</sup>; y los pactos llevados a cabo entre los propios herederos, cuyo contenido era establecer anticipadamente las reglas de la partición futura. En esta ocasión no interesa referirse a esta tercera hipótesis, pues no podía ser la del caso comentado en el que consta que intervino la causante, pero sí a las dos primeras<sup>28</sup>.

La primera de esas figuras probablemente subsiste en la actualidad gracias a los artículos 1271.2 y 1056 Cc. La única duda es si es posible que la concurrencia de los herederos a la partición la dote de valor irrevocable. Contra esto último se alega que la intervención de los herederos no sería necesaria para que quedaran vinculados por la partición, que aun realizada unilateralmente les obliga «a pasar por ella». Por eso se puede haber afirmado que el papel de los herederos tiene simplemente el sentido de «prestar consentimiento moral»<sup>29</sup>, puesto que no conlleva una mayor eficacia de la partición. Pero al menos se pretendería que un posible desacuerdo entre los herederos pueda resolverse en vida del causante y que no aflore una vez abierta la sucesión.

En nuestra opinión el dato relevante para la construcción de una hipótesis de partición contractual no puede ser su irrevocabilidad para el causante, pues es absurdo pensar en una partición irrevocable si el llamamiento hereditario al que da contenido, según nuestro ordenamiento, debe ser revocable. Por eso, la partición sólo puede ser irrevocable cuando diera contenido a un llamamiento sucesorio irrevocable, es decir en el caso de la mejora irrevocable o de la «donación» a la que se refiere el artículo 1341 Cc.<sup>30</sup> Pero, admitido eso, hay que subrayar que

<sup>27</sup> Por eso la afirmación de LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general, cit.*, p. 490 de que los antecedentes históricos aportan, precisamente, una *divisio* no testamentaria, pero tampoco contractual ha de entenderse en el sentido de que esa división irrevocable y contractual no es una partición, pero sí es posible, porque no sería un contrato sobre herencia futura. De modo que, bajo este punto de vista, la mención del artículo 1271 no sería ociosa.

<sup>28</sup> Valga simplemente recordar que el contrato sobre la herencia de un tercero al que el causante consiente estaba permitido en la tradición del Derecho romano (Cfr. Partida 5.ª, 5, 13, y su antecedente en C. 2, 3, 30), y vendría a dar la razón a alguna mención de la jurisprudencia en el sentido de ser posible la partición elaborada por los herederos durante la vida del causante. Así las Sentencias de 13 de junio de 1903 y la de 9 de julio de 1940. La primera de ellas dijo: «una mera partición hecha, ya entre dichos interesados, ya con la intervención del dueño del caudal...». En el mismo sentido la Sentencia de 9 de julio de 1940: «la partición practicada por acto *inter vivos*,... bien se haya llevado a efecto por los interesados, bien con intervención del dueño del caudal». Estas afirmaciones «obiter» no fundaron el sentido del fallo. En cambio en la Sentencia de 22 de julio de 1997 parecía existir un pacto de este tipo que fue considerado válido.

<sup>29</sup> Así la Sentencia de 6 de marzo de 1945.

<sup>30</sup> En estos casos, la partición debería integrarse en el acto dispositivo para devenir irrevocable, pues si no, siempre podría modificarse la partición sin lesionar el contrato

la intervención de los herederos no puede menos que comportar efectos especiales en cuanto a la eficacia futura de la partición<sup>31</sup>. Pero, en cualquier caso, aunque se admita cierto carácter contractual, la partición, en este sentido estricto, nunca produciría efectos transmisivos actuales, con lo cual la solución de la Sentencia habría de ser la misma: admitir la tercera de dominio por cuanto la transmisión de los bienes no se habría realizado.

La segunda hipótesis a la que antes hacíamos referencia era la donación *per modum partitionis*. Estimamos que no existe ningún obstáculo para su actual admisibilidad —como admite, con toda claridad, tanto la doctrina<sup>32</sup>, como la jurisprudencia<sup>33</sup>— sobre todo cuando en el Código ha desaparecido la prohibición de

---

sucesorio. Esa enseñanza se extrae claramente de la opinión de ANTONIO GÓMEZ citada *supra* nota 22: el valor irrevocable de la partición sólo puede fundarse asimilándola a alguno de los pactos sucesorios excepcionalmente admitidos. Nótese, no obstante, que la hipótesis a la que se refirió este autor, la mejora con entrega de bienes, no constituye hoy pacto sucesorio.

<sup>31</sup> Esos efectos pueden darse en dos casos: primero, es conocida la polémica sobre el valor de la partición hecha por el causante que se aparta del contenido de los llamamientos; la solución a este problema se clarifica si los propios herederos intervienen en la partición, pues entonces ésta alcanza con total seguridad eficacia plena; segundo, también es conocida la discrepancia entre los que piensan que la partición puede darse también cuando la herencia se defiere abintestato, y los que lo niegan, hoy prepondera esta segunda solución que podría mitigarse cuando en la confección de la partición intervienen los herederos.

<sup>32</sup> Así CASTÁN-DE LOS MOZOS, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 3.º, cit., pp. 306-307: «estos efectos *inter vivos* se pueden alcanzar de dos maneras distintas: realizando simultáneamente actos jurídicos que, siendo independientes del *testamento-partición*, produzcan efectos concomitantes y ordenados a un mismo fin, aunque nada tengan que ver con la facultad del artículo 1056 (por ejemplo, disposiciones ordenadas por donaciones *inter vivos*). Los efectos que produzcan, nunca podrán considerarse ni como secundarios de la partición. Y en segundo lugar, entregas de bienes con carácter precario, o mediante la configuración de un contrato de arrendamiento, o aun mediante el establecimiento de usufructos o rentas vitalicias y que se desenvuelven en el ámbito de unas costumbres o usos *praeter legem*, que se justifican por el deseo del testador de desentenderse de sus negocios y gozar de un merecido descanso y que, generalmente, en tanto en cuanto no configuren situaciones autónomas inatacables, deben ser siempre considerados como efectos eventuales, secundarios y subordinados a la voluntad revocable del testador»; en el mismo sentido: DE LOS MOZOS, *La partición de la herencia por el propio testador*, cit., pp. 175 y 206 y ss. LACRUZ, *Derecho de sucesiones. Parte general*, cit., p. 489; id., *Derecho de sucesiones*, I, cit., pp. 275-276, siguiendo a VALLET, cuya opinión puede verse, recientemente expuesta en *Panorama del Derecho de sucesiones*, II, Madrid, 1984, pp. 870-871: para quien una tal distribución «cae fuera del ámbito del artículo 1056. Pero ello no implica que no sea válido distribuir totalmente el caudal presunto de una persona (reservándose el mínimo preceptuado en el artículo 634 Cc. que, conforme al mismo, puede consistir en un usufructo), mediante donaciones *inter vivos* declaradas no colacionables ... lo que sucede es que, en estos supuestos, no hay verdadera división de la herencia, sino sólo distribución entre vivos del caudal del donante realizada a través de actos *inter vivos*».

<sup>33</sup> Así la Sentencia de 13 de junio de 1903 se refirió a «las disposiciones libres que en vida toman los padres donando a sus hijos el todo o parte de sus bienes». También la Sentencia de 6 de marzo de 1945 habló de «la distribución y adjudicación de bienes que, por vía indirecta, vaya envuelta o embebida en actos *inter vivos* de esencia dispositiva y régimen jurídico propio y especial (donaciones, dotes, mejoras, etc)».

Algo de esto, es decir, distribución *inter vivos* de los bienes existía en la hipótesis de hecho contemplada por la Sentencia de 24 de diciembre de 1993, en la que los donantes se fueron desprendiendo de su patrimonio en vida en favor de sus hijos, lo que para el Tribunal Supremo significa que los padres «actuaron de consuno y con evidente intención de distribuir *inter vivos*, entre sus dos únicos hijos ... la mayor parte de su patrimonio».



donar todos los bienes presentes. Para nosotros no se puede descartar que una de las justificaciones de la norma del artículo 1271.2 sea precisamente cubrir la hipótesis en las que el causante quisiera dar eficacia actual e irrevocable al acto de distribución de los bienes, aunque no estemos, en estos casos, ante una verdadera y propia partición. Nótese que, entonces, la solución que merecería un caso como el contemplado por la Sentencia comentada sería admitir que la transmisión se ha producido ya y, por tanto, los bienes donados pueden ser objeto de agresión por los acreedores del donatario.

En el caso comentado teóricamente nos parece posible que la partición siguiera tanto el primer modelo como el segundo. Pensamos, pues, que la cuestión suscitada no se puede resolver con afirmaciones apriorísticas, sin atender a las circunstancias de hecho, sino que son estas circunstancias las que permiten interpretar la voluntad de las partes en un determinado sentido.

## 2. LA PARTICIÓN POR EL CAUSANTE Y EL REPARTO *INTER VIVOS* EN LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

### A. SISTEMATIZACIÓN DE LOS POSIBLES SUPUESTOS

Llegados a este punto puede resultar útil hacer una breve referencia a los litigios que sobre esta materia ha tenido ocasión de conocer la jurisprudencia.

El dato principal que debemos destacar es que en los casos que se presentan en la práctica es difícil apreciar la naturaleza del acto, porque a veces el propio causante que califica el acto como «partición», luego precisa que quiere que sea irrevocable y con efectos desde luego<sup>34</sup>. En la práctica jurisprudencial el problema de diferenciar entre la partición hecha por el testador, con o sin intervención de los herederos, revocable, y los actos transmisivos eficaces *inter vivos*, irrevocables, se ha planteado con cierta frecuencia<sup>35</sup>.

En nuestra opinión, ante cualquier caso que se plantee hay que analizar si el reparto con efectos transmisivos en vida tiene una causa lícita, bien sea gratuita u onerosa, y si cumple los requisitos negociales que le correspondan según su natu-

<sup>34</sup> Cfr. en este sentido ROCA SASTRE, *Partición de herencia por actos «inter vivos»*, cit., p. 389.

<sup>35</sup> La distinta solución del caso comentado en las distintas instancias, parece subrayar la dificultad de interpretar la verdadera voluntad de las partes, o al menos la equivocidad con que externamente podía valorarse su conducta. Incluso el Tribunal Supremo, que sostiene que no existían efectos actuales de la partición, no deja de reconocer que la conducta de la causante y sus herederos estaba lejos de ser un modelo de buena fe; quizá porque se apreciaba un cierto deseo de dotar a la partición de efectos actuales, o por otras razones que no quedan suficientemente aclaradas en los FD. Afirma la Sentencia, por ejemplo, que no hubo «buena fe en los tratos entre la madre y los hijos (que luego se desdican de ellos para perjudicar al acreedor)...» (FD 7.º); y añade más adelante: «Pese a las suspicacias que tiene que provocar la conducta abusiva de doña Adelaida, fingiendo litigar con su hija y su yerno para perjudicar al acreedor, lo cierto es que en exigente técnica procesal hay que reconocer que debe prosperar la tercería de dominio» (FD 8.º). Todo ello bien pudo dar lugar a que «en el enjuiciamiento de la virtualidad traslativa del acto particional se produjera una confusión, tanto en algunos de los órganos judiciales como en las partes, incluso en la entidad crediticia, que reputó dueños del inmueble perseguido a los adjudicatarios del acto particional» (FD 3.º).

raleza; si no se demuestra la voluntad transmisiva con efectos actuales se está ante una partición en sentido propio que sólo producirá sus efectos a partir de la muerte del causante. En esta última hipótesis pueden aparecer eventuales efectos *inter vivos*, que serían actos subordinados y dependientes de la partición, por tanto revocables, pero perfectamente lícitos. Veremos a continuación distintos ejemplos que nos brinda la práctica jurisprudencial.

a) *Reparto inter vivos con causa onerosa*

Este tipo de reparto con causa onerosa, en concreto con causa *transactionis*, se podía ver en la Sentencia de 13 de junio de 1903<sup>36</sup> aunque no resultara finalmente admitido por el Tribunal Supremo. El demandante había sostenido la validez e irrevocabilidad de un pacto transaccional en el que unos progenitores, para poner fin a los procedimientos judiciales entablados entre los miembros de la familia, distribuían sus bienes entre sus hijos; y denunciaba la infracción del artículo 1124 Cc pues el causante incumplió el contrato al otorgar testamento disponiendo de los bienes que habían sido ya objeto de reparto, y al no haber formalizado la transmisión de los bienes del modo acordado. El Tribunal Supremo consideró radicalmente nulo e ineficaz el convenio de transacción por contravenir la prohibición de los contratos sucesorios<sup>37</sup>, y faltarle elementos esenciales de la partición por el testador, como la existencia de un testamento al que diera ejecución, la ineficacia en vida y la revocabilidad<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> En los meses previos al fallecimiento del causante, esposo y padre de los litigantes, se habían producido diferentes contiendas judiciales en la familia, a las que se había pretendido poner fin con la transacción de fecha de 17 de marzo de 1899. En dicho convenio, formalizado en documento privado, se establecía: en primer lugar, que los padres y los hijos se comprometían a desistir de los procedimientos judiciales en curso; en segundo lugar, que el causante y su mujer tras hacer inventario detallado de sus bienes, se obligaban a repartirlos por partes iguales entre sus dos hijos salvo una mejora de 25.000 pesetas en favor del hijo varón, después demandado; esta partición se debía formalizar notarialmente en un determinado plazo. Se estableció asimismo que a partir de la elevación de la partición a escritura pública los dos hijos adquirirían la nuda propiedad de los bienes que se le adjudicaran, quedando para sus padres el usufructo vitalicio.

<sup>37</sup> La razón decisiva para dejar sin efecto la partición fue la de que se contravenía la prohibición de los pactos sucesorios: «el documento privado de 17 de abril de 1899 no contiene una verdadera partición, sino un compromiso por el que se pretendía impedir a don Pedro Menoyo y a su esposa la libre disposición de sus bienes por testamento, lo que constituye un verdadero pacto sobre herencia futura, ilícito por su naturaleza». Las demás razones se dan a mayor abundamiento: «porque aunque fuera verdadera partición (...) no se hallaba basada ni en testamento alguno anterior congruente con la misma, ni en la igualdad absoluta con que los hijos son llamados a suceder a sus padres cuando mueren abintestato; tercero, porque nada de esto pudo obstar a que don Pedro M. testase como testó luego en condiciones distintas de las convenidas; cuarto, porque de un contrato nulo por su naturaleza no puede derivarse la validez de ninguna de sus estipulaciones...».

<sup>38</sup> En concreto se dijo: «una mera partición hecha, ya entre dichos interesados, ya con la intervención del dueño del caudal, lo mismo si se ajusta a un testamento que a las reglas de un abintestato, en ningún caso puede por su índole producir la menor coartación en la libre facultad de aquél para testar en cualquier tiempo, variando o modificando sustancialmente las condiciones de dicha partición, por ser esta facultad inherente a la testamentación activa y porque semejante coartación implica un verdadero pacto sobre la herencia futura que imposibilitaría atender a necesidades imperiosas y legítimas de familia que surjan con posterioridad, debiendo, por lo tanto, limitarse los efectos del contrato al momento en que por defunción del testador o dueño del caudal hereditario deba referirse la partición convenida a un estado de derecho que no está en oposición con ella».

No obstante la Sentencia reconocía la posibilidad de «las disposiciones libres que en vida toman los padres donando a sus hijos el todo o parte de sus bienes». Desde este punto de vista pensamos que debía haber tenido en cuenta que el convenio transaccional discutido era un contrato *inter vivos*, pues producía obligaciones para cada una de las partes: el desistimiento de una serie de procedimientos judiciales, por un lado, y por otro, el compromiso por parte de los padres de *transmitir* a sus hijos la nuda propiedad de sus bienes. Poco importaba, a nuestro juicio, que a esa transmisión se la llamara *partición* por los contratantes, porque en realidad no lo era en sentido propio ya que estaba llamada a surtir efectos desde el momento en que se formalizara en escritura pública, y no a partir de la muerte.

#### b) *Reparto inter vivos con causa gratuita*

El reparto irrevocable podría tener también causa gratuita y entonces debería calificarse como donación. Aunque en varios casos el Tribunal Supremo así lo ha admitido, en la Sentencia de 29 de octubre de 1960 estimó que el acto de distribución de los bienes mediante donaciones *inter vivos* constituía un pacto sucesorio prohibido, pues perseguía hacer irrevocable la previa partición del testador<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> El caso era el siguiente: ambos cónyuges otorgaron testamento con idéntico contenido y en la misma fecha, en los que distribuían la totalidad de los bienes gananciales y anunciaban que era su voluntad ejecutar sus disposiciones testamentarias mediante la constitución de un contrato de sociedad con sus hijos varones. Ese mismo día, uno de marzo de 1942, los referidos cónyuges, manifestando hacer uso de las facultades que el artículo 1056 Cc les confiere, constituyeron con estos hijos una sociedad de responsabilidad limitada mediante escritura pública, a la cual aportaron una serie de bienes propios. A su vez dijeron ceder a sus tres hijos las participaciones en esa sociedad en unas determinadas proporciones (un cuarto en plena propiedad más un tercio del otro cuarto en nuda propiedad para cada uno). En dicha escritura se manifestó también que serían baja del capital social los créditos que se reconocían en favor de otros hijos y nietas como complementos de la referida partición. Más tarde, el 20 de febrero de 1943 otorgaron una nueva escritura de partición que se denomina complementaria por cuanto manifestaron en ella que la partición ya había sido ejecutada en parte mediante el contrato de sociedad. El procedimiento judicial se suscitó por algunos hijos y nietos de los causantes que se consideraron perjudicados por estas operaciones y que pedían su nulidad por considerarlas contratos sucesorios prohibidos; la Sentencia de apelación estimó la demanda por el hecho de haber concurrido a las operaciones ambos cónyuges, comprometiendo así la libre disponibilidad de cada uno de ellos. Fundamento que el Tribunal Supremo rechazó como argumento válido para declarar ineficaz el contrato, conclusión a la que llegó por otros argumentos: «proscritos con carácter general los pactos sucesorios por el artículo 1271 del Código civil, ha de atenderse la excepción que el propio precepto establece relativa a la partición de bienes, en el sentido de autorizar al testador para practicar entre vivos la división de un caudal, por la que conforme al artículo 1056, ha de pasarse en tanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, pero sin que tal autorización pueda suponerse concedida —como la jurisprudencia tiene declarado— sino cuando la partición se halla respaldada por una disposición testamentaria, con la que ha de tener perfecta adecuación, y a la que, por de ella derivar y traer causa, ha de supeditarse, ya que al no ser la partición sino la ejecución o puesta en práctica de lo en testamento dispuesto, necesariamente ha de estar sometida a la vigencia de éste, de tal suerte que no obstante que el testador al dividir pueda desprenderse de los bienes cuya titularidad pasa a sus herederos, cuando esta tradición se verifica en función de partir, cuya finalidad se proyecta a la muerte, en cuyo momento se producirán sus definitivos efectos, ha de ser —como el testamento en que se funda— esencialmente revocable, siendo ello por lo que, toda partición en la que se produzca una sujeción infranqueable (sic) de los bienes constitutivos de la herencia, incompatible con la revocabilidad

Según nuestra opinión las opciones interpretativas entre las que había que elegir para resolver el caso eran dos: o la donación hecha por los padres en favor de los hijos operaba la distribución de bienes presentes, y producía plenos efectos actuales e irrevocables; o bien dicho acto, en cuanto vinculado a una partición hecha en testamento, no se podía considerar donación y era revocable<sup>40</sup>. Lo que no se entiende bien es que la Sentencia elija una tercera opción: declarar nula la partición, y los actos de ejecución de la misma, dejando sin efecto la voluntad del causante<sup>41</sup>. La Sentencia justifica esta solución estimando que la realización de los contratos *inter vivos* «implica –al hacer imposible alterar en lo esencial la partición realizada– una patente coartación de la libertad de testar, por ser irrevocable lo pactado referente a los derechos hereditarios de quienes en el proceso contienden, y es determinante de la nulidad de las escrituras en que se plasmó y desarrolló la partición afectada de tal vicio».

En sentido contrario a esta Sentencia, y de acuerdo con lo que proponemos se debe citar la Sentencia de 28 de junio de 1961 cuyos hechos fueron muy parecidos a los de la anterior<sup>42</sup>. En el caso, uno de los hijos combatía los documentos de «partición» por estimar que envolvían un pacto sucesorio prohibido, pero la Sentencia consideró que «se infiere claramente que el objeto de él era hacer don Juan Antonio M. por su nombre y exclusiva voluntad, la partición hereditaria de bienes, sin que resulte que pretendiera dar a la misma carácter irrevocable ni contenido contractual». Es evidente que esto es así en lo que respecta al documento privado de partición, pero las transmisiones *inter vivos*, aplicando el criterio de la Sentencia de 29 de octubre de 1960, podrían haber sido consideradas como contrato sucesorio prohibido, porque, estando relacionadas tan íntimamente con la partición, producían su irrevocabilidad. En cambio, la Sentencia separó la voluntad particional, de un lado, y la voluntad transmisiva con efectos actuales, de otro, sin que esta última arguyera contra la validez de la partición.

---

de los actos particionales, o en la que se celebran contratos, o se crean situaciones independientes de la revocabilidad circunstancial de las disposiciones testamentarias, vinculando a los testadores –que no podrán por ello modificarlas–; han de reputarse nulas, como prohibidas por el artículo 1271 del Código civil, sin que tales actos puedan tener eficacia jurídica porque se acomodan a disposiciones testamentarias preexistentes, por cuanto si éstas tienden a hacer posible la irrevocabilidad, se tendrán por no puestas, conforme preceptúa el artículo 737 del mismo cuerpo legal, y por ello, incapaces para legitimar el acto que tal consecuencia produjere».

<sup>40</sup> Cfr. *infra* apartado c).

<sup>41</sup> En este sentido crítico con la solución de la Sentencia: LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit., p. 725, nota 7.

<sup>42</sup> Los hechos eran los siguientes. El día 26 de noviembre de 1942 el causante «formaliza la donación ... en favor de su hija ... y de sus nietos haciéndose entrega de las cantidades que a su juicio les pueden corresponder en su herencia, cantidades que los donatarios aceptan y reciben.» En otra escritura «solemniza la donación ... a sus cuatro hijos ... por cuartas partes proindiviso, de tres fincas, que aceptan y prometen una pensión vitalicia mensual de 1.500 pesetas»; además el causante, en un documento privado que denominó de partición, «con presencia de todos sus hijos y nietos suscribe un documento privado, y con referencia cumplida a las precedentes escrituras, dispone en favor de los mismos, del resto de sus bienes, que distribuye ratificando el contenido de aquellas donaciones, y con tal transmisión el indicado don Juan Antonio deja distribuidos entre sus hijos y nietos todo el capital que en la actualidad posee y lo lleva a efecto con entera libertad y con arreglo a sus deseos, finalmente el causante otorga testamento cinco días después en el que hace referencia expresa a las distribuciones operadas, sin rectificarlas».

La Sentencia de 9 de julio de 1940 también trataba de un acto de dudosa configuración jurídica<sup>43</sup>, que se calificó como donación, nula por defectos de forma, y no como partición por el testador; de todos modos, a efectos simplemente argumentativos, la Sentencia se planteó la posibilidad de que el acto constituyera una partición *inter vivos*, aunque sería ineficaz pues había sido revocada<sup>44</sup>.

c) *Actos inter vivos de reparto dependientes de la partición y subordinados a ella*

Finalmente pueden caracterizarse otros actos *inter vivos*, que están vinculados a la partición, y que no se dirigen a realizar la transmisión definitiva e irrevocable de los bienes a los que se refieren. Estos actos consisten simplemente en «entregas de bienes con carácter precario, o mediante la configuración de un contrato de arrendamiento, o aun mediante el establecimiento de usufructos o

<sup>43</sup> El problema se suscitó en Navarra. En el supuesto se había pactado en capitulaciones matrimoniales que «Los futuros esposos han de poder nombrar y elegir por heredero o heredera de sus bienes a uno de los hijos que en su matrimonio procreen, señalando a los demás sus dotes y legítimas con igualdad o desigualdad; y por fallecimiento de cualquiera de ellos sin hacer dicho nombramiento de heredero y señalamiento de legítima, recaerá esa facultad en el sobreviviente, y, por muerte de ambos, en dos parientes los más próximos, uno de cada línea y tercero en discordia». Posteriormente los cónyuges suscribieron un documento en el que adjudicaron bienes a los hijos, pero el Tribunal Supremo entendió «que no existe base para estimar que el documento de 6 de febrero de 1927 tenga su causa en los capítulos matrimoniales de los esposos, pues (...) es de tener en cuenta, de una parte, que la escritura de capitulaciones se refiere en primer término a la institución de heredero, institución que se omite en el documento de 1927; de otra, que en este último documento se adjudican o reservan bienes a don G. A. (otorgante de las capitulaciones), particular no previsto ni mencionado en la escritura de capitulaciones, y, por último, que al designar las porciones de bienes atribuidas a doña L. A. y a sus hermanos no se emplea ni una sola vez en el documento de 1927 el vocablo “dote”». A pesar de que en la interpretación del documento el Tribunal Supremo discrepó de la Sentencia de apelación, los datos de hecho que ofreció no son demasiado precisos para poder valorar con justeza su interpretación, por lo que tampoco en este punto podemos concluir nada con seguridad, y debemos aceptar que el referido documento no comportaba nombramiento de herederos en ejecución de lo previsto en las capitulaciones.

Dijo el Tribunal Supremo: «Las razones expuestas conducen a la consecuencia de no poder ser estimado el convenio de 6 de febrero de 1927 como ejecución de lo estipulado en los capítulos matrimoniales ni hallarse en éstos la causa de aquél, de donde, al no existir la supuesta causa, el acto de liberalidad de que se trata constituye una donación pura y simple en la que es manifiesto que faltan los requisitos de forma necesarios para su validez...». En la Sentencia se reproducen después los preceptos forales en materia de forma que se estimaban incumplidos.

<sup>44</sup> En este sentido afirmó: «como tiene declarado este Tribunal en Sentencia de 13 de junio de 1903, la partición practicada por acto *inter vivos*, al amparo del artículo 1056 del Código civil, ajustada a la norma de un testamento o a la de la ley, y bien se haya llevado a efecto por los interesados, bien con intervención del dueño del caudal, en ningún caso puede coartar la libre voluntad de éste para testar en cualquier tiempo, variando o modificando sustancialmente las condiciones de dicha partición, por lo cual, aun en el supuesto de poder ser calificado el convenio de 6 de febrero de 1927 como acto de división de la herencia realizado por el padre entre sus hijos (...) dicho acto tendría siempre el esencial carácter de revocable; y habiendo otorgado don G. A. en fecha posterior, cual es la de 27 de mayo de 1934, un testamento cuya validez no ha sido impugnada y en el que modifica la distribución de sus bienes contenida en aquel convenio, resultaría indudable la revocación de la partición anterior...».

rentas vitalicias y que se desenvuelven en el ámbito de unas costumbres o usos *praeter legem*, que se justifican por el deseo del testador de desentenderse de sus negocios y gozar de un merecido descanso y que, generalmente, en tanto en cuanto no configuren situaciones autónomas inatacables, deben ser siempre considerados como efectos eventuales, secundarios y subordinados a la voluntad revocable del testador»<sup>45</sup>. La Sentencia de 6 de marzo de 1945<sup>46</sup>, recogió perfectamente el significado de estos actos. En el caso, el causante había suscrito con sus hijos un documento privado el 27 de julio de 1931, en el que distribuía entre ellos los lotes de su patrimonio, compuesto fundamentalmente de varias fincas rústicas y urbanas, y establecía determinados efectos *inter vivos*. El Tribunal Supremo estaba de acuerdo con la Sentencia recurrida en que de la letra misma y del espíritu del acto partitivo «se infiere claramente que el objeto de él era hacer don José A., por su libre y exclusiva voluntad, la partición hereditaria de sus bienes, sin que de sus cláusulas resulte que pretendiera dar a la misma carácter irrevocable ni contenido contractual, ya que no cabe inferir semejante matiz [...] de la obligación que, según el documento, contraía aquél de respetar durante su vida los arrendamientos que de sus fincas hubiera concedido a sus hijos, compromiso éste que respondía al mismo designio de no atribuir efectos a la partición en vida del causante, y que aunque se le considere extraño al acto particional, no lo desnaturalizaba ni puede convertirlo –siendo como es completamente ajeno a la sucesión– en un pacto sucesorio»<sup>47</sup>.

Probablemente, aunque no conste con seguridad, en el caso comentado, se habían producido efectos de este tipo: así se puede entender que la Audiencia, que sostuvo que la partición había transmitido la propiedad, se apoye reiteradamente en el artículo 609, aceptando, hemos de pensar, que se había producido lo que ella consideraba *traditio* causalizada apta para transmitir la propiedad<sup>48</sup>. Sin

<sup>45</sup> CASTÁN-DE LOS MOZOS, *Derecho civil español, común y foral*, VI, 3.º, cit., pp. 306-307; en el mismo sentido: DE LOS MOZOS, *La partición de la herencia por el propio testador*, cit., pp. 175 y 206 y ss.

<sup>46</sup> Sin duda es la Sentencia más importante de todas las que se han ocupado de la partición por el testador, y la que más ha contribuido a la construcción teórica o doctrinal de la figura que estamos estudiando, por eso llama la atención que no sea citada en la Sentencia que estamos comentando.

<sup>47</sup> También merece cita la Sentencia de 6 de mayo de 1953. En este caso, los hijos del causante, habían suscrito con él un documento que es interpretado de forma diferente: para unos constituía un verdadero contrato irrevocable, mientras que para otros era una partición realizada por el testador revocable por éste (la revocación testamentaria de dicho documento se había producido efectivamente). Dijo la Sentencia: «El testamento de 1943 solamente contiene la institución testamentaria en términos generales y corrientes, sin referencia alguna a que la herencia de que se disponía en él estuviera integrada por bienes que o no fueron incluidos en el reparto que se dice hecho, o habían advenido al patrimonio del testador con posterioridad a aquel acto particional; el documento de 1.º de julio de 1939 en el que se afirma por los actores que fue corroborada por escrito la partición verbal hecha años antes, demuestra precisamente lo contrario que el recurso pretende porque en aquél aparece el padre entregando unas fincas a sus hijos, señalando un canon por la tenencia y explotación de ellas, pero estableciendo la sanción rigurosa de la privación de las fincas cedidas (expulsados sin derecho a indemnización alguna, dice) si se dejara de pagar el canon establecido, lo cual en modo alguno puede ser considerado como un convenio particional de bienes hereditarios hecho en vida del causante, que para ser válido, eficaz e irrevocable, como los recurrentes pretenden, debería estar respaldado por un testamento anterior o posterior conforme a cuyas cláusulas se hubiera efectuado».

<sup>48</sup> FD 1.º: «La tercerista, doña Adelaida D. S., adquirió la finca controvertida hace muchas décadas... Aportó al incidente de tercería una certificación registral acreditativa de

embargo, si aceptamos la solución del Tribunal Supremo esta *traditio* no sería más que la entrega en precario como anticipo de la partición futura.

B. LA PROHIBICIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS COMO PRETENDIDO OBSTÁCULO PARA LA ADMISIBILIDAD DE LAS ANTERIORES FIGURAS

a) *Los límites externos de la prohibición de los pactos sucesorios*

En algunas de las Sentencias analizadas anteriormente se sostiene que los actos de reparto, especialmente cuando tienen carácter irrevocable, pueden caracterizarse como contratos sucesorios, lo que constituiría un grave obstáculo para su admisibilidad<sup>49</sup>. Estas Sentencias parecen seguir ideas doctrinales repetidamente formuladas como que «la figura del pacto sucesorio (...) se oculta a menudo, como un proteo, tras otra expresión jurídica»<sup>50</sup>; o como las que se refieren a «los medios indirectos de eficacia bastante para burlar» la prohibición<sup>51</sup>.

«Ocultar», «burlar», «simular», «utilizar formas jurídicas aparentes», son expresiones usadas para referirse a la utilización de la donación con una función preparatoria o sustitutoria de la sucesión *mortis causa*, lo cual sería, para los que opinan así, un modo de eludir la tajante prohibición legal de la sucesión contractual. Quienes conceptúan el pacto sucesorio de este modo, es decir, a tenor de la finalidad práctica perseguida por las partes, concluyen necesariamente que incluso las donaciones directas *inter vivos* podrían calificarse como contrato sucesorio si es que los contratantes lo que pretendían era la atribución de un bien por causa de muerte<sup>52</sup>. En nuestra opinión la función económica de algunos actos *inter*

---

la inscripción a su favor... La Audiencia rechaza este medio de publicidad inmobiliaria con consideraciones reiterativas sobre el aspecto no constitutivo de la inscripción de los derechos reales en el sistema español, afirmando que la propiedad se adquiere por los medios que contempla el art. 609 del Código Civil».

<sup>49</sup> Cfr. en especial las Sentencias de 13 de junio de 1903 y de 29 de octubre de 1960. En otras, no obstante, no se llega a esa conclusión: así en las de 9 de julio de 1940, 6 de marzo de 1945 y 29 de octubre de 1960.

<sup>50</sup> SAMPER POLO, «La disposición *mortis causa* en el Derecho romano vulgar,» *AHDE*, 1968, p. 163.

<sup>51</sup> CASTILLEJO Y DUARTE, *La forma contractual en el Derecho de sucesiones*, Madrid, 1902, p. 145. Más recientemente se entiende que usar el negocio *inter vivos* con finalidad sucesoria supone utilizar una «forma jurídica aparente»: así, MONASTERIO, *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*, Bilbao, 1994, pp. 43, 124, 183. Para RAMS ALBESA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII, 1.º, B, Madrid, 1993, p. 466, la prohibición motiva la aparición de gran cantidad de contratos simulados.

<sup>52</sup> Así SAMPER, *La disposición*, cit., p. 167: «Para nosotros, cualquier acto perfectamente bilateral –y por tanto irrevocable– que tenga por fin de alguna manera regular el destino del patrimonio de una persona viva después de la muerte de ésta, sea a título universal, sea a título singular, constituye un pacto sucesorio. Hemos dicho “que tenga por fin” regular el destino del patrimonio de alguien, con lo que queremos subrayar la importancia del resultado propuesto mucho más que de la estructura del medio empleado». Consecuente con su criterio, en la p. 171 extiende la condición de contrato sucesorio a las donaciones *inter vivos* en cuanto constituyan anticipos testamentarios. Hay que reconocer que el autor refiere estas afirmaciones al derecho romano vulgar donde las instituciones se desdibujan técnicamente. A este parecer se adhieren MARÍN PADILLA, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992, pp. 84-85, y MONASTERIO, *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*, cit., p. 127: «coincidimos plenamente», dice.

vivos puede aproximarlos a figuras típicamente sucesorias; así, por ejemplo, la donación con reserva del usufructo vitalicio para el donante o la donación universal de los bienes presentes. Pero calificar dichas figuras como actos *mortis causa* es peligroso si se pretendiera utilizar contra ellas la norma prohibitiva de los contratos sucesorios. En cambio, la terminología anterior obligaría a partir, indiscutiblemente, de dos presupuestos: el primero, que la prohibición de la sucesión contractual se extiende a figuras que pueden buscar cobijo bajo la figura de la donación; es decir, que pactos sucesorios y donaciones tienen alguna zona de intersección; el segundo, que las donaciones incluidas en esa zona de intersección son ilícitas, por desbordar la causa típica del negocio, si es que las partes pretenden conseguir una finalidad sucesoria.

Frente a estos presupuestos, estimamos que cabe proponer otros, igualmente válidos desde el punto de vista lógico, y seguramente mejor fundados jurídicamente: así, es posible sostener que para la averiguación del contenido y los límites de la prohibición contractual hay que contar previamente con el ámbito permitido en nuestro Derecho a las donaciones; de forma que lo previsto o autorizado como donación nunca podría considerarse contrato sucesorio prohibido, aunque pudiera calificarse, desde el punto de vista dogmático, como pacto sucesorio. Del mismo modo, también parece plausible sostener que la finalidad de las partes, aunque sea preparar la sucesión, o hacer innecesaria la aplicación de las normas sucesorias, no tiene virtualidad suficiente para teñir de ilicitud los concretos contratos, siempre que éstos sean lícitos en sí mismos y no desborden su finalidad legal típica: lo que esté permitido como liberalidad no podrá considerarse pacto prohibido sobre herencia futura. Estaríamos ante actos no expresamente tipificados en el ordenamiento como *mortis causa*, y que por ello no son estructuralmente tales, pero que permitirían, sin que quedaran desvirtuados, una finalidad de ese tipo<sup>53</sup>. En nuestra opinión, la finalidad de las partes no es bastante para alterar las previsiones normativas del legislador, ya que la funcionalidad típica de la donación no está en contradicción con esas finalidades, por lo que no puede hablarse de fraude a la Ley que prohíbe el pacto sucesorio.

#### b) *El verdadero contenido de la prohibición de la sucesión contractual*

Sería necesario abordar, aunque fuera brevemente, el posible contenido de la prohibición de la sucesión contractual. En esta línea nuestra jurisprudencia ha llegado a afirmar que la prohibición del contrato sobre herencia futura no se refiere al pacto sobre bienes concretos y determinados sino sólo al que tenga por objeto la universalidad o una cuota de la herencia, lo que tendría también a su favor la literalidad de la prohibición de nuestro artículo 1271.2 que sólo habla de la «herencia».

La ventaja de esta dirección es su claridad práctica, pues se tratará de verificar en el caso concreto qué características tiene el objeto del contrato. De este modo no cabría la menor duda de resolver los problemas que originaran los compromisos contraídos a cambio de la recepción de bienes de la herencia en función

<sup>53</sup> En Italia, a partir de una obra de PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successione anomale*, Nápoles, 1983, se ha generalizado hablar de los negocios *trans mortem* y *post mortem* como aquellos que producen eficacia en vida del disponente, atribuyen un derecho que sólo es definitivo tras la muerte del mismo y cuyo efecto transmisivo final es siempre revocable *voluntate donantis*.



de la concreción sobre cosas individualizadas o sobre una cuota; en este último caso el contrato sería nulo<sup>54</sup>, y no así en el primero.

En este sentido, la Sentencia de 8 de octubre de 1915 estimó que no contraviene la prohibición el obligarse a dejar por testamento a determinada persona un conjunto de bienes determinados, propiedad, ya, de quien se obliga<sup>55</sup>. El Tribunal Supremo estimó que «si bien el artículo 1271 del Código civil dispone que sobre la herencia futura no se podrá celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal, conforme al artículo 1056, esta prohibición no es aplicable al presente caso porque la obligación que contrajo don Manuel Calvo en el contrato privado de 11 de febrero de 1908, de otorgar testamento e instituir heredera a su sobrina Peregrina Barcia, de los bienes que adquirió en virtud del mismo, procedentes de su finada consorte, que le quedasen sobrantes después de pagar las deudas y del ganancial que se expresa, así como de “reconocer, además, con alguna cosa a los otros sobrinos e hijos de Antonia Barcia”, se refiere a bienes conocidos y determinados existentes cuando tal compromiso se otorgó, y no a la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 del citado Código civil, se determina a la muerte del causante constituyéndola todos los bienes, derechos y obligaciones que por ella no se hayan extinguido».

La Sentencia de 16 de mayo de 1940 contempló un caso en el que habíase constituido una renta vitalicia en la que, además de las estipulaciones sobre la renta, se pactó que el adquirente debía realizar al fallecimiento del constituyente «determinada distribución de una cantidad igual al importe del capital que recibe». Para el Tribunal Supremo «la prohibición establecida en el mencionado artículo del Código se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 del repetido Código, se determina a la muerte del causante, constituyéndola todos los bienes, derechos y obligaciones que por ella no se hayan extinguido, pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados existentes cuando tal compromiso se otorgó en el dominio del cedente; y aplicando dicha doctrina al caso actual, claro resulta que no está comprendido en la prohibición aludida, pues se dispuso de bienes conocidos y determinados propios con bastante anterioridad al contrato, que pasaron desde la fecha del convenio al dominio de su hermano, es decir, muchos años antes del fallecimiento del cedente, y lo concertado en la cláusula discutida no fue la distribución entre sus hermanos, de no tener hijos, de los bienes cuyo dominio había perdido desde la fecha del contrato, sino la obligación que se aceptó de repartir una cantidad igual al importe de dichos bienes de su propio peculio»<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Lo cual es independiente de las consecuencias jurídicas que puedan proceder si la contraparte ha realizado sus prestaciones.

<sup>55</sup> El caso era el siguiente: abierta la sucesión de una persona, concurrían a la sucesión por llamamiento intestado el cónyuge y una hermana de la difunta. Ambos pactaron que la hermana sería pagada en sus derechos con dos fincas de la herencia, libres de cargas, y que el viudo se quedaría con el resto de los bienes. A su vez, se pactó que el viudo pagaría las deudas hereditarias y los gastos originados por el fallecimiento, a cuyo efecto quedaba autorizado a vender los bienes hereditarios que fueran necesarios, aunque el otro heredero tendría sobre ellos un derecho de adquisición preferente. El viudo se comprometió a testar en favor de una hija de la otra heredera en cuanto a los bienes de la herencia que restasen a su fallecimiento.

<sup>56</sup> Sigue la misma doctrina la RDGRN de 21 de enero de 1991. La Sentencia de 3 de marzo de 1964 se ocupó del problema de si era posible la enajenación de bienes determinados por el fiduciario consentida por el fideicomisario, y se apoyó en la idea de que el pacto sobre bienes determinados no incurre en la prohibición de los contratos sobre heren-

Recientemente, la Sentencia de 22 de julio de 1997 retoma esta orientación<sup>57</sup>.

Parte de la doctrina considera inaceptable esta postura del Tribunal Supremo «ya que un contrato no deja de ser sucesorio cuando versa sobre bienes determinados»<sup>58</sup>, si bien otros entienden que es razonable<sup>59</sup>. En nuestra opinión, se debe convenir en que un contrato puede ser sucesorio aunque verse sobre bienes determinados, pero en realidad el problema es la extensión o interpretación del artículo 1271.2 que no se refiere a contrato sucesorio en general, sino al contrato sobre herencia futura. La solución práctica que brinda la jurisprudencia quizá tiene poca posibilidad de ser discutida, porque habría que demostrar que el acto de disposición no tiene encaje en ninguna figura contractual permitida, por exceder de la causa típica del contrato e incidir en una tipicidad *mortis causa*<sup>60</sup>. Ello sería difícil si el contrato vinculara una serie de bienes a una transmisión futura, porque, aunque el efecto real aún no se produzca, es evidente que la obligación ha nacido en vida de las partes<sup>61</sup> y sólo podríamos acudir a la causa para calificarlo como sucesorio atendiendo, además, a un concepto muy subjetivo de causa: la finalidad práctica perseguida por las partes<sup>62</sup>. Aunque desde el punto de vista dogmático sea posible calificar un determinado negocio como pacto sucesorio a título particular, desde el punto de vista de nuestro sistema jurídico su inadmisibilidad no puede derivarse de la prohibición de la sucesión contractual.

---

cia futura, aunque finalmente la propia Sentencia excluyó tácitamente la aplicabilidad de esta doctrina al considerar que no hay tal herencia futura, puesto que el fideicomisario recibe los bienes del testador y no del fiduciario.

<sup>57</sup> En el caso, se discutía sobre la titularidad de una Administración de loterías. En lo que ahora nos interesa, existió un pacto en el que se estableció por los futuros herederos que la Administración «aun cuando figure oficialmente a nombre de uno u otro de los comparecientes o de sus herederos, sea de propiedad por iguales mitades indivisas de ambos, percibiendo también por mitad los beneficios que dicha Administración produzca». El Tribunal Supremo reiteró la doctrina anterior, en un caso en que más bien cabía hablar de pacto sobre la herencia de un tercero.

<sup>58</sup> Así, LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit., p. 724.

<sup>59</sup> Así HERNÁNDEZ GIL, *Dictámenes*, II, Madrid, 1968, pp. 461 y ss.; y RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario a la RDGRN de 21 de enero de 1991*, CCJC, n.º 26, p. 394.

<sup>60</sup> Lo cual suscita el problema de la aptitud del contrato *inter vivos* para albergar negocios con función *mortis causa*. Al respecto puede verse la muy expresiva Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero de 1991.

<sup>61</sup> Estamos ante un aspecto clave: la institución de heredero, o el legado universal o de cuota no pueden en nuestro sistema contractualizarse porque contrarían el principio contractual de que la determinación del objeto no puede depender de la voluntad de uno sólo de los contratantes.

<sup>62</sup> En cambio la Sentencia de 6 de marzo de 1945 dijo: «en una técnica rigurosa, para discriminar los actos *inter vivos* y los actos *mortis causa* (entre estos últimos estarían los contratos sucesorios) hay que atender a su finalidad y al tiempo en que el acto o negocio ha de producir su efecto típico o definitivo, de tal modo que serán negocios *mortis causa* los destinados a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio o de uno de sus sujetos». Evidentemente este criterio entendido de forma simplista, es decir si se pretende fundar en él el contenido y límites de la prohibición de los contratos sucesorios, no deja de ser peligroso, puesto que existen contratos *inter vivos* que sólo comienzan a producir su efecto típico y definitivo más allá de la muerte: así, en el propio régimen del Código, la donación con reserva por el donante del usufructo vitalicio, o las donaciones con entrega *post mortem*. Por ese motivo, si se quiere aceptar la doctrina de la Sentencia, hay que procurar que no nos conduzca a resultados incompatibles con el ordenamiento.

c) *Las donaciones mortis causa en nuestro ordenamiento*

La interpretación anterior no tendría ningún obstáculo de no existir la prohibición de las donaciones *mortis causa*. Históricamente la prohibición de la sucesión contractual siempre ha coexistido con la permisón de las donaciones *mortis causa*. Sin embargo estas últimas han sido excluidas de nuestro ordenamiento por una norma específica que hay que examinar sucintamente para completar la visión de esta materia: nos referimos al artículo 620 Cc.

Para la *communis opinio* si bien «por su letra, el artículo 620 no sería obstáculo a la vida de las donaciones *mortis causa*, pero éstas han sucumbido en nuestro Código civil, porque sólo podrían vivir como donaciones y en el campo de las donaciones no hay, en rigor, cabida para ellas. Cierta que las cita el artículo 620, y que habla de ellas como donaciones, mas es ésta una cita postrera, una esquila mortuoria. Su naturaleza *mortis causa* está pidiendo imperiosamente para ellas, no sólo el régimen, sino incluso la forma de las disposiciones testamentarias»<sup>63</sup>.

Pero, ¿qué donaciones son esas que han desaparecido?; o mejor, ¿cuáles, de entre las donaciones *mortis causa* han desaparecido? En este punto las cosas, sería preciso hacer una alusión al precedente representado por el Proyecto de 1851 que en su artículo 942 permitía las donaciones «para después de la muerte del donador» si se referían a una cosa específica, pero si eran de cosa fungible o de una cuota del patrimonio del donante, debían hacerse ateniéndose a la forma del testamento<sup>64</sup>. La justificación de esta última indicación fue que el que dona de ese modo «dispone de bienes futuros contra el tenor del artículo 953, esta donación vendría a ser una especie de pacto sucesorio, reprobado en el artículo 994 (...) y el donante conserva la facultad de disponer y hacer ilusoria la donación y dar y retener no vale»<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Así FUENMAYOR, «Sobre una revisión de las donaciones “mortis causa” en el Código civil», en *Estudios de Derecho civil, I*, Pamplona, 1992, p. 608; ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII, 2.º, Madrid, 1986, p. 53. JORDANO, «El testamento», *RDN*, 1962, pp. 68-69, nota. Últimamente, ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., p. 61: «la equiparación de la donación *mortis causa* a las disposiciones testamentarias tiene como principal efecto que no puede ser concebida como una institución autónoma». En cambio, para otros, dicho artículo no significa más que la consagración legislativa de la *mortis causa donatio* formalizada como donación ordinaria pero regulada en otros aspectos por las normas propias de la sucesión testamentaria. Así VALLET, *La donación «mortis causa» en el Código civil español*, recogida hoy en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 13 y ss.

<sup>64</sup> Disponía literalmente así: «Las donaciones hechas para después de la muerte del donador que consistieren en una cosa específica, no fungible, pueden hacerse entre vivos, y se regirán por las disposiciones de este título; pero si tuvieren por objeto el todo o una parte alcuota de los bienes del donador, o una cantidad de cosas fungibles, no podrán otorgarse sino en testamento, y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades».

<sup>65</sup> Cfr. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, artículo 942. Según BARRAL VIÑALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., p. 111: la *ratio* del sistema del Proyecto era la siguiente: «tal reserva es válida si se trata de *cosa específica no fungible* pues, en este caso, su facilidad de identificación impide que en el interin entre disposición y eficacia se pueda distraer el bien de su destino predeterminado y atribuye al donatario un derecho definitivo sobre la cosa, sólo que sometido a un término inicial de eficacia.

En cambio, si se dan bienes fungibles para después de la muerte, el donante no puede asegurar un derecho definitivo sobre los bienes existentes en el momento de la donación.

Es decir, esta norma, que cerraba el paso a la tipificación de la donación *mortis causa*, no impedía la donación con efectos diferidos a la muerte siempre que se la mantuviera dentro del régimen jurídico de las donaciones *inter vivos*<sup>66</sup>. Precisamente en la jurisprudencia actual se sigue parecida tesis, pues aunque está asentada la doctrina contraria a las donaciones *mortis causa*, se considera válida la donación, formalizada como *inter vivos*, en la que se determine irrevocablemente la cosa o la suma de dinero que deberá entregarse en el momento de la muerte del donante, lo cual es compatible perfectamente con la jurisprudencia sobre los pactos sucesorios anteriormente examinada, y nos lleva a concluir que, por esta parte, no existen obstáculos a la interpretación antes propuesta sobre el significado de los artículos 1271.2 y 1056.

### 3. EL MANTENIMIENTO DE LAS FACULTADES DE DISPONER DEL CAUSANTE

La Sentencia comentada considera que la partición no puede impedir al causante revocar como quiera su voluntad. Por cierto que en este punto se desliza alguna afirmación que si se interpreta literalmente sería incorrecta: «en cualquier momento puede el que repartió cambiar de decisión, otorgar nuevo testamento, cambiar el destinatario de sus generosidades (en la parte de herencia de libre disposición)» (FD 3.º). Está claro, que la revocabilidad afectaría también a lo atribuido como legítima, porque la inviolabilidad de ésta no hace irrevocable al modo concreto en que se haya atribuido.

Sabemos ya que, al decir de la opinión común, nuestro Código no permite el contrato sobre la partición futura, sino una simple partición unilateral del causante sin las formalidades del testamento, aunque deba quedar convalidada por este, por lo que la intervención de los presuntos herederos en dicho acto no tendría valor de consentimiento contractual<sup>67</sup>. El fundamento de esta tesis es que la partición no puede vincular al causante, que, por consiguiente, podría enajenar los bienes que quisiera<sup>68</sup>.

---

En efecto, la posibilidad de disponer que se desprende de la configuración del título impide el efecto dispositivo por todo lo susceptible de disposición dada su potencial amplitud y permite que se haga ilusoria la donación. De manera similar, el último caso —cuando se da todo o una parte de los bienes que se deje al morir—, además de darse bienes futuros que chocan con la naturaleza de acto dispositivo de la donación (art. 953), conllevan también la facultad implícita de disponer, por cuanto no consta la determinabilidad necesaria de los bienes donados. En estos casos, la donación se convierte en *mortis causa* porque la incertidumbre sobre la subsistencia de los bienes se acaba con la muerte del donante». Estamos plenamente de acuerdo con este análisis.

<sup>66</sup> Como confirmación de lo dicho basta ahora destacar que existían en el Proyecto y existen hoy en el Código ciertas donaciones cuya función también puede situarse cerca de la *mortis causa*: así la donación con reserva de usufructo, la donación con cláusula de reversión y la donación con reserva del poder de disponer. Cfr. artículos 953, 957 y 959 del Proyecto.

<sup>67</sup> Así, por ejemplo, la Sentencia de 6 de marzo de 1945.

<sup>68</sup> Para MANRESA, *Comentarios*, VII, *cit.*, p. 727: la enajenación por el causante de bienes determinados incluidos en la partición, si no hay perjuicio de la legítima ni voluntad contraria, supone la revocación parcial de la partición en cuanto al bien enajenado y su subsistencia en el resto; en el caso de permuta y de expropiación entiende aplicable a la partición la subrogación real. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *op. cit.*, p. 537, afirma que en todos los casos se deberá seguir el criterio de la subrogación real. Se muestra de acuerdo con esta última solución MONEDERO GIL, *op. cit.*, pp. 66-67.

Algún autor, intentando salvar la naturaleza contractual de esta partición, tal como dice el artículo 1271.2, estima que la misma vincula de alguna manera los bienes a los que se refiere. A este respecto, el que realiza la partición no podría enajenar a título gratuito los bienes incluidos en ella<sup>69</sup>; sin embargo no es fácil dotar de base legal a este efecto, pues, en el uso de su autonomía, el disponente puede limitar sus facultades dispositivas, a título gratuito o también a título oneroso, pero ello no sería coherente con un acto de naturaleza particional<sup>70</sup>, porque la partición debe seguir el mismo régimen que el llamamiento a la sucesión, por lo que su revocabilidad unilateral por parte del causante debe garantizarse siempre que el llamamiento también sea revocable.

En contra de la partición revocable se ha dicho<sup>71</sup> que sería una figura de escasa funcionalidad práctica, puesto que no garantizaría que las adjudicaciones se fueran a verificar del modo previsto en la partición. Pero esta crítica supondría olvidar que si se quiere atribuir bienes irrevocablemente hay otras vías para hacerlo, tal como hemos visto.

#### 4. FORMALIDADES NECESARIAS PARA LA PARTICIÓN

En cuanto a la forma necesaria para la partición hecha por el causante, según se deduce de lo que llevamos dicho habría que distinguir si el acto es una simple partición unilateral, en cuyo caso no serán necesarios los requisitos formales de la donación, por no producirse efectos *inter vivos*, ni tampoco los requisitos propios de los testamentos, pero la partición debe ser ejecución de un testamento anterior o posterior; para este tipo de partición hay autores que, incluso, autorizan la forma verbal<sup>72</sup>. La jurisprudencia ha tenido ocasión de afirmar la validez de la partición en documento privado, en la Sentencia de 28 de junio de 1961: «no obsta a la validez de la partición el haberse hecho en documento privado, cuando en testamento posterior se refiere a ella el padre»; así como la inexigibilidad de forma solemne: así la Sentencia de 6 de marzo de 1945: «la forma solemne que el recurrente cree indispensable en la partición por acto *inter vivos* ni aparece reconocida por la tradición del Derecho romano y del Derecho patrio—según

<sup>69</sup> Cfr. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *op. cit.*, pp. 530-531.

<sup>70</sup> A este respecto consideramos acertadas las consideraciones de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *op. cit.*, p. 528: «entendemos que la partición practicada por el testador por acto *inter vivos* es un contrato y, como tal, irrevocable. Ahora bien, al ser un acto meramente particional, y, por consiguiente, accesorio respecto del negocio dispositivo que le sirve de base, aquellas notas de contractualidad e irrevocabilidad se ciñen al aspecto partitivo, y nunca afectan al acto dispositivo básico. Si éste se revoca y queda vigente una regulación de la sucesión esencialmente diferente de aquella en que se asentó la partición, ésta deviene ineficaz, y, por tanto, de manera indirecta resulta revocada».

<sup>71</sup> Así GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *op. cit.* pp. 528-529.

<sup>72</sup> GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto «inter vivos»*, *cit.*, p. 534, estima aplicables los preceptos de forma de los contratos, y LACRUZ, *Derecho de sucesiones, I, cit.*, p. 275 entiende suficiente no sólo el documento público o privado sino incluso la partición verbal. En cambio, ROCA SASTRE, *Partición de herencia por acto «inter vivos»*, *cit.*, p. 381, y DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 219, entienden que se exige la forma documental. En favor de esta última opinión pensamos que estarían los antecedentes históricos del Código, ya que entre nosotros desde la Ley 3 de Toro quedaron suprimidos los privilegios de forma de las disposiciones de última voluntad realizadas en favor de los hijos, como la partición verbal recogida en P. 6, 1, 7.

se vio anteriormente— ni es, dentro del Código civil, una exigencia impuesta por los criterios de interpretación lógica y sistemática, ya que la ausencia en dicho cuerpo legal de formas específicas para la partición por acto entre vivos es perfectamente explicable, por cuanto, si la partición *inter vivos* es una propia partición regida por el artículo 1056, habrá de tener su apoyo, según prescribe la jurisprudencia de esta Sala antes aludida, en un testamento del que sea complemento, de tal modo que habrá de entenderse que el acto de distribución no solemne (partición) recibe su fuerza y convalidación formal del acto de disposición solemne (testamento)».

En cambio, según dice esta última Sentencia si se trata «de la distribución y adjudicación de bienes que, por vía indirecta, vaya envuelta o embebida en actos *inter vivos* de esencia dispositiva y régimen jurídico propio y especial (donaciones, dotes, mejoras, etc.), la exigencia de forma será consecuencia obligada de la aplicación de las normas por las que hayan de regirse las respectivas liberalidades».

En el caso que estamos comentando carecemos de algunos datos de hecho muy relevantes para la correcta atribución de efectos a la partición. En primer lugar, ignoramos si la voluntad de las partes era la de dar lugar a efectos *inter vivos*; en segundo lugar, supuesto que la respuesta fuera positiva sería necesario analizar si esos efectos se quisieron de forma irrevocable; en tercer lugar, si así fuera, también sería preciso conocer cuál fue la causa concreta de la atribución y si tenía carácter oneroso o gratuito. Acertaría el Tribunal Supremo en su juicio, al negar a la partición efectos transmisivos actuales, si esos pretendidos efectos hubieran tenido causa gratuita, porque la partición no podía valer como donación ya que se refería a bienes inmuebles y estaba formalizada en documento privado; sin embargo, si el negocio hubiera tenido causa onerosa, no se hubiera requerido forma especial para la validez del mismo y la posibilidad de alcanzar efectos transmisivos actuales.



# Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, María del Carmen CRESPO MORA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Javier LARENA BELDARRAÍN, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, María del Carmen PLANA ARNALDOS, Albert RUDA GONZÁLEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Encarna SERNA MEROÑO**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derecho reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

## DERECHO CIVIL

### PARTE GENERAL

**1. Responsabilidad extracontractual o aquiliana.**–Para la afirmación de existencia de dicha responsabilidad, es unánime la doctrina (jurisprudencial y científica) en la exigencia de cuatro requisitos: 1.º acción u omisión antijurídica del agente; 2.º dolo o culpa del mismo; 3.º daño producido; 4.º relación causal entre la acción u omisión y el daño. En el hecho planteado, no aparecen las dos exigencias primeramente señaladas.

**Abuso de derecho.**–El ejercicio de un derecho es posible caracterizarlo como abusivo, siempre que reúna los siguientes caracteres: 1.º uso de un derecho objetivo y externamente legal; 2.º daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3.º inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada de manera subjetiva, con el *animus nocendi* o intención dañosa que carezca de compensación equivalente. La inexistencia de abuso de derecho resulta de la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*, cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe, se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas. La presencia de *iusta causa litigantis*, sin embargo, excluye todo abuso de derecho. (STS de 30 de junio de 1998; no ha lugar.)



HECHOS.—Por parte de la Comunidad de bienes *Himaga C. B.* se presenta demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la Comunidad de Propietarios de un inmueble sito en la ciudad de Zaragoza, en el Juzgado de Primera Instancia, alegando abuso de derecho en el ejercicio del interdicto de obra nueva, y solicitando la cantidad de veintitrés millones ciento ochenta y dos pesetas por los daños y perjuicios derivados de la suspensión de las labores de construcción del edificio. Por parte de la Comunidad de Propietarios se presenta reconvencción. Se dicta sentencia condenando a dicha Comunidad de Propietarios a abonar la cantidad de siete millones trescientas sesenta mil pesetas, desestimando la demanda reconvenccional.

Apelada dicha sentencia, se revoca y se condena a la Comunidad de bienes *Himaga* a abonar la cantidad de dos millones ciento sesenta y seis setecientos cuarenta pesetas. La Comunidad de bienes presenta recurso de casación.

NOTA.—El ejercicio de un derecho subjetivo entraña una actitud en los demás de sometimiento, sin que dañe ilegítimamente a nadie, según la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*. En esta sentencia, el TS sigue la línea ya marcada en cuanto que el abuso de derecho es en sí un principio jurídico, pero entrecruzado con hechos que requieren su prueba, ya que se parte del principio de que quien usa de su derecho, no causa daño a otro (STS de 22 de junio de 1989). El abuso del derecho (Miquel González, voz «Buena fe», en la *Enciclopedia Jurídica*, pp. 831 ss.), consiste en una violación, dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos.

En cuanto a la inadmisibilidad del abuso en el ejercicio de acciones interdictales, es clara la postura tomada por el Alto Tribunal en los últimos años: para aplicar este criterio es necesario atender a la intención del autor, al objeto y circunstancias de la relación, que sobrepasen los límites normales del ejercicio del derecho, y por tanto, es preciso que la acción interdictal resulte ser «claramente infundada y así se declare en la sentencia» (STS de 15 de diciembre de 1992 y 5 de junio de 1995).

Es imprescindible que para enjuiciarse como infundada, «ha de extraerse del contenido de la propia sentencia recaída en juicio interdictal» (STS 3 de julio de 1997). El ejercicio de una acción interdictal aleja la doctrina del abuso siempre que exista justa *causa litigantis* unido a la carencia de intención de dañar, existencia de interés legítimo, o conducta de mala fe (STS de 10 de febrero de 1998), no procediendo la indemnización cuando la conducta en el interdicto «se reconoce alejada de todo reproche a título de negligencia» (STS de 28 de marzo de 1998), requiriéndose siempre la concurrencia de culpa o negligencia al entablar la acción interdictal. La Jurisprudencia exige en estos casos que la acción interdictal «se hubiera ejercitado con falta de normal prudencia, o se trate de supuestos que acrediten claro comportamiento abusivo» (STS de 21 de marzo de 1996). (P. S. S.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**2. Derecho al honor y a la intimidad.**—El conflicto existente entre los derechos fundamentales del honor y de la libertad de información y de expresión se debe resolver mediante una ponderación de las circunstancias. La prevalencia del derecho a la información resultará en los casos en los que concurran las siguientes premisas: *a)* que sea veraz, *b)* referida a asuntos de relevancia pública, *c)* que contribuya a la formación de la opinión pública (SSTC 240/92 y 219/92).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional resuelve la colisión según las directrices que se exponen: 1.º) la delimitación de la ponderación ha de hacerse caso por caso; 2.º) ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información frente a los derechos a la personalidad, según su doble carácter de libertad individual y garantía institucional; 3.º) lo informado, para que prevalezca, es necesario que sea de interés público; 4.º) la libertad de expresión no puede justificar la identificación de una persona que la hagan desmerecer del respeto público; 5.º) la información deberá ser comprobada con profesionalidad informativa (SSTS 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).

**Comprobación de la veracidad.**—La veracidad exigida a la información no alcanza la imposición al periodista de obligarle a investigar más allá de hechos probados reflejados en sentencia de Audiencia Provincial, obligación que representa un excesivo quehacer profesional. (STS de 13 de junio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don Ramiro G. M. promovió juicio incidental sobre Protección al honor y a la intimidad contra el diario *El País*, su director y el autor de un artículo (publicado en la sección de Tribunales) que consideraba como intromisión a su honor, debido a que en el mismo se notificaba acerca de la sentencia que el TS dictaba, y donde el demandante era acusado de denunciar al Ministerio de Trabajo, con firma distinta de la suya y haciendo constar como denunciantes a personas inexistentes; por otro lado, en el mismo artículo, el periodista comentaba los antecedentes del demandante por hurto, ante la posibilidad de que lo hubieran culpado teniendo entonces que ingresar en la cárcel, basándose en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, y que posteriormente fue revocada.

El Juzgado estima parcialmente la demanda y condena a los demandados a abonar solidariamente cuatro millones, además de publicar la sentencia firme. Se recurre en apelación, y la sentencia revoca la de la Primera Instancia. El recurso de casación interpuesto por los demandados condenados se basa fundamentalmente en la violación del artículo 7.7 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo.

**NOTA.**—En la sentencia anotada nos encontramos de nuevo ante la colisión entre el derecho a la información y el derecho al honor, sin que se desvíe del criterio casi unánime seguido por el TC en sus resoluciones más recientes. Recordemos que la posición del Constitucional ha variado desde la primacía de este último derecho, hasta llegar a una última fase que tiene su inicio con la STC 104/1986, afirmando que las libertades del artículo 20 no son sólo derechos fundamentales, sino que gozan de una trascendencia mayor. La delimitación en la colisión entre

ambos derechos «ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; y la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos de la personalidad del artículo 18 de la Constitución, ostenta el derecho a la libertad de información» (STS de 17 de diciembre de 1997 y STC 40/92).

Con referencia al deber de diligencia en averiguar la certeza de lo informado, dicha exigencia proviene del deber del informador de contrastar las fuentes de información en orden a comprobar su veracidad, pero siempre empleando la diligencia media exigible a un profesional (STS de 11 de diciembre de 1995); pueden existir circunstancias que modulen dicha obligación, como es la fuente que proporciona la noticia (STS de 29 de abril de 1994), como en este caso es una sentencia de la Audiencia Provincial (en referencia a los antecedentes penales).

Es trascendente, como así aclara la sentencia, la ubicación de la manifestación (de los mencionados antecedentes) que pueda resultar intromisión. En este sentido, no es lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto (STS de 11 de septiembre de 1997); por otro lado, se ha de tener en cuenta el lugar en el que aparecen los reportajes dentro de cada ejemplar (STS de 31 de diciembre de 1996). (P. S. S.)

**3. Derecho al honor.**—Para concluir en que ha existido intromisión ilegítima en el honor, se ha de examinar tanto la ubicación de las manifestaciones, como su contenido y el interés que puedan producir. En cuanto a su contenido, las expresiones realizadas y basadas en experiencias personales que no falten a la verdad, limitan dicha intromisión, aunque contuviesen una crítica a su actuación profesional. Esto ha de relacionarse con el interés que susciten en la sociedad, pese a que los destinatarios de la noticia pudiesen ser limitados. Sin embargo, el que su ubicación restrinja su conocimiento, no influye en el momento de decidir si nos hallamos ante un interés general, ya que dentro de esos límites es posible hablar de interés en la información veraz y producida por quien se ve afectado de modo directo.

**Personas jurídicas. Intromisión ilegítima.**—En cuanto al ámbito de la actividad de sociedades mercantiles, la Ley de 5 de mayo de 1982 de protección civil de derecho al honor, es aplicable a las mismas, pero esto no es óbice para que en el terreno del prestigio profesional se admita la crítica y la censura. (STS de 27 de julio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Un matrimonio adquiere una vivienda con trastero y garaje en la localidad de Santander. Sin embargo, en dicha plaza de garaje no le cabía su automóvil, teniendo que abonar un sobreprecio para ello, u optar por la resolución del contrato. Ante dicha circunstancia, deciden hacerlo público mediante una carta al director en el diario local, informando en ésta además de la supuesta ilegalidad administrativa de la licencia otorgada por el Ayuntamiento para el ejercicio de la actividad de garaje (incurso en proceso que dio lugar a sentencia condenatoria). Posteriormente, el matrimonio resuelve el contrato. Se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de menor cuantía por la sociedad mercantil contra el mencionado matrimonio, solicitando declare que la carta publicada representa intromisión ilegítima al honor y prestigio.

La sentencia desestima la demanda, que es recurrida en apelación. Se confirma la sentencia mencionada, y la sociedad recurre en casación alegando infracción del artículo 7.7 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo.

NOTA.—Se ha de reflejar la constancia en la sentencia en torno a la posibilidad de las personas jurídicas de ser víctimas de intromisiones ilegítimas a su honor. La jurisprudencia se había decantado a favor de esta postura hasta la STC 107/1988, de la que la doctrina deduce la negación del honor de las personas jurídicas, debido fundamentalmente a que el honor se fundamenta en la dignidad humana, y es imposible que sufran daños morales. Sin embargo, hecho indudable es que dichas personas, como entes sociales inmersos en el tráfico jurídico, poseen honor objetivo, con cierto prestigio profesional, y ello da lugar a afirmaciones tan rotundas como la de la sentencia de 9 de octubre de 1997: «la persona jurídica tiene derecho al honor protegido constitucionalmente por el artículo 18.1 de la Constitución, regulado por la Ley 1/1982, de 5 mayo, y por la normativa procesal de la Ley 62/1978, de 26 diciembre, y por tanto, tiene legitimación activa en el proceso». (SSTS de 20 de marzo de 1997, 9 de diciembre de 1993 y STC 139/1995). Aunque existen otras resoluciones en contra (SSTS de 28 de abril y 5 de diciembre de 1989), sin embargo, éstas no son las más recientes.

Por último, en lo que se refiere al interés general de la información, es doctrina aceptada por el Tribunal el que la libertad de información ha de prevalecer cuando la información transmitida sea veraz «y esté referida a asuntos públicos que sean de interés general por las materias a que se refieren», contribuyendo a la correcta formación de la opinión pública (STS de 28 de diciembre de 1996). (P. S. S.)

**4. Derecho al honor y libertad de información. Colisión entre ambos.**—En la colisión entre el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» (art. 20.1-d CE) y el derecho al honor (art. 18.1 CE), ambos derechos fundamentales, es doctrina jurisprudencial reiterada y uniforme que «la libertad de información, como regla general, debe prevalecer, siempre que la información sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión libre». (STS de 30 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don José Ignacio Q. P. interpuso demanda de juicio incidental de protección del derecho al honor contra don Juan V. A. como consecuencia de dos artículos publicados en el diario *La Nueva España*, los días 21 de septiembre y 5 de octubre de 1992, titulados, respectivamente, *Llanes y la gran trama asturiana* y *Esto se parece cada vez más a Rumanía*, relativos al Plan Urbanístico de la ciudad de Llanes. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimándola y absolviendo de la misma al demandado.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Oviedo desestimó el recurso y la confirmó íntegramente. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la sentencia que anotamos, nuevamente, el TS reitera (SSTS de 29 de diciembre de 1995, 5 y 26 de junio de 1996, 25 de

noviembre de 1997 y 23 de febrero de 1998, entre otras muchas) la doctrina establecida por el TC sobre la resolución de los conflictos entre el derecho al honor y las libertades de información y expresión. En estos casos, lo primero que procede hacer es determinar cuál de estas libertades es la que entra en conflicto (STC 172/1990), que en el presente es la libertad de información por cuanto que lo transmitido no han sido opiniones, ideas o juicios de valor, sino la narración de hechos y personas relacionadas con el plan de urbanismo de una ciudad.

Sentado lo anterior, se impone una tarea de ponderación de ambos derechos fundamentales, lo que lleva a cabo la Audiencia Provincial de Oviedo y el TS acoge, afirmándose la prevalencia de la libertad de información cuando las noticias difundidas sean veraces y de relevancia pública por referirse a asuntos de interés general, por cuanto las noticias que cumplen ambos requisitos contribuyen a la formación de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático (vid., por todas, STS de 6 de marzo de 1995). (A. G. C.)

**5. Intromisión ilegítima contra el honor.**—Nos encontramos dicha intromisión en expresiones vertidas que signifiquen un ataque ofensivo contra la persona afectada, con independencia de su veracidad o inveracidad. La regla constitucional de la veracidad da lugar a que no se otorgue protección «cuando se defrauda el derecho de todos a recibir información cierta y veraz y se impone la necesaria actividad de constatación» (SSTC 6/88, 170/90, 40/92; SSTS de 17 de marzo de 1992, 15 de junio de 1993 y 14 de diciembre de 1995).

La autoría de la expresión puede recaer en persona ajena del que informa, sin embargo, cuando se reproduce «se hace propia», con lo que no excusa que dicha expresión se acepte y se divulgue.

El ejercicio correcto del derecho a la libertad de información y expresión no deben cobijar expresiones que resulten atentatorias y que rebasen con creces los derechos mencionados. Se consideraría como ejercicio abusivo y desviado.

Los personajes públicos han de ser sometidos a la crítica social, no obstante ello no impide la defensa de su honor ante ataques mediante expresiones «necesarias e inoportunas» sin justificación alguna.

**Consentimiento del ofendido.**—La autorización ante las expresiones vejatorias ha de ser demostrado, partiendo de la base de la indisponibilidad de los derechos de la personalidad. La concurrencia del ofendido en un programa posterior al que le ofendió no se considera como aceptación tácita de lo vertido anteriormente en el mismo. (STS de 31 de julio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se presenta demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Madrid sobre intromisión y ataque al honor mediante emisión radiofónica deportiva, interpuesta por don Ramón M. contra don José M.<sup>a</sup> G. y *Antena-3 Radio*, basándose en la difusión en el programa radiofónico *Supergarcía en Hora Cero*, en el cual, a propósito de hacer unas críticas a unas expresiones del actor, se informa que el antiguo presidente del club de fútbol Real Madrid, don Santiago Bernabeu, en su lecho de muerte, hizo jurar a dos testigos que no permitieran «que este hijo de puta se haga con el Madrid», refiriéndose al demandante, junto con insultos y descalificaciones hacia su persona.

La sentencia estima parcialmente la demanda, declarando intromisión ilegítima contra el honor del demandante y condenando a abonar la indemnización por daños y perjuicios a los demandados solidariamente, así como la emisión radiofónica de la sentencia.

Se recurre en apelación, que confirma la de la Primera Instancia. Se interpone recurso de casación por violación del artículo 2.1 de la Ley 2/1985, de 5 de mayo, y el artículo 7 de la misma, en relación al 20.1 a) y d) de la Constitución.

NOTA.—El derecho al honor, como derecho de la personalidad, posee tres características (Rodríguez Guitián, en «Honor», *Enciclopedia Jurídica*, pp. 3336 ss): irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. Sin embargo, la LO 1/1982 lleva a la conclusión de que estos caracteres no son absolutos, y así se permite al titular cierto margen de disposición del honor a través del consentimiento. No existirá intromisión ilegítima cuando el titular otorgue su consentimiento, y éste deberá ser expreso, aunque ello no significa escrito sino no presunto.

En cuanto a la utilización de expresiones que resultan atentatorias, y cuya autoría se debe a un tercero, la línea seguida por el Tribunal básicamente es la misma aquí recogida (SSTC de 21 de diciembre de 1992, 31 de mayo de 1993 y 29 de abril de 1994). Se exige información veraz, «información comprobada según los cánones de la profesionalidad excluyendo invenciones, rumores y meras insidias» (STC de 12 de noviembre de 1990). La sentencia anotada, sin embargo, no hace hincapié suficiente en la averiguación de veracidad de la información que la doctrina del Supremo exige cuando pueda producir un descrédito en la consideración de la persona (STS de 29 de abril de 1994). Numerosas sentencias exigen para la prevalencia del derecho a la información en requisito de veracidad (STS de 17 de diciembre de 1997). (P. S. S.)

**6. Derecho al honor y libertad de información y de expresión. Colisión entre ellos.**—La colisión o conflicto entre el derecho fundamental al honor (art. 18.1 CE) y las libertades de información y expresión (art. 20.1-d y c, respectivamente, CE) debe resolverse de acuerdo con las directrices sentadas por la doctrina del TC, que son también seguidas por la jurisprudencia del TS. Conforme a estas directrices, la delimitación de los conflictos entre estos derechos debe hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, para lo que los jueces y tribunales ordinarios han de llevar a cabo una tarea de ponderación, atendiendo a determinadas circunstancias y teniendo en cuenta el carácter o posición prevalente, que no jerárquica, de las libertades de información y expresión en cuanto contribuyan a la formación de una opinión pública libre y plural en un Estado democrático (art. 1.1 CE).

En concreto y respecto a la libertad de información se exige, para su prevalencia: 1.º) que la información sea veraz, y 2.º) que se trate de una noticia de relevancia pública referida a asuntos de interés general, en atención a las materias tratadas y las personas intervinientes. Por lo que a la libertad de expresión se refiere, y además de la relevancia pública del asunto, es exigible que las opiniones, ideas o expresiones vertidas no hagan desmerecer a la persona a la que van dirigidas del público aprecio y respeto y reprobables a todas luces, sean cuales

fueren los usos sociales del momento, debiéndose analizar el texto publicado y difundido en su conjunto y teniendo en cuenta el contexto en el cual se utilizan.

**El derecho al honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado.**—«Conviene recordar, en línea con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en sentencia de 8 de junio de 1988, que el derecho al honor tiene en la Constitución un significado personalista, al ser un valor referible a personas individualmente consideradas, lo que hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales, es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispensa el legislador, pero que no son equiparables con el honor, y por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión, debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde al honor». (STS de 31 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Javier M. M., Inspector Técnico de Educación, formuló demanda de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona contra el Secretario General del Sindicato Comisiones Obreras, don Manuel M. R., tras la publicación, el día 26 de diciembre de 1990, de un artículo periodístico en el Diario *Melilla Hoy*, referido a la entrevista que determinados representantes sindicales mantuvieron con el demandante como consecuencia de la incoación de un procedimiento disciplinario a una profesora del Instituto de Formación Profesional de Melilla. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimándola y absolviendo al demandado.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Málaga desestimó el recurso y la confirmó íntegramente. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La STS de 31 de julio de 1998 es otro claro ejemplo de reiteración por parte del TS (SSTS de 6 y 25 de marzo y 30 de diciembre de 1995, 13 de diciembre de 1997 y 23 de febrero de 1998, entre otras) de la doctrina Constitucional (SSTC de 17 de octubre de 1991, y últimamente, de 7 de julio de 1997 y 28 de mayo de 1998, estas últimas citadas por la propia sentencia) relativa a la resolución de los conflictos entre los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de información y de expresión, exigiéndose, en estos casos, al Juez o Tribunal sentenciador que realice un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto para determinar qué haya de prevalecer.

En la sentencia que anotamos, establecida la veracidad y la relevancia pública de la información suministrada a través de un artículo periodístico (en atención a la materia tratada y por las personas a las que afecta) en orden a su prevalencia sobre el derecho al honor, se hace especial hincapié en que el derecho al honor debe ceder en mayor medida cuando se trate de personas de relevancia pública (STS de 14 de junio de 1996), siempre que las expresiones que se utilicen, referidas a una persona concreta e interpretadas en su conjunto y no aisladamente, no la hagan desmerecer de la consideración ajena, lo que no ocurre en este caso, que aquéllas no van más de ser calificadas de irónicas, y a lo sumo, poco cívicas.

Por último, el TS hace una referencia, *obiter dicta*, al significado personalista del derecho al honor, lo que ha conducido en algunos casos a no admitir que respecto a las personas jurídicas pueda hablarse de derecho al honor (STC de 8 de junio de 1988 y SSTS de 24 de octubre de 1988, 9 de febrero y 5 de octubre de 1989 y 6 de junio de 1992). En contra de esta doctrina se sitúan las SSTS de 28 de abril y 5 de diciembre de 1989 que defienden la postura contraria. Especialmente relevante es la STC de 11 de noviembre de 1991 en la que declaró que hay lesión al honor en los supuestos en que se ataca ilícitamente a un colectivo de personas, que trasciende a sus miembros. (A. G. C.)

**7. Derecho a la propia imagen.**—A los efectos de la protección dispensada por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se define la imagen como «la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción», siendo en sentido jurídico «la facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen» (SSTS de 11 de abril de 1987, seguida posteriormente, entre otras, por las de 29 de septiembre y 19 de octubre de 1992, 7 y 21 de octubre de 1996 y 30 de enero de 1998). En este sentido, la intromisión ilegítima en el derecho a la imagen «no requiere, de manera esencial e ineludible que la persona aparezca identificable y reconocible con total claridad en cuanto a los rasgos y características que configuran la integridad de su fisonomía, sino, únicamente, en la medida que permita su reconocimiento».

**El consentimiento o autorización del titular del derecho.**—A los efectos del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, «el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía cuestionada». (STS de 18 de julio de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—Don José Luis A.-C. S. interpuso demanda de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen contra la entidad *Medios Informativos de Canarias, S. A.*, propietaria del periódico *La Gaceta*, y contra don Jorge B. G., Director del mismo, como consecuencia de haberse publicado en aquél una fotografía del actor, a cuyo pie podía leerse: «Los profesionales de la salud tienen el mismo derecho que los pacientes a mantener en privado su enfermedad, según la Comisión Nacional», lo que servía de soporte gráfico a una noticia sobre el virus del Sida. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimándola y absolviendo a los demandados.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó el recurso y la revocó declarando la existencia de intromisión ilegítima contra el derecho a la propia imagen del demandante, pero no contra el derecho al honor y a la intimidad, condenando solidariamente a los demandados a indemnizar al actor en la cantidad de cien mil pesetas y al pago de las costas en ambas instancias. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo únicamente en cuanto al pronunciamiento sobre costas.

**NOTA.**—En la presente sentencia el TS reitera que, para que exista intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, no es necesario que la representación gráfica de la figura humana aparezca con total claridad, siendo suficiente con que la reproducción, en este caso por mecanismo fotográfico, permita de forma evidente e indubitada la



identificación de la persona. Dicha identificación evidente e indubitada es una cuestión de hecho que fue apreciada por la Audiencia Provincial con apoyo en las pruebas practicadas, básicamente testifical, y ello a pesar de que la imagen fotográfica aparecía un tanto borrosa. En este sentido, el TS ya había llegado aún más lejos en la S de 30 de enero de 1998 con la extensión del concepto de imagen «a otras representaciones de la persona que faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas, su reconocibilidad».

Por otro lado y teniendo en cuenta que la fotografía que se publicó había sido publicada por primera vez en una revista, con consentimiento del ahora actor, de donde la recogió el diario *La Gaceta*, es interesante la afirmación del TS de que dicho consentimiento no es posible extenderlo a publicación distinta para la que fue tomada dicha fotografía. Todos estos extremos son coincidentes con los manifestados por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, por lo que la casación de la sentencia se refiere únicamente al pronunciamiento sobre costas. (A. G. C.)

**8. Títulos nobiliarios. Distribución en supuestos de posesión civilísima de los mismos.**—Los que reciben los títulos nobiliarios sólo tienen con respecto a los mismos el uso y el disfrute, pero no son dueños, sino sólo poseedores de los mismos, careciendo del *ius disponendi* tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Por ello no se puede confundir la posesión civilísima de los títulos nobiliarios, proclamada en la Ley 45 de Toro y la Ley 1.ª, Título 24 del Libro 11 de la Novísima Recopilación, con la facultad de distribución de los mismos, contenida en el artículo 13 del RD de 27 de mayo de 1912.

La posesión civilísima transmite automáticamente el derecho de posesión de la dignidad nobiliaria, y otorga un mejor derecho a poseerla frente al poseedor legal, pero por sí sola «no puede desplegar virtualidad legitimadora alguna en cuanto a la posesión real y efectiva del título cuestionado, hasta que no sea declarada por resolución judicial firme en el proceso contra el que legalmente lo viene ostentando» (FD 2.º). Mientras ello ocurra, «la poseedora civilísima no tiene más que una expectativa», puesto que «para ceder o, en su caso, distribuir, un título, es presupuesto indispensable tener la posesión legal y efectiva del mismo, nunca la simple expectativa más o menos fundada de llegar a poseerlo en tal forma» (STS de 7 de julio de 1986).

**Petición de declaración de mejor derecho a poseer una dignidad nobiliaria. Solicitud previa o simultánea de declaración de nulidad de la cesión o distribución del título litigioso.**—Aquel que pretenda judicialmente su preferente derecho genealógico, en este caso según primogenitura, ha de ejercitar previa o simultáneamente la acción de nulidad de la cesión o distribución del título litigioso. En virtud del principio *pro actione*, y superando una interpretación rigurosa, dicho presupuesto, se entiende cumplido aun cuando no se solicite explícitamente en el suplico de la demanda, pues la petición de que se declare su mejor derecho al título, «lleva implícitamente esa petición y no puede ser causa para que se deniegue la petición con respecto a la titularidad y mejor derecho de la merced» (SSTS de 28 de diciembre de 1993 y 4 de junio de 1998). (STS de 22 de junio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El título de Conde de Valhermoso, creado en 1699 por el Rey Don Carlos II, fue rehabilitado en el año 1915 por don Fernando O. de M. y L. En fecha 10 de junio de 1977, doña M.<sup>a</sup> Perpetuo Socorro O. de M. y R., prima de don Fernando, promovió contra él el correspondiente procedimiento judicial, solicitando se declarara su mejor derecho a poseer ciertas dignidades nobiliarias entre las que se encontraba el título de Conde de Valhermoso. Sin que hubiese recaído resolución firme sobre dicho procedimiento (STS de 5 de noviembre de 1982), en fecha de 10 de junio de 1977, otorgó testamento abierto en el que procedió a la distribución de una serie de títulos nobiliarios, entre ellos el de Conde de Valhermoso, con respecto a los cuales solo era poseedora civilísima frente a su primo don Fernando. De dicha distribución resultó adjudicataria del título de Conde de Valhermoso su hija doña M.<sup>a</sup> Dolores B y O de M. El 15 de mayo de 1980 otorgó doña M.<sup>a</sup> Perpetuo Socorro nuevo testamento abierto en el que declarando estar «a la espera de que se declare su derecho en las referidas mercedes nobiliarias», procedió a una nueva distribución del título litigioso de Conde de Valhermoso, esta vez en favor de su hija doña Blanca O. de M. y R. Producido el fallecimiento de doña M.<sup>a</sup> Perpetuo Socorro el 20 de octubre de 1980, por Orden de 15 de noviembre de 1983, se mandó expedir Real Carta de Sucesión en el título de Conde de Valhermoso a favor de doña M.<sup>a</sup> Blanca B y O de M. Doña Dolores, primera adjudicataria, demandó a su hermana doña Blanca, solicitando que se declarase su mejor derecho a poseer el título de Conde de Valhermoso. Desestimada la petición en Primera Instancia, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña M.<sup>a</sup> Dolores.

**NOTA.**—No es la primera vez que el TS se pronuncia acerca de la distribución de títulos nobiliarios llevada a cabo por doña M.<sup>a</sup> Perpetuo Socorro O. de M. y R. Por ello que se mantenga en la sentencia que anotamos el mismo criterio del anterior pronunciamiento del TS, en concreto la sentencia de 15 de diciembre de 1997, entre las mismas partes litigantes y en relación al título de Conde de Monteagudo de Mendoza. Ya en la anotación que realizamos sobre la misma (*ADC*), hicimos hincapié en la doctrina que el TS acerca de los presupuestos necesarios para la distribución de títulos, señalando que es necesario que, aquel que lleve a cabo la distribución o cesión, no sea simple poseedor civilísimo de la dignidad, y aún menos, tenga una expectativa más o menos fundada con respecto a la misma, sino la posesión real, efectiva y legal.

Sin embargo, y a diferencia de anterior sentencia anotada, no se pronuncia el TS acerca de la necesidad de la autorización regia al acto de la distribución, autorización con respecto a la cual en la jurisprudencia del TS de 7 de julio de 1986, 27 de julio de 1987, 13 y 25 de junio de 1996, se había exigido su carácter expreso, «que en cualquier momento podía ser cumplido» (STS de 5 de mayo de 1993), y no así carácter previo, tal y como exige la STC de 3 de julio de 1997 (FJ 14). (*R. D. O.*)

**9. Títulos nobiliarios. Distribución. Premorencia de uno de los beneficiarios de la distribución.**—Realizada la distribución de títulos nobiliarios por escritura pública, y cumpliendo los requisitos contenidos en los artículos 12 y 13

del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, la premoriencia de uno de los beneficiarios con respecto al otorgante, en concreto del hijo varón primogénito, supone la recuperación por el otorgante de dicho título, en que posteriormente sucederá el hijo varón mayor, que en este caso resulta ser don Miguel.

**Criterios preferenciales en la transmisión *post mortem* de los títulos nobiliarios.**—El orden regular de la transmisión *post mortem* de los títulos nobiliarios se realiza conforme a los principios clásicos de primogenitura, masculinidad y representación, conjugado con los siguientes criterios preferenciales: en primer lugar, el grupo parental formado por los descendientes prefiere y excluye al de los ascendientes y el de éstos, a los colaterales; en segundo lugar, la línea anterior prefiere y excluye a las posteriores; en tercer lugar, el más próximo en grado prefiere y excluye al más remoto, siempre que ambos pertenezcan a la misma línea; en cuarto lugar, en igualdad de línea y grado, el varón prefiere y excluye a la mujer; y en quinto lugar, en igualdad de línea, grado y sexo, el de más edad, prefiere y excluye al menor (STS de 20 de junio de 1987, con cita de la de 8 de abril de 1972).

**Constitucionalidad de los títulos nobiliarios y del principio de varonía.**—Admitida la constitucionalidad de los títulos nobiliarios por su naturaleza meramente honorífica y la finalidad de mantener vivo el recurso histórico al que se debe su otorgamiento, no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución —la vigencia del principio de varonía en el régimen de transmisión *mortis causa*— haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la Real Carta de concesión. La sucesión en los títulos nobiliarios tiene lugar según lo dispuesto en la Real concesión o, en su defecto, por lo establecido en el precepto legal que determina el orden, la Partida 2.15.2.

La diferenciación que supone la vigencia del principio de varonía en la transmisión de los títulos nobiliarios está vacía de contenido material, ya que el fundamento de dicha diferenciación que incorporan los títulos nobiliarios ya no está vigente, teniendo un valor meramente simbólico.

Los títulos de nobleza se adquieren tal y como son, y no siendo discriminatorio la existencia de los mismos por su valor meramente simbólico, tampoco puede serlo la preferencia del hombre sobre la mujer en la sucesión en los títulos de nobleza. Así pues, «la legislación histórica aplicable a la sucesión regular en los títulos nobiliarios y, en particular, la Partida 2.15.2, de la que deriva la regla o criterio de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado, aplicable según lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, y el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, no es contraria a la Constitución Española» (FJ 17 STC de 3 de julio de 1997, núm. 126/1997, BOE de 18 de julio de 1997, núm. 171). (STS de 20 de julio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Don Miguel de G. y TC, descendiente del primer Conde de Campos de Orellana, reunió en su persona los títulos de Marqués de Torre Cabrera, Conde de Campo Espina y Conde de Campos de Orellana. Casado con doña M.<sup>a</sup> Dolores L y L, tuvieron cuatro hijos, doña M.<sup>a</sup> Dolores, nacida en 1934, don Pedro, en 1936, don Miguel, en 1938 y don Enrique, en 1942. Por escritura pública otorgada el 3 de febrero de 1964, haciendo uso de las facultades concedidas en los artículos 12 y 13 del RD de 27 de mayo de 1912, procedió a la cesión y distribución de los títulos nobiliarios que disponía entre sus hijos varones, y en concreto reservando en favor de su hijo Enrique el título de Conde de Campo de Orellana. Tras el fallecimiento

to de don Miguel G. T. el 5 de julio de 1986, se expidió por Orden de 27 de septiembre de 1989, Real Carta de Sucesión al título de Conde de Campos Orellana, a favor de don Enrique G. L. Ante ello procedió doña M.<sup>a</sup> Dolores G. L., interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra su hermano don Enrique G.L. solicitando que se declarase su mejor y preferente derecho, en su condición de primogénita, al uso y disfrute del título de Conde de Campo de Orellana. Desestimada la demanda en Primera Instancia y confirmado el fallo en Apelación, el TS, interpuesto el correspondiente recurso de casación, declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La sentencia que anotamos mantiene la línea jurisprudencial iniciada por las SSTs de 11 de diciembre de 1997 (números 1116 a 1120/1997), y mantenida en las de 12 de diciembre de 1997 (números de 1109 a 1112/1997) y en las 1113 a 1115/1997, de 13 de diciembre), en las cuales se recoge, *ex* artículo 5.1 LOPJ, la tesis de la STC de 3 de julio de 1997 sobre la vigencia del principio de masculinidad, en igualdad de línea y grado (FJ 6). Argumentos tales como el carácter meramente simbólico de las dignidades nobiliarias, como una prerrogativa o preeminencia de honor, un *nomen iuris*, que no lleva aparejado en modo alguno *status* o condición estamental privilegiada ni ejercicio de función pública alguna, son los que tuvo en cuenta en su argumentación jurídica el TC. Sin embargo, distintas argumentaciones son las contenidas en los dos votos particulares de dicha STC. Las opiniones disidentes contenidas en los mismos no creen que los títulos nobiliarios como tal *nomen iuris* se agoten como tal, y aunque su relieve en la actualidad ciertamente es muy limitado, en relación con el artículo 14 CE y la preferencia del varón sobre la mujer en el sucesión *post mortem* de los títulos nobiliarios, «debe admitirse que el valor de los derechos fundamentales no se mide por el número de sus posibles titulares ni por el mayor o menor alcance de sus consecuencias jurídicas y prácticas». (R. D. O.)

**10. Incapacitación: causas y requisitos del artículo 200 CC. La capacidad de autogobierno y la existencia de tratamiento terapéutico.**—La incapacidad de una persona es una categoría de producción judicial, que no emana de tal consideración en el ámbito estrictamente médico de índole psiquiátrico, sino de la concurrencia de las causas que el artículo 200 CC establece. Dicho precepto parte de una situación de hecho, la existencia de una enfermedad permanente o persistente, de carácter físico o psíquico. Como consecuencia de dicha situación de hecho, ha de encontrarse afectada la capacidad de autogobierno del sujeto, no sólo en el sentido de no poder decidir, sino que dejando a la persona a la merced de sus propios impulsos, pueda llevar a cabo una actividad calificada negativamente.

Las notas definitorias de la incapacidad son pues el carácter persistente o permanente de la enfermedad, y la imposibilidad de autogobierno, ya que lo importante no es tanto el origen patológico de la enfermedad o deficiencia como los resultados a los que ésta pueda conducir. En supuestos de enfermedades cíclicas, es necesario atender a la fase crítica de la misma, en la que reaparece con aguda intensidad la enfermedad, y ver como en esos momentos se encuentra afectada la capacidad de autogobierno del sujeto. Por ello, en aquellos supuestos en los que la sintomatología externa de la enfermedad queda excluida mediante el oportuno tratamiento terapéutico, de tal suerte que «la presunta incapaz, no

obstante de la enfermedad que padece, es capaz de tomar decisiones en cualquier orden de su vida, disponiendo de los elementos necesarios y suficientes para su autogobierno, tanto en el plano personal, como en el patrimonial», no podemos decir que se encuentre afectada la capacidad de autogobierno del sujeto, sin perjuicio de que, sobrevenidas nuevas circunstancias o agravamiento de la enfermedad, pueda plantearse nuevamente la cuestión.

**Nombramiento de tutor para el presunto incapaz. Ámbito estrictamente personal: «tutor de la persona».**—La parte actora, ante el temor de nuevos abandonos del tratamiento terapéutico de la demandada que le podrían llevar, como en otras ocasiones, a nuevos intentos de suicidio, la parte actora solicita su nombramiento como tutora con la única finalidad y función de evitar que su hermana pueda abandonar libremente el tratamiento, sin que le guíe «ningún interés egoísta» (FJ 2.º). El TS entiende que, aun «cuando en el plano ético pudiera ser respetable si es que fuera cierta esa intencionalidad de afecto fraterno de la actora —lo que desde luego, no resulta indubitado—, [...] sería tan limitada la incapacitación de la persona que prácticamente no sería necesaria la intervención de la persona que ejerza la tutela [...], sin que además, se pueda eludir la doble exigencia taxativa del citado artículo 200 CC» (FJ 2.º).

**Modificación de la sentencia de incapacitación por circunstancias sobrevenidas: presupuestos.**—Teniendo en cuenta que todas las instituciones tutelares previstas en el artículo 215 CC lo son en interés de la persona sujeta a las mismas, es lógico y coherente entender que, sobrevenidas nuevas circunstancias, ya sean favorables a la recuperación del incapaz, o, por el contrario, derivadas de un empeoramiento de la situación del mismo, tenga lugar una modificación o, en su caso, extinción del régimen (art. 212 CC). (STS de 28 de julio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña Caridad R. G. padece desde hace tiempo brotes esquizofrénicos acompañados de una depresión neurótica, como expresión de una descompensación de una personalidad anormal, con gran inmadurez afectiva. Tras abandonar el tratamiento terapéutico, tuvieron lugar varios intentos de suicidio. Doña M.<sup>a</sup> del Carmen R. G., ante la situación psíquica de su hermana, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia demanda contra su hermana, en la cual solicitaba que se dictara sentencia declarando la incapacidad de la demandada, y su designación como tutora para el cuidado de su persona y la administración de sus bienes. Desestimada la demanda en Primera Instancia, e interpuesto recurso de apelación contra la misma, la Audiencia Provincial confirmó el fallo. La representación de doña M.<sup>a</sup> del Carmen R. G. interpuso recurso de casación fundado en la infracción de los artículos 200, 212 e infracción del ordenamiento jurídico por inaplicación del artículo 210 CC.

**NOTA.**—El TS viene a reiterar su doctrina acerca de los requisitos que, *ex* artículo 200 CC, deben concurrir en los procedimientos de incapacitación. El libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 10 de la Constitución, se manifiesta en el ámbito jurídico privado no sólo en el principio general favorable a la capacidad de la persona, mientras no se demuestre lo contrario, sino también en la interpretación restrictiva de las limitaciones de la misma.

El supuesto anotado viene a plantear la posibilidad del nombramiento de un único tutor de la persona. Si bien tal figura es, desde el punto de vista legal, perfectamente viable, desde el punto de vista se

cuestiona la operatividad de dicha figura, sin ninguna conexión con el patrimonio, teniendo en cuenta la importancia de éste en el desarrollo de la persona y sus conexiones con la personalidad, y de otra parte, además de lo limitado de sus competencias, la posible inconstitucionalidad de dicha figura por estar implicados derechos fundamentales como la libertad de las personas, la integridad física y psíquica de las mismas. (R. D. O.)

**11. Doctrina del levantamiento del velo.**—En el conflicto entre la seguridad jurídica (reconocimiento de personalidad jurídica a una determinada entidad mercantil) y la justicia, ambos valores consagrados en la CE (art. 1.1 y 9.3), según los casos y las circunstancias, por aplicar por vía equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7 CC), 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, se puedan perjudicar intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4 CC)» (STS de 24 de marzo de 1997, reiterando la doctrina de las SS de 28 de mayo de 1984 y 12 de febrero de 1993).

La teoría del levantamiento del velo (*lifting the veil*, creación de la jurisprudencia anglosajona), con intención de averiguar lo real en una evolución de una determinada o determinadas personas jurídicas, tanto en los supuestos en los que se pretende una incomunicabilidad de patrimonios de distintas sociedades, o de una sociedad con respecto a sus socios o a su socio único, o se utilice una sociedad como pantalla de otra, en todos ellos, con el fin fraudulento de incumplir un contrato, eludir responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc., cuando realmente no existan distintas personas jurídicas, estaremos ante un caso de abuso del derecho y de fraude.

Sin embargo, cuando las bases fácticas necesarias para la aplicación de esta doctrina, no han quedado suficientemente acreditadas por la sentencia de instancia, no cabe la aplicación, como en el supuesto que nos ocupa, de la doctrina del levantamiento del velo.

**Infracción de la normativa relativa a la carga de la prueba y revisión de los hechos en casación.**—Según jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del TS, el artículo 1214 CC no contiene ninguna norma valorativa de la prueba, sino que «solamente determina a quién incumbe la carga de la misma, por lo que sólo es invocable en casación cuando la sala de instancia, desconociendo dicha norma distributiva del *onus probandi*, ha hecho recaer la falta de prueba sobre la parte a la que no incumbía la carga de la misma». La infracción se produce cuando a la parte que no debe probar se le imputan las consecuencias de la falta de prueba (STS de 7 de octubre de 1997). (STS de 22 de julio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Las entidades *Hispano Olivetti Office, S. A.*, y *Olivetti Systems & Networks España, S. A.*, interpusieron demanda por los trámites del juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra la entidad *Asesoría Técnica Industrial de España, S. L.*, y don Norberto N. V., don Joaquín N. V. y doña Isabel M., en reclamación de la cantidad de veintiún millones de pesetas, más intereses. Estimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, se condenó solidariamente al pago de la cantidad reclamada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona, condena solidariamente a la entidad *Asesoría Técnica Industrial de España, S. L.*, y a don Norberto N. V., absolvién-

do a los demás demandados y declarando la falta de legitimación activa de la entidad *Olivetti Systems & Networks España, S. A.* La representación de la parte demandante formuló al amparo del artículo 1692.4 LEC, recurso de casación, en primer lugar, por infracción del artículo 1214 CC, en relación con la doctrina jurisprudencial que ha recaído sobre el *onus probandi*; y en segundo lugar, por infracción del artículo 6.4 CC sobre el fraude de ley y la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo de las sociedades mercantiles.

NOTA.—El TS viene a reiterar en la sentencia que anotamos, su línea jurisprudencial en torno al levantamiento del velo de las personas jurídicas y sociedades mercantiles, en supuestos de comunicabilidad de responsabilidad y de patrimonios. En el supuesto que anotamos, si bien como consecuencia de la falta de datos fácticos suficientes, no podemos conocer con respecto a qué sociedades mercantiles relacionadas con la *Asesoría Tecnológica Industrial Española, S. A.*, los recurrentes denunciaban la infracción de la doctrina del levantamiento del velo, el TS, con mención y citas de la jurisprudencia sobre el tema (SSTS de 28 de mayo de 1984, 16 de julio y 24 de septiembre de 1987, 5 octubre de 1988, 20 de junio y 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993, 31 de octubre de 1996, 10 de febrero, 24 de marzo y 25 de octubre de 1997) expone un resumen jurisprudencial sobre la cuestión. Si bien no hace mención a la STS de 25 de octubre de 1997, en la que se distinguió entre la técnica de «rasgar el velo», y la de «levantar el velo» de las personas jurídicas, técnicas si bien distintas pero con común fundamento y finalidad, expone la necesidad de penetrar en el *substratum* de las personas jurídicas, según los casos y las circunstancias, por vía de equidad y de la buena fe, para evitar que el abuso de esa independencia pueda ocasionar un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC) y daños tanto para terceros (art. 10 CE), como para los propios socios. (R. D. O.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**12. Nulidad del contrato de compraventa por inexistencia de causa.**—El contrato de compraventa es inexistente, al faltarle el elemento de todo negocio jurídico que es la causa; al no haber precio, el negocio jurídico bilateral, contrato, de compraventa, cuya función objetiva es la contraposición entre entrega de cosa y pago de precio, carece de causa entendida ésta en el sentido objetivo que se deriva del artículo 1274 CC y al faltar este elemento no llega a existir. Como tal negocio jurídico que no ha llegado a existir, no produjo transmisión dominical a los compradores demandados ni puede afectar a los herederos y legitimarios demandantes.

**Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efectos contra tercero.**—Las partes otorgantes de una escritura pública pueden, de conformidad con la libertad de pacto que consagra el artículo 1255 CC, alterar o modificar lo convenido en esa escritura pública, pues la prohibición de modificación o alteración, contenido en el artículo 1230 del mismo Cuerpo legal, solamente se refiere a sus efectos contra tercero, pero no a la eficacia *inter partes* (S de 2 de julio de 1997). El documen-

to privado de 21 de noviembre de 1991 obliga y afecta a las partes intervinientes, pero no a los herederos legitimarios de la vendedora, que son terceros respecto al negocio jurídico —contrato de vitalicio— que se plasma en dicho documento privado. (STS de 28 de julio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La Sra. Febes M. otorgó testamento en fecha 5 de noviembre de 1991, en que nombró herederos a sus dos nietos don César Gerardo y doña Leonor y legó a su hermana doña M.<sup>a</sup> Jesús el tercio de libre disposición. El día 21 de noviembre de 1991, la Sra. Febes M., afectada por un proceso canceroso irreversible, vendió mediante escritura pública la nuda propiedad de todos sus inmuebles a su hermana doña M.<sup>a</sup> Jesús y al marido de ésta. En la misma fecha, éstos suscribieron un documento privado, en el que manifestaron haber otorgado en aquella escritura pública un contrato vitalicio, por el cual la Sra. Febes M. había transmitido a su hermana doña M.<sup>a</sup> Jesús y al marido de ésta la nuda propiedad de los bienes a cambio de haberse obligado éstos a pagarle una pensión vitalicia. Fallecida la Sra. Febes M. el día 5 de febrero de 1992, sus nietos don César Gerardo y doña Leonor interponen demanda contra doña M.<sup>a</sup> Jesús y su marido, pidiendo que se declare la nulidad tanto de la escritura pública de compraventa como del mencionado documento privado, así como el derecho de cada demandante a una tercera parte indivisa de la herencia de la Sra. Febes M., con inclusión de los bienes transmitidos a los demandados. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de Primera Instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

**13. Cláusula de sumisión expresa en un contrato de adhesión.**—La jurisprudencia de esta Sala se ha decantado por un criterio contrario a la admisión de la validez de estas cláusulas. Así, la STS de 23 de septiembre de 1996, corroborada, entre otras muchas, por la de 4 de mayo de 1998, con apoyo en la Directiva de la Comunidad Económica Europea núm. 93/13, de 3 de abril de 1993, establece que 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. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente, y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en contratos de adhesión. 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.». La transcripción literal de la mencionada Directiva hace innecesarias mayores argumentaciones, debiendo únicamente añadir, que la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión ciertamente que es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usua-



rios de los servicios de mantenimiento de ascensores, distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad ahora demandante, que no obstante tener negocios en numerosas poblaciones, cómodamente centraliza sus reclamaciones judiciales en la capital de España, donde, con un evidente ahorro económico, tiene garantizada su asesoría jurídica. La nueva legislación y este razonamiento motivaron la nueva orientación jurisprudencial que representan las SS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio y 14 de septiembre de 1996. A este criterio interpretativo se llega también por aplicación de la doctrina del abuso del derecho y los criterios de la Ley de Consumidores y Usuarios. Este criterio se ha seguido posteriormente en varias sentencias, entre otras, la de 20 de febrero de 1998. Pero hay más, en el caso concreto de la entidad *Home English, S. A.*, ya la sentencia del TS de 28 de noviembre de 1997 había llegado a igual resultado con fundamentos análogos, y muy recientemente la STS de 3 de julio de 1998 resuelve, en este sentido, un caso idéntico al presente.

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que efectúa formalmente la transposición de la Directiva de la Comunidad Económica Europea núm. 93/13, de 3 de abril de 1993, al Derecho interno español, confirma y ratifica estos criterios. Debe tenerse presente que la nueva DA 1.ª LGDCU define como cláusula abusiva «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 aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato». (STS de 20 de julio de 1998.)

HECHOS.—Doña María Pilar R. T. había celebrado con *Home English, S. A.*, un contrato de adhesión en virtud del cual esta empresa le vendía material didáctico y se comprometía a prestarle sus servicios para aprender inglés. Surgida una controversia entre las partes por causa que la sentencia no indica, la empresa demandó a doña María Pilar ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona. La demandada solicitó a otro Juzgado, el núm. 3 de Tolosa, que requiriese a aquél de inhibición. Requerido que fue, el Juzgado de Barcelona se opuso a la inhibición y remitió las actuaciones al TS, que consideró abusiva la cláusula de sumisión y declaró la competencia del Juzgado de Tolosa. (A. R. G.)

**14. Congruencia de la sentencia.**—Es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de

pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio *iura novit curia* (entre otras, SS de 11 y 17 de febrero y 31 de marzo de 1998). Y añade la sentencia 9/1998, de 13 enero, del TC: «Desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño o las respectivas pretensiones de las partes». No se da incongruencia en este supuesto y el primer motivo de casación debe ser desestimado.

**Interpretación del contrato.**—La doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del contrato distingue el concepto y aplicación de las normas de interpretación, por una parte y, por otra, la función del órgano jurisdiccional en esta materia (entre otras, S de 17 de mayo de 1997). La interpretación del contrato —o de cláusulas contractuales— pretende la averiguación y comprensión del sentido y alcance del consentimiento, es decir, de las declaraciones de voluntad de las partes contratantes. El Código civil da una serie de normas de interpretación a partir del artículo 1281 combinando los criterios subjetivos (averiguación de la voluntad real o intención común de los contratantes) y objetivo (significado objetivo, de acuerdo con los usos de las declaraciones). El punto de partida de la interpretación es la letra de la cláusula o cláusulas del contrato, tal como dispone el primer párrafo del artículo 1281: si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas (SS de 13 de noviembre de 1985, 7 de julio de 1986, 29 de marzo de 1994 y 10 de febrero de 1997). Los términos del contrato son claros y no admiten duda: el contrato de seguro alcanza la cobertura hasta 5.000.000 de pesetas si el robo se produce «en ventanilla» y 50.000.000 de pesetas en cualquier otro caso. Por su lado, la jurisprudencia de esta Sala ha sido constante y reiterada en la doctrina de que la función de interpretación del contrato corresponde a los Tribunales de instancia, a no ser que haya sido ilógica, arbitraria o contraria a la Ley, especialmente a las normas sobre interpretación (entre otras, SS de 29 de marzo, 5 de julio, 7 de mayo, 9 de julio y 13 de julio de 1994, 31 de enero y 11 de febrero de 1997). La interpretación de las cláusulas literales del contrato de seguro que ha hecho la sentencia de instancia es ilógica, pues ha confundido «expoliación en ventanilla» (cláusula literal del contrato) con robo «en zona de ventanilla» y ha asimilado ésta a «zona buquerqueada»; es absurda, pues con esta interpretación, las entidades bancarias se apresurarían a sacar las cajas fuertes de las «zonas buquerqueadas», más seguras, si éstas, como en el presente caso, se confunden con ventanillas, con menor cobertura en el contrato de seguro; es contraria a la ley, pues lleva a una aplicación de la Ley de Contrato de Seguro por la que rebaja drásticamente el objeto de cobertura a indemnizar, en el caso de producirse el evento cuyo riesgo se ha asegurado. (STS de 10 de junio de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—*Bankoa, S. A.*, contrató un seguro contra robo con la entidad *La Equitativa, S. A., de Seguros de Riesgos Diversos*. Esta aseguradora se obligaba a indemnizar a la asegurada hasta el límite de 50.000.000 de pesetas, pero en caso de «expoliación en ventanilla» esta cantidad disminuía hasta 5.000.000 de pesetas. Producido un robo

en una zona «bunquerizada» de la oficina bancaria, situada entre las ventanillas de atención al público y dos cajas fuertes, *Bankoa, S. A.*, reclamó a la aseguradora la indemnización por el siniestro. Frente a esta reclamación, la entidad *La Equitativa, S. A., de Seguros de Riesgos Diversos*, estimó que la cantidad había sido robada «en ventanilla», por lo que el importe del capital asegurado era como máximo de 5.000.000 de pesetas, cantidad que entregó a cuenta. Interpuesta demanda contra la aseguradora, el Juzgado de Primera Instancia condena a la demandada a indemnizar al asegurado el daño producido por el siniestro, que cifra en 15.849.000 pesetas, por el daño remanente no abonado por la demandada y en 339.000 pesetas por el costo de peritación, más los intereses legales correspondientes. Interpuesto recurso de apelación por la aseguradora, la Audiencia Provincial lo estima y revoca la sentencia de Primera Instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

**15. Calificación de los contratos.**—Si bien la calificación o interpretación de los contratos es, en principio, función propia de los juzgadores de la instancia, el resultado exegético por ellos obtenido puede ser sometido a revisión casacional, cuando el mismo sea totalmente ilógico, absurdo o irracional, conforme a las normas reguladoras de la hermenéutica contractual. Corresponde a esta Sala realizar la calificación del convenio, en cuanto ello integra una *quaestio iuris* que, conforme al principio *iura novit curia*, puede y debe ser resuelta en esta vía casacional.

**Perfección del contrato.**—La calificación del convenio litigioso como meros tratos preliminares, sin valor contractual alguno, ha de ser rechazada por absurda, ya que dicho convenio reúne todos los requisitos esenciales (consentimiento, objeto y causa) que determinan la existencia de un contrato.

**Precontrato.**—La esencia del llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o *pactum de contrahendo*, es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que aquél consiste en un «quedar obligado a obligarse».

**Contrato sujeto a condición suspensiva.**—El mero hecho de que la eficacia de un contrato definitivo se supedita al cumplimiento de una condición suspensiva no lo transforma en simple precontrato. Aun cuando, a efectos meramente dialécticos, admitiéramos que lo pactado por las partes fue un precontrato, no dejaría, por serlo, de estar sometida su eficacia a dicha condición suspensiva.

**Duración de la fase de pendencia. Falta de fijación de un tiempo determinado para el cumplimiento de la condición.**—La condición de quedar el local o locales libres de arrendatarios es de carácter positivo. El no haber pactado las partes plazo alguno para el cumplimiento de la misma plantea el problema de determinar el momento en que puede tenerse por incumplida dicha condición. Este supuesto, a diferencia de lo que ocurre con las condiciones negativas (art. 1118.2 CC), no se halla regulado expresamente por dicho cuerpo legal. Para llenar esta laguna debe acudir al párrafo segundo del artículo 1118 CC, aplicable a todo tipo de condiciones (con la obvia variación terminológica de tenerla por no cumplida, si es positiva, y por cumplida, si es negativa) que se hallen en el supuesto de indeterminación temporal aquí contemplado, ante el cual la condición (positiva en este caso) debe considerarse o tenerse por no cumplida si transcurre el tiempo que verosímilmente se hubiese querido señalar, atendida la natu-

raleza de la obligación, sin que se produzca el acontecimiento futuro e incierto del que aquélla se hizo depender (S de 5 de octubre de 1996). El plazo de seis años es muy superior al que verosímelmente hubiesen querido señalar las partes para el cumplimiento de la pactada condición suspensiva. En consecuencia, ha de considerarse o tenerse por no cumplida la condición suspensiva positiva y, por ende, sin eficacia alguna el contrato litigioso. (STS de 24 de julio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Dos sociedades mercantiles, *Ivarte, S. A.*, y *Servifilms, S. L.*, celebraron un contrato de sociedad, en virtud del cual la primera se obligaba a aportar varios locales y la otra a convertirlos en salas de exhibición cinematográfica. Hecho esto, el objetivo de las partes era que la propiedad de las salas y la empresa correspondiese a ambas por mitad. A tal efecto, se comprometían a transformar a su vez la sociedad constituida en una anónima, cuyas acciones debían repartirse a partes iguales. La eficacia del contrato de sociedad se subordinaba al hecho de que *Ivarte, S. A.*, desocupase a los inquilinos del inmueble, pero sin haberse previsto el plazo en que debía hacerlo. Por disfrutar los arrendatarios del derecho a la prórroga forzosa, previsto en la LAU de 1964 (art. 57), los locales seguían ocupados seis años después de la celebración de aquel contrato. Ante esta circunstancia, *Ivarte, S. A.*, decidió vender los locales a un tercero. *Servifilms, S. L.*, interpuso demanda contra *Ivarte, S.A.*, por incumplimiento de lo que consideraba un precontrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.ª, sólo la revocó en cuanto a la condena en costas. El TS desestima el recurso. (A. R. G.)

**16. Subsidiariedad y ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores frente al fiador.**—El requisito para el ejercicio de la acción consistente en que en virtud del acto fraudulento no queden bienes para que el acreedor cobre lo que se le debe, ha sido matizado por la jurisprudencia en el sentido que: no es preciso que se declare la insolvencia en procedimiento previo; que, aunque puedan existir otros bienes, basta que no se conozcan otros que los objeto del contrato; que tampoco es necesario obtener la declaración previa de que el perjudicado carece de todo otro recurso legal, antes de ejercitar la acción rescisoria; y que todo ello es cuestión de hecho sujeta a la libre apreciación del tribunal de instancia (entre otras, S de 30 de enero de 1986). En el caso, se prescinde de la lógica que implica proceder contra los fiadores y no contra *Maquinaria Cerezo, S. A.*, precisamente por su situación de suspensión de pagos, tendente a un acuerdo de quita y espera que novaría perjudicialmente el crédito del Banco; y si lo que se pretende indicar es que debió agotarse el procedimiento de apremio contra el Sr. Agustín C., embargándose las acciones de *Maquinaria Cerezo, S. A.*, se prescinde nuevamente de que tal sociedad se encontraba en suspensión de pagos y, aunque el activo excediese en mucho al pasivo, dichas acciones carecían de valor real, teniéndolo sólo dudoso o fundado en meras esperanzas. El artículo 1111 CC no exige al acreedor el seguimiento del procedimiento de embargo hasta su final procesal, aun sabiendo que no conseguirá nada útil, sino el de que el deudor haya quedado insolvente para el pago de sus deudas, pudiendo probarse tal insolvencia con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido (S de 31 de diciembre

de 1997); como en esta última sentencia, ha de rechazarse el motivo, al estar el resto de los bienes sujetos a una suspensión de pagos y no tener utilidad práctica embargar unas acciones de la sociedad sujeta a tal procedimiento. (STS de 24 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 24 de enero de 1992 *Maquinaria Cerezo, S. A.* obtuvo del *Banco Vizcaya* un préstamo con vencimiento el día 26 de marzo del mismo año, garantizado por sus accionistas el Sr. Agustín C. y su esposa, Sra. Cesárea C., como fiadores solidarios. Impagado el préstamo a su vencimiento, el banco interpuso demanda de juicio ejecutivo contra dichos fiadores y se decretó el embargo de algunos de sus bienes. Sin embargo, los fiadores habían otorgado escritura pública de donación de los bienes a favor de sus hijos don Javier y don José, con fecha 9 de marzo de 1992; y éstos, a su vez, otorgaron escritura de opción de compra sobre los bienes donados a favor del *Grupo VH, S. L.*, el día 9 de abril de 1992. Por su lado, la deudora principal, *Maquinaria Cerezo, S. A.*, presentó solicitud de suspensión de pagos, incluyendo el *Banco Vizcaya* entre la relación de deudores, si bien del balance presentado no resultó que se hallara incurso en situación de insolvencia definitiva. El *Banco Vizcaya* interpuso acción revocatoria contra los fiadores solidarios, los donatarios y el *Grupo VH*, pidiendo que se declararan rescindidas por fraude las escrituras de donación y opción de compra mencionadas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y declaró la rescisión. El TS declara no haber al recurso de casación interpuesto. (J. M. B. S.)

**17. Requisitos para la aplicación de la facultad moderadora de la responsabilidad del artículo 1103 CC.**—La aplicación de esta facultad moderadora requiere la existencia, probada en autos, de una acción u omisión imputable a la víctima, que pueda ser calificada de culposa o negligente y que, sin anularlo, interfiera en el nexo causal que liga la conducta del demandado con el resultado dañoso acaecido.

**La aplicación del artículo 1103 CC compete al Tribunal de instancia.**—El uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1103 CC es facultad propia de los juzgadores de la instancia, no susceptibles de casación. Ello se refiere al supuesto de que los mismos hagan uso de tal facultad como criterio ponderado racional lógico, pero no cuando extralimiten irracional o desmesuradamente dichos parámetros, ni tampoco aquellos supuestos en que ni siquiera se plantean la posibilidad de dicha facultad moderadora, cuando la misma viene forzosa y lógicamente impuesta por las especiales circunstancias concurrentes en el caso que se enjuició. (STS de 18 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa constructora recurrente en casación, fue codemandada por un trabajador de una obra que ejecutaba. El trabajador había sufrido diversas lesiones como consecuencia del desplome de un montacargas por rotura del cable, sin actuar el sistema de seguridad. El Tribunal de instancia y la Audiencia Provincial condenan a la constructora al pago de una indemnización. (M. C. P. A.)

**18. Resolución de relaciones obligatorias de tracto sucesivo. Eficacia ex nunc.**—Si, en principio y por regla general, los efectos de la resolución con-

tractual se producen *ex tunc*, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe, esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas, cual sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo contractual opera *ex nunc*, produciéndose, por tanto, únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual.

**Calificación de los hechos constitutivos del cumplimiento. Revisión en casación.**—La cuestión relativa al cumplimiento o incumplimiento contractual, además de una *quaestio facti*, la relativa a la existencia de los hechos constitutivos del mismo, que entra dentro de las exclusivas facultades del Juzgador de instancia, entraña una *quaestio iuris*, relativa a la calificación de esos hechos y su relevancia jurídica como causa de resolución, que puede ser revisada en casación, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial. (STS de 10 de julio de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—*Lácteos Aragoneses, S. A.*, realizaba la distribución de los productos de *La Lactaria Española, S. A.*, a grandes cadenas alimentarias. Las partes habían pactado que el contrato tendría un plazo de duración de cinco años, durante los cuales ésta cedía parte de su plantilla de trabajadores a aquélla. Transcurrido el plazo, las partes decidieron prorrogarlo por mutuo acuerdo y consolidar la integración de la plantilla en *Lácteos Aragoneses, S. A.*, a cambio de una compensación económica. Con posterioridad, *La Lactaria Española, S. A.*, interpuso demanda contra la distribuidora, solicitando la resolución del contrato por incumplimiento. La demandada formuló reconvencción, solicitando también la resolución, reclamando el pago de las cantidades que la demandante le adeudaba por suministros realizados desde 1989 y que se produjese la reintegración de la plantilla en la empresa originaria. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró resuelto el contrato, con condena a la demandada a satisfacer a la actora una suma de dinero en concepto de pago de ciertos suministros efectuados desde 1990 hasta la fecha de la misma, pero también estimó la reconvencción y condenó a *La Lactaria Española, S. A.*, a reintegrar a los trabajadores en su plantilla. Ambas partes recurrieron la sentencia de instancia ante la Audiencia Provincial de la misma ciudad, que desestimó el recurso de la demandante y estimó el de la demandada, absolviéndola de la demanda y estimando la reconvencción. La demandante recurrió contra esta decisión en casación. El TS estimó el recurso. (A. R. G.)

**19. Prelación de créditos privilegiados.**—Las Haciendas locales, entre las que se puede incluir las de las Comunidades Autónomas, según el artículo 2.2.º de la Ley 39/1988, de 28 diciembre, en cuanto a la preferencia de créditos privilegiados, ostentarán las prerrogativas establecidas legalmente para el Estado; estando establecidas dichas prerrogativas en el artículo 71 de la Ley General Tributaria, ya que a tenor del mismo la Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurren con acreedores de créditos con derecho real. Por otra parte, el artículo 15 de la

Ley 40/1980, en la redacción dada al mismo por la DA 9.<sup>a</sup> de la Ley 4/1990, de Presupuestos Generales del Estado –precepto presuntamente infringido en la sentencia recurrida según tesis de la parte ahora recurrente– establece que los créditos por cuotas de la Seguridad Social gozarán de igual orden de preferencia que los créditos a favor de las Haciendas locales –léase autonómicas–. De todo lo anterior se deduce que la parte recurrente –Tesorería General de la Seguridad Social– está equiparada o en igualdad de condiciones con la parte recurrida –Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía–, en cuanto al parámetro de privilegio sobre bienes trabados por ambas entidades. Por lo que para dirimir la paridad entre una y otra será preciso recurrir a otros conceptos dentro de la categoría de créditos privilegiados, para que pueda actuar en consecuencia el artículo 1924 CC. En el presente caso, por lo tanto, habrá que recurrir a determinar la preferencia de la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad, sobre todo teniendo en cuenta que el crédito de la entidad recurrente no tiene como base un determinado crédito salarial, o por lo menos no consta. Por ello, puede afirmarse que la preferencia crediticia que pretende la parte recurrente ha de decaer ante la que obtiene la entidad recurrida, por aplicación directa del principio de temporalidad, pues siendo ambas entidades acreedoras doblemente privilegiadas –por título y por Registro– la anotación preventiva inscrita por la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía es anterior al de la Tesorería General de la Seguridad Social, con lo que marca la diferencia a favor de dicha Hacienda Pública, haciendo inviable la pretensión de la parte recurrente. (STS de 24 de julio de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.–El litigio tiene por objeto determinar la preferencia crediticia entre el acreedor ejecutante de su embargo, la Tesorería General de la Seguridad Social, y uno de los acreedores concurrentes, la Junta de Andalucía, sobre el remanente de ciertos bienes subastados de la entidad *Parque y Atracciones Tívoli, S. A. S. C.* Interpuesta demanda por la Hacienda autonómica andaluza, el Juzgado de Primera Instancia declara la preferencia de su crédito. La Audiencia Provincial confirma esta sentencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

**20. La cesión del contrato es una figura jurídica atípica.**–La cesión del contrato es una figura jurídica, admitida plenamente en el derecho comparado de los países de nuestro entorno cultural, y que no aparece regulado en nuestro derecho normativo, salvo en la Ley 513 de la Compilación de Navarra, que la establece de una manera clara y concreta, y que desde luego ha de tener un enorme valor interpretativo para la aplicación de tal figura en el derecho común.

**Concepto de cesión de contrato.**–La cesión del contrato puede definirse como aquel acuerdo de todas las voluntades contractuales, que produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero, pero siempre entendiendo dicha cesión con carácter unitario, o sea, con todo lo explicitado en el primitivo contrato, o sea, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, pues en este caso surgiría la figura de la novación.

**Efectos de la cesión del contrato.**–La voluntad negocial en la cesión del contrato queda claramente proyectada en cuanto produce atribución de los efectos de un contrato a persona distinta de la que lo concluyó, pasando la relación bilateral a trilateral y produciendo como efecto característico que el cedente

quede desligado del contrato y el cesionario subrogado en su lugar. (STS de 19 de septiembre de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad aseguradora, recurrente en casación, había sido absuelta en primera instancia y, posteriormente, condenada en apelación, al pago de los daños causados a terceros por el desplome de un muro de contención existente en la propiedad del demandante en primera instancia (recurrido en casación). La Audiencia Provincial entiende que tal contingencia se encontraba cubierta por la póliza de seguro que vinculaba al recurrido en casación y a la aseguradora. Sin embargo, la aseguradora alega que en realidad ella es cesionaria de la póliza suscrita en su origen por el particular y el cedente, que nada tiene que ver con la *litis*, y que, por tanto, estando expresamente excluidas de la póliza original las obras de reforma de las que emana la pretensión del asegurado, dicha exclusión seguirá vigente después de la cesión del contrato. (M. C. P. A.)

**21. Existencia de contrato. Cuestión de hecho.**—La existencia o no del contrato y la concurrencia o no de sus requisitos esenciales es cuestión fáctica reservada a la instancia, que ha de mantenerse en casación, salvo que se impugne por la vía adecuada, por error de derecho con invocación de la norma valorativa de prueba que se considere infringida.

**Carácter consensual de la compraventa de cosa futura.**—Conforme a los artículos 1445 y 1450 CC, la compraventa de cosa futura se perfecciona por el mero consentimiento y no está sujeta a ningún requisito especial de forma, sujeta a la libertad consagrada en el artículo 1278 CC.

**Promesa bilateral de compra y venta. Efectos.**—El convenio de las partes puede mantener sustantividad como negocio preparatorio o precontrato por el que las mismas no quedan definitivamente vinculadas como comprador y vendedor, pero se reconocen la facultad de exigirse en el futuro el cumplimiento de la relación proyectada sin necesidad de nuevo consentimiento, porque la posibilidad de cumplimiento forzoso está unánimemente reconocida por la jurisprudencia (SS de 3 de marzo y 24 de diciembre de 1992 y 25 de junio de 1993).

**Prestación del *id quod interest*.**—Si el cumplimiento no fuere posible en la forma específica, por razones físicas o jurídicas, se sustituirá por el *id quod interest*, como la diferencia entre el precio de compra de la vivienda que se señala pactado en el escrito de la demanda y el que en la fecha en que esa imposibilidad se constate corresponda a otra de las mismas características. (STS de 11 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Antonio R. A. y doña Antonia I. A. exigieron a don Ricardo M. U. y *Vendes i Construccions, S. A.*, que les entregasen la vivienda que les habían comprado. Aunque el Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar había desestimado la demanda, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso interpuesto por los demandantes y condenó a los demandados a entregarles la vivienda, sobre la base de que independientemente de la calificación del contrato—venta de cosa futura o promesa bilateral de compra y venta—, los demandantes estaban facultados para exigir su cumplimiento. Los demandados recurrieron la sentencia de la Audiencia en casación alegando, por un lado, la inexistencia de contrato, y, por el otro, que se trataba tan sólo de un contrato preparatorio. El Alto Tribunal, después



de hacer notar la contradictoria fundamentación del recurso, lo desestimó. (A. R. G.)

**22. Prohibición de compra de objeto litigioso por parte de abogado.**—El artículo 1459 CC establece una serie de prohibiciones de tipo subjetivo para comprar, entre las cuales está la de adquirir bienes litigiosos impuesta a toda clase de personas, incluidos los abogados, que tienen relación con la administración de justicia.

**Objeto de la prohibición.**—La prohibición tiene como núcleo los bienes y derechos que son objeto de un litigio en el que el abogado interviene por razón de su oficio.

**Carácter litigioso de un bien.**—Tenga esta prohibición como base la prohibición del pacto *quota litis* o un supuesto de ilicitud por inmoralidad de la causa, la operación adquisitiva del abogado ha de recaer inequívoca y claramente en un bien o derecho sujeto a una controversia judicial. La jurisprudencia de la Sala tiene declarado que un bien es litigioso desde la fecha del emplazamiento para contestar a la demanda. (STS de 8 de septiembre de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—El recurrente, abogado en ejercicio, pretende que se revoque la declaración de nulidad de un contrato de compraventa, en el que él figura como comprador. El contrato de compraventa entre el recurrente y los recurridos se plasma en un documento privado de fecha 11 de marzo de 1991. El objeto de este contrato era una vivienda cuya inquilina finalizaba el plazo contractual el 2 de enero de 1991; el incumplimiento de este plazo da lugar, después de formalizado el contrato, a un pleito que afecta a la relación arrendaticia. (M. C. P. A.)

**23. Naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero o *leasing*.**—La Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, establece en su DA 7.<sup>a</sup>, apartado 1, que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de esta cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario. Carente este contrato de una regulación jurídica privada, la jurisprudencia de esta Sala (SS de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983) ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio, ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2, párrafo 2.º, de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la

intención y querer de las partes y no venir estructurando el arrendamiento financiero o *leasing* como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta.

**Distinción entre contrato de *leasing* y de préstamo de financiación a comprador.**—El arrendamiento financiero es contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2.º del artículo 3 de la expresada Ley de 17 de julio de 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno.

**Pacto de recompra.**—En nada desvirtúa la naturaleza y contenido de las estipulaciones que confirman el contenido del contrato suscrito entre recurrente y recurrido, sino que, por el contrario, como señala la S de 10 de abril de 1981, ante un pacto de recompra por el vendedor, ello constituye un elemento de juicio que para algún criterio doctrinal confirma la realidad de un arrendamiento financiero y no de la apariencia simulatoria de un contrato a plazos.

**Prenda de crédito.**—El pacto por el que el vendedor garantiza en todo momento a *Leasing Pensions, S. A.*, el incumplimiento de todas las obligaciones contractuales y legales asumidas por *Centro de Litotricia* en el contrato de arrendamiento financiero, en especial el pago de los cánones pactados en el mismo y, en su caso, el pago del valor residual, pignorando a favor de *Leasing Pensions, S. A.*, el derecho de crédito que ostenta contra ésta en virtud del préstamo que le ha efectuado, quedando por consiguiente pignorados el capital y los intereses del préstamo que se devengue a su favor, no permite concluir la existencia de un contrato de venta de bienes muebles a plazos en que el verdadero *dominus negotii* sigue siendo la entidad vendedora-proveedora del equipo de litotricia y que la intervención de la entidad *Leasing Pensions, S. A.*, es meramente instrumental. Se trata de un pacto de garantía perfectamente válido y que en nada altera las obligaciones asumidas por los litigantes en el contrato.

**Precio residual. Carácter simbólico.**—Si bien en la S de 28 de mayo de 1990 se considera que un precio nominal o simbólico de la opción de compra permite afirmar que nos encontramos ante un contrato de compraventa, en el supuesto allí contemplado ese precio nominal o simbólico aparecía unido, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso, a la imposibilidad resultante de esas circunstancias de que el arrendatario pudiese ejercitar en su momento el derecho de opción, característica esencial del arrendamiento financiero. Tal privación del derecho de opción no resulta en el presente caso. La doctrina recogida en la citada sentencia debe ser matizada en el sentido de la S de 28 de noviembre de 1997, al decir que sin que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, consistente en proclamar que al coincidir el precio de la opción de compra en su valor residual de una mensualidad de amortización sea un contrato de venta a plazos, y que ello pueda desvirtuar todo el contenido de los anteriores datos, puesto que no hay base legal ni lógica que establezca un parámetro para indicar la proporción que deba tener la opción de compra respecto al valor monetario del bien objeto del contrato de *leasing*: no existiendo otros elementos que permitan afirmar el carácter simulado del contrato en cuestión y la existencia de una disimulada compraventa a plazos, no resulta suficiente para llegar a esa conclusión la cuantía del precio de la opción, de acuerdo con la orientación recogida en la S de 28 de noviembre de 1997. (STS de 30 de julio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Leasing Pensions, S. A.*, interpuso demanda contra *Centro de Litotricia Castilla y León, S. A.*, en la que solicitaba que se declarase la resolución del contrato de arrendamiento financiero existente entre ambas. La sociedad de *leasing* formuló reconvencción en la que sostuvo que el contrato encubría otro de venta a plazos. Las partes habían previsto diversas garantías del cumplimiento de la parte usuaria. Así, el vendedor se comprometió a readquirir los bienes cedidos en el caso de impago por aquélla de cualquiera de los recibos representativos de las cuotas pactadas. Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Barcelona, como la Audiencia Provincial, Sección 1.ª, de la misma ciudad, rechazaron la tesis de la simulación y declararon resuelto el contrato por incumplimiento. *Centro de Litotricia* interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, sobre la base de que el precio previsto para el ejercicio de la opción de compra que es esencial a esta clase de contratos era insignificante o simbólico. El Alto Tribunal desestima el recurso por las razones expuestas.

**NOTA.**—Esta sentencia sienta nueva jurisprudencia, al confirmar el criterio sostenido por la anterior de 28 de noviembre de 1997 (RJA 8273), que rechaza que el criterio del precio nominal o simbólico de la opción de compra sea decisivo para calificar un contrato como arrendamiento financiero o como compraventa a plazos de bienes muebles. Algunos comentaristas han aplaudido el cambio de orientación: primero Fernando García Solé, «La opción de compra en el *leasing*. Comentario a la sentencia del TS de 28 de diciembre de 1997 (La Ley, 1998, 1494)», *La Ley*, 1998-1, D-65, pp. 2057-2060; y ahora, Manuel Pedro Bernáldez Bernáldez, «El importe del precio previsto en la opción de compra del arrendamiento-financiero. Comentario a la sentencia número 779/1998, de 30 de julio, del TS (Sala 1.ª de lo Civil)», *RGD*, 1999, pp. 3585-3587. (A. R. G.)

**24. Naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero o *leasing*.**—Con independencia de cuáles sean los contenidos del *leasing* o supuesto contrato financiero, si bien carece de estructura normativa positiva y se presenta en el tráfico mercantil como contrato novedoso, ostenta propia identidad y categoría jurídica, y cuya disciplina está en la espontánea concertación de voluntades que conforman la libertad de pacto, a tenor de los artículos 1255 y 1091 CC, configurando una estructura jurídica de elementos que se relacionan por la concurrencia de tres partes, es decir, el empresario o usuario que necesita los equipos industriales u otros bienes y es el que arrienda; la sociedad intermediaria de *leasing*, que se los facilita, al financiar con lucro la operación, y el vendedor, fabricante o distribuidor de los bienes que es quien los enajena a la entidad financiera (arrendadora en el contrato), la que puede pasar a ostentar condición de vendedora impresa, si se ejercita la opción residual fijada necesariamente, que por ser elemento esencial, ha de incluirse en la sinalagmática contractual a favor del usuario correspondiente (S de 7 de febrero de 1995). A su vez, la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, definía el contrato de arrendamiento financiero así: «aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación, consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el

usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario»; y, sin embargo, carece de relevancia, a los fines de que cualquiera que sea la calificación del contrato, ello sea determinante de que concurra o no el presupuesto de la propiedad que es el objeto debatido en la tercería.

**Contrato de *leasing*. Tercería de dominio interpuesta por la sociedad financiera.**—Por estar constatado, es evidente que el propietario seguía siendo el cesionario, puesto que el cedente, en este contrato singular, de este supuesto arrendamiento financiero, es el que, según la propia Sala, le traslada en un acto de cesión bien atípico, la supuesta propiedad; por tanto, no habiéndose acreditado de forma evidente dicha titularidad dominical, y, por ende, también se carece del modo, porque dichos vehículos no desaparecieron de la posesión del usuario, pues consta que los bienes nunca salieron de la posesión del apremiado en todo momento situados en los locales de la empresa. (STS de 9 de julio de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—*Envases Medrano, S. L.*, celebró con *Leasebanesto Sociedad de Arrendamiento Financiero, S. A.*, un contrato de arrendamiento financiero en su modalidad de *lease-back*. En virtud del mismo, aquélla transmitió a ésta la propiedad de unos vehículos, que recibió luego en calidad de arrendataria con opción de compra. Por impago de sus obligaciones para con ella, la *Tesorería General de la Seguridad Social de La Rioja* trabó embargo de los vehículos, ante lo cual la sociedad de *leasing* interpuso una tercería de dominio. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Logroño desestimó la tercería, por considerar que el contrato de arrendamiento financiero no es transmisivo de la propiedad. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Logroño estimó el recurso de apelación de la tercería y declaró que los bienes eran propiedad de ésta. Contra esta sentencia recurrió la *Tesorería General*, que entendía que no había existido transmisión alguna del dominio entre *Envases Medrano, S. L.*, y *Leasebanesto*, lo que acreditaría el hecho de que la posesión de los bienes nunca hubiese dejado de estar en manos de la primera. El TS acaba acogiendo las tesis de la recurrente y casa la sentencia de la Audiencia.

**NOTA.**—Existen diversas figuras de arrendamiento financiero o *leasing*. Se llama *lease-back* cuando una empresa, propietaria de un bien, generalmente de equipo, lo vende a la sociedad de *leasing*, que le cede su uso en virtud de un contrato de *leasing* (Francisco Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho mercantil*, 11.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 740). Al final del período irrevocable, el usuario puede, igual que en todo *leasing*, ejercitar la opción de compra que es consustancial al contrato y recuperar la propiedad del bien. Todo parece indicar que éste fue el contrato celebrado por las partes, y por ello cabe defender que la tercería de dominio ejercitada por la sociedad de *leasing* debió ser estimada. (A. R. G.)

**25. Contrato de arrendamiento urbano. Protección del arrendatario en caso de resolución del derecho del arrendador.**—La sentencia de instancia considera que, una vez resuelta la compraventa de inmuebles por falta de pago del precio, el vendedor readquiriente ha de soportar el arrendamiento concertado por el comprador antes de la resolución del contrato. La permanencia arrendati-

cia en la coyuntura de la extinción del derecho del arrendador surgió inicialmente en el Derecho con mención a las fincas rústicas, sin duda por la injusticia de que el arrendatario labrador pudiera ser privado de la tenencia del inmueble antes de la recolección de la cosecha con la pérdida de todo el esfuerzo empleado en el cultivo. Posteriormente, se amplió esa protección al inquilino de finca urbana, que se justificaba por la necesidad de procurarle una vivienda estable.

**Venta quita renta.**—La ley general no ha procurado una protección singular al arrendatario, por lo que, al desaparecer el derecho del arrendador, la locación se extingue y el nuevo titular no viene obligado a respetarlo, tal como acaece en el supuesto de transmisión contemplado en el artículo 1571 CC. Si la causa de extinción del derecho del arrendador deriva de la resolución de su derecho, la ley general distingue para cualquier supuesto y no sólo para el arrendamiento: si proviene del ejercicio de una acción personal, el arrendamiento puede permanecer cuando su titular posee los requisitos legalmente necesarios para su protección; si deriva del ejercicio por un tercero de un derecho real, la fuerza de oposición del mismo provoca la extinción del derecho de arrendamiento; si se funda en la extinción del derecho del arrendador, la resolución del arrendamiento deviene en secuela lógica, como para el usufructo dispone el artículo 480 CC.

**Inscripción registral del contrato de arrendamiento urbano.**—La LH de 1861 introdujo el acceso de los arrendamientos al Registro de la Propiedad, con lo que, si el arrendatario inscribía su derecho, permanecía a salvo del desahucio al enajenarse el inmueble, y, además, resistía las acciones de terceros cuando las mismas no se basaban en circunstancias provenientes del propio Registro. La citada óptica fue modificada al promulgarse textos legales especiales que, con la intención de incrementar la protección del arrendatario, extienden su campo de defensa fuera de los libros del Registro de la Propiedad. En la actualidad, la EM de la LAU de 24 de noviembre de 1994 hace hincapié en la voluntad del legislador de favorecer la inscripción de los arrendamientos en el Registro de la Propiedad mediante medidas de fomento.

**Compraventa con pacto comisorio. Facultades del comprador.**—En verdad, nos encontramos ante una temática no resuelta expresamente en la LAU, ni aclarada debidamente por la doctrina jurisprudencial. Para resolver estas cuestiones corresponde, en primer lugar, la determinación de si el arrendador, comprador de un local de negocio con pacto comisorio, tiene o no facultades para arrendar dicho inmueble; la respuesta será afirmativa, pues no existe ninguna traba legal para el ejercicio de dicha facultad, cuando, por lo demás, para hacerla efectiva, no es preciso poseer la cualidad de dueño, ya que otros sujetos sin este distintivo, como el usufructuario, se encuentran con aptitud para desarrollarla; y, como efecto de lo recién manifestado, es evidente que el pacto locativo existe y no se perjudica por la resolución del contrato de compraventa a causa de la falta de pago del precio. La circunstancia de que la compraventa con pacto comisorio hubiera accedido al Registro de la Propiedad no es óbice a esta conclusión. Aunque el potencial arrendatario, mediante la observación del contenido de la inscripción, se halle, obviamente, en condiciones de conocer con exactitud la estipulación indicada, sin embargo, la comprobación no sirve para difuminar los presupuestos de la aptitud de quien pretende arrendar, el cual no está incurso en cortapisas legales para participar como arrendador en el contrato.

**Arrendamientos urbanos para uso distinto del de vivienda. Enajenación de la finca arrendada.**—El artículo 29 de la Ley 29/1994 dispone que, en la coyuntura de arrendamientos para uso distinto del de vivienda, el adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendatario.

dor, excepto si concurren en aquél los requisitos del artículo 34 LH; y con arreglo a la legislación anterior, el adquirente de los derechos del arrendador quedaba subrogado en los derechos y obligaciones del arriendo, salvo la prueba de que el contrato se hubiera concertado en fraude de ley. Al no haberse acreditado la concurrencia de fraude de ley, procede entender que se ha producido la subrogación del adquirente, en este caso readquirente, con lo que el contrato permanece vigente con todo su contenido. (STS de 21 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *El Tiburón Cachondo, S. A.*, vendió un inmueble de su propiedad a otra persona, que lo cedió en arrendamiento como local de negocio. La sentencia no nos informa de la fecha de este contrato, pero estaba sometido a la LAU de 1964. Ante el impago del precio, la parte vendedora declaró resuelto el contrato e interpuso demanda contra la arrendataria, doña M.<sup>a</sup> Jesús E. R., en la que ejercitaba la acción de desahucio por precario. La demandada interpuso demanda reconventional, solicitando que se reconociese la existencia de un contrato de arrendamiento urbano, que le daría derecho a seguir habitando en el inmueble. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Murcia desestimó la demanda principal y estimó la reconventional. Recurrida su sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Murcia la confirmó. El demandante recurrió esta segunda sentencia en casación. El TS desestimó el recurso. (A. R. G.)

**26. Cláusula de tácita reconducción y prórroga forzosa del artículo 57 LAU de 1964.**—Es claro que la prórroga del contrato no es la forzosa que ordena imperativamente el artículo 57 LAU de 1964 para el arrendador. Éste es el que tiene la posibilidad, mediante el requerimiento previsto en el artículo 1566 CC, de darlo por finalizado. Por ello, no es dudoso que la cláusula vulnera de una manera directa el citado artículo 57 y se opone al artículo 6 de la misma Ley. Evita la aplicación imperativa de las normas que imponen al arrendador la prórroga forzosa del contrato y hacen por lo tanto irrenunciable por el arrendatario aquel «beneficio» en la celebración del contrato. De ahí que la nulidad de la cláusula pueda ser declarada de oficio, por infracción terminante de un precepto legal que, además, está sancionada en el artículo 6 LAU de 1964 con la nulidad e ineficacia (SS de 17 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1993 y 24 de abril de 1997). Sin embargo, en atención a que la prórroga forzosa dejó de ser desde el RDL 2/1985, de 30 abril, una norma imperativa impuesta en los contratos de arrendamientos urbanos por desaparición de las necesidades económicas y sociales que justificaron su implantación, y en atención también a que el artículo 3.1 CC indica al intérprete y aplicador del Derecho que la interpretación de la norma jurídica ha de hacerse en atención a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, la declaración de la nulidad de la cláusula discutida no es proporcionada ni al espíritu ni finalidad del artículo 57 LAU de 1964, ni a la realidad social del tiempo en que se declara. No parece acorde con tales datos que el 14 de marzo de 1994 (fecha de la sentencia recurrida que contiene la declaración) se estime nula la cláusula en defensa de un inexistente interés legítimo en el mantenimiento del contrato, pues el arrendatario no alega el precepto legal infringido para ello ni para nada, sólo que puede desistir de él unilateralmente sin ningún efecto económico de acuerdo precisamente a la cláusula controvertida. Si este pleito hubiera tenido como objeto determinar si el contrato tenía que ser prorrogado obligatoriamente para el arrendador, es indudable que las normas protec-

toras del arrendatario hubieran desplegado su fuerza y plenitud jurídica. Pero si a dicho arrendatario no le interesa para nada esta protección, cuando ha desistido del contrato con abandono de lo arrendado y sólo se discute la indemnización que por ello ha de pagar, parece exorbitante y fuera de lugar declarar la nulidad de la cláusula porque no respeta la prórroga forzosa, y, además, declararla por entero, siendo así que hay partes de ella no afectadas por la nulidad (las referentes al desistimiento unilateral, que es admitido precisamente por el art. 56 LAU de 1964). Además de todo lo expuesto, la Audiencia debió de tener en cuenta que el arrendatario renunció a la prórroga legal, al desistir unilateralmente del arrendamiento, conducta que jurídicamente no conculca el artículo 6 LAU de 1964, pues el continuar o no la relación ya depende de él. (STS de 22 de julio de 1998; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—El litigio tiene su origen en la cláusula decimocuarta del contrato de arrendamiento de un inmueble urbano celebrado el día 31 de octubre de 1984. Esta cláusula fijaba un plazo de dieciocho meses de duración del contrato, y permitía su tácita reconducción, por períodos de seis meses, salvo que, a la terminación del período inicial o de estos posteriores, alguna de las partes desistiera del contrato («lo dé por cancelado»), previo aviso a la otra de forma fehaciente con tres meses de antelación. Además, por medio de esta cláusula, las partes también convenían la obligación de la arrendataria de pagar, en caso de desistimiento, el precio total de los períodos de tácita reconducción, incluyendo la renta correspondiente a los tres meses de preaviso. Desistido el contrato por la arrendataria, las dos sociedades arrendadoras interponen demanda, en la que le reclaman el pago de la cantidad de 12.577.480 pesetas, de acuerdo con la liquidación prevista en dicha cláusula. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima en parte: condena a la sociedad arrendataria a pagar a cada una de las sociedades arrendadoras la cantidad de 2.513.496 pesetas, con los intereses legales, como consecuencia del desistimiento; y a éstas a pagar a la arrendataria la cantidad de 2.842.100 pesetas, como resto de la fianza prestada por el arrendamiento. El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por las arrendadoras y confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (*J. M. B. S.*)

**27. La condición de cultivador personal del arrendatario como requisito del derecho al acceso a la propiedad de la finca arrendada.**—El artículo 99 LAR establece distintos requisitos para que el arrendatario pueda acceder a la propiedad de la finca arrendada, entre los que destaca con carácter emblemático el de que éste sea cultivador personal de la finca en cuestión. De la literalidad de los artículos 15 y 16 LAR, se manifiesta una nota diferencial, entre el profesional de la agricultura y el cultivador personal, radicada en la «exclusividad» que requiere éste y la «simple preferencia» a la actividad agraria que basta en aquél (S de 26 de febrero de 1994). (STS de 10 de julio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El Sr. Pablo U. A., pensionista que con anterioridad había trabajado en el sector industrial, interpuso demanda contra la Sra. M.<sup>a</sup> Teresa G. L. en la que solicitaba que se declarase su derecho a acceder a la propiedad de unas fincas rústicas arrendadas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación,

la Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juzgado. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante.

NOTA.—El artículo 99 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de *Arrendamientos Rústicos*, ha sido derogado por la DD de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de *Arrendamientos Rústicos Históricos*. (J. M. B. S.)

**28. No cabe más de una sucesión en caso de fallecimiento del arrendatario de finca rústica.**—Es doctrina de esta Sala, tanto con referencia a la normativa arrendaticia anterior, como a la actualmente vigente, la de que, en caso de muerte del arrendatario primitivo, no cabe legalmente la posibilidad más que de una sucesión en la relación arrendaticia. Una interpretación racional del artículo 79 LAR, que regula la subrogación por causa de muerte del arrendatario, no permite la admisión de subrogaciones posteriores que, al no aparecer contempladas por el indicado precepto, no podían ser entendidas sino como una interpretación extensiva de una norma que, como limitativa de derechos dominicales, no puede ser objeto de tal clase de interpretación (SS de 14 de abril de 1980 y 27 de junio de 1995).

**Carácter personalísimo del derecho de acceso a la propiedad de la finca rústica arrendada.**—El derecho de acceso a la propiedad del bien arrendado está configurado en su estricta dimensión, *intuitu personae*; es decir, que existe y opera y, como tal, en su caso, posibilita la conversión en su maximalismo patrimonial del propietario cuando persiste ese arrendatario, esto es, mientras vive el mismo, de tal suerte que con su muerte, desaparece el sustrato de subjetividad en la contemplación del cual está aquel derecho estructurado, salvo los efectos que de esa legislación especial se puedan derivar a favor de los continuadores del fallecido. (STS de 8 de junio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El Sr. Manuel O. U. interpuso demanda contra el Sr. Antonio M.<sup>a</sup> M. S., la Sra. M.<sup>a</sup> Luisa M. S. y los herederos de la Sra. Ignacia M. S. en la que solicitaba que se declarase su derecho a acceder a la propiedad de un caserío arrendado en su momento por su madre y abuelo y, por sucesión *mortis causa*, por su padre. Algunos de los demandados interpusieron reconvencción con la que pretendieron la declaración de resolución del contrato de arrendamiento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial únicamente la revocó en lo referente al valor a abonar por parte del Sr. Manuel O. U. para hacer efectivo su derecho. Interpuesto recurso de casación por el Sr. Antonio M.<sup>a</sup> M. S., el TS declaró que había lugar al mismo por haberse producido más de una sucesión por causa de muerte. (J. M. B. S.)

**29. Contrato de obra ajustado a precio alzado. Aumento de obra.**—Reiterada jurisprudencia de esta Sala (SS de 10 de junio de 1962, 16 de febrero y 18 de abril de 1965, 28 de marzo y 14 de octubre de 1996) ha interpretado el artículo 1593 CC en el sentido de que el principio de invariabilidad del precio contratado para una determinada obra, como precio tasado por ajuste alzado, no ha de aplicarse a obras no presupuestadas, que representan un incremento real, cambio o adición al proyecto primitivo —lo que se conoce como aumento de obra—, cuyo pago corresponde a quien encarga las mismas, las autoriza o simplemente las consiente, recibéndolas o aceptándolas con independencia de que sea a plena satisfacción del comitente. Asimismo, es doctrina jurisprudencial la de



que la declaración de la existencia del consentimiento del dueño de la obra al aumento producido es cuestión de hecho sometida a la libre determinación del juzgador de instancia que ha de ser respetada en casación en tanto no se impugne eficazmente por la vía adecuada. (STS de 2 de julio de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Adac, S. A.*, interpuso demanda contra don Francisco V. M., en la que le reclamaba que le abonase una suma de dinero por ciertas obras no presupuestadas que había realizado para él. El demandado formuló reconvencción exigiendo el pago de otra suma de dinero. El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid estimó parcialmente ambas demandas, principal y reconvenccional, condenando a las partes a que pagasen la una a la otra ciertas cantidades. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado, que recurrió en casación. El recurrente alegó que la sentencia de instancia, al presumir que aquél había consentido las obras, había infringido el artículo 1214 CC sobre distribución de la carga de la prueba. El TS desestimó el recurso. (*A. R. G.*)

**30. Contrato de obra ajustado a precio alzado. Aumento de obra.**—El contrato de obra a tanto alzado puede modificarse introduciendo alteraciones o aumento de precios, ya que el artículo 1593 CC no contiene una norma de Derecho necesario, sino una regla interpretativa de la voluntad tácita de las partes que no implica limitación a su voluntad contractual, sino un complemento de la misma, de manera que la fijación del pago del precio en el contrato de obra queda encomendada a dicha voluntad, y la autorización del dueño para las innovaciones no requiere constancia en forma determinada o documental, siendo suficiente la verbal e incluso la tácita (S de 23 de noviembre de 1987). La autorización para las innovaciones no requiere constancia escrita ni en forma determinada (SS de 28 de octubre de 1989 y 23 de noviembre de 1990), siendo suficiente la verbal e incluso la tácita (SS de 8 de enero y 2 de diciembre de 1985, 28 de febrero de 1986, 14 de febrero y 23 de noviembre de 1987), y una cláusula inserta en el contrato de ejecución de obra puede ser modificada verbalmente (S de 14 de julio de 1986). No cabe duda de que la concreción del precio puede determinarse, como en otros contratos onerosos, por dictamen pericial. Por último, en estos contratos, precisamente por tal carácter oneroso, las dudas han de resolverse a favor de la mayor reciprocidad de intereses (art. 1289 CC, S de 8 de abril de 1987). Los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias acordes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258), y como los derechos deben acomodarse en su ejercicio a las exigencias de la buena fe y la ley no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (art. 7), no puede olvidarse que la inspiración del ordenamiento jurídico es contraria a cualquier forma de enriquecimiento injusto, especialmente cuando a la recepción de obra haya de concedérsele una significación sinónima a la de existencia de una previa autorización.

**Acción directa de trabajadores y suministradores. Fundamento.**—Conforme a este precepto, los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista no tienen acción contra el dueño de ella, sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación. Dentro de esos límites, nos encontramos con una acción directa, que se fundamenta en razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción o especie de subrogación general derivada del principio de que «el deudor de mi

deudor es también deudor mío», etc., y si la acción se dirige contra comitente y contratista, su responsabilidad es solidaria.

**Acción directa de trabajadores y suministradores. Carga de la prueba.**—Tiene que estarse en cuanto a la carga de la prueba a la doctrina general, porque el límite de la acción directa es la cantidad que el dueño de la obra deba al contratista, aunque en algún caso pueda exigirse la prueba a quien deba tenerla a su disposición (inversión de la carga, S de 2 de julio de 1997), sin que el adelanto de pago por el comitente al contratista afecte al subcontratista, ello no impide, en términos generales, que tratándose de una obligación que consiste en el pago de una cantidad, la exigencia de la prueba respecto al actor comprenda lo mismo la realidad de la obligación de pagar como la cuantía de la cantidad que se estime debida por el demandado, extremos no conseguidos por la confusa y abigarrada prueba del hoy recurrente, que reclama de cinco diferentes contratos de obra sin especificar lo correspondiente a cada uno, extremo necesario para ver en cada caso si concurren los presupuestos necesarios, cuando se acreditó que respecto de alguno de ellos se había satisfecho por el comitente la totalidad del precio. Y es, en definitiva, que se pretende, en este aspecto, un nuevo examen de la prueba, cuando la realidad es que ha resultado imposible determinar las cuantías. (STS de 26 de junio de 1998; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—*Promosún, S. A.*, entidad dedicada a la promoción inmobiliaria, había encargado a *Natusa, S. L.*, la realización de unas obras por precio alzado. Una tercera entidad, *Salvado Bigorra, S. A.*, subcontratista de la empresa constructora, interpuso demanda de reclamación de cantidad contra *Promosún, S. A.*, para que le abonase, por una parte, el importe de unos trabajos de electricidad y fontanería, necesarios para la habitabilidad del inmueble, no presupuestados por las dos primeras entidades y que por encargo de la promotora había realizado con entera corrección. Pese a ello, *Promosún, S. A.*, rehusó el pago por entender que no había tenido relación alguna con la demandante y que no debía nada a *Natusa, S. L.* El Juzgado de Primera Instancia de Reus desestimó la demanda, argumentando, por un lado, que no cabía admitir la existencia de una deuda por cantidades no pactadas, y por el otro, que no cabía entender aplicable la acción directa del artículo 1597 CC. La Audiencia Provincial de Tarragona desestimó el recurso interpuesto por la demandante. Recurrida esta sentencia en casación, el TS la revoca parcialmente y condena a *Promosún, S. A.*, a abonar dichos trabajos a la empresa subcontratista.

**NOTA.**—La sentencia es un ejemplo más de la laxitud con que la jurisprudencia interpreta las exigencias del artículo 1593 CC (entre las más recientes, SSTs de 7 de mayo de 1997, RJA 3873; 10 de mayo de 1997, RJA 3831; 25 de noviembre de 1997, RJA 8400; 16 de marzo de 1998, RJA 1570; 20 de marzo de 1998, RJA 1710; 2 de julio de 1998, RJA 5209; 31 de octubre de 1998, RJA 8165; 12 de enero de 1999, RJA 134, y 6 de abril de 1999, RJA 2657; véanse también las notas de Antonio Cabanillas Sánchez, en este Anuario 1980, IV, pp. 1000-1001; 1981, III, pp. 896-900; 1982, III, pp. 952-953; 1983, III, pp. 1025-1026; 1984, III, pp. 896-897 y 900-901; 1985, II, p. 473). No se pide autorización por escrito del comitente, sino que basta con una autorización tácita, deducida del hecho de que la obra era necesaria para la habitabilidad del inmueble y fue ejecutada correctamente, de modo que aprovecha al comitente. Además, confirma el

criterio de permitir el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC a los subcontratistas, en la línea de las SS de 24 de diciembre de 1980 (en este Anuario, 1981, III, pp. 898-899, con nota de Cabanillas); 11 de octubre de 1994, RJA 7479 (y en este Anuario, 1996, III, p. 1374, con nota de Gabriel García Cantero), y 2 de julio de 1997, RJA 5474 (y en este Anuario, 1998, III, pp. 1571-1572), entre otras. (A. R. G.)

**31. Usura.**—La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que para calificar de usurario determinado préstamo ha de atenderse al momento de la celebración del contrato (S de 29 de septiembre de 1992) y es la realidad socioeconómica de entonces la que ha de contemplarse y no la actual. De esta manera, no alcanzaba la calificación de préstamo usurario cuando el interés fijado fue el 20 por 100 (S de 10 de diciembre de 1992), e incluso el 22 por 100 (S de 6 de noviembre de 1992), y sin perjuicio de que el artículo 2 de la Ley de Usura concede a los Tribunales libertad apreciativa en cada caso concreto, sin sujeción estricta a pruebas tasadas, para calificar como usurario, los préstamos que enjuicien, lo que no excluye su revisión en vía casacional si resulta demostrada debidamente la concurrencia de circunstancias justificativas de la incorrecta apreciación de los juzgadores de instancia, por resultar manifiesta la disconformidad que se denuncia con los presupuestos procesales sobre los que actuó su libertad de juzgar (S de 27 de mayo de 1991), lo que aquí no sucede.

**Usura. Prueba.**—El punto dos, párrafo primero, del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 contiene una norma de carácter objetivo que representa una presunción de usura *juris de jure*, al declarar *cualquiera que sea la entidad y circunstancias* (S de 24 de abril de 1991) y no excluye la correspondiente prueba respecto a que la cantidad que se dice prestada fuese efectivamente superior a la entregada, lo que los recurrentes no demostraron.

**Venta en garantía.**—Los contratos celebrados responden al libre ejercicio de la voluntad contractual de los intervinientes en los mismos, que adoptaron para ellos la forma que estimaran conveniente y resultan equilibrados, pues la compraventa no se configuró como definitiva y tampoco se presenta como un aprovechamiento malicioso y blindado de las circunstancias del momento, para poder adquirir los demandados el piso discutido por un precio asequible y hasta cierto punto inferior al del mercado en aquellos tiempos, ya que se pactó que los recurrentes tenían el derecho de recuperar su vivienda, lo que se hacía totalmente posible llevando a cabo los pagos acordados, recuperación que no ejercitaron nunca, al no haber cumplido los presupuestos contractuales que posibilitaban la recompra pactada, que de esta manera aleja la situación abusiva o actuación usuraria.

Conviene decir que a la compraventa perfeccionada le asiste la efectiva condición de *venta en garantía*, que no representa por sí un negocio simulado, conformando su causa en el afianzamiento del débito contraído (SS de 30 de enero de 1991, 6 de julio de 1992 y 5 de julio de 1993), y produce sus efectos de forma limitada durante el tiempo de vigencia de la obligación garantizada, ya que los adquirentes quedaban obligados a retrovender si sus enajenantes cumplían con los pagos acordados y hacían uso del retracto convencional acordado, y, de no ser así, como en este caso ha sucedido, es cuando se produce la consolidación del pleno dominio a favor de los recurridos de la vivienda adquirida en la escritura. Se trata de un negocio plenamente válido y eficaz, que encuentra amparo legal en el artículo 1445 CC y al haberse extinguido, por su no uso, el derecho pactado de

recuperar otorgado a los esposos demandantes. (STS de 30 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Juan Francisco A. L. y doña Purificación M. G. celebraron un contrato de préstamo con don Enrique L. B. y doña Cristina R. G., a quienes vendieron un inmueble en garantía del pago del capital más los intereses. Los prestatarios, tras haber incumplido el contrato de préstamo, demandaron a la otra parte solicitando la declaración de nulidad del contrato por usurario. La demanda fue desestimada en primera instancia, y la sentencia confirmada por la Audiencia Provincial y por el TS. (A. R. G.)

**32. Responsabilidad del depositario judicial.**—No es posible compartir que el denominado depósito judicial a que se refiere el artículo 1759 CC, en su descripción de especies, al afirmar que el depósito puede constituirse judicial o extrajudicialmente, carece de regulación en el Código civil; y que sólo encuentra su apoyatura en lo dispuesto en el artículo 1454 LEC, en donde, en su segundo párrafo, se habla de la posibilidad de que en los embargos de inmuebles se podrá hacer la designación del depositario, bajo su responsabilidad, por el propio acreedor. Esa tesis es tan inconsistente que hasta ignora que este artículo 1759 luego tiene un exacto desarrollo en los artículos 1785 a 1789, esto es, el capítulo III o último del título XI del libro IV del Código civil, porque es claro que ese depósito judicial *nominatim* regulado en el artículo 1759, después se contempla en el 1785, diciendo que el depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo del aseguramiento de bienes litigiosos, que es justamente lo que aconteció con el depósito judicial del yate propiedad del actor; entonces, procede aplicar la sanción normativa del artículo 1788, al sancionar que el depositario de bienes secuestrados está obligado a cumplir respecto de ellos todas las obligaciones de un buen padre de familia; la responsabilidad, pues, del depositario, es inconcusa, y no habiéndose cuestionado en autos los deterioros en la conservación del buque ya que por propia confesión del depositario, éste, en ningún momento tuvo cuidado del mismo, deviene consecuente su responsabilidad dimanante de la literalidad de esos preceptos. (STS de 2 de julio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El Sr. Ángel S. C. interpuso acción de indemnización de los daños y perjuicios producidos a una embarcación contra su depositario judicial. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por el depositario demandado, la Audiencia Provincial lo estima y revoca la sentencia de primera instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

**33. Congruencia de la sentencia.**—Es doctrina jurisprudencial que el requisito de la congruencia establecido en el artículo 359 LEC, si exige que se resuelvan las cuestiones discutidas, no impone, en cambio, que los pronunciamientos del fallo se ajusten literal y rigurosamente a las peticiones de las partes, las que deben resolverse en lo sustancial para que queden claramente definidos los derechos controvertidos y evitar nuevas contiendas sobre los puntos litigiosos, aunque al hacerlo el Tribunal emplee términos distintos o agregue algún extremo accesorio que, sin constituir diferencia esencial o ampliación de lo pedido, sea sólo consecuencia lógica y legal de ella (SS de 26 de mayo de 1967 y 30 de junio de 1997, entre otras). El principio de congruencia exige no alterar la

sustancial pretensión de las partes, de manera que no se requiere una literal sumisión del fallo a las peticiones de los litigantes y sí, únicamente, que el mismo guarde el debido acatamiento al componente jurídico de la acción, así como a las bases fácticas aportadas por los contendientes (S de 29 de noviembre de 1985).

**Contrato de vitalicio. Regulación.**—Al amparo del principio de libertad contractual, las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestarle alimentos con la extensión, amplitud y término que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado *vitalicio*. Éste no es una modalidad de la renta vitalicia regulada en los artículos 1802 al 1808 CC, sino un contrato autónomo, innominado y atípico susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público —art. 1255 CC—, y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones (S de 28 de mayo de 1965). Las normas por las que ha de regirse son fundamentalmente los pactos, las disposiciones generales de las obligaciones y las de los contratos y, en último lugar, las normas de los contratos análogos, siendo cuestión a dilucidar si la analogía se da con la renta vitalicia o con los alimentos por convenio a que se refiere el artículo 153 CC (S de 21 de octubre de 1992).

**Facultad resolutoria.**—Tratándose el denominado *vitalicio* de un contrato atípico, carente en absoluto de normativa específica, debe tenerse en cuenta, para resolver las cuestiones que plantea, que su naturaleza es de un contrato unilateral, pues sólo contiene obligaciones para el demandado de que comprometió alimentarse, no le es aplicable la facultad resolutoria del artículo 1124 CC y el incumplimiento no puede dar lugar más que a exigir el cumplimiento (S de 21 de octubre de 1992); no obstante, como sostienen los recurrentes, la devolución de los bienes entregados podría darse en un contrato como el que nos ocupa cuando hubiese sido pactado y previsto expresamente por las partes, si bien entienden aquéllas que éste no es el caso. En relación con el artículo 1805 CC, la jurisprudencia ha reconocido la validez del pacto de resolución para el caso de falta de pago de rentas (SS de 14 de octubre de 1960 y 15 de enero de 1963); y respecto al denominado *vitalicio*, es de tener en cuenta la naturaleza especial y compleja del contrato de alimentos o manutención plena, a prestar y recibir en régimen de convivencia entre alimentista y alimentante, que como consecuencia de las fricciones posibles en las relaciones humanas puedan hacer imposible o de difícil cumplimiento lo convenido, frustrando el fin lógico y consustancial a estas convenciones, lo cual justifica la posibilidad de apartamiento unilateral sin más consecuencias que las de abonar la contraprestación pactada para tal eventualidad que es precisamente lo acaecido en el caso controvertido (S de 28 de mayo de 1965).

**Litisconsorcio pasivo necesario.**—Pedida en la demanda la resolución del contrato de *vitalicio* que ligaba a actora y demandados, es claro que sólo éstos habrían de ser llamados a juicio y el haberse pedido la devolución por los demandados recurrentes de bienes que fueron entregados a otras personas no vinculadas por aquel contrato sólo daría lugar, como así ocurrió, a la desestimación de esa pretensión restitutoria pero no a una falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandados quienes no eran parte en el contrato litigioso. (STS de 17 de julio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Mediante contrato celebrado el día 16 de diciembre de 1977 el Sr. Pedro José A. A. y la Sra. M.<sup>a</sup> Aránzazu B. I. se obligaron voluntariamente a prestar alimentos a la Sra. M.<sup>a</sup> Concepción E. L., al

parecer como contraprestación a la transmisión de dinero, acciones y bienes realizada por ésta a favor de los alimentantes. Incumplida la obligación de pago de la renta de alimentos, la alimentista interpone demanda en la que solicita la declaración de resolución del contrato o, subsidiariamente, la obligación de los alimentantes al abono del coste actualizado de la asistencia dejada de prestar o, en última instancia, de una renta de 500.000 pesetas mensuales. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena a los alimentantes demandados a abonar a la alimentista una pensión mensual en concepto de alimentos. Interpuestos recursos de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial declara resuelto el contrato. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los alimentantes. (J. M. B. S.)

**34. Contrato de transacción. Requisitos.**—La recurrente parte del hecho de que la transacción exige la evitación de un pleito o la terminación de uno ya comenzado, ya que el debate debe existir, pues, si ya está zanjado, aquélla carecería de valor, de manera que, en este caso, por haber sentencia firme, la controversia no era transaccionable. Sin embargo, el planteamiento citado no es correcto, ya que el convenio de 1992 posee naturaleza transaccional porque ambas partes se concedieron prestaciones recíprocas de contenido económico y pusieron fin a una relación jurídica en litigio ante los tribunales, que no había alcanzado sentencia firme.

**Contrato de transacción. Efectos.**—La transacción borra el pasado y es fuente de una relación jurídica nueva. Toda transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación de éstos (entre otras, SS de 26 de abril de 1963, 27 de noviembre de 1987, 20 de abril de 1989 y 6 de noviembre de 1993), de suerte que, sea judicial o extrajudicial, tiene carácter novatorio y produce el efecto de la sustitución de una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida. En el supuesto del debate, el juicio inicial quedó agotado en el instante de la transacción. Con la admisión de la permanencia de los efectos jurídicos de una sentencia novada, se aceptaría la posibilidad de instrumentalizar la administración de justicia al servicio de una sola de las partes, quien, además de apreciar subjetivamente el incumplimiento del convenio, podría intentar la satisfacción de sus pretensiones en base a situaciones procesales pretéritas y caducadas. (STS de 29 de julio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—*Master Design, S. A.*, interpuso demanda de reclamación de cantidad contra *Plafri, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la parte condenada recurrió en apelación y más tarde en casación, mientras la sentencia de instancia se encontraba en trámite de ejecución provisional. Pendiente el recurso de casación, las partes celebraron un contrato de transacción y solicitaron al Juzgado la suspensión de la subasta. La parte demandada desistió del recurso de casación. Al incumplir ésta las obligaciones derivadas de la transacción, *Master Design, S. A.*, solicitó que la subasta se reiniciara y el Juzgado así lo decretó mediante providencia. La demandada recurrió en reposición. La Audiencia Provincial de Barcelona resolvió el recurso, dando por finalizado el proceso y dejando sin efecto la providencia recurrida. La demandante recurrió en casación, basándose en el argumento de que la

transacción era ineficaz por existir sentencia firme. El TS desestimó el recurso, entendiendo que, al tratarse de una sentencia recurrida en casación, el acuerdo transaccional era anterior a la firmeza de la misma. (A. R. G.)

**35. Congruencia de la sentencia.**—La incongruencia por *extra o ultra petita* supone que no ha habido conformidad entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes durante el período expositivo del pleito, en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos, sin que sea lícito al juzgador alterar en más el *quantum* que se pide (SS de 20 de marzo de 1991, 15 de febrero de 1993, entre otras). De ello se desprende, en principio, una incongruencia que hace insostenible las sentencias en cuestión, pues ni aun de una aplicación, en principio loable, del principio *iura novit curia*, se puede justificar tal distorsión cuantitativa, sobre todo cuando en la presente *litis* lo único que se ha ejercitado es una acción de repetición del artículo 1838 CC, a través de la cual el fiador, que ha pagado, tiene derecho a resarcirse del deudor y de las otras personas obligadas, de la cantidad que pagó, pero no de una suma mayor, ya que siguiendo la teoría de que de la fianza, una vez efectuado el pago por cofiador, nacen dos acciones distintas a ejercitar por el mismo (SS de 11 de junio de 1984 y 13 de febrero de 1988). Por ello es preciso delimitar el campo de acción de dichas acciones y el carácter de las mismas; ya que si se ejercita, como así ha sido, la acción de reembolso con carácter solidario con respecto al deudor y cofiadores, se puede adivinar perfectamente que se ejercita al tiempo la acción de regreso. Pues la suma acreedora, por el juego del ejercicio de dos acciones, nunca puede ser superada, pues ello llevaría inexorablemente a una situación de enriquecimiento injusto (S de 3 de mayo de 1946).

**Posibilidad de acumulación de las acciones del fiador contra el deudor y contra los cofiadores.**—La tesis de la infracción de lo dispuesto en el artículo 154 LEC sobre la acumulación adoptada por el Juzgado *a quo* es inaceptable, pues lo que ha efectuado lisa y llanamente es una verdadera acumulación de acciones alternativa o subsidiaria —primero del deudor y luego, en su caso, el resto de fiadores. Ello, asimismo, lleva a determinar que el demandante ha ejercitado la acción de reembolso o indemnizatoria prevista en los artículos 1838 y 1839 CC y la acción de regreso del artículo 1844 de dicho Cuerpo legal, pero como además las mismas se han ejercitado con carácter solidario, la consecuencia de obligación de pago del deudor y en su caso la de los otros cofiadores, es perfectamente lógica. (STS de 3 de julio de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Los Sres. Francisco B., Francisco Javier C. y Manuel Ignacio P. garantizaron como cofiadores una deuda contraída por la sociedad *Olympia Bilbilis, S. L.* Pagada la deuda por entero por parte del Sr. Francisco B., éste ejercita acción para su reembolso con carácter solidario contra la deudora principal, *Olympia Bilbilis, S. L.*, y los demás cofiadores. El Juzgado de Primera Instancia condena a *Olympia Bilbilis, S. L.*, a abonar al demandante la totalidad de la deuda, y a los cofiadores Sres. Francisco Javier C. y Manuel Ignacio P. a pagar también al demandante su parte proporcional de la misma. Desestimado el recurso de apelación interpuesto por la deudora principal, *Olympia Bilbilis, S. L.*, y los cofiadores Francisco Javier C. y Manuel Ignacio P., interponen recurso de casación. El TS declara haber lugar en parte al recurso y condena a la deudora principal, *Olympia Bilbilis, S. L.*, al pago de la totalidad de la deuda al demandante y, subsidiariamente, a

los cofiadores Francisco Javier C. y Manuel Ignacio P. a abonar también al demandante de un modo solidario las dos terceras partes de dicha deuda o del resto de la misma en caso de impago parcial por parte de la deudora principal. (*J. M. B. S.*)

**36. Cómputo del plazo de prescripción para ejercitar la acción civil derivada de un delito.**—La acción civil no debe ejercitarse separadamente mientras se halle en trámites por los mismos hechos un procedimiento penal, y tal procedimiento existió y sobre los mismos hechos hasta que terminó por sentencia del TS. Por ello, el plazo inicial para computar la prescripción de la acción civil de autos parte de la fecha de esa sentencia y no de la del auto de sobreseimiento del empleado de *Transportes Labarta, S. L.* Y ello por la sencilla razón —añade esta Sala del TS— de que, mientras subsista el proceso penal, la existencia misma del «hecho histórico» que motiva las actuaciones está *sub judice*, con el efecto, además, de vincular absolutamente al Tribunal de lo civil, en lo establecido por la jurisdicción penal (art. 116 LECr), a diferencia, de lo que ocurre si reconocida la existencia del hecho básico, el juez de lo civil formula con arreglo a las normas sustantivas procesales civiles, cuya aplicación le corresponde, enfoque y consecuencias inculpatorias distintas de las penales.

**Exigencia de notificar las resoluciones judiciales a aquellos a los que les pudiera perjudicar aunque no hayan sido parte en el proceso.**—El interpretar con criterio restrictivo el mandato del artículo 270 LOPJ, pugna con la interpretación recta del referido precepto y con la doctrina de esta Sala y del TC. Así, en efecto, la STC de 3 de marzo de 1998 constata la evolución jurisprudencial conforme a los criterios del TC, en el sentido de que debe constar el conocimiento del archivo definitivo o sobreseimiento de las actuaciones penales, por medio de la notificación correspondiente, a los interesados que no fueron «parte» en el proceso penal, para que a partir de esa fecha se compute el plazo. En efecto, ya declaró en un caso similar al que nos ocupa la STS de 25 de marzo de 1996, recogiendo la expresada doctrina que «subsistiendo la llamada acción civil derivada de delito por no haberse renunciado a la misma el perjudicado, y no habiéndose éste personado en el proceso penal, los órganos judiciales han de proceder a la notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales; pues, en otro caso, la ausencia de esta notificación es susceptible de efectuar negativamente, como aquí ha ocurrido, al derecho constitucional de la perjudicada a acceder al proceso en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la reparación del daño sufrido». (**STS de 21 de septiembre de 1998**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se había producido un accidente que había originado un incendio, estos hechos fueron enjuiciados en causa criminal donde se dictó auto de sobreseimiento provisional en favor del empleado de la empresa recurrente. Los perjudicados interpusieron acción civil para exigir la correspondiente indemnización por los daños ocasionados, las demandas fueron estimadas en las dos instancias. (*E. S. M.*)

**37. Jurisdicción competente para resolver supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración acaecidos estando vigente la LRJAE de 1957.**—Dadas las fechas en que ocurrieron los hechos y se entabló la demanda, resultan inaplicables, rigiendo, por el contrario, el sistema dual de jurisdicción implantado en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26



de julio de 1957, en dicha materia de responsabilidad patrimonial, conforme a sus artículos 40 y 41, que autorizan y justifican la competencia del orden jurisdiccional civil en supuestos de culpa extracontractual, al dar dimensión nueva a los artículos 1902 y 1903 CC (SS de 4 de noviembre de 1992, 26 de mayo de 1997 y 8 de mayo de 1998).

**La *vis* atractiva de la jurisdicción civil cuando se demanda por el mismo suceso a la Administración y a otra persona.**—Las razones de prevalencia del orden jurisdiccional civil, aun admitiendo la dualidad competencial, se encuentran en no dividir la contienda de la causa cuando se demanda a la Administración y a otra persona; en otro caso, en la *vis* atractiva y el valor matriz y residual del orden jurisdiccional civil, prevalente en supuestos de duda, la pertenencia de la culpa extracontractual al ámbito del derecho privado (arts. 1089, *in fine*, 1093, 1902 ss. CC), la interpretación restrictiva respecto al «funcionamiento de los servicios públicos», sea normal o anormal, cuando entra en juego la culpa extracontractual o aquiliana respecto de quienes actúan o dejan de actuar contraviniendo las exigencias del caso, produciéndose el daño más bien «con ocasión del servicio» y sin incidencia de facultades soberanas, a todo lo cual ha de añadirse la menor trascendencia del orden jurisdiccional que conozca, una vez declarada la unidad jurisdiccional por la LOPJ, pero con la enorme trascendencia constitucional de proscribir el «peregrinaje de jurisdicciones» (SS de 5 de julio de 1983, 1 de julio de 1986, 25 de octubre de 1989, 28 de marzo de 1990 y 27 de febrero de 1995), en aras de evitar la indefensión, dilaciones, obtener economía procesal y, en definitiva, no restringir la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, por imperativo del artículo 24 CE, que ha obligado a esta Sala a consagrar como principio procesal ese no peregrinaje jurídico-judicial (SS de 18 de febrero y 23 de diciembre de 1997, y por referirse a ellas, las de 30 de abril y 8 de mayo del corriente año 1998).

**Valoración de la culpa en la responsabilidad civil extracontractual.**—La culpa extracontractual sancionada en el artículo 1902 CC consiste, no ya en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia, lo que constituiría imprudencia grave, sino también en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo, lugar y sector de la realidad social en el que se actúa; y si inicialmente se basó en elementos subjetivos, ha ido evolucionando a partir de la S de 10 de julio de 1943 hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con aquella diligencia debida a tenor de las circunstancias, demostración que no se logra con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, ya exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada, entendiendo que la simple observancia de tales disposiciones (en el caso ni siquiera se ha acreditado) no obsta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías adoptadas para prevenir los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia del fin perseguido la insuficiencia del cuidado prestado, todo lo cual es aplicable a la Consellería de Ordenación del Territorio y Obras Públicas de la Xunta de Galicia, cuya responsabilidad por la negligencia de sus dependientes es, según el artículo 1903 CC, de carácter directo. (STS de 15 de septiembre de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—El demandante, caminando por la ciudad de Vigo, cayó en una arqueta situada en el arcén que se encontraba rota y no señalizada, no obstante tener que transitar por allí los peatones, como consecuencia de la caída sufrió graves lesiones de las que quedaron importantes secuelas. Seguido juicio de faltas, el perjudicado renunció a la acción penal, reservándose la civil, con posterioridad presentó demanda por culpa extracontractual contra la Consellería de Ordenación del Territorio y Obras Públicas de la Xunta de Galicia. El Juzgado de Primera Instancia consideró los hechos probados y estimó la demanda condenando a la Xunta a abonar la correspondiente indemnización por los daños sufridos. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó la excepción alegada de incompetencia de jurisdicción, que la atribuyó al orden contencioso-administrativo, absolviendo en la instancia, sin entrar a conocer del fondo del asunto. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación. (E. S. M.)

**38. Culpa extracontractual. No peregrinaje de jurisdicciones: principio procesal y constitucional.**—Recuerda el Alto Tribunal que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Real Decreto 429/1993, dirigidos a regular la responsabilidad patrimonial de la Administración, ponen de manifiesto la intención del legislador de atribuir competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero dada la fecha en que ocurrieron los hechos en que se entabló la demanda, anteriores a su publicación, resultan inaplicables, rigiendo, en cambio, el sistema dual de jurisdicciones implantado en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, en materia de responsabilidad patrimonial, conforme a sus artículos 40 y 41, que autorizan y justifican la competencia del orden jurisdiccional civil en supuestos de culpa extracontractual, al dar dimensión nueva a los artículos 1902 y 1903 CC (SS de 4 de noviembre de 1992 y 26 de mayo de 1997).

Reitera la sentencia la doctrina establecida por la de 30 de abril de 1998, sentando, con la S de 23 de diciembre de 1997 que «esta Sala de Casación, conforme a la función jurisprudencial que le corresponde que pide una interpretación de las leyes, según el ordenamiento jurídico, que se ajuste a los valores constitucionales, sin menoscabo del principio de jerarquía normativa, ni del sistema legal de fuentes, se ha considerado obligada, para salvar deficiencias técnicas y lagunas, a establecer la doctrina que evita lo que se ha llamado “peregrinaje de jurisdicciones”, con el fin de procurar la efectividad de la tutela judicial y paliar las graves consecuencias de la solución tardía, y ello con independencia de la también doctrina jurisprudencial, aplicable al caso, que reclama la *vis* atractiva de la jurisdicción civil, cuando sea demandada no sólo la Administración sino otras personas que son interpeladas judicialmente como sujetos responsables de Derecho privado, con fundamento, entre otras razones, en la necesidad de mantener la “continencia de la causa” y en la conveniencia de impedir soluciones contradictorias. La doctrina, sin embargo, que evita el “peregrinaje de jurisdicciones”, admite matizaciones conforme expresa la misma jurisprudencia cuando, en el supuesto de confluencia del orden jurisdiccional civil con el contencioso-administrativo, el caso a resolver implique potestades administrativas genuinas, típicas del *ius imperii*, pues, entonces, el presupuesto de la jurisdicción actúa como condicionante absoluto que debe ser apreciado, incluso de oficio, en cualquier instancia o grado. Mas cuando las funciones administrativas dependen en grado apreciable de la coyuntura histórica (hospitales, Universidades, etc., en el caso que nos

ocupa, construcción de una presa por un ente privado) no pueden eludirse en la composición del conflicto criterios de justicia que tienen su asiento en la Constitución y en el sistema de fuentes (STS de 31 de octubre de 1995)». Y más adelante cita la S de 18 de febrero de 1997 como configuradora de la evitación del peregrinaje de jurisdicciones como «principio procesal», destacando la trascendencia relativa del orden jurisdiccional que conozca, la doctrina de la «vinculación más fuerte» para el orden de valores constitucionales, al que están vinculados autoridades y Tribunales, 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, la no extensión del *ius imperii* a actividades que pueden ser ejercitadas por sujetos privados, dependiendo de razones de política legislativa...

Con tal sentencia y con las que cita, concluye la Sala que «la evitación del peregrinaje procesal es una de las consecuencias más claras del derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial efectiva, siendo esta razón la única y suficiente para dejar concretada la cuestión, en este aspecto procesal, y cumplir lo determinado en el artículo 24 CE». (STS de 8 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores, don A. L. A., don F. L. A. y don M. L. A., propietarios de una piscifactoría, venían denunciando ante diferentes organismos el mal estado del agua, debido a estarse construyendo una presa para el abastecimiento a Hervás, obra adjudicada a *Construcciones y Contratas, S. A.*, pero dirigida por don F. J. G. M., al servicio de la Junta de Extremadura, ocurriendo que el día 5 de enero de 1989 se procedió a hormigonar unas calicatas abiertas en el cauce del río para buscar cimentación, pero al estar las mismas llenas de agua se desbordaron al echar el hormigón, yendo a parar los vertidos al río, que los arrastró hasta la piscifactoría, produciendo la muerte de 295.000 truchas, habiendo dado la orden el Sr. G. M. Los demandados opusieron, entre otras excepciones, litisconsorcio pasivo necesario (no demandarse a *Construcciones y Contratas* y otros organismos, dirigiéndose la acción sólo contra el Sr. G. M. y la Junta de Extremadura) y la incompetencia del orden jurisdiccional civil, desestimándose ambas por venir establecido, en cuanto a la primera, que la culpa extracontractual genera responsabilidad solidaria y ésta excluye el litisconsorcio (SS de 21 de abril, 20 de julio y 30 de septiembre de 1992) y respecto a la segunda, por reclamarse la indemnización en base al artículo 1902 CC y concordantes, regir en tal materia el sistema de dualidad de jurisdicciones, teniendo la civil el carácter de residual y atractiva, ser necesario evitar el peregrinaje de jurisdicciones y tener derecho el ciudadano a la tutela judicial efectiva ante el orden jurisdiccional civil en los casos dudosos, recalcando la Audiencia que además de a la Junta de Extremadura se demanda a una persona que no tiene el carácter de ente público. Recurre en casación la Junta de Extremadura. (A. G. B.)

**39. Culpa extracontractual.**—Recuerda la sentencia la doctrina reiterada y constante de esta Sala respecto a que la culpa extracontractual sancionada en el artículo 1902 CC existe, no sólo en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia, lo que constituiría imprudencia grave, sino también en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias

del caso concreto, de las personas, tiempo, lugar y sector de la realidad social en el que se actúa; y si inicialmente se basó en elementos subjetivos, ha ido evolucionando a partir de la S de 10 de julio de 1943 hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas, poniendo a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del daño sufrido por tercero, a modo de contrapartida de la actividad peligrosa, transformando la apreciación del principio subjetivista ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con aquella diligencia debida a tenor de las circunstancias de personas, tiempo y lugar, demostración que no se logra con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, ya exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada, entendiéndose que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías adoptadas para prevenir los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado, que es lo que ocurre en el caso resuelto respecto de las cautelas adoptadas por la Confederación Hidrográfica respecto de su camino asfaltado, que discurre junto al canal y es utilizado como atajo por los lugareños.

**Competencia del orden jurisdiccional civil. No peregrinaje de jurisdicciones: principio procesal y constitucional.**—La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollada por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dirigidos a regular la responsabilidad patrimonial de la Administración, ponen de manifiesto la intención del legislador de atribuir la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero dada la fecha en que ocurrieron los hechos y en que se entabló la demanda, anteriores a su publicación, es llano que resultan inaplicables, rigiendo, por el contrario, el sistema dual de jurisdicciones implantado en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, en materia de responsabilidad patrimonial, conforme a sus artículos 40 y 41, que autorizan y justifican la competencia del orden jurisdiccional civil en supuestos de culpa extracontractual, al dar dimensión nueva a los artículos 1902 y 1903 CC (SS de 4 de noviembre de 1992, 26 de mayo de 1997 y 8 de mayo de 1998).

A partir de la sentencia de esta Sala de 1 de julio de 1986, se mantiene de modo casi absoluto la competencia del orden jurisdiccional civil, salvo cuando se tropieza en los casos a resolver con el ejercicio de potestades administrativas genuinas, típicas, en las que la Administración actúa revestida de *imperium*, pero por propia naturaleza y no por mera coyuntura histórica o razones ocasionales, hasta que entre en vigor la nueva regulación apuntada. Las razones de prevalencia del orden jurisdiccional civil, aun admitiendo la dualidad competencial, se encuentran en no dividir la contienda de la causa cuando se demanda a la Administración y a otra persona; en otro caso, la *vis* atractiva y el valor matriz y residual del orden jurisdiccional civil, prevalente en supuestos de duda, la pertenencia de la culpa extracontractual al ámbito del derecho privado, la interpretación restrictiva respecto al «funcionamiento de los servicios públicos», sea normal o anormal, cuando entra en juego la culpa extracontractual o aquiliana respecto de quienes actúan o dejan de actuar contraviniendo las exigencias del caso, produciéndose el daño mas bien «con ocasión» del servicio sin incidencia de facultades soberanas. a todo lo cual ha de añadirse la menor trascendencia del orden

jurisdiccional que conozca, una vez declarada la unidad jurisdiccional por la LOPJ pero con la enorme trascendencia constitucional de proscribir el «peregrinaje de jurisdicciones» (SS de 5 de julio de 1983 y 1 de julio de 1986, 25 de octubre de 1989, 28 de marzo de 1990, 27 de febrero de 1995), en aras de evitar la indefensión, dilaciones, obtener economía procesal y, en definitiva, no restringir la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos, por imperativo del artículo 24 CE, que ha obligado a esta Sala a consagrar como principio procesal ese no peregrinaje jurídico-judicial (SS de 18 de febrero y de 23 de diciembre de 1997 y, por referirse a ellas, las de 30 de abril y 8 de mayo de 1998).

**Aplicación del artículo 1715.1.3.º LEC y no del propio precepto 1.1.º**—Considera el Alto Tribunal que ha de rechazarse la afirmación vertida por la parte impugnante de que esta Sala no debe entrar a conocer del fondo a virtud de lo dispuesto en el artículo 1715.1.1.º LEC (dejar a salvo el derecho a ejercitar las pretensiones ante quien corresponda o por el procedimiento adecuado) pues, «esta Sala ya expresó en su S de 26 de marzo de 1991 (en sentido análogo a la de 2 de junio de 1989) que la solución que contempla dicho precepto se refiere a los supuestos de abuso o exceso de jurisdicción o de competencia, pero no a los casos de defecto de jurisdicción, en que no cabe remitir a las partes a otro orden jurisdiccional, pues ya acudieron al órgano correspondiente y, en consecuencia, ha de dictarse la resolución que proceda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, es decir, por vía igual a la fijada en el artículo 1715.1.3.º, actuando el TS como Sala de instancia».

**Concurrencia de culpas.**—Considera indudable la Sala la concurrencia de culpas en el supuesto planteado, tanto de la propia víctima (persona de sesenta años, conectora del lugar y su peligrosidad), como de la Confederación Hidrográfica, que no ha evitado el resultado dañoso con las escasas medidas adoptadas, pero sin que la conducta de la aludida víctima, cuyos herederos son los que demandan, pueda erigirse en el único factor desencadenante del hecho dañoso, de forma que, al no existir absorción de ninguna por la otra, se impone una equitativa moderación en la cuantía del resarcimiento, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes, de manera que a la de la víctima ha de atribuírsele un porcentaje del 75 por 100 y a la Confederación Hidrográfica el 25 por 100 restante, sin que quepa hablar de solidaridad al no existir concurrencia causal única, poderse individualizar los respectivos comportamientos y, consiguientemente, las distintas responsabilidades, a reflejar en el *quantum* indemnizatorio. (STS de 30 de mayo de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—Los demandantes, hoy recurrentes en casación, ejercitaron acción reparadora por culpa extracontractual contra la Confederación Hidrográfica del Duero, con base en los siguientes hechos, que más tarde el Juzgado declaró probados: don F. R. I., de sesenta años de edad, y su nieto R. R. M., de cinco años de edad, se dirigían desde la localidad de Rebollar de los Oteros con dirección a la localidad Malillos de los Oteros, circulando en sendas bicicletas por la pista pavimentada que existe en la margen izquierda del canal del Porma, propiedad de la Confederación Hidrográfica del Duero, cuando sobre las veinte, cuarenta y cinco horas y al llegar al punto kilométrico del canal 29,500, R. adelantó a su abuelo y por circunstancias que no han quedado acreditadas, salvo que se salió una zapatilla, se cayó con la bicicleta al canal; don F. R. se apeó de la bicicleta y, tras dejar las gafas y la boina en el suelo, se tiró al canal, con intención de sacar a su nieto del mismo, pereciendo ambos como consecuencia de asfixia por

sumersión en el agua del aludido canal; ninguno de los fallecidos sabía nadar.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de los de León, como la Sección Primera de la Ilma. Audiencia de la propia capital, estimaron la excepción de falta de jurisdicción, por entender que la pretensión debía de ejercitarse ante el orden contencioso-administrativo. (A. G. B.)

**40. Competencia de la jurisdicción civil cuando los daños que dan pie a la acción resarcitoria se imputan a un ente público y a sujetos particulares, dando lugar a un litisconsorcio pasivo.**—Según la sentencia de la Sala civil del TS de 8 de febrero de 1997, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, con ocasión de un caso similar al de este proceso, de lesión patrimonial sufrida como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en S de 4 de abril de 1994, tiene declarada que en el supuesto de responsabilidad exclusiva de una parte de los agentes causantes, bien la Administración o bien todos o alguno de los particulares demandados, cuya determinación sería preciso hacer, o ya de aquélla y éstos conjuntamente, lo que también habría de precisarse, pues en la coyuntura de no atribuirse el conocimiento exclusivo a la jurisdicción o a la Administración, se produciría una división de la contienda de la causa, prevista como presupuesto de la acumulación y de la unidad de conocimiento en los artículos 161 y 162 LEC, con la posibilidad de decisiones contradictorias si se hubiese de ir a la jurisdicción de la Administración o viceversa, que incluso podrían implicar una denegación de justicia de difícil solución si ambas partes, sucesivamente, impidiesen la reparación por razones de forma o de fondo, o si se hubiese de ir simultáneamente a las dos en reclamación de sus respectivas cuotas y se produjese idéntico efecto, efectos que, indudable y necesariamente, abonan la unidad de procedimiento y de órgano decisorio, el cual por imperativos de la *vis* atractiva de la jurisdicción del orden civil y el carácter residual de la misma que establece el artículo 9.2 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (hoy reformado por la LO 16/1994, de 8 de noviembre), no puede ser otro que el competente por razón del territorio y la cuantía, ya que, como se dijo en la S de 21 de diciembre de 1993, siguiendo una mayoritaria jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS —SS de 22 de noviembre y 17 de diciembre de 1985—, cuando los daños que dan pie a la acción resarcitoria se imputan a un ente público y a sujetos particulares, dando lugar a un litisconsorcio pasivo, la competencia es de la jurisdicción en el orden civil; doctrina jurisprudencial reiterada en S de 23 de diciembre de 1997 en la que, en su fundamento de derecho tercero, se concluye que «hay que afirmar para la presente contienda, que la evitación del “peregrinaje procesal” es una de las consecuencias más claras del derecho constitucional fundamental a obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial efectiva, siendo esta razón la única y suficiente para dejar concretada la cuestión, en este aspecto procesal, y cumplir lo determinado en el artículo 24 de la CE».

**Seguido frente a la Administración estatal juicio declarativo, finalizado por sentencia absolutoria en la instancia, resulta innecesario el requisito de la reclamación previa en vía administrativa.**—Dice la S de 27 de enero de 1997 que «a) la asimilación, en cuanto a su finalidad, entre el acto de conciliación y la reclamación previa a la vía judicial tiene muy antiguo origen y ya la Real Orden de 9 de junio de 1847 se refirió a que “la instrucción de expedientes gubernativos puede suplir en los negocios en que es parte el Estado las ventajas que en los privados producen los juicios de conciliación”, lo que se reitera en la Ley de Bases de 11 de abril de 1868, sobre unificación de fueros, y en el Decreto de 9 de julio

de 1869, jugando entonces la similitud del acto de conciliación para argumentar la convivencia de exigir la reclamación previa, no obstante su carácter de privilegio de la Administración y, en alguna medida, contrario al libre ejercicio de la jurisdicción; *b*) la jurisprudencia ha venido declarando que, aun reconociendo las diferencias entre la reclamación previa y el acto de conciliación, pueden asimilarse desde el momento en que aquélla viene a sustituir a éste identificándose su finalidad, y consecuentemente, sus efectos (SS de 20 de junio de 1889, 20 de mayo de 1941, 23 de marzo de 1961, 17 de febrero de 1972, 20 de marzo de 1975, 27 de febrero de 1987 y 26 de mayo de 1988, entre otras), de donde se infiere que la falta de reclamación previa es un requisito subsanable; *c*) suprimida en 1984 la obligatoriedad, en algunos casos, del acto de conciliación, se ha debilitado todavía más cualquier interpretación radical de los efectos de la reclamación previa como requisito necesario para el ejercicio de determinadas acciones frente a la Administración, y *d*) puede concluirse que, en definitiva, no existe en nuestro ordenamiento base alguna para que la observancia del artículo 138 opere como condicionante absoluto del ejercicio de la acción a entablar, habiendo devenido la exigencia en un requisito puramente formalista que debe ser obviado en aras a la efectividad de la tutela judicial consagrada constitucionalmente (art. 24.1)». Seguido frente a la Administración estatal un previo juicio declarativo sobre el mismo objeto que el presente, finalizado por sentencia absoluta en la instancia, se hacía innecesario el requisito de la reclamación previa en vía administrativa ante la oposición manifestada de la Administración a la pretensión indemnizatoria ejercitada; por otra parte, tratándose de un presupuesto o requisito del proceso, pudo y debió concedérsele al demandante la oportunidad procesal de subsanarlo, de conformidad con lo dispuesto en la regla 3.ª del artículo 693 LEC, sin que la inobservancia de esta norma pueda hacerse recaer sobre el actor.

**La firmeza de las resoluciones judiciales se produce desde el momento en que se dejan transcurrir los plazos para el ejercicio de los recursos pertinentes, sin necesidad de resolución que declare esa firmeza.**—Siendo la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia *a quo* sobre la interpretación y tratamiento restrictivos que ha de darse al instituto de la prescripción extintiva, tal doctrina ha sido incorrectamente aplicada al caso por inobservancia de lo dispuesto en el artículo 1969 CC acerca del cómputo del tiempo para la prescripción; notificada al demandante la sentencia recaída en el procedimiento precedente, sin que contra la misma preparase auto la Sala de apelación el precedente recurso de casación, dicha sentencia quedó firme, momento a partir del cual el demandante tuvo expedita la vía judicial para iniciar un nuevo procedimiento subsanando los defectos procesales apreciados en aquella sentencia; es claro que la firmeza de las resoluciones judiciales se produce desde el momento en que se deja transcurrir los plazos para el ejercicio de los recursos pertinentes sin necesidad de resolución que declare esa firmeza; otra cosa, supondría dejar en manos del juzgador la eficacia de cosa juzgada de la sentencia, y la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción; menos aceptable es aún poner dicho momento inicial en la fecha del auto aprobando la tasación de costas. En conclusión, iniciado el plazo de un año que establece el artículo 1968.2.º CC para la prescripción de esta clase de acciones a partir de la firmeza de la sentencia recaída en los citados autos. (STS de 23 de mayo de 1998; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Se formula ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de León, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía con-

tra el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, el Servicio Territorial de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León y contra *Entrecañales y Távora, S. A.*, sobre reclamación de cantidad, suplicando se dicte sentencia en la que se condene a los demandados, solidariamente, a satisfacer la indemnización de 16.984.000 pesetas, más los intereses legales. Admitida la demandada, el Abogado del Estado, contestó a la demanda, oponiendo las excepciones de incompetencia de jurisdicción, falta de legitimación pasiva y de reclamación previa en vía gubernativa, solicitando se absuelva al Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario. Por su parte, el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, y la representación legal de la entidad *Entrecañales y Távora* contestaron a la demanda, oponiendo la excepción de falta de reclamación previa en vía administrativa, solicitando se desestime la demanda.

Dictada sentencia en primera instancia, se desestima la demanda interpuesta, estimando las excepciones procesales y previa a conocer el fondo del litigio, imponiendo las costas a la parte actora. Apelada la sentencia, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León dictó sentencia, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el actor, revocando la sentencia de primera instancia, y estimando en parte la demanda promovida, condenando, solidariamente a los demandados a satisfacer una indemnización de 13.484.000 pesetas.

Interpuesto recurso de casación por todas las partes implicadas en el procedimiento, el TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado y por la entidad *Entrecañales y Távora*, rechazando el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, se declara prescrita la acción ejercitada y se absuelve a los demandados, con expresa condena de las costas de casación a la Comunidad Autónoma de Castilla y León. (A. I. H. O.)

**41. Culpa extracontractual. Jurisdicción competente.**—Estima la Sala de Casación civil, en relación a los motivos alegados en el recurso, que para que proceda apreciar desmotivación en las sentencias, es preciso que no cumplan los requisitos de los artículos 372 LEC, 248.3.º LOPJ y 120.3 CE y, con ello, omitan aportar y explicar los fundamentos de la decisión adoptada, a fin de permitir el control y revisión jurisdiccional mediante el ejercicio de los recursos procedentes, pues no hay precepto que exija una detalladísima labor de investigación de las pruebas, sino exclusivamente alcanzar una o varias conclusiones que configuren el fallo del Tribunal. Tampoco es preciso que las sentencias civiles contengan declaración formal de hechos probados, pues basta que los mismos sean tenidos en cuenta y aportados en la extensión necesaria para dictar el fallo.

Asimismo, afirma la sentencia que, en general, las actividades policiales de entrenamiento, han de encuadrarse en el desarrollo de un servicio público policial, cuyo fin primordial es garantizar la seguridad de la ciudadanía dentro del ordenamiento democrático, conforme al artículo 104 CE y a la doctrina constitucional, y a su vez dispensar protección a los derechos y libertades.

**La doctrina de la *vis atractiva*.**—Ha sido aplicada en muy contadas ocasiones por la Sala civil, teniéndose en cuenta en los casos que así ha sido que, junto a la Administración, han sido demandadas personas *privadas* (e incluso *jurídicas*), existiendo un vínculo de solidaridad entre las mismas (SSTS de 29 de octu-



bre de 1987, 2 de junio de 1993 y 22 de noviembre de 1996). (STS de 9 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Salamanca tramitó el juicio declarativo de menor cuantía núm. 201/1993, sobre reclamación de cantidad por los daños sufridos en el desarrollo de unas maniobras de entrenamiento policial, dictando sentencia, con fecha 10 de enero de 1994, desestimatoria de la demanda presentada. Por tal motivo, el demandante recurrió la misma ante la Audiencia Provincial de Salamanca, que resolvió con fecha 7 de marzo de 1994, ratificando la sentencia de instancia. Finalmente, se interpone recurso de casación ante el TS. (J. L. B.)

**42. Responsabilidad civil del Servicio Andaluz de Salud por el mal funcionamiento del servicio público: fallecimiento al practicar endoscopia: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.**—La condena a los organismos públicos realizada por la Audiencia radica en el daño producido por el mal funcionamiento de los servicios sanitarios, lo que hubiera debido llevar a la apreciación de oficio de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. (STS de 19 de de junio de 1998; ha lugar.)

NOTA.—La paciente, menor de edad, acudió al Servicio Andaluz de Salud aquejada de dolores en la garganta, ignorando que tenía clavada una espina de pescado que le produjo una perforación de la aorta, lo que originó su fallecimiento al practicársele una endoscopia. La madre demandó a los médicos que practicaron ésta, al Servicio Andaluz de Salud y al Consejero responsable de la Junta de Andalucía. La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, pero estimada parcialmente en apelación contra los órganos administrativos, quedando firme la absolución de los médicos. No hay indicación sobre la fecha en que se produjeron los hechos, aunque la sentencia de primera instancia es de 21 de mayo de 1993. La STS de 30 de abril de 1998 condenó al Servicio Andaluz de Salud, en un supuesto anterior a la nueva legislación. En el presente caso, la absolución de los médicos, confirmada en apelación, dejaba expedita la exigencia de responsabilidad administrativa por el mal funcionamiento de los servicios públicos; pero ¿no cabe invocar el *peregrinaje de jurisdicciones* que tantas veces ha invocado el TS? Véase también Clara I. Asúa González, *Responsabilidad sanitaria*, Ponencia presentada al Congreso de la APDC en Santiago, noviembre 1999, pp. 24 ss. (G. G. C.)

**43. Culpa extracontractual: jurisdicción contencioso-administrativa: muerte al precipitarse en el vacío desde un espigón: derecho transitorio: aplicación de los artículos 40 y 41 LRJAE.**—Si aplicamos estos preceptos, vigentes al tiempo de suceder los hechos, habremos de concluir que siendo de pertenencia estatal los elementos de la zona portuaria, obviamente su conservación y refuerzo de seguridad constituyen competencia de la Junta o del Departamento del ramo, e integran un evidente servicio público, lo que determina la atribución para el conocimiento de los daños causados en el funcionamiento normal o anormal de este servicio a los particulares, al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. (STS de 14 de julio de 1998; ha lugar.) (G. G. C.)

**44. Culpa extracontractual: indemnización civil derivada de accidente de trabajo: compatibilidad con indemnización laboral.**—Es muy notoria y reiterada la consolidada doctrina jurisprudencial que sostiene, respecto de la responsabilidad y sus respectivos títulos legales, la compatibilidad de las indemnizaciones laboral y civil; ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC sino que explícitamente viene admitiendo su vigencia al admitir que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, y exigibles, las mismas ante la jurisdicción civil, siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de la Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de las obligaciones (arts. 1089 y 1093 CC), que es la culpa o negligencia no penadas por la ley; así lo declaran los artículos 93.9 y 97.3 de la Ley de Seguridad Social. De aquí deriva que corresponde a este orden jurisdiccional el conocimiento del asunto (SS de 21 de noviembre y 5 de diciembre de 1995), habiendo declarado la S de 8 de octubre de 1984 que la jurisdicción civil no viene vinculada a la laboral, siendo independiente para enjuiciar conductas cuando se acciona al amparo de los artículos 1902 y 1903 CC.

**Cuantía de la indemnización.**—Ha quedado probado que el fallecido convivía con su madre, su hermana y dos tíos, y aportaba los ingresos que obtenía de su actividad laboral, por lo que la actora, su madre, que es perceptora de una modesta pensión de viudedad, se ve perjudicada económicamente por la pérdida de su hijo, a lo que debe añadirse el daño moral; de acuerdo con las pautas orientativas de 1991, actualizadas en 1994, se cifra el monto de la indemnización en 12.000.000 de pesetas, la cual devengará el interés prevenido en el artículo 921 LEC; lo que conduce a rechazar el recurso. (STS de 13 de julio de 1998; no ha lugar.) (G. G. C.)

**45. Culpa extracontractual: indemnización civil derivada de accidente laboral: incompetencia de jurisdicción.**—La resolución recurrida sienta como hecho probado la relación laboral que unía al fallecido y a la empresa demandada, relación en la que se basa la reclamación y que atribuye la cuestión litigiosa a los órganos jurisdiccionales del orden social, de acuerdo con el artículo 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, con necesidad de abstenerse de su conocimiento los de la jurisdicción civil, según se desprende de los artículos 9, 22, y 25 LOPJ; y así lo ha entendido la sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 1994, que proclama que cuando la relación entre el fallecido y la sociedad demandada es una relación laboral, sin que entre ellas mediase ningún otro vínculo contractual, ha de entenderse que no es aplicable al caso la regulación de la culpa contractual que se contiene en los artículos 1101 ss. CC, y sin perjuicio de la responsabilidad de naturaleza laboral. (STS de 23 de julio de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Dos sentencias, en apariencia, contradictorias sobre la competencia civil en materia de indemnización por accidente laboral. La S de 13 julio hace un resumen de la doctrina reiterada y *muy notoria*, —que se ratifica—, sobre la compatibilidad entre las indemnizaciones, civil y laboral, aludiendo a diversidad de fuentes de ambas obligaciones. En cambio, la de 23 de julio se apoya exclusivamente en la responsabilidad contractual, que es, sin duda, laboral y, por ende, de la competencia de esta jurisdicción. Doble dirección interpretativa que se mantiene muy recientemente. Así la compatibilidad en STS de 11 de diciembre de 1997 (ADC, 1999, núm. 42, pp. 496 ss.), con cita de juris-

prudencia anterior (SS de 5 de diciembre de 1995 y de 6 de febrero, 15 de junio, 3 de septiembre y 19 de diciembre de 1996, esta última extractada en *ADC*, 1998, p. 982), y la competencia exclusiva de la jurisdicción laboral cuando se invoca la culpa contractual en SSTs de 24 y 26 de diciembre de 1997 (*ADC*, 1999, núms. 54 y 55, pp. 507 ss.). Adviértase que en la S de 3 de julio de 1998 se dice en el FD 1.º, que la demanda se interpone por la viuda *sobre responsabilidad extracontractual*, sin que se añadan otras explicaciones. En cuestiones tan vitales como los accidentes laborales no parece que meros formulismos procedimentales, o las deficiencias de la dirección letrada, puedan dilatar la percepción de indemnizaciones por los familiares de la víctima, ni que se condene al *peregrinaje de jurisdicciones* que en otros ámbitos también trata de evitarse. (G. G. C.)

**46. Culpa extracontractual: doctrina general sobre la concurrencia con la culpa contractual: unidad de la culpa: *Iura novit curia*.**—Aunque la jurisprudencia de esta Sala ha proclamado en numerosas sentencias que las normas de la responsabilidad contractual y extracontractual fundamentan dos pretensiones distintas (así SS de 12 de marzo de 1934, 24 de junio de 1969, 2 de enero de 1978 y 1 de abril de 1990, entre otras muchas), sin embargo, como opina parte de la moderna doctrina científica, sería un error deducir que si el perjudicado ha fundamentado jurídicamente su demanda de indemnización, ya en normas de responsabilidad extracontractual, ya de responsabilidad contractual, exclusivamente, el juzgador no podrá estimarla o desestimarla, aplicando las normas que regulan la otra responsabilidad, sin incurrir en incongruencia por cambio de la causa de pedir. Esta postura doctrinal es lógica y se asume totalmente desde el punto de vista del principio *iura novit curia*, perfectamente desarrollada por la corriente doctrinal germánica de la *freie revisions praxis*, que permite al juzgador dar la norma jurídica aplicable al *factum* alegado y probado, aunque en la pretensión no se alegue la misma, e incluso cuando se alegue otra norma con distinto contenido; así lo ha entendido la emblemática S de 5 de mayo de 1982, siendo acogida esta tesis en el auto del TC de 16 de mayo de 1984. Todo ello corroborado por STS de 18 de febrero de 1997, según la cual debe reconocerse como aplicable el principio de la llamada *unidad de la culpa civil*, que en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual, que el perjudicado pueda optar entre una u otra acción, cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro; y por STS de 9 de marzo de 1983, de que no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial.

**Acciones que pueden ejercitarse.**—La continuada doctrina jurisprudencial sobre la unidad conceptual de la culpa permite que el perjudicado pueda ejercitar las acciones alternativa o subsidiariamente, u optar por una u otra, e, incluso, proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible; por todo, amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la *causa petendi*, en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas,

sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual, o ambos conjuntamente, salvado por iguales hechos y sujetos concurrentes el carácter único de la indemnización, no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma, pues se entiende que tal materia pertenece al *iura novit curiae*, y no cabe eludir el conocimiento del fondo con fundamento en la equivocada o incompleta elección de la norma, de manera que el cambio del punto de vista jurídico no supone *mutatio libelli*.

**Incongruencia por falta de motivación.**—Esta Sala está totalmente de acuerdo con exigir la motivación de las sentencias, cuyo principio ha sido elevado al rango constitucional, a través del artículo 120.3 CE, entendiendo tal motivación como la obligación de todo Tribunal de Justicia de exponer las razones y argumentos que llevan o conducen al fallo judicial, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que lo sustentan; la motivación permite operar sobre la realidad social, garantiza el imperio de la Ley y es un dato indicador del grado de formación y conocimiento del Juez al dictarla, y, sobre todo, es un derecho del ciudadano que inquiriere los motivos de una decisión que le afecta directa o indirectamente. Sin embargo, el deber de motivación no implica que los Jueces y Tribunales hayan de otorgar una respuesta pormenorizada y exhaustiva a todas las alegaciones realizadas por las partes; así la STC de 13 de mayo de 1987 ha declarado que una motivación escueta y concisa no deja de ser tal motivación, y la de 12 de junio de 1987 añade que la motivación no exige del Juez o Tribunal una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado. (STS de 24 de julio de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Extensa argumentación que reitera la conocida doctrina de la unidad de la culpa (Pte. Sierra Gil de la Cuesta) sobre unos hechos que, sin embargo, no quedan suficientemente aclarados al final del FD 2.º, al decir: «Hay que afirmar que en la sentencia recurrida existe la suficiente motivación para sustentar la decisión final de la misma, pues la misma está fundada en una actuación negligente de la parte recurrente, que no ha logrado probar lo contrario, y que en consecuencia, dados los lazos contractuales que la unían a la parte recurrida, está obligado a resarcir los daños y perjuicios ocasionados». La presente resolución puede ser exponente de sentencias crípticas que impedirán valorar y aplicar, en su caso, la doctrina sentada, importante en sí misma por incidir en un *punctum ardens* de la culpa extracontractual; de la sentencia sólo se deduce que una Caja de Ahorros catalana demanda a una empresa de la región, exigiendo una indemnización de daños y perjuicios, siendo estimada la demanda en ambas instancias y rechazado el recurso de casación. (G. G. C.)

**47. Responsabilidad extracontractual.**—Resulta evidente que el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento jurídico positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 CC, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligen-

cia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de responsabilidad culposa.

Por tanto, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículo de motor.

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, el factor «riesgo», cobra una especial relevancia en cuantos accidentes ocurren en una empresa que, por su específica actividad, genera un mayor porcentaje del mismo, pero aun así, y en cualquier caso, semejante factor no puede determinar, aisladamente considerado, una imputación de responsabilidad extracontractual a la empresa, pues precisa, de manera ineludible, la preexistencia del reproche culpabilístico, resultante de la jurisprudencia reseñada. En relación con el factor «riesgo» y también con el factor «culposo», está el denominado de «previsibilidad», que, propiamente viene a ser consustancial con toda acción u omisión que lleva consigo la aludida responsabilidad, el cual, no puede menos de depender del resultado probatorio, si bien en cualquier actividad laboral que implique «riesgo», la noción de «previsibilidad» a tener en cuenta no es la general que dimana de la misma, sino la específica que puede configurar el suceso concreto. (STS de 8 de junio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de León, fueron vistos los autos de juicio de menor cuantía núm. 37/1993, sobre reclamación de cantidad, por estimar los familiares de un minero, que su fallecimiento durante el desempeño normal de su labor, era debido al incumplimiento de las normas de seguridad propias de la explotación en la que trabajaba. El Juzgado dictó sentencia estimatoria con fecha 29 de junio de 1993, la cual fue objeto de recurso de apelación interpuesto ante la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de León, que revocó parcialmente tal resolución. Finalmente, se plantea recurso de casación al amparo del núm. 4 del artículo 1692. (*J. L. B.*)

**48. Responsabilidad por culpa extracontractual. Doctrina jurisprudencial.**—El principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 CC, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa, encontrándose en la línea de jurisprudencial indicada, las SS, entre otras, de fechas 29 de

marzo y 25 de abril de 1983, 9 de marzo de 1984, 21 de junio y 1 de octubre de 1985, 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986, 19 de febrero y 24 de octubre de 1987, 5 y 25 de abril y 5 y 30 de mayo de 1988, 17 de mayo, 9 de junio, 21 de julio, 16 de octubre y 12 y 21 de noviembre de 1989, 26 de marzo, 8, 21, y 26 de noviembre y 13 de diciembre de 1990, 5 de febrero de 1991, 24 de enero de 1992, 5 de octubre de 1994, 9 de marzo y 9 de junio de 1995, 4 y 13 de febrero, 28 de abril y 9 de junio de 1997, así pues, en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial transcrita, en los supuestos de responsabilidad extracontractual es preciso y decisivo, a efectos de generar una responsabilidad indemnizatoria, examinar los presupuestos estimados acreditados a fin de poder apreciar, con base en ellos, cualquier género de comportamiento –por acción u omisión– susceptible de calificarse de culpable o negligente, aun cuando ello fuese en grado minoritario.

Aplicando estos criterios, concluye la Sala que los recurrentes, en su condición de socios en la explotación de la discoteca, incurrieron, por vía de omisión, en la culpa o negligencia prevista en el artículo 1902 CC, y que entre su conducta y el resultado dañoso producido existe la necesaria y adecuada relación de causalidad, requisitos todos ellos que comportan la aplicación del precitado artículo, que no puede quedar desvirtuada por la culpa en que, asimismo, incurrió el otro codemandado, pues tanto una como otra conducta contribuyeron al daño producido, sin que, a efecto de la extensión o cuantificación de la responsabilidad, puedan deslindarse o separarse ambas, al propiciar las dos el daño en cuestión, y de aquí, que no quepa imputar al Tribunal *a quo* infracción alguna en torno al referido precepto, ni, tampoco, respecto a los artículos 1104 y 1107 del mismo texto legal en cuanto que la prestación de un suficiente y necesario servicio de orden y vigilancia venía impuesto por las específicas condiciones del negocio de una sala de baile, y el hecho acaecido entraba en la categoría de previsible, ni infracción, asimismo, acerca de la doctrina jurisprudencial que interpreta los preceptos dichos. (STS de 2 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.–El 18 de marzo de 1985, encontrándose en la pista de baile de la discoteca *Dona-Dana*, de Touro, don J. J. B. T. se le cayó encima de su cuerpo don J. M. B. P. desde una altura de casi cinco metros, ya que éste se hallaba en otro piso de aquélla y, entre la exagerada concurrencia de público en el piso y la falta de medidas de seguridad, se precipitó al vacío. Don J. J. B. T. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra don J. M. B. P., los propietarios de la citada discoteca don E. O. V., don I. C. B., don J. M. Q. y su esposa doña R. T. R. y la entidad aseguradora *Cervantes S. A.*, a fin de que declarase el derecho del actor a ser indemnizado conjunta y solidariamente en la cifra de 35.000.000 de pesetas, por los daños físicos y morales sufridos y secuelas derivadas del accidente, y se condenase a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a que conjunta y solidariamente abonaran la expresada suma al actor, con los intereses legales desde la interposición de la demanda.

Las pretensiones formuladas fueron estimadas parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santiago de Compostela, al condenarse a don J. M. B. P. a abonar al actor la suma de 20.000.000 de pesetas por daños físicos y morales y secuelas sufridas y absolverse a los restantes demandados. Esta resolución fue revocada por la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de La Coruña condenándose a todos los demandados al abono de la precitada cantidad. Esta segunda sentencia es la recurrida en casación por don E.O.V., don J. M. Q. y su esposa doña L. P. T. y don J. S. B. y su esposa doña M.<sup>a</sup> del R. T. R. (O. M. B.)

**49. La responsabilidad extracontractual consiste en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a personas o bienes ajenos.**—La responsabilidad extracontractual o aquiliana sancionada en uno de los más emblemáticos preceptos del Código civil, como es el artículo 1902, después de numerosos avatares siempre tendentes a su objetivización, según doctrina jurisprudencial constante y pacífica de esta Sala, no consiste o supone la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a personas o bienes ajenos, esto es, que la persona a quien se atribuye la autoría de los daños está obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad u omisión obró con toda prudencia y diligencia precisas para evitarlos, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva, basada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de éste se presume *iuris tantum* (SS de 4 de junio de 1991 y 20 de junio de 1994, entre otras).

Del *factum* de la sentencia recurrida se desprende que el conductor de la máquina ferroviaria contaba con muy poca visibilidad en su maniobra, llegando la misma, a ser nula en alguno de los tramos, concretamente, en el momento de salir de una curva, y fue dicho momento en el que arrolló al peatón que atravesaba la vía en aquel momento por un lugar no adecuado pero usado por los vecinos del lugar para atravesar la vía. Ello unido a que la maniobra realizada era la de marcha atrás, a una velocidad no propia para la misma. Todo lo cual, prescindiendo de la compensación de responsabilidades del agente con las de la víctima, que no se discute ahora, indica una actuación creadora de riesgo por parte del conductor de la locomotora, que supone una clara y determinada negligencia por parte del mismo provocadora de un daño. Además, la referida acción negligente que se deriva de dicho *factum* por lo tanto es una cuestión de hecho que aleja toda censura casacional, sobre todo cuando dichos hechos probados son consecuencia de una actividad hermenéutica lógica y correcta. (STS de 23 de abril de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Al cruzar por un vía inapropiada para el tránsito de peatones, pero habitualmente utilizada por los vecinos, un ferrocarril que hacía dicha ruta de la empresa FEVE atropella a un peatón causándole la muerte. Se interpone por su esposa e hijos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Bilbao demanda en juicio de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad contra la empresa de ferrocarriles FEVE y dos de sus empleados. Se dicta sentencia en primera instancia por la que se estima la demanda formulada conde-

nando a los empleados y a la empresa a abonar solidariamente la cantidad de 13.317.000 pesetas (la parte actora había solicitado 33.284.562 pesetas).

Interpuesto recurso de apelación por la empresa FEVE ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bilbao, se estima parcialmente el recurso, pero se condena a los codemandados solidariamente a que abonen la cantidad de 10.000.000 de pesetas. Se formula por la empresa FEVE ante el TS recurso de casación, por infracción del artículo 1902 CC; se declara por el citado Tribunal no haber lugar al recurso, imponiendo el pago de las costas a la parte recurrente en casación. (A. I. H. O.)

**50. La responsabilidad extracontractual nace como consecuencia de una acción u omisión ilícita o culpable.**—El artículo 1902 CC ha constituido el núcleo de todo el tema debatido: se ha ejercitado la acción de reclamación de los daños materiales y morales que han sufrido los demandantes en los autos acumulados, por razón de una actuación procesal de *Banca Catalana, S. A.*, demandada; es la llamada responsabilidad civil extracontractual u obligación nacida de acto ilícito, que prevé el artículo 1089 CC: *las obligaciones nacen... de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia* y como proclama el mencionado artículo 1902: *el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*, norma que ha sufrido una importante evolución jurisprudencial. Los elementos que configuran esta responsabilidad extracontractual u obligación nacida de acto ilícito, tal y como los enumera y aplica la jurisprudencia y los explica la doctrina, son los siguientes: primero, la acción (u omisión); segundo, el daño; tercero, el nexo causal entre la acción y el daño; cuarto, la culpabilidad o negligencia del autor, persona física o jurídica, que ha ejecutado aquella acción.

**La culpa o negligencia. Embargo en juicio ejecutivo, declarado nulo, que produce graves daños materiales y morales.**—Los hechos que estima acreditados la sentencia de instancia son inamovibles en casación —ésta no es una tercera instancia— pero la calificación jurídica de los mismos es una cuestión jurídica que sí puede ser revisada en casación; este es el caso de la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1902 CC. La culpabilidad que en un primer tiempo fue preciso probarla, pasó a ser objeto de inversión de la carga de la prueba a partir de la S de 10 de julio de 1943 y más tarde, por el interés social de proteger a las víctimas de los daños cada vez más frecuentes y por los riesgos que se producen con más intensidad por los cambios económicos, sociales y tecnológicos, se acude a la teoría del riesgo, (así lo expresa la S de 8 de octubre de 1996) desplazando la responsabilidad patrimonial a la personal, teniendo en cuenta que quien aprovecha las ventajas de su actuación debe sufrir las consecuencias patrimoniales de la producción de daños; así, se sigue manteniendo la necesidad del reproche culpabilístico (S, entre otras muchas, de 8 de julio de 1996), pero yéndose cada vez más a objetivar la responsabilidad (así, S de 29 de diciembre de 1997).

Hay que partir del principio de que el embargo se solicita y obtiene —si reúne los requisitos legales— de cuenta y riesgo del embargante. No puede ampararse éste en normas generales que le permiten en abstracto el embargo. Se analiza en este recurso la responsabilidad extracontractual; no se plantea el abuso de derecho o fraude procesal, a que se refiere la S de 31 de julio de 1996 que advierte, certeramente, el exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal abusiva, para no coartar el ejercicio de acciones. El hecho cierto es que la entidad



demandada promovió juicio ejecutivo contra varios demandados de distintas poblaciones, el proceso se dilató largos años acabando en sentencia declarando la nulidad del juicio y el embargo trabado produjo daños a los demandantes, recurrentes en casación. De estos hechos se deduce la culpa o negligencia de aquella entidad. (STS de 20 de mayo de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *Banca Catalana, S. A.*, interpuso demanda de juicio ejecutivo contra varios avalistas de una póliza de crédito, tuvieron que librarse numerosos exhortos, y se formuló oposición por los demandados y terminó, tras varios años, en sentencia de remate dictada por el Juzgado, que fue revocada en apelación, declarándose la nulidad del juicio; como consecuencia de ello, el embargo trabado mantenido durante cuatro años, sobre los bienes de los recurrentes, provocó graves perjuicios materiales y morales a los afectados, actuales demandantes. Se interpone ante el Juzgado de Primera Instancia de La Seu d'Urgell por estos afectados demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, sobre reclamación de cantidad contra la entidad *Banca Catalana, S. A.*, a la que se contesta por la demandada suplicando desestime totalmente la demanda y admita las excepciones opuestas. Dictada sentencia en primera instancia se declara que los embargos trabados por la entidad sobre el patrimonio de los demandantes determinaron y fueron causa de los perjuicios sufridos por éstos.

Interpuestos los correspondientes recursos de apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lérida estima el recurso de apelación interpuesto por *Banca Catalana S. A.*, revocando la sentencia de instancia y desestimando el recurso interpuesto por los demandantes de instancia. Se interponen recurso de casación ante el TS, por entender infringido el artículo 1902 CC, siendo estimada la demanda, casando y anulando la sentencia de apelación, que se sustituye por la de primera instancia, que el TS hace suya en todos los pronunciamientos. (A. I. H. O.)

**51. Prescripción de acciones derivadas de culpa o negligencia.**—En la materia de la prescripción de acciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el artículo 1902 CC, existe una innegable relación entre los artículos 1968.2 y 1969 del precitado Código, especialmente, en aquellos supuestos de falta de coincidencia entre los respectivos momentos de «conocimiento del agraviado» y «día inicial del cómputo del ejercicio de la acción», discordancia que acontece en los casos en que la causa penal procede a la posterior civil, y en los cuales, es constante la doctrina jurisprudencial respecto a que el plazo prescriptivo del año que establece el 1968, ha de contarse desde que quedó firme el auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria que, en definitiva, ponen fin al proceso penal, pero si ello no ofrece problema alguno cuando el beneficiario de las correspondientes acciones penal y civil se ha personado en la causa criminal y, consecuentemente, fue notificado de la resolución que le puso fin, no sucede lo mismo cuando aquél, no obstante tener conocimiento del procedimiento penal, no se muestra parte en él, y no es notificado de la resolución de terminación y archivo posterior, que es lo que ocurrió, efectivamente, en el hecho de autos.

Aún ofrece mayor dificultad el supuesto en que entre las fechas de inicio del plazo prescriptivo y del ejercicio material de la acción civil, media poco tiempo

superior al del año, que fue lo que sucedió en el que nos ocupa –14 de febrero de 1991 y 13 de marzo de 1992– supuesto a calificar de «límite», y en el cual, la relación existente entre los artículos 1968 y 1969, bien podría ser interpretada con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 3 CC, es decir, atendiendo al espíritu y finalidad de las normas comprendidas en tales preceptos y al apoyo de una equidad razonablemente entendida, soporte que, en definitiva, significaría dar respuesta al derecho fundamental de obtener la tutela efectiva judicial que proclama el artículo 24.1 CE. Para semejante supuesto «límite», la referida interpretación se encuentra avalada por el TC en su S 220/1993, de 30 de junio, que contempla un caso prácticamente idéntico al que tratamos y fue resuelto, otorgándose el amparo solicitado, en el sentido de determinar que las resoluciones judiciales en que se prescinde enteramente de la falta de notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales a la perjudicada, son contrarias al derecho de acceso al proceso en el orden civil, que le reconoce el artículo 24.1 CE.

**Responsabilidad por culpa extracontractual. Doctrina jurisprudencial.**—En relación con la responsabilidad por culpa extracontractual, resulta evidente que el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 CC, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa encontrándose en la línea jurisprudencial indicada, las sentencias, entre otras, de fechas 29 de marzo y 25 de abril de 1983, 9 de marzo de 1984, 21 de junio y 1 de octubre de 1985; 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986, 19 de febrero y 24 de octubre de 1987, 5 y 25 de abril y 5 y 30 de mayo de 1988, 17 de mayo, 9 de junio, 21 de julio, 16 de octubre y 12 y 21 de noviembre de 1989, 26 de marzo, 8, 21 y 26 de noviembre y 13 de diciembre de 1990, 5 de febrero de 1991, 24 de enero de 1992, 5 de octubre de 1994, 9 de marzo y 9 de junio de 1995, 4 y 13 de febrero, 28 de abril y 9 de junio de 1997.

Proyectando esta doctrina jurisprudencial al accidente del caso de autos, resulta evidente que la imputación a la entidad demandada recurrente de las consecuencias dañosas del mismo, habrá de depender del factor de culpabilidad que cupiera atribuirle, lo que supone, necesariamente, examinar los hechos estimados acreditados por el Tribunal *a quo*, en cuanto que han quedado inalterables en casación. Dicho examen pone de manifiesto que el paso del que se sirvió el joven accidentado para cruzar la vía férrea era oficioso y se trataba de una vereda cómoda que, de manera habitual, se utilizaba por los vecinos del lugar para evitar pasar por el lugar adecuado situado no mucho más lejos, y la existencia del paso-vereda era, más o menos, notoria. Pues bien, la apreciación jurídica de tales hechos permite entender que la conducta de la RENFE, a través de su personal responsable, en cuanto a su omisión de no haber procurado impedir, por los medios pertinentes, el uso de la vereda a los fines indicados o, cuando menos, de no haber señalado de algún modo su existencia, vino a representar un cierto género de negligencia que influyó o cooperó en la producción causal del siniestro, y aunque semejante quehacer negligente no revistiese una sustancial gravedad, sí es manifestación del

suficiente reproche culpabilístico en orden a generar la responsabilidad prevista en los artículos 1902 y 1903 CC, especialmente, cuando la culpa extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, como así tiene declarado reiteradamente esta Sala, y esto así, y sin necesidad de mayores razonamientos, permite concluir, a su vez, que la Sala *a quo* no incurrió en ninguna de las infracciones alegadas en los motivos segundo y tercero del recurso interpuesto por la «Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles», lo que origina su perecimiento. (STS de 26 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El 5 de diciembre de 1990, don J. F. S. M., nacido en 30 de octubre de 1975 e hijo de la actora, se dirigía a su domicilio en la localidad de Cabrerizos, para lo cual, subía por una vereda existente en el lugar que parte de la carretera local 804 e inmediaciones de camino agrícola y chalés de J. L. y que llega hasta la indicada localidad, atravesando la vía férrea Salamanca-Ávila, por el punto kilométrico 108, sin que exista en ese lugar señal alguna o impedimento que dificulte el paso. Cuando el referido menor se encontraba cruzando la vía, fue arrollado por el tren automotor de viajeros, núm. 2224, que era conducido por don I.A.G., y falleció instantáneamente. Por el accidente dicho se incoaron diligencias previas núm. 1532/1990 por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Salamanca, que fueron archivadas, sin constancia de notificación del auto de archivo. La actora intentó acto de conciliación con los codemandados, sin que resultara avenencia, con el núm. 17/1992 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de la referida capital.

La reclamación indemnizatoria fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Salamanca en S de 5 de mayo de 1993, al haber prescrito la acción ejercitada, cuya resolución fue revocada por la dictada, en 14 de julio de 1993, por la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca, en el sentido de estimar parcialmente la demanda y condenar a RENFE a pagar a doña M. L. Q. S. la cantidad de 4.600.000 pesetas, absolviendo a don I.A.G. del contenido íntegro de la demanda. Y es esta segunda sentencia la recurrida en casación por la entidad «Red Nacional de Ferrocarriles Españoles». (O. M. B.)

**52. Culpa extracontractual: muerte por ahorcamiento de recluta en Centro de Reclutamiento: inexistencia de responsabilidad extracontractual en el personal militar que le atendió.**—Analizada la prueba, no es posible imputar a ninguno de los funcionarios y empleados que, pertenecientes al centro militar del caso de autos, se relacionaron con el recluta, desde el momento en que acudió el Capitán M., fue internado en el botiquín del centro y en él permaneció, hasta el momento de producirse el fatal desenlace, acción u omisión alguna que mereciese el reproche culpabilístico que la jurisprudencia evolucionada exige para aplicar el artículo 1902 CC, y tampoco que el reproche fuera factible hacerle desde la perspectiva de la previsibilidad, en cuanto que atendiendo a la sintomatología presentada, no podía prever, cual posible, probable y razonable, la fatídica determinación que tomó don Julio, cuyo lamentable y trágico suceso no cabe atribuir, en forma alguna, a un defectuoso o anormal funcionamiento de la Administración militar. (STS de 8 de julio de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Los hechos ocurren el 5 de diciembre de 1989, y la sentencia (Pte. Barcala y Trillo-Figueroa) realiza un minucioso estudio de las circunstancias concurrentes, de las que cabe considerar como relevantes las siguientes: personalidad y carácter introvertido de la víctima, con dificultad para entablar relaciones sociales; impresión que le causó al Teniente-Médico que le atendió primeramente de tener un trastorno psicótico por las frases y expresiones extrañas que profería, y ausencia de signos de violencia, nerviosismo y agresividad durante su permanencia en las dependencias del botiquín; todo lo cual no permite la previsibilidad del resultado que a las pocas horas se desencadenó, sin que, desde la *lex artis* médica, requiriera una hospitalización psiquiátrica urgente; pericialmente se acredita que podía haber sido perjudicial la administración de un sedante, y la utilización de una camisa de fuerza se reserva a agitaciones psicomotrices verdaderamente importantes; además durante la permanencia en el botiquín no dio muestras de signos violentos, nerviosos y agresivos, y en la práctica diaria la sintomatología no constituía una urgencia psiquiátrica en el sentido de hospitalización, siendo infrecuente que un trastorno esquizofrénico conduzca al suicidio; no existiendo, por último, prueba alguna de que el recluta sufriera novatadas, ni muchos menos de que estuviera sometido a toda clase de bromas y vejaciones desagradables. Los datos extractados avalan la desestimación del recurso (la demanda lo fue en ambas instancias), pero queda en el aire la pregunta de cómo este recluta fue declarado apto para el servicio. (G. G. C.)

**53. Culpa extracontractual: daños por incendio declarado en vivienda vecina: responsabilidad de los dueños por riesgo al almacenar paja.**—La evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la aplicación del artículo 1902 CC, se ha dirigido hacia una minoración del culpabilismo originario, que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico, y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero; cada caso debe ser enjuiciado con arreglo a la propia y concreta sustantividad, y dentro del reproche culpabilístico hay que incluir cualquier género de conducta descuidada o desprovista de atención que, de modo más o menos objetivo, fuese susceptible de originar un factor de riesgo; en el incendio causante de los daños en el presente caso no cabe omitir la presencia material de un factor de riesgo, cual es que el almacenamiento de pajas en el camarote del caserío, que comporta, potencialmente al menos, una situación de peligro ante la eventualidad de un incendio en cualquier tipo de vivienda y, tal vez, más aún, en las de carácter agrícola, cuyo almacenamiento en el interior de una vivienda representa una falta de atención y cuidado a imputar al titular de la misma. En el presente caso, dada la indeterminación de la causa del incendio, hay que atribuir a la Sala *a quo* haber infringido el artículo 1902 CC al no haber aplicado la doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba. (STS de 30 de julio de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Cabe advertir que el TS se mueve con cierta mayor incoherencia en determinados supuestos a la hora de aplicar la responsabilidad por riesgo. En primer lugar, la consabida invocación de la evolu-

ción de la doctrina jurisprudencial a propósito del 1902 CC causa hilaridad al leer el *desarrollo tecnológico* en relación con el almacenamiento de paja en una vivienda; quizá por este camino se llegaría a resultados opuestos a los de esta sentencia; no sería difícil demostrar que en ciertas regiones agrícolas españolas hay costumbre de guardar la paja en forma contigua o en el interior de la vivienda, y ello antes de 1889. Por otro lado, tener una biblioteca nutrida en el interior de una vivienda, o un depósito de cintas de video, puede ser idéntico factor de riesgo en caso de incendio. A mi juicio el problema radica en la gran dificultad en demostrar la causa originaria del incendio; cabría preguntarse si, de no haber existido el depósito de paja, se hubiera declarado la responsabilidad de los dueños. (G. G. C.)

**54. Culpa extracontractual: responsabilidad por muerte en accidente de circulación: la presunción constitucional de inocencia no es aplicable a la culpa extracontractual.**—La jurisprudencia del TS afirma que el artículo 24 CE, estableciendo la presunción de inocencia, no es aplicable al caso de la culpa extracontractual, habiendo de referirse, en todo caso, a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los artículos 1902 y 1903 CC, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para conseguir que el patrimonio de la víctima quede, por efecto de la indemnización y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente al que tenía antes de sufrirlo (SSTS de 20 de febrero de 1989, 25 de marzo de 1991, 7 de enero de 1992 y 2 de marzo de 1993, entre otras).

**Significado de la tacha de testigos.**—No es un verdadero medio de prueba a pesar de su enclave legal, sino simplemente un sistema o procedimiento para cuestionar, en principio, la prueba testifical, ya que es una alegación de parte procesal por la cual se pretende desvirtuar la fuerza probatoria de lo declarado por aquellos testigos que pueden ser parciales en sus declaraciones; por ello, con las tachas, no se demuestra directamente la falta de veracidad del testigo, sino que se puede sospechar que puede no haber sido veraz, y por ello la declaración del testigo tachado será válida, sin perjuicio del valor que le dé el Juez al apreciar la prueba testifical, según las reglas de la sana crítica. (STS de 12 de junio de 1998; no ha lugar.) (G. G. C.)

**55. Responsabilidad por negligencia profesional del Abogado: prueba del daño emergente: daño moral: caducidad del recurso de casación e inadmisión de querrela por prescripción.**—Difícilmente puede sostenerse que la negligencia del Abogado determinante de la caducidad del recurso y la inadmisión de la querrela por prescripción de los hechos presuntamente delictivos, fuesen la causa directa y determinante de que el recurrente y querellante no viera satisfechas sus pretensiones; pero según doctrina sentada en S de 11 de noviembre de 1997, sí puede afirmarse que tal negligencia fue determinante de otro tipo de perjuicio directo, y de un daño o perjuicio moral derivado de la privación del derecho a acceder a los recursos, o de la tutela judicial efectiva, porque, por las circunstancias acreditadas en la actuación profesional del Letrado recurrente, y con independencia de cuál hubiera sido el resultado final si su *facere* hubiera sido diligente, lo cierto es que se privó a la parte actora de ese posibilismo actuatorio tanto frente al TS como a la jurisdicción penal, y ello supone una especie de quebranto o sensación de frustración que, en puridad técnica pueden subsumirse en el haz vaporoso del daño moral. (STS de 25 de junio de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—V. también STS de 16 diciembre 1996, extractada en ADC, 1998, núm. 38, pp. 980 ss. (G. G. C.)

**56. Responsabilidad extracontractual. Artículo 1103 CC.**—La elevación que, en el acto de la vista del recurso de apelación, hizo la actora de su pretensión indemnizatoria a una cantidad mayor, no puede ser tomada en consideración, ya que habiendo pedido de forma expresa e inequívoca, en su escrito de demanda, que se condenara a los demandados a indemnizarle, solidariamente, en la cantidad de 10.000.000 de pesetas, la referida pretensión indemnizatoria no puede ser elevada a una cifra mayor en momento tan extemporáneo como es el de la vista del recurso de apelación, ya que, como acertadamente dice la sentencia aquí recurrida en su FJ 5.º, ello entraña una evidente *mutatio libelli* o introducción de una cuestión nueva en aquel momento procesal, que no puede ser admitida, por comportar la misma una evidente indefensión para la otra parte.

No obstante ello, ha de tenerse también en cuenta que si bien es reiterada y notoria doctrina de esta Sala, que aquí se mantiene, la de que el uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1103 CC es facultad propia de los juzgadores de la instancia, no susceptible de casación, ello se refiere al supuesto en que los mismos hagan uso de tal facultad con criterio ponderado, racional y lógico, pero no en el caso de que ello no sea así, como ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, pues la sentencia aquí recurrida, al hacer uso de la facultad moderadora que le concede el artículo 1103 CC (aunque sin citarlo de forma expresa), ha desconocido en absoluto que también es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala (SS de 29 de junio de 1978, 31 de mayo de 1985 y 14 de julio de 1997, por citar algunas) la de que las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios tienen el carácter de deudas de valor, por lo que su cuantía ha de determinarse con referencia no a la fecha en que se produjo la causa originadora del perjuicio, sino a aquélla en que se dicte la sentencia o al período de ejecución de la misma.

Por tanto, la moderación de la responsabilidad de los demandados que, en uso de la facultad concedida en el citado precepto, hizo la sentencia aquí recurrida, al aparecer probado que en la producción del luctuoso resultado hubo una concurrencia de culpa por parte del infortunado conductor del ciclomotor, debió ser hecha y no se hizo, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial últimamente citada, dadas las muy especiales circunstancias concurrentes en el presente supuesto litigioso, por el lamentable retraso en la resolución del mismo (más de veinte años), no imputable en modo alguno a la actora, aquí recurrente, y, en consecuencia, debió haber acordado que la indemnización que ha de ser abonada a la misma, es la total que resulte de revalorizar la cantidad de 7.500.000 pesetas con arreglo a las variaciones del índice de precios al consumo, producidas durante el período comprendido entre el 19 de noviembre de 1976 (en que ocurrió el accidente objeto de este proceso) y la fecha de ejecución de sentencia, en que se hará la referida revalorización. (STS de 25 de mayo de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—Don M. P. H. y su hijo don M. P. M. iban subidos en un ciclomotor, conducido por éste y ocupando el padre la parte de atrás del mismo, circulando por un camino, en término municipal de Pinos Puente, cuando al tratar de cruzar un paso a nivel debidamente señalizado, sin guarda, existiendo una espesa niebla, fueron arrollados por el Tren Rápido TAF 174, de viajeros, procedente de Granada con destino a Algeciras, conducido por el maquinista don M. P. E., resultando

muerdos los dos ocupantes del ciclomotor. El Procurador don L.M.F. en nombre y representación de doña J. M. C., que actúa en nombre propio y como representante legal de sus hijos menores A. P. M., R. P. M. y A. P. M., formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Granada, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra don M. P. E. y contra la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE), sobre reclamación de cantidad.

El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la excepción de prescripción de la acción procedente de culpa extracontractual absolviendo a los demandados don M. P. E. y RENFE. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución, la Audiencia Territorial de Granada dictó sentencia confirmando la de primera instancia. La sentencia de casación confirma igualmente la sentencia recurrida. Contra las referidas sentencias se interpone recurso de amparo. El TC anula las sentencias impugnadas y ordena retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia por la Audiencia de Granada. La Audiencia Provincial de Granada revoca la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de esta ciudad, y condena solidariamente a don M. P. E. y a la RENFE a que abonen a la actora la cantidad de 7.500.000 pesetas por los daños y perjuicios sufridos. La Procuradora doña B. R. C., en nombre y representación de doña J. M. C., interpuso recurso de casación. (O. M. B.)

**57. Responsabilidad por culpa extracontractual: nexo de causalidad.**—Recuerda el Alto Tribunal en la S de 23 de noviembre de 1994, según la cual «como ha declarado esta Sala (S de 22 de febrero de 1946 y otras posteriores), en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de hacerse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la causalidad, adecuada como en el caso debatido, es más bien un problema de imputación; esto es que los daños y perjuicios deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputable a quien exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resulten consecuencia necesaria del acto u omisión de que se hacen dimanar».

**Prescripción de la acción: interrupción del plazo por existencia del procedimiento penal.**—Es doctrina jurisprudencial reiterada la de que seguido un procedimiento penal para la depuración de las responsabilidades de esa naturaleza que pudieran derivarse de los hechos litigiosos, el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones civiles que de aquéllos pudieran nacer, no empezará a contarse sino desde la notificación al perjudicado de la resolución firme que puso término al procedimiento penal.

Por lo que se refiere a la prescripción de la acción, ante la alegación del recurrente de que por la falta de acompañamiento a la demanda inicial del poder original a favor del Procurador que decía ostentar la representación del actor, la demanda no tuvo la virtualidad de interrumpir el plazo de prescripción, recuerda la Sala que «de acuerdo con los términos del párrafo 2 del artículo 3 de la Ley Procesal Civil, la falta de acompañamiento a la demanda del poder para pleitos que acredite la representación del Procurador no da lugar a la repulsión de la demanda sino, simplemente, a la paralización de su curso; se trata, por tanto, de un defecto subsanable que, una vez reparado, determina que los efectos de la demanda se retrotraigan al momento de su presentación, lo que igualmente resulta del artículo 693, regla 3.ª, de la propia Ley».

**Inaplicación del principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 CE al caso de culpa extracontractual.**—Tiene declarado esta Sala (SS de 25 de marzo de 1991, 7 de enero de 1992, 2 de marzo de 1993 y 27 de septiembre de 1994) que el artículo 24.2 CE, que establece el principio de la presunción de inocencia, no es aplicable al caso de culpa extracontractual, habiendo de referirse, en todo caso, a normas represivas, punitivas o sancionadoras cuyo carácter no tienen los artículos 1902 y 1903 CC, pues la indemnización que contemplan es la significación reparadora o de compensación y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente al que tenían antes de sufrirlo.

**Principio de solidaridad obligacional en materia de responsabilidad por actos ilícitos.**—Es reiterado el criterio jurisprudencial que establece la solidaridad obligacional en materia de responsabilidad por actos ilícitos, cuando no es posible individualizar la de cada uno de los partícipes en el evento causante de los daños; como dice la S de 2 de diciembre de 1993, «si el recurrente considera, no obstante, posible esa individualización, debió de intentar su prueba en la fase litigiosa correspondiente, lo que no consiguió; siendo totalmente inviable que en este momento procesal trate de conseguirla. Efectivamente, puede discutirse en casación la culpa de los intervinientes, que no es en este caso una mera cuestión de hecho (SS, entre otras, de 31 de enero y 3 de septiembre de 1992), así como si existe o no solidaridad, pero lo que no puede hacerse es revisar la prueba para determinar la participación individual de cada uno en la producción de los daños».

**Moderación de la indemnización.**—Recuerda el TS la S de 19 de julio de 1996, que dice que «si bien es doctrina reiterada de esta Sala, que aquí se mantiene, la de que el uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1103 CC es facultad propia de los juzgadores de instancia, no susceptibles de casación, ello se refiere al supuesto en que los mismos hagan uso de tal facultad con criterio ponderado, racional y lógico, pero no cuando extravasen dichos parámetros, ni tampoco en aquellos supuestos en que ni siquiera se planteen la posibilidad de hacer uso de dicha facultad moderadora, cuando la misma viene forzosa y lógicamente impuesta por las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto que se enjuicia. (STS de 20 de octubre de 1997; ha lugar.)

**HECHOS.**—El día 18 de septiembre de 1987 el actor, laminador, con categoría profesional de oficial de segunda, se encontraba trabajando en la sección de poliéster de la empresa *Astilleros Gallart, S. A.*, cuyo encargado era el codemandado don V. G. T., cuando procedió en compañía del operario don F. J. R. Z., a trasladar el molde de fibra de vidrio, que dada su ubicación les impedía su trabajo, diseñado por el codemandado Sr. S. L., bajo la supervisión del Jefe de Producción de la empresa don D. P. M. P., carente de agarraderas, para lo cual lo empujaron por su base con intención de lograr el desplazamiento cuando, debido a la obstaculización representada por un cable existente en el suelo y la escasa base del referido molde éste se venció atrapando a los citados trabajadores y causando al actor lesiones consistentes en síndrome medular transverso completo por debajo del segundo segmento neurológico lumbar (paraplogía), secundario a fractura luxación D-12, de las que tardó en curar doscientos cincuenta días restándole



secuelas que determinan que para realizar los hechos elementales de la vida precise de la ayuda y cuidados de otras personas. (A. G. B.)

**58. Culpa extracontractual: daños continuados en superficie por labores mineras: prescripción.**—Los daños reclamados son de los calificados de continuados, según S de 25 de junio de 1990, esto es, aquellos que continuamente se están operando y produciendo, respecto de los cuales el cómputo de plazos de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados, la serie proseguida (SS de 21 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981 y 19 de septiembre de 1985), no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuándo se ha producido ese «definitivo resultado» que, en relación con el concepto de daños continuados, se nos ofrece como algo vivo, latente y conectado precisamente a la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección (doctrina reiterada en SS de 15 de marzo, 24 de mayo y 24 de junio de 1993); existiendo informe pericial de la Junta de Castilla y León que permite asegurar que, con un año de antelación a la presentación de la demanda, no había concluido el proceso de asentamiento del terreno por causa de las labores mineras

**Litisconsorcio pasivo necesario.**—No procede demandar a los anteriores titulares de la concesión minera, ya que se considera probado que la causa de las grietas y fisuras en los edificios dañados se debe a las labores mineras efectuadas en profundidad por la empresa demandada situadas bajo el terreno en que se emplazan las edificaciones, consistentes en la desecación del terreno a causa de las labores mineras, por lo cual no existe elemento alguno de juicio que permita establecer corresponsabilidad a los anteriores explotadores de la mina.

**Incongruencia.**—No incide en ella la sentencia que concede menos de lo solicitado, o sea si determina responsabilidad mancomunada en vez de solidaria, cosa que, por otro lado, correspondía denunciar exclusivamente a los actores porque a los demandados no les agravaba su situación de deudores.

**Levantamiento del velo.**—Es inocua la invocación de esta doctrina cuando se establece la responsabilidad de los demandados por daños causados por las labores de desecación de la mina ejecutadas antes de la autorización administrativa del contrato de arrendamiento de la concesión minera, teniendo en cuenta que el artículo 94.3 de la Ley de Minas de 1973 establece que el arrendatario sólo será considerado como titular legal a todos los efectos cuando se conceda la autorización por el organismo competente.

**Relación de causalidad.**—Según reiterada jurisprudencia se aplica el principio de la causalidad adecuada, que se define, entre otras, en S de 31 de enero de 1992. Aplicada al presente caso, no cabe duda de que los daños causados en la casa de los actores designada como edificio A, fueron causados por el asentamiento del terreno consecuencia de la desecación de la zona del subsuelo por las labores mineras realizadas; pero a solución contraria hay que llegar en cuanto a los daños sufridos por la nave de nueva construcción, iniciada cuando estaban en marcha las labores mineras y la desecación de los terrenos, apareciendo los desperfectos de forma inmediata a su construcción, lo que, unido a su gravedad, permite afirmar que en su producción, no obstante su concurrencia temporal, no ha tenido trascendencia eficiente la subsidencia del terreno, cuya influencia hubiera podido ser evitada con la debida diligencia del Aparejador proyectista de la obra. (STS de 4 de julio de 1998; ha lugar en parte.)

NOTA.—Es curioso constatar que los daños más cuantiosos fueron los causados en el edificio B (16.000.000 de pesetas) mientras que en el edificio A sólo ascienden a 700.000 pesetas; al estimar parcialmente el recurso de casación los titulares de la concesión minera evitan el pago de los primeros. ¿Desacertada dirección letrada? ¿Cálculo equivocado sobre la eventual solvencia de los posibles responsables ya que el titular de la concesión tenía un seguro de responsabilidad civil? El resultado para los actores ha sido una victoria *pírrica*, cuyo importe difícilmente compensará los gastos y la dilación de cerca de una decena de años desde la producción de los daños. Por otro lado, la responsabilidad por ruina (respecto al edificio B) se alega frecuentemente y hay jurisprudencia abundante. Acertada la calificación de los daños continuados (Pte. Pedro González Poveda). (G. G. C.)

**59. Responsabilidad extracontractual. La declaración de incapacidad no interrumpe la prescripción de la acción.**—La incapacidad producida por el accidente se conoció, al menos, desde el alta médica de 19 de noviembre de 1985 y desde ese momento pudo ejercitarse la acción de incapacitación, al igual que pudo ejercitarse la acción reparadora de daños y perjuicios desde la notificación del auto ejecutivo (SS de 5 de noviembre de 1981 y 6 de junio de 1984) de fecha 15 de septiembre de 1986 o desde que se abonó su importe el 21 de noviembre del propio año, pues según el artículo 1968 CC prescriben por el transcurso de un año «las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado» y en el caso que nos ocupa lo supieron él, su padre y su letrado en cualquiera de los momentos reseñados. El tiempo empieza a contar desde el día en que la acción pudo ejercitarse, según el artículo 1969 CC, de manera que conocidos de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica (SS de 16 de junio de 1975, 9 de junio de 1976, 3 de junio y 19 de noviembre de 1981, 8 de julio de 1983, 22 de marzo y 13 de septiembre de 1985, y 21 de abril de 1986, entre muchas otras), sin que conste la susceptibilidad de mejora, desde ese momento se inició el *dies a quo* para el ejercicio de la acción, sin que en contra puedan tenerse en cuenta circunstancias subjetivas de quien se atribuye el derecho, ya que a partir del dato objetivo lo que puede hacerse, en razón a tales circunstancias, es interrumpir la prescripción de alguna de las formas que contempla el artículo 1973, cosa que no se hizo.

Presentada en 6 de marzo de 1989 la acción reparadora o indemnizatoria, es llano que había prescrito y ello se debe al abandono o si se quiere negligencia del recurrente, que pudo interrumpirla y no la interrumpió, dado que a estos efectos ninguna relación tiene la acción de incapacitación y no pueden atribuirse consecuencias interruptivas, pues como dejamos dicho en la S de 17 de abril de 1989 (que recoge las SS de 31 de diciembre de 1917, 2 de mayo de 1918, 8 de noviembre y 5 y 3 de junio de 1972) los casos de interrupción no pueden interpretarse en sentido extensivo, por la incertidumbre que llevaría consigo la exigencia y virtualidad del derecho mismo; y ello aunque la prescripción no se base en principios de justicia intrínseca y busque la seguridad jurídica, porque no hay incertidumbre en el *dies a quo* y desde el 15 de septiembre de 1986 o, si se quiere, desde el 21 de noviembre del propio año hasta el 6 de marzo de 1989 ha transcurrido con exceso el plazo prescriptivo, sin que se ejercitase el derecho ni se proveyese a su conservación por actos interruptivos. De haberse resuelto de otra forma se hubieran vulnerado los artículos 1968, 1969 y 1973, sin que se haya violado el 199, dado que la acción de incapacitación no tiene en sí valor interrup-

tivo y su ejercicio no impedía, en modo alguno, los actos de interrupción, que pudieron solicitarse del Juez o ejercitarse por el guardador, tutor de hecho o titular de la patria potestad. (STS de 26 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El 21 de mayo de 1983, un vehículo conducido por don A. Z. A. alcanzó a don J. F. P. G. cuando en la localidad San Salvador del Valle, a las cuatro quince horas, cruzaba la calzada por lugar no señalizado. Se siguió procedimiento penal, en el que consta el informe médico de sanidad, con las secuelas incapacitantes, de fecha 19 de noviembre de 1985. La sentencia absolutoria del Juzgado de Distrito fue confirmada por el Juez de Instrucción de Baracaldo en S de 5 de septiembre de 1986. Se dictó auto ejecutivo por 1.148.400 pesetas a satisfacer por la *Mutua Madrileña Automovilista* el 15 de septiembre de 1986. El importe del título ejecutivo le fue satisfecho por la *Mutua* el 21 de noviembre de 1986, firmando el recibo tanto don J. F. P. G., como su padre don B. P. L., quien presenta en mayo de 1987 demanda de incapacitación, recayendo sentencia que declara la incapacitación y rehabilita la patria potestad en 28 de noviembre de 1987, declarándose su firmeza en 16 de marzo de 1988.

Don B. P. L., en ejercicio de la patria potestad rehabilitada sobre su hijo don J. F. P. G., presentó demanda el 6 de marzo de 1989 por culpa extracontractual o aquiliana del artículo 1902 CC contra don A. Z. A y la *Mutua Madrileña Automovilista*, reclamando una indemnización de daños y perjuicios ascendentes a la suma de 12.000.000 de pesetas, de cuya cantidad habrían de descontarse 1.148.400 pesetas ya recibidas en virtud de auto ejecutivo dictado el 15 de septiembre de 1986. Solicitó, igualmente, que se le concediese el beneficio de justicia gratuita, suspendiéndose mientras tanto el curso de la demanda principal. Concedido tal beneficio, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Baracaldo dictó sentencia absolutoria de los demandados, al acoger la alegada prescripción de la acción, y tal sentencia fue confirmada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bilbao, en la suya de 26 de abril de 1993. Recurre en casación don B. P. L. (*O. M. B.*)

**60. Responsabilidad extracontractual. Interrupción del plazo de prescripción de la acción por reclamación administrativa previa.**—Afirma el TS que la reclamación administrativa previa, entendida como reclamación extrajudicial, interrumpe, tal y como señala el artículo 1973 CC, el plazo de prescripción establecido en el artículo 1968 CC. (STS de 14 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—En noviembre de 1990 se produce el desbordamiento de una acequia causando daños en las instalaciones de la empresa *Industrias Leblan, S. L.* En mayo de 1991 la citada sociedad formula reclamación administrativa previa al ejercicio de las acciones civiles frente al *Ayuntamiento de la Puebla de Alfindén*. Transcurridos tres meses desde la reclamación no existe contestación alguna por parte del órgano administrativo.

En mayo de 1992, la sociedad *Industrias Leblan, S. L.*, interpone demanda contra el *Ayuntamiento de la Puebla de Alfindén* y tres *Comunidades de Regantes*, suplicando se condene a los demandados a pagar, de forma solidaria, determinada cantidad de dinero.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por las *Comunidades de Regantes* y desestimó el interpuesto por el *Ayuntamiento de la Puebla de Alfindén*. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

**61. Culpa extracontractual: responsabilidad del Centro especializado de Autistas: pérdida de visión por traumatismo: causalidad adecuada.**—Esta Sala se basa en la doctrina jurisprudencial 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 permiten valorar en cada caso si el acto antecedente tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y 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, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal.

**Deber de diligencia del Profesor-Cuidador.**—Para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esta diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además, al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio. De la base fáctica presentada en la S de la Audiencia se deriva el actuar culposo del Profesor-Cuidador, ya que, por un lado, en la fecha del episodio enjuiciado, el desarrollo físico del alumno era normal, con buena textura física, «si bien con cierta descoordinación de movimientos», y, por otro, que se le entregó para su traslado una balda o estantería cuyas dimensiones se cifran aproximadamente entre 1,50 metros de largo por 0,50 o 0,60 de ancho, y 2 metros de largo por 0,50 de ancho; siendo llano que tal encargo había de incidir en una cierta inestabilidad originadora de la caída, sin que tal actuar pueda justificarse por las circunstancias personales, ni por el entorno social o sector del tráfico en que se desarrolla la actividad, que requeriría mayores cuidados, pudiendo preverse y evitarse la caída sin renunciar a la actividad, pero poniendo mayor cuidado en la elección del objeto a transportar.

**Prueba por presunciones.**—Aunque es cierto que esta Sala ha declarado que la presunción del artículo 1253 CC, como medio supletorio de prueba, es difícil que pueda exigirse su aplicación en el proceso, y excepcional que pueda impugnarse en casación por haberse omitido su empleo, la excepcionalidad no implica imposibilidad, y esta Sala ha casado sentencias por no emplear la prueba de presunciones cuando de los hechos demostrados para la propia sentencia recurrida surge la conexión, coherencia o congruencia obligada, según la lógica o recta razón, con el hecho o relación jurídica consiguiente. Así la no apreciación por la Audiencia de nexo causal entre la caída y lesión en el ojo, con la pérdida de visión del mismo, por atrofia del nervio ocular, carece de la lógica necesaria y es censurable en casación.

**Responsabilidad por hecho ajeno: artículo 1903 párrafo 4.º CC.**—Constando la culpa, el daño y el nexo causal, la responsabilidad por hecho ajeno del párrafo 4.º del artículo 1903 CC abarca a la Asociación de Padres de Niños Autistas, titular del Centro «B. de la J.», por culpa *in eligendo* o *in vigilando* al ser el Profesor-Cuidador dependiente jerárquico suyo; responsabilidad, que como declara la jurisprudencia, es de matiz marcadamente objetivo, de carácter direc-

to, y solidaria, pudiendo el demandado dirigirse contra cualquiera de ellos, al ser la causa única.

**Cuantía de la indemnización.**—En lugar de fijar una cantidad alzada, como la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, se establece una pensión vitalicia mensual a favor del lesionado, de cien mil pesetas, entendiéndose incluida en la misma la reparación del daño moral. (STS de 3 de julio de 1998; ha lugar.)

NOTA.—La singularidad del caso ha dado origen a una notable sentencia (Pte. Sierra Gil de la Cuesta) en la que se analizan y valoran a efectos indemnizatorios, la actividad desarrollada en un Centro de Autistas calificado de Subnormales profundos, en relación con una persona de veintidós años, autista y con oligofrenia profunda, crónica e irreversible, quien a los once años perdió la visión total del ojo derecho por autolesión; en el momento de los hechos se encontraba en régimen de internado, salvo los fines de semana. Los objetivos de tal actividad resultan ser muy limitados, mediante la terapia de juegos y actividades muy sencillas, para tratar de obtener un nivel de convivencia y sociabilidad siempre muy reducido; entre aquéllas se cuenta la realización de tareas materiales o trabajos elementales para mantener algún modo de ocupación de los alumnos. Ingresado el enfermo a los diecisiete años en este centro de educación especial, había logrado cierto progreso en su índice de sociabilidad y una mejor dirección por sus padres y tutores, habiendo desaparecido la tendencia a la autoagresión, salvo la manía de clavarse las uñas en el pecho. La dificultad del proceso ha radicado en la prueba ya que inicialmente se prestó al lesionado asistencia médica que no detectó ninguna anomalía ocular, ni tampoco la detectaron sucesivos reconocimientos por especialistas, hasta que al cabo de varios meses se diagnosticó la pérdida total de la visión en el ojo sano, que suponía la ceguera de la persona.

Resulta interesante la aplicación de la prueba de presunciones a los hechos probados, pese a la restrictiva doctrina jurisprudencial al respecto, de modo que los mismos hechos que sirvieron de base a la Audiencia Provincial para estimar el recurso de apelación y rechazar la demanda, ahora han permitido al TS estimar el recurso de casación, ofreciendo una explicación racional de los hechos que inicialmente carecían de ella. Sucinta es, por último, la explicación de la S para sustituir la indemnización fijada por el Juzgado de Primera Instancia en una pensión vitalicia, y que, al no contener una cláusula automática de estabilización, corre el riesgo de devaluarse a lo largo de la vida de la víctima, aunque, inicialmente, resulta más ventajosa que la fijada en instancia en forma de un capital de once millones de pesetas. (G. G. C.)

**62. Culpa extracontractual: daños por caída de grúa en propiedad vecina: responsabilidad del contratista.**—El recurrente, como contratista de la obra, concertó con empresa legalmente autorizada la instalación y puesta en funcionamiento de la grúa elevadora, estando sujeta tales empresas a una severa reglamentación administrativa para su establecimiento, funcionamiento y montaje de aparatos elevadores, los cuales deben realizar con sus propios técnicos titulados, lo mismo que la puesta en marcha, y suscribir seguro de responsabilidad civil por 50.000.000 de pesetas (RD de 26 de septiembre de 1980 y OOMM de 9 mayo de 1983 y 15 de febrero de 1985); por ello es claro que a la recurrente no se

le debe exigir mayor diligencia que la de contratar con la empresa autorizada, siendo erróneo asentar su presunta responsabilidad en los artículos 1902 y 1903 CC, pues la empresa instaladora no se hallaba subordinada ni era dependiente de la contratista, cualidades que son las que condicionan la responsabilidad de una empresa por los daños que puedan ocasionarse en el desenvolvimiento de la actividad de la otra con quien contrata (SS de 7 de noviembre de 1985 y 20 de diciembre de 1996, entre otras).

**Responsabilidad del dueño de la obra.**—La recurrente no es más que la empresa comitente de unas obras, cuya realización contrató con contratista y técnicos profesionales, y en cuyas funciones no tuvo ninguna labor de dirección; en consecuencia, falta la base de aplicación del artículo 1903 CC. (STS de 11 de junio de 1998; ha lugar.)

NOTA.—Como consecuencia de la estimación de los recursos de casación interpuestos por dos de los demandados, queda sólo en pie la condena al pago de más de 20.000.000 de pesetas impuesto a la persona que montó materialmente la grúa, y que —por cierto— fue declarada en rebeldía en primera instancia. En relación con el recurso interpuesto por el contratista, el TS rechaza previamente la excepción de litisconsorcio pasivo (al no haber demandado a la empresa *Montaje de Grúas y Ascensores*, y sí únicamente a la persona que materialmente la montó) declarando que el perjudicado puede dirigir su demanda contra quien crea responsable, y que cuando se declara que no lo es, *sibi imputet*; y recuerda asimismo la doctrina mayoritaria de la Sala sobre la responsabilidad solidaria de los intervinientes en el hecho productor del daño. Ahora bien, admite el TS que esta empresa constructora, al contratar los servicios de la grúa, creó un riesgo muy cualificado para las propiedades cercanas y para los transeúntes por las calles adyacentes; si bien esta creación de riesgo en su provecho, no es legalmente causa para que se imponga una responsabilidad objetiva, al no existir norma en particular que así lo disponga, pero sí debe suministrar una prueba cumplida y agotadora de su diligencia para evitar el daño. De algún modo la anterior afirmación viene a contradecir la siguiente afirmación de que al recurrente no se le debe exigir mayor diligencia que la de contratar con la empresa autorizada, que cumple con los requisitos legales requeridos. También parece discutible la afirmación de que el Código Civil, en materia de responsabilidad extracontractual no responsabiliza por los daños ocasionados a tercero al propietario de los objetos que los causan, sino al arquitecto o contratista siempre y cuando exista defecto de construcción (el defecto de construcción parece contemplarse en el núm. 4.º del artículo 1908 y en el 1909, pero no en el resto de las hipótesis previstas en los artículos 1907 y 1908; la STS de 15 de septiembre de 1997 establece la responsabilidad del dueño del terreno, extractada en *ADC*, 1999, núm. 43, pp. 498 ss.). En todo caso, y dada la complejidad de las operaciones materiales y técnicas preparatorias de la construcción de edificios, el TS ha realizado una selección, exonerando de responsabilidad al contratista que ha concertado los servicios del gruísta, así como al dueño de la obra, haciéndola recaer exclusivamente en el montador de la grúa, solución que parece razonable, a la vista del planteamiento de la demanda, aunque, respecto del único condenado, su situación de rebelde en el proceso, no garantiza que las indemnizaciones se abonen efectivamente. (G. G. C.)

**63. La diligencia en los medios empleados para la curación, adecuados según la *lex artis ad hoc*, no excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele la negligencia de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las concretas circunstancias.**—Si se repara en la desproporción que existe entre el diagnóstico que establece el médico de urgencias (flemón dentario) y el grave resultado (muerte del paciente) que, en poco tiempo se produce, con toda razón, se infiere que estamos en presencia de uno de esos casos, en los que, conforme a la doctrina de esta Sala, corresponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de experiencia. En efecto, la S de esta Sala de 2 de diciembre de 1996, sostiene que «no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la *lex artis ad hoc*, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y extemporánea utilización».

**Responsabilidad directa de los centros y servicios sanitarios por hechos atribuibles al personal dependiente, al entrar en juego los conceptos de *culpa in vigilando* o *culpa in eligendo*.**—Resulta probado, conforme dictamina el perito, que aun cuando no puede afirmarse que de haber sido intervenido antes la enfermedad no hubiera seguido un curso tan desfavorable, es lo cierto que, ante un proceso de las características que aquejaba al enfermo, «lo mejor es intervenir cuanto antes». Aclara también que la realización de una analítica de urgencia «no tiene por qué tardar demasiado tiempo». Consecuentemente, ha de concluirse que teniendo presente, el diagnóstico etiológico de angina de *Ludwig*, que fue la causante del curso séptico originado por la infección a que respondía el flemón por la inflamación (infección no detectada ni investigada inicialmente) la realidad es que al tardarse más de catorce horas en efectuarse la «desbridación», dada la virulencia de este tipo de infecciones, se produjo una extensión de la misma desde el suelo de la boca hacia el mediastino en que tuvo especial importancia el retraso en el actuar del centro hospitalario. Tales circunstancias fácticas expresan, como mínimo, una falta de coordinación en los servicios del centro hospitalario y una inicial valoración de la gravedad del padecimiento, poco acorde con la realidad subyacente que exigía una rapidísima intervención. No demostrada, de otra parte, la inevitabilidad del resultado, ni facilitados medios convincentes de prueba, acreditativos del empleo de toda la diligencia exigible en un caso de esas características, se entra de lleno, en la aplicación del artículo 1903 CC, cuyos elementos constitutivos concurren, ya que es constante la jurisprudencia de esta Sala que declara con reiteración la responsabilidad directa de los centros y servicios sanitarios por hecho ajeno, atribuible a los facultativos y personal dependiente, que surge de la relación de dependencia del médico, al entrar en juego los conceptos de *culpa in vigilando* o *culpa in eligendo* (SS de 7 de abril de 1997, entre otras).

**La relación médico-enfermo genera obligaciones de medios y no de resultados, puesto que no garantiza la curación y sí el empleo de las técnicas**

**adecuadas. La existencia del deber fundamental de asistencia médica a un paciente en estado grave.**—Según el voto particular del magistrado Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes recoge la S de 6 de julio de 1990 que «la relación médico-enfermo genera obligaciones de medios y no de resultados, puesto que no garantiza la curación y sí el empleo de las técnicas adecuadas —SS, por ejemplo, de 26 de mayo de 1986, 7 y 12 de febrero de 1990—, y mayor responsabilidad se genera aún al no aplicar medio alguno, prescindiéndose del simple reconocimiento, con posibilidad de ejercitar la acción directa contra el centro hospitalario por la omisión negligente de quienes de él dependen (art. 1903 CC y jurisprudencia que lo aclara)». Asimismo, «a la luz de la doctrina jurídica más generalizada, de los principios más coherentes de la deontología médica y del sentido común humanitario, se puede deducir la existencia de un deber fundamental de asistencia médica a un paciente en estado grave, en cuanto derivado de una urgencia vital, de cuya omisión o negativa puede surgir una responsabilidad ya de tipo penal o de tipo civil, pues comporta una violación de una obligación legal que puede configurar la omisión del deber de socorro tipificado como delito, deber de asistencia médica que ampara la seguridad personal ante situaciones extremas y que exige la solidaridad humana, como exponente de sentimientos que rigen la convivencia social y la repulsa del ente social de toda conducta omisiva o de rechazo de asistencia médica y hospitalaria, cuando cuenta con tales servicios médicos» (S de 6 de julio de 1990). (STS de 22 de mayo de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Tarra-  
sa se interpone juicio de menor cuantía contra la entidad *Mutua de  
Tarrasa, Montepío de Previsión Social*, sobre reclamación de cantidad,  
por el fallecimiento del esposo de la parte actora, como consecuencia  
de un flemón dentario que derivó en una infección que desenvocó en  
un «shock séptico», causa inmediata de la muerte, tras las intervencio-  
nes quirúrgicas practicadas en el centro hospitalario demandado.  
Admitida a trámite la demanda, se contestó a la misma, solicitando la  
desestimación de las pretensiones de la actora. Dictada sentencia en  
primera instancia, se desestimó íntegramente la demanda.

Se interpone recurso de apelación ante la Sección Primera de la  
Audiencia Provincial de Barcelona, que desestima el recurso, confir-  
mando la sentencia dictada en primera instancia. Formalizado el  
recurso de casación se condena a indemnizar con la suma  
de 40.000.000 de pesetas (se habían solicitado 60.000.000 de pesetas)  
al centro hospitalario demandado, indicándose que respecto a los dos  
odontólogos que inicialmente atendieron al paciente, al no haber sido  
demandados, no ha sido posible determinar su responsabilidad en los  
hechos, estableciendo por tanto, una responsabilidad directa e indivi-  
dualizada del centro.

Formula uno de los magistrados voto particular en el que se decla-  
ra no haber lugar al recurso de casación, por estimar que la obligación  
del médico consiste en atender al paciente con los medios más adecua-  
dos para procurar su curación, porque lo contrario constituirá delito de  
omisión del deber de socorro, y en el caso que nos ocupa no puede pro-  
barse qué hubiera pasado de haberse realizado la intervención antes,  
toda vez que los peritos han coincidido en afirmar que el tratamiento  
aplicado fue correcto. (A. I. H. O.)



**64. Naturaleza de la obligación de los profesionales sanitarios.**—La obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o, lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia.

**La responsabilidad del profesional sanitario no es objetiva.**—En la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, estando por tanto a cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente. Ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (*lex artis ad hoc*).

**La regla general sobre carga de la prueba tiene como excepción los casos en que hay un daño desproporcionado.**—La doctrina sobre la carga de la prueba se excepciona en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción a falta de cooperación del médico, ha quedado constatada por el propio Tribunal. (STS de 8 de septiembre de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—La demandante en casación solicita una indemnización a los demandados (INSALUD, Tesorería de la Seguridad Social, dos compañías aseguradoras y un cirujano) por los daños que sufre en una pierna y que según sus alegaciones son imputables a una sencilla operación de hernia muscular en la pierna derecha que llevo a cabo el cirujano demandado. Los demandados fueron condenados en primera instancia y absueltos en apelación por la Audiencia Provincial. (M. C. P. A.)

**65. Responsabilidad médica.**—Conforme establece la Sala, a tenor del caso analizado, la culpa o negligencia y el nexo o relación causal entre la acción u omisión y el resultado dañoso, son cuestiones jurídicas que pueden acceder a la casación por vía del núm. 4 del artículo 1692 LEC, pero respetando siempre las declaraciones de orden fáctico contenidas en la sentencia recurrida, al pertenecer a los juzgadores de instancia tanto la apreciación como la valoración probatorias.

En general, en la conducta de los profesionales sanitarios, no sólo queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva, sino que tampoco opera la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, estando a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación meramente material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio o más generalmente en una acción culposa, pero cuando, por el contrario, no es posible establecer la relación de causalidad culposa, tampoco hay responsabilidad sanitaria.

Conforme se deduce de la S de 10 de enero de 1996, la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados sino de medios, es decir, está obligado a proporcionarle al enfermo todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia, pero no a curarlo, descartándose la responsabilidad objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida en daños de otro origen, y estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y el nexo causal, sin que baste la relación

material o física, a la que ha de sumarse el reproche culpabilístico, sin el cual no hay responsabilidad sanitaria. (STS de 20 de mayo de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba, fueron vistos los autos de juicio de menor cuantía núm. 216/89, sobre reclamación de cantidad, en el cual la parte actora solicitaba sentencia condenatoria del demandado, en función de su actitud negligente. Tal pretensión fue desestimada por resolución de fecha 20 de diciembre de 1993. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Sección Tercera de la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba, la cual resolvió con fecha 18 de marzo de 1994, desestimando la apelación presentada. Finalmente, se interpone recurso de casación al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 LEC. (J. L. B.)

**66. Responsabilidad médica: aplicación a la responsabilidad del cirujano y al anestesiólogo: intervenciones para corregir secuelas de accidente en menor de edad.**—La obligación del médico y, en general, del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la curación del enfermo —obligación de resultado—, sino la de proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y la *lex artis ad hoc* —obligación de medios—, y atendida esta posición jurídica, en conexión con la valoración probatoria efectuada en apelación, se observa la realidad de unas conductas incursas en falta de diligencia y, por ende, denotadoras de evidente culpabilidad. En efecto, el anestesiólogo no efectuó al paciente las pruebas para detección de una posible sensibilidad a la anestesia, pese a no tratarse de una operación urgente, y por omitir el adecuado control de las constantes vitales en los términos obligados; el cirujano no advirtió de forma inmediata el paro cardio-respiratorio, y, ante tal situación, es exigible al operador el aseguramiento de que las constantes vitales del paciente eran permanentemente controladas mediante otros sistemas —lo que no consta que el médico efectuara en modo alguno—, ya que de haberse hecho así se hubieran podido detectar las anomalías ante los síntomas de la referida parada y de la hipoxia, y, por tanto, quedaría expedita la utilización a tiempo de los medios técnicos indispensables para contrarrestarlas, a fin de evitar lesiones irreversibles como las que finalmente acaecieron.

**Prueba del caso fortuito y de la fuerza mayor.**—Los médicos demandados para eludir su responsabilidad debían ofrecer explicaciones convenientes de los hechos y acreditar la concurrencia de una situación de caso fortuito o fuerza mayor en la coyuntura enjuiciada, sin que esta posición suponga quebranto de la responsabilidad culpabilística del artículo 1902 ni tampoco inversión de la carga de la prueba, pues acreditada la negligencia del cirujano y del anestesiista, sobre ellos recae la carga de demostrar la presencia de los sucesos referidos, habiendo declarado la STS de 31 de julio de 1996, en un caso de responsabilidad médica, que la inevitabilidad exigida para la fuerza mayor es una cuestión de hecho cuya existencia corresponde acreditar al demandado. (STS de 29 de julio de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Para tratar las lesiones sufridas por un menor en accidente, un centro sanitario privado realiza diversas intervenciones quirúrgicas, produciéndose un accidente anestésico, ocasionante de la parada cardio-respiratoria con resultado de una descerebración y una situación de gran invalidez, siendo el enfermo tributario de por vida de una silla de ruedas, con dependencia absoluta de otras personas para cualquier actividad vital. Estimada la demanda en ambas instancias, en apelación se fija una indemnización de 30.000.000 de pesetas más una pensión vita-

licia con el límite de 45.000.000 de pesetas (se supone que por ambos conceptos). El recurso de casación —que, por cierto, no discute ni la cuantía ni la modalidad de indemnización— es desestimado con base en la doctrina extractada, que es plenamente de aprobar, incluso en lo relativo a la carga de la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor (Pte. Ilmo. Sr. García Varela). Notable es la descripción del *acto anestésico* contenida en el FD 1.º, que merece transcribirse: «El acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente, es ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica, y para su corrección requiere un quehacer acorde con los siguientes presupuestos: 1.º El registro de todo el proceso relacionado con la anestesia del paciente. 2.º Los estándares para la valoración preoperatoria, pruebas complementarias preoperatorias, perianestesia y cuidados postanestésicos, en cuyo apartado se incluirá: a) La evaluación preanestésica, cuya finalidad es la valoración y preparación del paciente para la anestesia con el mínimo riesgo posible, lo que lleva consigo la revisión de la historia clínica, entrevistas con el interesado, examen físico completo, determinación de su estado físico, información del plan anestésico al enfermo, o, en su caso, al familiar responsable, y medicación anestésica; y b) perianestesia: monitorización del enfermo y registro de signos vitales, manejo de las vías respiratorias, dosis de los fármacos utilizados y control de los líquidos. De lo que resulta que los estándares de monitorización básica intraoperatoria se deben aplicar a todo acto anestésico, salvo circunstancias de emergencia, y suponen: a) la presencia continua del anestesiólogo para monitorizar al paciente y proveer la atención anestésica; y b) la permanente evaluación monitorizada de: 1) la concentración inhalatoria de oxígeno en el circuito respiratorio, que se debe medir con un analizador provisto de una alarma, aparte de la necesidad de una iluminación y exposición adecuada del paciente para la valoración de la coloración a los efectos del control de la oxigenación sanguínea; 2) la conveniente y continua evaluación de la ventilación; 3) con referencia a la circulación, el paciente deberá tener su trazado continuo de electrocardiograma visible, con el control, al menos, cada cinco minutos, de la tensión arterial, ritmo cardíaco y saturación de oxígeno; y c) postanestesia, comprensiva de la evaluación y los controles del paciente en la unidad de recuperación postanestésica». Se dice en la S que se ha recogido la opinión facilitada por la Presidencia de la Sociedad Española de Anestesiología, Reanimación y Terapéutica del Dolor. Sobre responsabilidad del anestesista v. también STS de 13 de diciembre de 1997, relativo al fallo negligente en el empleo de un aparato de control de las constantes del enfermo (extractada en *ADC*, 1999, núm. 47, p. 502). (G. G. C.)

**67. Culpa extracontractual; muerte por inoculación de bacteria intrahospitalaria: responsabilidad del Instituto Catalán de la Salud: concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual.**—Como ya se declaró en STS de 31 de diciembre de 1997, cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual, o similar, y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, dando lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o, incluso, proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las

normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquellos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible; en el caso que nos ocupa no ha existido cambio de acción o pretensión, pues en la demanda se citan las normas generales sobre las obligaciones, al tiempo que los artículos 1903 y 1964 CC, reconociendo además el recurrente la unidad de los requisitos con el artículo 1101 CC.

**Relación jurídica del fallecido con el Instituto Catalán de la Salud.**—*Prima facie*, entre el fallecido y la Seguridad Social existía una relación jurídica previa, en virtud de la cual fue posible su ingreso y la posterior asistencia sanitaria en el centro en el que falleció, por lo que no es posible entender que ningún vínculo jurídico ligaba al usuario del servicio médico y asistencial de la Seguridad Social, ni que el daño que sufrió derivara pura y simplemente de una situación de hecho en la que, por la infracción de la diligencia debida, por parte de algún agente, todavía no conocido materialmente, se vulnerara el principio general del *alterum non laedere*; y parecidos argumentos, por hechos ocurridos en el mismo hospital, se rechazaron en STS de 18 de febrero de 1997.

**Muerte por inoculación de bacteria intrahospitalaria.**—Tal inoculación, causante del fallecimiento, no pudo ser debida más que a una falta de control higiénico sanitario por parte de la entidad pública, constitutiva de infracción contractual del deber de diligencia, generador de un mal indemnizable con base en el artículo 1101 y concordantes del CC, insertando la teoría del riesgo en el seno de la relación contractual, al no haberse controlado las fuentes del peligro. La responsabilidad del Centro sanitario nace de modo directo por 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, aunque en todo caso concurre en persona del ámbito del Servicio Catalán de la Salud; esta responsabilidad como empresario tiene matiz marcadamente objetivo, fundándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, sin que le sea de aplicar el régimen de la responsabilidad por el acto médico.

**Aplicación de la LGDCU de 1984.**—A mayor abundamiento son aplicables a este supuesto los artículos 1, 26 y 28 de la Ley de Protección de Consumidores, en cuanto que el paciente era consumidor, utilizó servicios entre los que se incluyen los sanitarios, y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrollan los artículos 25 ss. de la Ley; en defecto de los niveles de pureza presumidos por la ley, que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden o deben impedir, de suyo y por regla general, infecciones subsiguientes a una intervención en el medio hospitalario o a su reactivación en el referido medio, y cuando estos controles fallan de manera no precisada, o bien dejan de funcionar por razones atípicas en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva. (STS de 18 de junio de 1998; no ha lugar.)

NOTA.—Sobre la aplicación del artículo 28 LGDCU véase ampliamente Clara I. Asúa González, *Responsabilidad sanitaria* (Ponencia presentada al Congreso de la APDC en Santiago, noviembre 1999, p. 55 ss.) (G. G. C.)

**68. Responsabilidad por riesgo del Ayuntamiento que organiza un festejo taurino.**—La organización del festejo por el Ayuntamiento es determinante

de la llamada responsabilidad por riesgo. En este caso quien asume el riesgo no es el participante, sino el propio Ayuntamiento organizador del festejo, que es quien obtiene el beneficio o provecho y quien debe apear con los riesgos y contingencias que pudieran dar lugar y es indiscutible que debe tomar las medidas de precaución adecuadas, extremando su actuación diligente.

**El comportamiento temerario de la víctima no supone exoneración.**—Debe descartarse que el supuesto comportamiento temerario de la víctima produzca la exoneración de responsabilidad del ente por el juego de la culpa exclusiva de la víctima, ya que el riesgo generado por una actividad que el Ayuntamiento trata de fomentar para el mejor desarrollo o disfrute de las fiestas patronales, deriva en que esa dinámica, debe ser la fuente de imputación de responsabilidad por cualquier daño o menoscabo que se derive de todo el complejo de festejos así organizado y luego celebrado. (STS de 17 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente en casación es el Ayuntamiento de Coria del Río, que ha sido condenado por la Audiencia Provincial por la muerte de una persona joven que con unas copas de más se enfrenta a un toro en las fiestas de esta localidad. La fiesta consiste en la suelta de un toro por el casco antiguo de la ciudad, por las calles y plazas previamente seleccionadas y por el evidente riesgo que esta actividad genera (aumentado por la duración del festejo, más de dos horas). El ayuntamiento suscribe una póliza de seguro para cubrir cualquier contingencia que pueda surgir. (M. C. P. A.)

**69. Culpa extracontractual: daños por explosión de gas butano acumulado en la vivienda: responsabilidad por riesgo: doctrina jurisprudencial sobre riesgo acreditado: inversión de la carga de la prueba: deber de diligencia de la empresa suministradora ante deficiencias detectadas.**—La doctrina jurisprudencial sobre el riesgo acreditado, preexistente y concurrente, en línea cuasi-objetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone una actuación voluntaria que obliga a extremar todas las precauciones, y, con mayor intensidad, cuando puede estar en peligro la vida de las personas, lo que obliga a adoptar los medios y medidas de seguridad disponible, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial cierto, por resultar de adecuada aplicación el artículo 1902 CC, con la consecuente inversión de la carga de la prueba, en razón a actividades que notoriamente son peligrosas. Tratándose del uso doméstico del gas butano, no basta, ni resulta para exonerar de toda responsabilidad, que se hayan cumplido disposiciones reglamentarias, ya que el mismo peligro que se instaure es exigente de una diligencia extremada y hasta agotadora de medios en relación a las cosas y circunstancias de tiempo y lugar, lo que obligaba a *Repsol Butano S. A.*, no a la mera denuncia escueta y burocrática de las deficiencias detectadas, sino al seguimiento de que efectivamente se habían hecho desaparecer para llevar a cabo el suministro del butano con las más adecuadas condiciones de seguridad; pues la confianza de los consumidores se mantiene y afianza a medida que el servicio del suministro continúa.

**Incumplimiento de medidas administrativas.**—El Real Decreto de 14 de diciembre de 1983, que modificó el Reglamento de 1973, establece que cuando como resultado de la inspección se compruebe que la instalación no cumple la

normativa vigente, se le comunicará al cliente, con indicación de las modificaciones a introducir y señalando plazos en las que deben ser realizadas; y cuando estos trabajos reparadores no se realizan, la normativa administrativa resulta previsoramente y establece dos supuestos, el primero que autoriza a proceder al corte del suministro, con lo que se está reconociendo y admitiendo la existencia de *riesgo potencial*, que no está exento del control por la empresa, como medio de elemental prudencia; y como segundo, que el corte ha de ser inmediato, entre otros casos, si se da situación de fuga de gas o grave peligro de accidente a la vista de las condiciones de la instalación, lo que ya supone *riesgo definido y definitivo*.

**Concurrencia de culpas.**—En el presente caso, la empresa suministradora, conociendo perfectamente el riesgo potencial, se despreocupó por completo de comprobar si el mismo persistía o se había incrementado, como así sucedió, al producirse la acreditada acumulación de gases, aunque no se haya podido precisar sus causas y origen, y continuó en el suministro, a fin de obtener beneficio económico; su culpa debe considerarse concurrente con la de los actores del pleito, al no haber corregido ni rectificado las deficiencias de las que fueron oportunamente avisados, comportamientos confluyentes en la producción de los resultados dañosos, que no llega a ocasionar la ruptura del nexo causal, lo que permite efectuar compensación económica de las responsabilidades y distribuir el *quantum*, que en este caso será al 50 por ciento; tal como en supuesto similar ha hecho STS de 23 de diciembre de 1998.

**Artículo 28 LGDCU de 1984: responsabilidad objetiva compatible con la concurrencia de culpas.**—El artículo 28 de la Ley de 1984 establece responsabilidad objetiva tratándose de productos de gas, si bien exige la concurrencia del presupuesto de su correcto uso y consumo, y en este caso no quedó acreditado que los recurrentes hubieran llevado a cabo manipulación inadecuada de la bomba, sin perjuicio de la omisión que se les imputa de no haber corregido los defectos de las instalaciones, que se acoge como conducta coadyuvante al accidente, pero no como decisiva y única de su causación. El riesgo lo soporta quien lo ha creado, y si se da conjunción de actuaciones, la subjetiva de la víctima y la objetiva de la empresa suministradora, entra en juego el artículo 28 LGDCU que actúa generando responsabilidad *en todo caso*, y se justifica por la voluntad de los legisladores de protegerlos en su uso y utilización, ya que por su propia naturaleza entrañan y representan un peligro que se presenta cierto en principio, con carga activa suficiente para convertir lo probable en realidad negativa. (STS de 30 de julio de 1994; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia *pedagógica* (Pte. Villagómez Rodil) en que se analiza meticulosa y acertadamente la responsabilidad concurrente de la empresa suministradora del gas butano, la cual no efectuó la revisión cuatrianual que vencía un mes antes de la explosión, y que en presencia de las deficiencias detectadas en la revisión anterior, incumple la reglamentación administrativa en la materia, y continúa suministrando el gas. Bien vista la observación psicológica de que *la confianza de los consumidores se mantiene y afianza a medida que el servicio de suministro continúa*. Alguna duda sobre la interpretación del artículo 28 LGDCU: ¿puede considerarse correcto el uso que se hace de la bomba una vez detectadas las deficiencias notificadas al usuario? En todo caso, se trata de un argumento colateral, que refuerza la doctrina de la responsabilidad por riesgo, a mi juicio, ejemplarmente aplicada. (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**70. Indivisibilidad de la cosa común. Supuestos.**—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTs de 30 de marzo y 28 de noviembre de 1957, 31 de enero de 1964 y 11 de junio de 1967) afirma que el procedimiento establecido en los artículos 404 y 1062 CC será aplicable en los casos siguientes: *a)* cuando la división material de la cosa común la dejaría inservible para el uso a que estuviera destinada (art. 401.I CC); *b)* cuando la cosa sea indivisible y los condueños no acuerden que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás (art. 404 CC); y *c)* cuando la cosa desmerezca mucho por la división (art. 1062 CC).

**Indivisibilidad de la cosa común (inmueble) cuando es preciso realizar previamente el derribo.**—El TS es contrario a la división de la cosa común (inmueble) cuando es preciso, de forma previa, realizar el derribo del inmueble.

**División de la cosa común.**—El TS afirma que la facultad reconocida a todo comunero para pedir la división material de la cosa común (art. 400 CC) no es un derecho absoluto e incondicional, sino que tiene límites (arts. 401, 404, 406 en relación con el 1062 CC). (STS de 2 de julio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El inmueble sito en la calle Mayor núm. 12 de Burriana (Castellón) es propiedad por mitades indivisas de don J. F. G. y doña A. B. C.

Don J. F. G. interpone demanda contra doña A. B. C. suplicando, entre otras cosas, que se declare que el inmueble mencionado es indivisible y que debe sacarse a pública subasta, con admisión de licitadores extraños, repartiéndose el precio que se obtenga a prorrata entre demandante y demandada.

Doña A. B. C. se opuso a la demanda y formuló reconvencción reclamando determinada cantidad de dinero.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y, de forma parcial, la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

**71. Derecho de propiedad. Límites.**—El derecho de propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene, entre otros, los límites de la utilidad pública y del interés social (art. 33 CE).

**Ejecución de sentencia. Sustitución de la ejecución material por una indemnización pecuniaria.**—El artículo 18.2 LOPJ establece el principio general de que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Sin embargo, admite que se sustituya por su equivalente pecuniario cuando la ejecución sea imposible y también por causas de utilidad pública o interés social. Por otra parte, afirma el TC (AATC 528/1986 y 700/1986) que no existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando, «por razones atendibles», se sustituye la condena establecida en el fallo de la sentencia por una justa y equitativa indemnización pecuniaria. (STS de 2 de julio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El Ayuntamiento de Cangas del Narcea formula demanda incidental de ejecución de la sentencia dictada en el proceso instado por don J. M. F. G. y doña M. J. G. G. contra el mencionado Ayuntamiento, suplicando se sustituya la ejecución material de la con-

dena establecida en la citada resolución judicial por una indemnización pecuniaria.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda incidental. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

**72. Accesoión. Principio general.**—El artículo 358 CC establece la regla general de que lo edificado (plantado o sembrado) en suelo (o en subsuelo) ajeno pertenece al dueño del mismo.

**Accesoión. Mala fe del constructor y mala fe del dueño del terreno.**—El artículo 364 CC dispone que cuando exista mala fe por ambas partes, «los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe». Para el TS, en estos casos, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 361 CC.

**Obligación del constructor de adquirir la propiedad del terreno (art. 361 CC).** El precio se considera una deuda de valor.—El dueño del suelo puede obligar al que construyó a pagarle el precio del terreno. Afirma el TS que el precio del terreno, al que hace alusión el artículo 361 CC, es una deuda de valor. Por tanto, el constructor debe pagar en dinero el valor actual del terreno en el que se construyó. (STS de 16 de junio de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad *Sancar, Promociones y Construcciones, S. L.* adquirió un solar y construyó ocho bloques de viviendas. En 1969 se otorgan las escrituras públicas de declaración de obra nueva y división en propiedad horizontal de los referidos edificios. Posteriormente, la citada entidad abre en el subsuelo de los edificios, sin oposición de los propietarios de las viviendas, unos sótanos destinados a locales comerciales y a garaje. En 1974 la entidad constructora otorga escritura pública rectificando la división de la propiedad horizontal para añadir los mencionados sótanos. Éstos son adquiridos por terceros, sin que consten dichas adquisiciones en el Registro de la Propiedad.

La Mancomunidad de propietarios de los ocho bloques interpone demanda contra la entidad *Sancar, Promociones y Construcciones, S. L.* y los adquirentes de los sótanos, suplicando se dicte sentencia por la que declare, entre otras cosas, que los sótanos son elementos comunes de los edificios, la nulidad de las escrituras otorgadas para transmitir a terceros la propiedad de los locales comerciales, así como el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto. El TS declara haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la sentencia recurrida. (M. J. P. G.)

**73. Acción reivindicatoria. Concepto.**—El TS (STS de 1 de marzo de 1954) define la acción reivindicatoria como una acción real, declarativa y ejercitable *erga omnes* que puede ejercitar el propietario no poseedor contra el poseedor, no pudiendo éste alegar frente al propietario título jurídico que justifique su posesión.

**Requisitos de la acción reivindicatoria.**—Jurisprudencia consolidada del TS mantiene que para el éxito de la citada acción es necesario que concurren tres



requisitos: *a)* que el demandante pruebe su dominio sobre la finca en litigio; *b)* la identificación exacta de la finca; y *c)* que el demandado sea poseedor de la finca. (STS de 25 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don D. A. N. propietario de los dos *bungalows* en litigio, en virtud de escritura pública de compraventa de 20 de marzo de 1987, ejercita la acción reivindicatoria contra doña A. W. y otros, solicitando, entre otras cosas, se dicte sentencia en la que se declare que los dos *bungalows* son propiedad del demandante.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación de los demandados y estima en parte el interpuesto por el demandante. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

**74. Propiedad horizontal. Sustitución del portero por un conserje. Es suficiente el acuerdo por mayoría al no implicar alteración de elementos comunes.**—El TS afirma que para sustituir el servicio de un portero con plena dedicación por el de un conserje es suficiente el acuerdo por mayoría de la junta de propietarios. (STS de 30 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Varios copropietarios del edificio de la calle San Alejandro núm. 6 de Madrid interponen demanda contra la Comunidad de propietarios del citado edificio, suplicando se declare nulo el acuerdo de la junta de propietarios, adoptado por mayoría, por el que se sustituye el servicio de portero con plena dedicación por el de conserje.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que el artículo 17 LPH cuya redacción ha sido modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, establece lo siguiente: «Los acuerdos de la Junta de propietarios se sujetarán a las siguientes normas: 1.ª (...) El establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería (...), incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.» (M. J. P. G.)

**75. Concepto de plagio.**—El TS afirma que existe plagio cuando se copian obras ajenas en lo sustancial. Señala que es una actividad mecanizada, muy poco intelectual y creativa, carente de toda originalidad, que implica aprovechamiento de la labor creativa y del esfuerzo ideario o intelectual ajeno. (STS de 17 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Las Cámaras de Comercio de Álava, Bilbao y Guipúzcoa al considerar que la entidad mercantil L. M. A., S. L. ha plagiado y reproducido el contenido de diversas bases de datos, interponen demanda suplicando, entre otras cosas, que se declare que los demandantes son titulares de todos los derechos de propiedad intelectual sobre las citadas bases de datos, que la entidad demandada ha violado los citados derechos, así como una indemnización por daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

**76. Derecho de distribución de fonogramas. Extinción con la primera venta.**—Conforme a los artículos 19 párrafo 2.º y 109 LPI, de 11 de noviembre de 1987, el derecho de distribución (en general y en el caso concreto de la distribución de fonogramas) se agota a partir de la primera venta. Éste es un principio que se ha mantenido con la evolución jurisprudencial y legal, como demuestra el hecho de que se regule de igual manera en el actual artículo 19.2 y 117 Texto Refundido LPI de 1996.

**Interpretación sistemática de la LPI, de 11 de noviembre de 1987.**—Como indica el artículo 122 LPI, de 11 de noviembre de 1987, los preceptos integrados en la Sección Segunda, Capítulo III, Título II, Libro I son aplicables subsidiariamente a la regulación contenida en el Libro II del mismo texto legal. Por consiguiente, afirma sin dejar lugar a dudas el TS que la regulación que establece el artículo 19 del citado texto es aplicable al título relativo a los productores de fonogramas (arts. 108 a 111).

**Contrato de cesión de distribución. Oponibilidad *erga omnes*.**—Establece el TS que a través de un contrato de cesión de distribución en exclusiva no se adquieren derechos ejercitables *erga omnes*, sino que el vínculo se contrae tan sólo entre cesionario y cedente, siendo en el seno de esta relación donde deba determinarse lo relativo al contenido, efectos y cumplimiento del contrato. (STS de 9 de junio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Una serie de compañías discográficas españolas suscriben con otras compañías extranjeras un contrato de cesión de repertorio por el cual las primeras adquieren en exclusiva los derechos de importación, fabricación, distribución, comercialización y venta en el mercado español de determinadas obras sonoras. Con posterioridad a este contrato, aparecen en España copias de las mismas obras procedentes de importaciones realizadas por otras dos compañías discográficas, *Serenade* y *Discolínea*, ajenas al pacto. Las compañías cesionarias extranjeras no autorizaron en ningún momento a estas dos compañías para tal actividad.

Las cesionarias interponen demanda en la que, entre otros pedidos, solicitan se declare que ellas ostentan en exclusiva el derecho de distribución de las obras en cuestión (siendo, pues, ilícita la importación y venta realizada por las demandadas), así como se condene a éstas a cesar en la actividad, retirar las obras importadas del mercado y proceder a su destrucción. Tal demanda es desestimada en primera y segunda instancias. Finalmente, las demandantes recurren en casación ante el TS, el cual declara no haber lugar al recurso.

**NOTA.**—La referencia que realiza el TS en el FD 4.º en su párrafo tercero respecto al artículo 109 del actual texto legal de LPI, de 12 de abril de 1996, hay que entenderla relativa al artículo 117 del mismo texto legal, que es el que realmente se ocupa de los derechos de distribución de los productores de fonogramas. Igualmente existe un error en el párrafo segundo del mismo FD cuando se hace referencia al artículo 122 LPI, de 11 de noviembre de 1987, y se establece que se aplican de forma subsidiaria las disposiciones del Libro I y Capítulo II

del Título II. En ambos casos, las referencias correctas son las que se han recogido en el presente extracto de sentencia.

Por otro lado, como indica el propio TS, la aplicación al caso de la LPI, de 11 de noviembre de 1987, a pesar de la existencia de un texto posterior (el Texto Refundido LPI, de 12 de abril de 1996) al cual alude también la propia sentencia, es debida a que los hechos se produjeron bajo la vigencia de la norma anterior, siendo pues preceptiva la aplicación de ésta. (A. M. M.)

**77. Competencia del orden jurisdiccional civil.**—Pese al carácter público del infractor, el TS otorga a los órganos jurisdiccionales del orden civil la competencia para conocer las cuestiones relativas a la propiedad intelectual; sostiene, asimismo, que la propiedad intelectual es un derecho de propiedad privado (aunque se trate de un derecho de propiedad especial) sujeto a normas de derecho privado (Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de PI), sin que pueda afirmarse la existencia de un acto administrativo sujeto al ordenamiento jurídico administrativo.

**Indemnización del lucro cesante.**—Debido a las numerosas dificultades que ofrece la determinación y límites del lucro cesante, nuestra jurisprudencia (SSTS de 30 de mayo de 1987, 18 de julio de 1988 y 30 de noviembre de 1993) exige para su estimación que se pruebe rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas. Ha de existir cierta posibilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto. En efecto, para concretar al menos de modo aproximado la pérdida de cantidades, se requieren datos objetivos y probados. (STS de 26 de junio de 1998; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—El *Centro Permanente de Educación de Adultos de Granada* representa durante cuatro días consecutivos (los días 29, 30 y 31 de octubre y 1 de noviembre de 1990) en un teatro de la localidad, la obra dramático-musical «Carmen, Carmen» original de don Antonio Gala Velasco y don Juan Antonio Robles Cánovas. Estas representaciones se llevan a cabo sin contar con el previo y preceptivo permiso de sus autores, mediando incluso prohibición expresa tanto de los mismos como de la *Sociedad General de Autores de España*. Como consecuencia de lo anterior, la *SGAE* interpone demanda de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la Junta de Andalucía.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y concede a la demandante la indemnización solicitada. Posteriormente, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la Junta de Andalucía, y revocando la sentencia de primera instancia, se abstiene de entrar en el fondo de la demanda por considerar que su conocimiento corresponde a los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa. El TS admite parcialmente el recurso de la *Sociedad General de Autores de España*.

**NOTA.**—En la presente sentencia, el TS recurre a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, para determinar la competencia de los Tribunales de la Jurisdicción Civil, pues son inaplicables tanto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como la nueva Ley 22/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, debido a que

las representaciones se producen en 1990, y en consecuencia, con anterioridad a la entrada en vigor de las citadas leyes. Esto explica también la aplicación al caso de la LPI, de 11 de noviembre de 1987, a pesar de la existencia de un texto posterior. (M. C. C. M.)

**78. Naturaleza real del derecho de opción.**—Al permitir el artículo 14 RH la inscripción del contrato de opción de compra, ello viene a significar la naturaleza real del derecho de opción. En el mismo sentido se pronuncia la Ley 460 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra, al decir que los derechos de opción, tanteo y retracto voluntario tendrán carácter real cuando así se establezca.

**Efectos erga omnes de la opción de compra inscrita en el Registro de la Propiedad.**—Es indudable que el acceso registral del derecho de opción se impone erga omnes. Pero también lo es que la inscripción no opera el cierre del Registro, pues el propietario de una finca concedente de un derecho de opción, aun después de la inscripción, puede enajenar o gravar la cosa; y en este mismo sentido se manifiesta la Ley 461 de la Compilación Civil de Navarra, al decir que «los actos de disposición por el dueño de la cosa objeto de la opción no perjudicarán este derecho». El alcance erga omnes significa que cuando un ulterior comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, ésta surte efecto contra ese comprador.

**Subsistencia de la anotación preventiva de embargo que consta en el Registro de la Propiedad al ejercitarse la opción.**—La titularidad registral de una anotación preventiva de embargo hace gozar de la protección dispensada por los artículos 34 y 38 LH y de la preferencia reconocida en el artículo 44 de la misma, en relación con el ordinal 4.º del artículo 1923 CC, cuya situación no puede comportar, sin más, la cancelación de aquella anotación por el hecho de ejercitarse el derecho de opción, sin que ello implique, desde luego, desconocer la efectividad y realidad del derecho. (STS de 10 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente en casación, adquirente de un inmueble por ejercicio de una opción de compra sobre el mismo inscrita, reclama la cancelación del embargo trabado sobre el inmueble por una entidad bancaria, basándose en la imposibilidad de que subsisten las anotaciones preventivas de embargo practicadas en el período comprendido entre la concesión de la opción y su consumación o efectividad. (M. C. P. A.)

**79. Tercería de dominio.**—Para que prospere el tercerista debe probar que ha adquirido la propiedad con anterioridad a la traba del embargo.

**Asiento de presentación del mandamiento de embargo. Efectos.**—La STS de 3 de noviembre de 1982 afirma que el asiento de presentación «no sólo determina la prioridad registral, sino que inicia los efectos tabulares de los títulos, aun sin necesidad de practicar el asiento definitivo». En este mismo sentido, el TS (STS de 27 de septiembre de 1967) señala que los efectos jurídicos del embargo serán plenos y afectarán a terceros desde la fecha del asiento de presentación del mandamiento de embargo. (STS de 14 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don X. P. M. interpone demanda de tercería de dominio contra las entidades *Hispano Alemana de Construcciones S. A.* y *Cabrils Mar y Montaña, S. A.*, suplicando se declarase, entre otras cosas, que la porción de terreno de la finca objeto del litigio es propiedad de la parte demandante, así como el alzamiento del embargo trabado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

**80. Embargo de inmuebles. Efectos.**—Afirma el TS (SSTS de 10 de mayo de 1989 y 22 de febrero de 1994) que el embargo otorga una preferencia para el cobro de la deuda cuyo pago se persigue, sobre cualquier otro derecho que haya nacido con posterioridad a la traba.

**Anotación preventiva de embargo. Efectos.**—La anotación del embargo en el Registro de la Propiedad no tiene carácter constitutivo. Ahora bien, su acceso al Registro provoca que cualquier derecho sobre el bien embargado, nacido con posterioridad a la anotación, tendrá su eficacia subordinada a lo que resulte del embargo.

**Tercería de dominio. Naturaleza y finalidad.**—Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 30 de enero y 17 de junio de 1992, 3 de octubre de 1997 y 11 de marzo de 1998) mantiene que la acción de tercería de dominio no es una acción reivindicatoria. Asimismo señala que su finalidad principal es paralizar la ejecución. (STS de 16 de junio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Como consecuencia de un proceso judicial instado por don J. L. A. C. y otros, contra doña E. R. G. y otros, se dicta sentencia en cuya ejecución se traba embargo (se practica el asiento de presentación de la anotación preventiva de embargo el 20 de diciembre de 1979) sobre las fincas denominadas *La Alcaparra* y *Salmerón*, propiedad de los demandados. Simultáneamente se promovió por don B. D. C. y otros, ante la Magistratura de Trabajo, juicio de despido contra los propietarios de las citadas fincas, doña E. R. G. y otros, decretándose por la autoridad judicial (providencia de 6 de marzo de 1984) el embargo de las mismas.

Las fincas se adjudicaron a los actores del proceso laboral el 20 de diciembre de 1986, otorgándose a su favor escritura pública el 7 de julio de 1987.

Con fecha de 20 de enero de 1987 se instó la vía de apremio en el primero de los procesos judiciales relatados. Los demandantes en el proceso laboral interponen una tercería de dominio para impedir la adjudicación de las fincas en litigio.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

## DERECHO DE FAMILIA

**81. Valoración de las pruebas biológicas en la determinación de la filiación.**—La probanza biológica de la paternidad, que autoriza el artículo 39.2 CE y 127 CC, en relación con el 135, constituye una prueba directa, pero no plena y absoluta, no obstante ha de atribuírsele valor de casi total aproximación a la verdad, sobre todo, cuando sucede como en la presente controversia, que dicho informe pericial ha sido emitido por un órgano técnico oficial, dotado de medio y

eficacia, para su elaboración más exacta, cual es el Instituto Nacional de Toxicología, dependiente del Ministerio de Justicia.

**Exigencias de procedimiento para la práctica de pruebas biológicas válidas.**—La parte recurrente mantiene que se trata de una prueba pericial y alega infracción de los artículos 613, 614 y 616 LEC relativos al nombramiento de uno o tres peritos, pero olvida la aplicación del artículo 613 que permite el dictamen pericial a las Academias, Colegio o Corporación oficial, como es el Instituto Nacional de Toxicología, cuando el dictamen pericial exija operaciones o conocimientos científicos especiales. Y éste es el caso de la prueba biológica de paternidad en que las operaciones no están al alcance de peritos individuales, sino de corporaciones públicas, como dicho Instituto o Facultades de Medicina, y ésta es la realidad de los casos que han llegado a esta Sala. El que la extracción de sangre se practicara en un lugar y la práctica de la prueba en otro —el Instituto Nacional de Toxicología— no implica irregularidad procesal alguna.

**No existe indefensión en la práctica de la prueba biológica.**—Cuando el demandado estuvo conforme en que la aludida extracción se efectuase en esta capital, se efectuó con estricta sujeción a las normas que al respecto dio el referido Instituto Nacional, bajo la fe además del oficial habilitado como Secretario, con el control facultativo del médico forense, presencia de los respectivos letrados; concluye que no ha habido indefensión. (STS de 29 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Planteada por la madre acción de reclamación de la filiación paterna no matrimonial y practicada la correspondiente prueba biológica por el Instituto Nacional de Toxicología, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron probada la paternidad del demandado-recurrente. (E. S. M.)

**82. Flexibilidad en la exigencia de aportar un principio de prueba en las acciones donde se investigue la paternidad.**—Respecto a la exigencia del párrafo segundo del artículo 127 CC (acompañar «un principio de prueba»), ha de hacerse una interpretación «espiritualizada», en el sentido de que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de la razonabilidad de dicha demanda, pues el requisito procesal de dicho precepto constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 CE.

**Valoración de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica.**—La existencia de unas prolongadas relaciones amorosas o sentimentales entre la actora y el demandado al tiempo de la concepción de la menor, unido dicho hecho probado a la persistente e injustificada negativa (obstrucción o resistencia pasiva) del demandado, tanto en primera, como en segunda instancia, a someterse a la prueba biológica, cuya injustificada negativa, según reiterada y uniforme doctrina de esta Sala, si bien no puede, por sí sola, ser considerada como una *ficta confessio*, sí constituye un muy valioso indicio probatorio de paternidad, siempre que concurra, como en el presente caso ocurre, con otras pruebas directas que conduzcan al juzgador de la instancia a declarar probada la existencia de unas prolongadas 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, al tiempo de concepción del referido o referida menor, en cuanto posiblemente determinantes de su paternidad.

**No se exige que el Tribunal informe de las consecuencias de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica.**—También hace el recurrente en el alegato del motivo, que no se le advirtió de las consecuencias posibles de su negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica, tampoco puede ser acogida favorablemente esta alegación, pues al órgano jurisdiccional no le corresponde hacerle advertencia alguna acerca de las consecuencias que podría tener su negativa a someterse a la práctica de la misma, pues dicha advertencia es misión que incumbe exclusivamente al Letrado-director técnico del interesado.

**No existe vulneración de los derechos a la intimidad y a la integridad física de las personas cuando en una resolución judicial se ordena la realización de la prueba biológica.**—Ha de tenerse en cuenta que es doctrina jurisprudencial la de que la resolución judicial que ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad e integridad física y que el artículo 127 CC da cobertura legal explícita a las pruebas biológicas de investigación de la paternidad, precepto que no es más que la instrumentalización del terminante mandato constitucional contenido en el artículo 39.2, y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes para con los hijos, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando es desconocida (S de esta Sala de 24 de octubre de 1996, que recoge la doctrina del TC contenida, entre otras, en la S de 17 de enero de 1994). (STS de 3 de octubre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La madre interpuso demanda sobre reclamación de paternidad de filiación no matrimonial; solicitada la práctica de la prueba biológica, el padre se negó de manera injustificada y reiterada a someterse a la misma. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda; apelada la sentencia ante la Audiencia Provincial, ésta estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia declarando la filiación paterna no matrimonial del demandado que interpuso recurso de casación. (E. S. M.)

**83. Adopción. Impugnación de su constitución por la madre biológica.**—«El instituto de la adopción se encuentra inspirado en el interés del menor, al ser el más digno de protección, y debe evitarse que puedan perjudicarse las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales, por lo que es preciso examinar las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución justa y estable, especialmente, para el menor (...) y, desde luego, los intereses del menor deben prevalecer en la adopción». (STS de 18 de junio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña Isabel A. G. interpuso demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía sobre extinción de la adopción de un menor contra don José G. E. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimándola y declarando la nulidad de la relación filial de adopción plena, extinguiendo sus efectos y declarando, por tanto, recuperada por el menor su filiación y apellidos y restableciendo en la patria potestad a la actora.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó íntegramente este recurso revocando la sentencia de primera instancia

y declaró, con desestimación íntegra de la demanda, no haber lugar a la extinción de la adopción. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La presente sentencia reitera la doctrina establecida con anterioridad en la STS de 20 de abril de 1987, a la que cita expresamente, y que recoge el principio que inspira las relaciones paternofiliales, y por tanto los procesos judiciales que versen sobre los mismos, es decir, el principio del interés superior del menor, o dicho de otra forma, que los intereses de éste deben prevalecer prioritariamente sobre los demás por ser los más dignos de obtener la protección y la tutela del Derecho.

En este sentido, corresponde a los jueces y tribunales que conozcan de estos procesos, caso por caso y en atención a las circunstancias concurrentes en el mismo, apreciar dicho interés prioritario, lo que constituye una clara cuestión de hecho no revisable en casación. En la sentencia que anotamos, de fecha 18 de junio de 1998, el TS confirma la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona de declarar no haber lugar a la extinción de la adopción que se constituyó con el consentimiento de la madre biológica, ahora actora, y con la que el menor siempre ha mantenido la relación «materno-filial», a pesar de que en la sentencia dictada en apelación no se formuló opinión explícita sobre el repetido interés del menor, aunque sí implícitamente a juicio del Alto Tribunal. (A. G. C.)

**84. Unión civil *more uxorio*. No aplicación de las normas reguladoras del régimen legal de gananciales.**—Las uniones civiles *more uxorio* no pueden ser consideradas equiparables al matrimonio legalmente contraído, y por tanto, no es posible aplicarles las normas reguladoras de éste, en concreto, las normas reguladoras del régimen legal de gananciales (SSTS de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero de 1993, 24 de mayo y 24 de noviembre de 1994 y 4 de abril de 1997, entre otras muchas). «Sin embargo la aludida falta de equiparación de las uniones de hecho a la dimanada del matrimonio no puede entenderse en términos de absoluta incompatibilidad, pues descendiendo al campo constitucional, aunque la Constitución no las prevé, tampoco las rechaza explícitamente y así se desprende del artículo 32 en relación con el 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica.» (STS de 4 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Lucia Verónica J. M. interpuso demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía sobre medidas provisionales contra don F. Javier V. Q. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimándola y acordó, entre otros extremos, conceder como pensión compensatoria a favor de la actora la cantidad de 75.000 pesetas mensuales, pagaderas del 1 al 5 de cada mes, por meses adelantados desde la fecha de la interposición de la demanda, y 150.000 pesetas mensuales en concepto de alimentos a las dos hijas habidas durante la unión civil y cuya guardia y custodia también se concedió a la madre.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso interpuesto por el demandado y estimó el interpuesto por la actora confirmando la sentencia dictada en primera instancia, si bien



con algunas matizaciones, entre otras, que la cantidad mensual concedida a la recurrente lo era en concepto de indemnización y no pensión compensatoria y hasta la liquidación de la comunidad de bienes formada por la unión civil, que no sociedad de gananciales. Interpuestos sendos recursos de casación, el TS declaró no haber lugar a los mismos.

NOTA.—El pronunciamiento más claro que realiza la presente sentencia respecto a las uniones civiles *more uxorio* es la reiteración de una afirmación habitual en la doctrina del TS: que no son equiparables al matrimonio, y en consecuencia, no pueden serles de aplicación las normas del Código civil reguladoras de la sociedad de gananciales.

El recurso de casación interpuesto por el demandado se centró fundamentalmente en la concesión, por el Juez de Primera Instancia, de una pensión compensatoria a la conviviente demandante (75.000 pesetas mensuales), lo que fue matizado por la Audiencia Provincial en el único sentido de no tratarse de la pensión compensatoria del artículo 97 CC, sino de una indemnización, sin determinar, según denuncia el recurrente, la base jurídica de tal concesión. El TS rechaza este motivo con dos afirmaciones: 1.ª que la Audiencia Provincial la concedió aplicando analógicamente el artículo 98 CC, y 2.ª que de las pruebas practicadas se evidenció la intención de la pareja de hacer comunes las ganancias o beneficios obtenidos por cualquiera de ellos, lo que también era admitido por el demandado y recurrente en casación, y a juicio del TS, justificaba que el Tribunal *a quo* concediera «la percepción de una indemnización mensual por el factor desestabilizador que la supuso la cesación de la convivencia».

En definitiva, parece que la sentencia que anotamos ha de incardinarse en la amplia aceptación que para el TS tienen los pactos, expresos o tácitos, entre los convivientes para regular las consecuencias patrimoniales de su unión civil, sin llegar a afirmar expresamente que cuando estos pactos tienen por finalidad hacer comunes entre aquéllos las ganancias o beneficios obtenidos durante la convivencia (también pérdidas, se entiende), lo que haya de aplicarse sean las normas reguladoras del régimen legal de gananciales. (A. G. C.)

**85. Unión civil *more uxorio*. Aplicación del régimen legal de gananciales por pacto preestablecido y *facta concludentia*.**—Las uniones civiles de hecho o *more uxorio*, aun cuando son merecedoras de la protección que el artículo 39 CE dispensa a la familia y son una manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), no son situaciones equivalentes o equiparables al matrimonio legalmente contraído (STC 184/1990, de 15 de noviembre y Auto 156/1987).

En consecuencia, «no cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho». (STS de 23 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Aurelio G. C. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Teresa O. Z. en la que solicitaba se declarase su propiedad por partes iguales y proindiviso de un piso, un local y del derecho de traspaso de un bar, así como de los bienes muebles y enseres adquiridos durante los años que duró la convivencia entre ambos. Contestada la demanda, se formuló reconvencción solicitando se declarase la nulidad de un documento de fecha 18 de febrero de 1988 en el que la demandada reconocía su convivencia con el actor durante más de once años y la adquisición de los bienes después indicados en la demanda por aquél. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y declarando el derecho del actor sobre la propiedad proindiviso del piso, del local, del derecho de traspaso sobre el bar y de otros bienes muebles y enseres, y desestimó la demanda reconvenccional.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el recurso y la confirmó íntegramente. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la S de 23 de julio de 1998 (en el mismo sentido, S de 4 de abril de 1997) el TS reproduce en su literalidad, como «tesis imperante y reiterada de esta Sala», lo establecido en la S del mismo Tribunal de fecha 21 de octubre de 1992 en relación a las uniones civiles *more uxorio*, aunque con la diferencia de que, en esta última, no apareció probado, ni por pacto expreso ni por acuerdo tácito, que la voluntad de los convivientes fuera la de hacer comunes los bienes o ganancias adquiridos durante la pervivencia de su unión de hecho, lo que quedó cumplidamente acreditado en la primera.

El problema que se plantea en casos como el relatado en la sentencia que anotamos es determinar qué normas cabe aplicar cuando existe una voluntad de los convivientes de hacer comunes a ambos las ganancias o beneficios (también pérdidas) obtenidas durante la unión. En este sentido y rechazada por el TS la posibilidad de aplicar analógicamente (analogía *legis*) las normas relativas a la sociedad legal de gananciales al no ser equiparables el matrimonio y las uniones *more uxorio* (lo que no ha evitado la aplicación del art. 96 CC, por analogía, a estas últimas en la STS de 16 de diciembre de 1996), nuestro Alto Tribunal se ha decantado unas veces por aplicar las normas relativas a la comunidad de bienes (S de 29 de octubre de 1997 y Comentario a la misma por Rivero Hernández, F., en *CCJC*, enero-marzo 1998); otras ha apuntado, *obiter dicta*, la aplicación de las normas de la sociedad civil (SS de 27 de mayo y 24 de noviembre de 1994) o ha mantenido el pronunciamiento de la Audiencia Provincial que aplicó los artículos 1665 ss. pero sólo respecto a un negocio de heladería explotado conjuntamente por los convivientes y no respecto a otros bienes (S de 18 de febrero de 1993); en alguna ha admitido la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa (S de 11 de diciembre de 1992) o de un supuesto principio general del Derecho («protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho», en la S de 10 de marzo de 1998), y las más de las veces se ha limitado a atribuir en régimen de cotitularidad o de igualdad de cuotas a ambos convivientes las resultas económicas de la unión, pero sin mayores concreciones, siendo ejemplo de ello la sentencia aquí tratada. (A. G. C.)

**86. Régimen de gananciales. Traba sobre bien ganancial. Situación del cónyuge separado no deudor.**—Constante la sociedad de gananciales, cada cónyuge ha de responder con su patrimonio personal de las deudas propias. Cuando no existan bienes privativos del cónyuge deudor, o éstos sean insuficientes para hacerlas efectivas podrá procederse sobre bienes gananciales, en cuyo caso es imprescindible que el embargo sea notificado de inmediato al cónyuge no deudor (art. 1373 CC). Sólo cuando se haya cubierto el requisito de la notificación, podrá procederse a la anotación de la traba en el Registro de la Propiedad, según establece el artículo 144 RH (STS de 16 de noviembre de 1990, en la que se cita las de 26 de septiembre de 1986, 20 de marzo de 1989 y Resoluciones de la DGRN de 11, 20 y 21 de febrero de 1984 y 28 de marzo de 1989).

**Notificaciones judiciales. Requisitos a cumplir en los supuestos de nulidad de los actos de comunicación procesal procedentes de juicio ejecutivo.**—Las notificaciones, como una de las categorías de actos de comunicación judiciales, en la medida en que está directamente afectado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), pues a través de ellas el sujeto conoce las resoluciones que se le comunican y pueden hacer valer sus pretensiones. Siendo pues una cuestión de gran trascendencia, y siempre en aras al respeto de los derechos fundamentales, el legislador los ha rodeado de una serie de formalidades, cuyo cumplimiento, por ser materia de orden público, exige rigurosidad (STC 36/89).

Los actos judiciales de notificación se rigen por el principio de recepción y no por el de comunicación (STS de 17 de mayo de 1993), y su mayor garantía y seguridad la constituye la notificación personalísima (STC 326/93). Cuando no es posible, siendo conocido el domicilio del que deba de ser notificado, se hará la notificación por cédula, la cual deberá contener necesariamente, la expresión de la naturaleza y objeto del pleito, y los nombres y apellidos de los litigantes; copia literal de la resolución que haya de notificarse; nombre de la persona a quien deba hacerse la notificación; y expresión de la hora en que ha sido intentada la notificación, así como fecha y firma del actuario. De la misma se hará entrega a los sujetos mencionados en el párrafo 1.º del artículo 268 LEC. La diligencia será firmada por el actuario y por quien reciba la cédula. Si no supiese o no pudiese firmar lo hará un testigo, de cuyas circunstancias personales ha de quedar constancia.

**Conocimiento extraprocésal. Excepción del párrafo segundo del artículo 279 LEC.**—No es suficiente para que pueda operar la excepción del artículo 279.2 LEC que el sujeto tenga conocimiento, aunque sea tardío y por otros medios, del contenido de las notificaciones. Es necesario que ese conocimiento sea pleno y que se produzca en tiempo hábil para el ejercicio de los derechos de defensa del sujeto (STC 78/93 y 100/94). (STS de 26 de mayo de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—La *Sociedad E. A. T, S. A.*, inició juicio ejecutivo del artículo 141 LH contra don José B. C. Por el Juzgado de Primera Instancia se intentó llevar a cabo una primera notificación de la sentencia, el 15 de enero de 1983, infructuosa al no poder llevarse a cabo, por encontrarse desaparecido de su domicilio. Con posterioridad, el 20 de enero de 1983, mediante diligencia se hace constar que el Oficial, teniendo en su presencia a doña Rosa L. S., esposa del demandado, don José B. C., le hace saber la existencia del procedimiento del que emanaba el exhorto y el embargo trabado sobre una finca registral núm. 4223. Doña Rosa no firmó, y a ruego del Oficial lo hizo un testi-

go presencial, del que se desconoce la identidad y que firmó de manera ilegible.

El día 7 de septiembre de 1987, se celebró la correspondiente subasta a la que compareció como única licitadora y adjudicataria, la sociedad ejecutante, *Sociedad E. A. T., S. A.*, que accedió a la propiedad del inmueble por escritura autorizada el 11 de abril de 1988, enajenándola en esa misma fecha a don Manuel F. L. de S., quien, a su vez, la vendió por escritura el 20 de abril a la *Sociedad de Inversiones y Desarrollo Empresarial, S. A.*, causando las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad. Doña Rosa interpuso demanda contra los sucesivos adquirentes de la nave, solicitando se declarase la nulidad de la diligencia de notificación de 20 de enero de 1983, y todo lo actuado tras la misma, incluyendo la nulidad de la venta en pública subasta y de las posteriores escrituras. Desestimada la petición en primera instancia, e igualmente el posterior recurso de apelación, interpuso la representación de la demandante recurso de casación por infracción de los artículos 263 y 279 LEC, 24 CE, y 283.3.º LOPJ, en relación con el 1373 CC.

NOTA.—Por todos es sabido que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges, por lo que cualquiera de ellos podrá comprar, vender,... en definitiva, contraer obligaciones, quedando obligado con respecto a las mismas. Pero no por ello ni el otro cónyuge ni la sociedad de gananciales. A diferencia de los bienes privativos, no nos proporciona el Código civil una lista de las deudas privativas sino que las mismas serán determinadas por exclusión, esto es, todas aquellas que no sean deudas de la sociedad. Tales deudas u obligaciones forman parte del elemento pasivo del respectivo patrimonio privativo. Sin embargo, en ocasiones el acreedor puede solicitar, como en el supuesto, el embargo de un bien ganancial. Pero no por ello los bienes gananciales van a responder de las deudas privativas como responden por las deudas de la sociedad de gananciales. La responsabilidad de los mismos por las deudas privativas se distinguen con respecto del régimen de responsabilidad de los privativos, por las siguientes notas: *subsidiariedad*, puesto que responden cuando los bienes privativos no sean suficientes para hacerlas efectivas; *notificación al otro cónyuge*, no siendo suficiente una notificación genérica de la existencia de un juicio ejecutivo contra el cónyuge deudor, sino de la existencia de una traba sobre el concreto bien ganancial. Sólo de esta manera, el cónyuge no deudor podrá oponerse a la traba y solicitar, ante la falta de bienes privativos suficientes, que la traba se sustituya en los bienes comunes por la parte que el deudor ostenta en el patrimonio ganancial, entrando automáticamente este patrimonio en liquidación. (R. D. O.)

**87. Derecho de visita de los ascendientes en relación con sus nietos.**—Producido el fallecimiento de la madre de la menor, y aunque el padre haya contraído nuevas nupcias, no puede tener lugar la ruptura de las relaciones con la familia materna de la menor, sin que concurra justa causa que así lo evidencie, tal y como establece el artículo 160, párrafo segundo, CC. No se entiende que pueda constituir justa causa la disparidad de pareceres entre el progenitor superviviente y los ascendientes del menor, toda vez que «la personalidad se forma también de las contradicciones que emanan, a veces de los planteamientos y opi-

niones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores» (FJ STS de 11 de junio de 1996). Sin embargo, sí puede producir a la larga un desarrollo negativo en la personalidad de la menor «toda desvinculación con un nexo familiar», en concreto, el de la familia biológica materna, sino por el contrario, contribuir a su formación integral y su integración familiar y social.

Las relaciones y comunicaciones entre los ascendientes y los menores han de desarrollarse ateniendo a las necesidades y circunstancias del menor, por lo que el hecho de que tengan que realizarse las visitas en presencia del padre o de su actual esposa, no resulta conveniente, teniendo en cuenta que además de poder llegar a ser una fuente inagotable de problemas, impediría la creación del clima conveniente para el progreso de la relación personal entre el menor y sus ascendientes.

**Principios que han de regir en los procesos con menores: el interés superior del menor y la audiencia a los mismos.**—Teniendo en cuenta el nuevo marco normativo que tanto a nivel internacional como nacional viene a configurar la protección de la infancia y de los menores, se reconoce el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o, como en nuestro caso, judicial, en que esté directamente implicado y «que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social» (art. 9 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor). Sus consideraciones respecto a asuntos que le afecten, serán tenidas en cuenta atendiendo a su edad y a la madurez (art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990).

El interés del menor, «como principio inspirador de todo lo relacionado con él» (FJ STS de 17 de septiembre de 1996), vincula a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de los derechos de los menores de edad, fundamentalmente los contenidos en los artículos 4 a 9 de la LO 1/1996, y de una progresiva capacidad para ejercerlos.

**Carácter retroactivo de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.**—Aunque en virtud de la DT única de la LO 1/1996, de 15 de enero, dicha Ley no tiene efectos retroactivos, de tal manera que «los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior», el derecho a ser oído de los menores, y en general, todos los derechos en ellas contenidos, deben aplicarse a procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, «por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España» (FJ 2.º STS de 11 de junio de 1998, en transcripción la STS de 17 de septiembre de 1996). (STS de 11 de junio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Doña Nemesia P. R., abuela materna de la menor Aránzazu G. M., ante las diferencias existentes con el padre de la menor don José G. A., en relación a las visitas a la menor, fallecida la madre de ésta y habiendo contraído nuevas nupcias don José, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, reclamando el derecho a visitar y tener en su compañía a su nieta. En primera instancia, se estimó parcialmente la petición de la parte demandante, reconociéndole a la abuela materna el derecho a visitar a su nieta y tenerla en su compañía, durante al menos una hora al mes, en el domicilio de la misma, y en presencia del padre o madre actual de la menor. Interpues-

to recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial amplió el régimen de visitas, desarrollándose las comunicaciones entre la abuela y la menor, de seis a ocho de la tarde, dos veces al mes, la primera en presencia del padre o actual esposa de éste, y la segunda, en otro lugar del pueblo en que resida la menor. Interpuesto recurso de casación por la representación de don José G. A, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La sentencia que anotamos viene a incorporarse a la línea jurisprudencial que, acerca del derecho de comunicación de los abuelos con respecto a sus nietos, viene manteniendo el TS, y en concreto a los pronunciamientos contenidos en las SSTS de 7 de abril de 1994, 11 de junio y 17 de septiembre de 1996. La nueva regulación del artículo 160 CC, en concreto el párrafo segundo, reconoce el derecho a relacionarse con los menores que asiste no sólo a los progenitores del menor, sino también a «parientes y allegados», entre los que, evidentemente se encuentran los abuelos. En todos los supuestos analizados por el TS, y sin que sea un presupuesto de aplicabilidad del artículo 160. II CC, se ha producido el fallecimiento de uno de los progenitores, siendo los ascendientes del mismo los que quieren hacer efectivo el derecho de visita con respecto al/los descendiente/s de aquél.

La aplicación retroactiva de la LO 1/1996, contraviniendo el contenido de la DT única transcrita, tiene su razón de ser en el carácter de fundamento de orden público y de paz social, *ex* artículo 10 CE, que tiene la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, con independencia de cualquier circunstancia, como la edad. La LO 1/1996, tiene un valor y una fuerza indubitados, pero no viene a ser más que el reflejo del marco de derechos y libertades fundamentales contenidos en la CE, en el ámbito de los menores de edad. (R. D. O.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**88. Confesión judicial. Valoración de la prueba.**—Los artículos 1231 y 1232 CC han de interpretarse en relación con el artículo 587 LEC, en cuanto a que si se interroga a un confesante, si se trata de un hecho no personal, podrá negarse a contestar, sin ser considerado como confeso. En cambio, si declarase, el juzgador podrá valorarlo como cualquier otro medio de prueba. La confesión judicial ha de recaer sobre hechos personales del confesante, sin embargo, esto no es óbice para que la declaración del que no ha intervenido personalmente.

El precepto 1248 CC contiene, según reiterada doctrina, «una norma admnitiva, no preceptiva ni valorativa de prueba». Con ello se faculta al juzgador para apreciar libremente las declaraciones de los testigos, según las reglas de la sana crítica (SSTS de 8 y 14 de julio de 1987, 26 de mayo y 9 de junio de 1988, 7 de julio y 8 de noviembre de 1989, 5 de noviembre de 1990 y 2 de marzo de 1992).

**Acción de petición de la herencia.**—La *actio petitio hereditatis* consiste en que, hallándose unos bienes poseídos en concepto de dueño por un tercero, el que considera que le pertenecen por título de herencia, reclama que se declare a su favor la titularidad dominical. Es necesario diferenciar la mencionada acción con la de partición de la herencia, ya que esta última es imprescriptible (art. 1965 CC).

**Usucapión o prescripción adquisitiva.**—La posesión en concepto de dueño no se presume, sino que ha de ser probada. El artículo 448 CC se refiere a que el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título (STS de 4 de julio de 1963). No se acepta la idea de que un heredero que actúa como administrador de los bienes de la comunidad hereditaria, se halle poseyendo en concepto de dueño. Es insuficiente para generar la posesión en concepto de dueño el conjunto de actos que pueden responder a una actividad de mera administración (STS de 20 de febrero de 1992); no basta con la intención subjetiva de poseer como tal si ello no se apoya en un título apto y suficiente.

**Comunidad hereditaria.**—En cuanto que recae en la totalidad del patrimonio (*universitas*), y no a bienes concretos, participa de la naturaleza de la comunidad de tipo romano, aplicándole el artículo 397 CC, según el cual los actos dispositivos de dichos bienes necesitan el consentimiento unánime de todos los coherederos.

**Donación de un bien perteneciente a la comunidad hereditaria.**—La disponibilidad de un bien que no es de exclusiva pertenencia sino de la comunidad de herederos, da lugar a la nulidad del negocio por falta de objeto. El título otorgado es por ello nulo o inexistente, puesto que se dona un bien que no pertenece en exclusiva al transmitente. (STS de 24 de julio de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Un matrimonio fallece con cuatro hijos, mejorando a su hijo don Manuel V. D. en la tercera parte de todos sus bienes y legándole las tres quintas partes del tercio de todos sus bienes. Posteriormente, don Manuel V. D. realiza escritura de donación, por la que dona a su hijo don José V. S. la nuda propiedad de diferentes fincas, reservándose el usufructo vitalicio, declarando en dicha escritura que las mencionadas fincas le pertenecían como herencia de sus padres. Años más tarde, don Manuel V. D. fallece, al igual que una de sus hermanas.

Ante el Juzgado de Primera Instancia se acumulan dos procesos, cuyos demandantes, de un lado, hermanas y sobrinas del fallecido, solicitan la declaración de la pertenencia de las fincas citadas a la comunidad hereditaria, condenando con la nulidad a la donación realizada. Por otro lado, que se declare que las fincas mencionadas pertenecen al donatario don José V. S. Se estima la demanda interpuesta por las primeras, y asimismo, se desestima la presentada por don José V. S. Se recurre en apelación, y de la misma manera, se desestima, confirmando la sentencia de la primera instancia. Se presenta recurso de casación ante la Sala de lo Civil del TS.

**NOTA.**—En la sentencia anotada, nos encontramos con la negación de una posible usucapión, ya que es requisito ineludible la posesión en concepto de dueño. El artículo 436 CC establece una presunción *iuris tantum* de que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en el que se adquirió, pero a efectos de atribución de la posesión como dueño, es preciso que se pruebe un inicio posesorio en tal concepto (SSTS de 24 de marzo de 1983, 2 de junio de 1987). Según doctrina reciente, a la que se une esta sentencia, el poseedor aparente empieza a poseer los bienes hereditarios exteriorizando la intención de hacerlos propios, comportándose como dueño de los mismos y negando el carácter de heredero. El título que crea la comunidad impide a cualquiera de los cotitulares usucapir la cosa exclusivamente para sí; para que se produzca la usucapión antes de la partición, es preciso que se

produzca la interversión del concepto posesorio, mutación del *animus* adecuadamente exteriorizada de quien tenía la cosa por algún otro concepto (STS de 23 de mayo de 1996).

Lo que parece más confuso es que el Tribunal vuelva a oscurecer un tema tan polémico como es la declaración de nulidad por falta de objeto en un negocio en el que el transmitente carezca de poder de disposición. Las decisiones jurisprudenciales en este sentido son diversas y nada aclaratorias. Debemos recordar que el objeto no es que sea inexistente, no es que la donación se realice sobre un bien que se halle fuera del comercio, lo que ocurre es que este bien no se encontrará en el patrimonio del transmitente, aunque el objeto realmente exista (Miquel González, «Comentario a la STS de 5 de mayo de 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*). Por otro lado, por mucho que algunas sentencias intenten declarar la nulidad de venta de un bien perteneciente a la comunidad hereditaria por falta de poder de disposición (STS de 6 de octubre de 1997), es necesario que recordemos que en nuestro sistema el dominio se transmite mediante contrato más *traditio* (art. 609 CC), y siendo el título válido como es en estos casos (ya que el objeto existe), el poder de disposición es requerido en la *traditio*; para la validez del contrato no es necesaria la libre disposición de los bienes (Cañizares Laso, «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», *ADC* 1991, en referencia a los contratos de compraventa). Otra cuestión hubiera sido la necesidad o no de *traditio* para la transmisión del dominio en las donaciones (centrado también en ardua polémica), pero no debe ser fundamento el argumentar la carencia de objeto de un negocio (sea o no donación) por falta de disposición en el transmitente para rechazar la posibilidad de usucapión por título no válido. (*P. S. S.*)

**89. Presupuestos necesarios para considerar que la partición ha sido hecha por el propio testador.**—No toda disposición del testador realizada sobre los bienes hereditarios, puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Para delimitar la cuestión existe una «regla de oro», consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones —inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes—, pero cuando, así, no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione.

**No existe partición hecha por el testador cuando en el mismo testamento éste nombra un contador-partidor.**—Las disposiciones testamentarias, ahora contempladas, no pasan de ser unas normas generales o indicaciones a tener en cuenta en la verdadera y efectiva partición testamentaria. Y así se ha de entender en el presente caso, desde el instante mismo, que en el testamento en cuestión, se hace una designación expresa de un contador-partidor, institución esta última que carecería totalmente de sentido, es más que sería un contrasentido, si la testadora hubiera dicho la naturaleza de verdadera partición hereditaria, a las disposiciones distributivas que efectuó en el testamento.

**No pueden ser incluidos la totalidad de los bienes gananciales como caudal relicto de la partición hereditaria de uno solo de los cónyuges.**—Hablar de la totalidad de los bienes gananciales como caudal relicto de partición hereditaria



es una posición totalmente improcedente, desde el instante mismo que el objeto de una partición hereditaria sólo puede recaer sobre los bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son; y así se proclama en la emblemática Resolución de la DGRN de 13 de octubre de 1916, cuando, entre otras cuestiones establece «que es necesario que los bienes distribuidos en una partición testamentaria sean propios del causante»; así como la S de esta Sala de 7 de diciembre de 1988 que proclama «que como requisito condicionante de la validez y eficacia de la partición que contempla el artículo 1056 CC, es que la misma se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador que la hace». (STS de 7 de septiembre de 1998; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El demandante-recurrente interpuso demanda contra sus hermanos, hijos de su padre habidos con otra mujer, con la finalidad de hacer valer el cuaderno particional de los bienes relictos de su madre y de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales habida entre sus padres como el documento válido para el reparto de los bienes de su padre. Contestada la demanda por uno de los hijos, puesto que los otros fueron declarados en rebeldía, formuló a su vez reconvenición para que fuera aprobado como cuaderno particional el dictado por el contador-partidor dirimente en los autos de juicio voluntario de testamentaría de fecha anterior que el que se pretendía aprobar por el actor. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la demanda reconvenicional; interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, ésta rechazó el recurso. (E. S. M.)

## DERECHO MERCANTIL

**90. Identidad entre marcas registradas en distinto número del nomenclátor.**—Establece el TS, conforme a una reiterada jurisprudencia (SSTS de 30 de abril de 1986 y 14 de octubre de 1991), que la identidad entre dos marcas (y consiguientemente su incompatibilidad) puede ser apreciada aunque las mismas no se hallen en igual número del nomenclátor, siempre que la igualdad fonética y gráfica que presenten induzca a error. Por lo tanto, es posible ejercitar en estos casos una acción de nulidad.

**Principio de protección de la marca. Principio de prioridad.**—La marca establece su protección a favor de aquella persona que acredite su titularidad. Este ámbito tuitivo se despliega frente a cualquier sujeto que utilice otra marca que induzca al consumidor a error o contravenga normas imperativas. Como señala reiteradamente el TS (entre otras, STS de 30 de abril de 1990), la preferencia entre las distintas marcas que presentan iguales características se decide conforme al principio de prioridad en el registro de la marca.

**Marcas. Protección otorgada por el ordenamiento. Finalidad de la norma.**—Como uno de los fundamentos que justifican la protección que el ordenamiento otorga a las marcas (tanto en el derecho nacional, como en el europeo e internacional) alude el TS a la relación que las mismas presentan con la protección al consumidor. La protección de la marca y la interdicción de una identidad entre distintas marcas encuentra su sentido en permitir al consumidor recibir una adecuada información sobre los productos, ya que las marcas constituyen en la actualidad el signo distintivo más importante del empresario en el tráfico mercantil. De esta forma, se permite que el consumidor pueda decidir su compra de

forma libre y consciente. La identidad de marcas conduce a error en el consumidor, motivo por el cual se prohíbe en la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, la existencia de marcas idénticas. (STS de 2 de junio de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—Un laboratorio de cosméticos inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad Industrial una serie de marcas en las clases 3.ª y 35.ª del nomenclátor bajo el nombre de *PUMA* y junto al gráfico de un felino en posición de salto. La empresa *Puma AG Rudolf Dassler Sport*, considerando que tales marcas eran confundibles e incompatibles con otras inscritas anteriormente a su nombre (en las clases 22.ª, 24.ª y 25.ª del nomenclátor) bajo igual denominación y asociadas a un gráfico muy similar, interpone demanda en la que solicita la declaración de nulidad de las marcas registradas a nombre del laboratorio y la cancelación de tales inscripciones en el Registro de la Propiedad Industrial.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda en su integridad, considerando que existe una confusión entre marcas aunque las mismas se sitúen en distinto número del nomenclátor. Apelada la sentencia por los demandados, la Audiencia Provincial estima el recurso y revoca la sentencia de primera instancia, absolviendo a los demandados. *Puma AG Rudolf Dassler Sport* recurre en casación, siendo estimado el recurso por el TS. (A. M. M.)

**91. Relaciones entre modelos de utilidad y modelos industriales. Novedad.**—El TS establece, conforme a reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 30 de octubre de 1986 y 15 de febrero de 1988) y conforme a la interpretación de los artículos 124 y 187 del Estatuto de la Propiedad Industrial, que la existencia de un modelo de utilidad puede anticipar la novedad que se requiere para la protección de un modelo industrial, si este último es posterior. Si bien el modelo de utilidad no protege la forma del producto, sino más bien una determinada técnica que produce una utilidad o beneficio, la forma resultante de esta técnica impide que goce de protección un producto posterior que ostente igual configuración, aunque esté protegida por un modelo industrial. Por tanto, es posible apreciar entre ambos la existencia de copia y confusión respecto a la forma, configuración o representación del objeto o producto. La distinta naturaleza de ambas modalidades de propiedad industrial no impide, pues, la aplicación de la norma de protección.

**Indemnización de daños y perjuicios por violación del derecho de patente.**—Considera el TS que no resulta necesaria la prueba sobre los daños reclamados por violación del derecho de patente, ya que el artículo 64 párrafo 1.º de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, establece que la indemnización por los daños causados se produce «en todo caso». (STS de 27 de julio de 1998; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—Las compañías *Grosfillex SARL* y *Grosfillex Española* fabrican y comercializan un determinado tipo de macetas y jardineras, siendo titulares de un modelo industrial internacional sobre las mismas. Por otra parte, la entidad *Centroflor, S. L.* fabrica y comercializa bajo distinto nombre un tipo de macetas y jardineras que son muy similares a las anteriores. Esta última compañía es titular de un modelo de utilidad sobre estos productos (cuya solicitud es anterior a la fecha del modelo industrial internacional) y de un modelo industrial posterior.

*Grosfillex S.A.R.L.* y *Grosfillex Española* interponen demanda solicitando, entre otros pedimentos, la declaración de la violación de sus derechos exclusivos de explotación y la nulidad del modelo industrial del que es titular *Centroflor, S. L.* Siendo estimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, interponen recurso de apelación ambas partes. La Audiencia desestima el recurso interpuesto por los demandantes y estima parcialmente el de la entidad demandada. Las dos partes acuden en casación ante el TS, el cual estima parcialmente el recurso de los demandados en primera instancia y desestima el de los demandantes. (A. M. M.)

**92. Determinación de la fecha para la efectividad del incremento del 20 por 100 anual referido en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.**—A juicio del TS (SSTS de 8 de febrero y 11 de mayo de 1994) los intereses previstos en el mencionado artículo 20, son claramente sancionatorios como disuasorios de una conducta que dificulta o retrasa el pago, y en última instancia, persiguen estimular el cumplimiento de los deberes derivados de las pólizas a favor de los perjudicados. Constituyen, en suma, unos intereses especiales de demora que no exigen la intimación del acreedor, puesto que se trata de casos en los que la ley establece directamente la mora sin intimación de aquél. Declara, asimismo, que el incremento de la indemnización en un 20 por 100 anual será aplicable desde la fecha del siniestro y no desde la de la reclamación. (STS de 29 de julio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—En abril de 1981 don J. B. G. (conductor de camiones) y *Seguros Órbita, S. A.* concertan dos pólizas de seguros: la primera cubre el riesgo de retirada del carné de conducir por sentencia firme; la segunda garantiza el riesgo de muerte o invalidez por causa de accidente. En 1987, la primera de las pólizas pasa a cubrir, además, el riesgo de muerte o invalidez por causa de atraco. Vigentes ambas pólizas, el 9 de noviembre de 1990, don J. B. G. sufre un accidente con su vehículo que le produce una invalidez permanente total para desarrollar su trabajo habitual.

Como el asegurador no le indemniza el daño por causa no justificada, don J. decide promover demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la entidad mercantil *Seguros Órbita, S. A.* El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda del asegurado. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial dicta sentencia desestimando sendos recursos de apelación. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por don J. B. G. (M. C. C. M.)

**93. Seguro múltiple o cumulativo. Definición.**—El TS establece que esta figura (regulada expresamente en el art. 32 LCS) consiste en una pluralidad de contratos de seguro que cubren las consecuencias que un mismo riesgo puede producir sobre un mismo interés durante un mismo período de tiempo y que son celebrados por un mismo tomador con varias aseguradoras, operando conjuntamente.

**Seguro múltiple o cumulativo. Sanción por falta de comunicación.**—El artículo 32 LCS establece a favor de las entidades aseguradoras una sanción frente al asegurado consistente en la exclusión de la obligación de pago para el caso de que no se les haya comunicado (por el asegurado o el tomador del seguro) la

situación de seguro múltiple. Sin embargo, tal y como precisa el TS, dicha sanción sólo es aplicable cuando la falta de comunicación se haya producido por dolo, siendo necesaria además la prueba del mismo, ya que la mera contratación por separado de dos seguros no se entiende por sí sola contraria a la buena fe. Se parte del principio de que el seguro múltiple es lícito.

**Seguro de daños. Principio indemnizatorio.**—Según establece el TS, en el seguro de daños rige el principio indemnizatorio que aboga por el resarcimiento completo del daño que ha sufrido realmente el asegurado. Si la indemnización es mayor o menor a la cuantía del daño efectivamente sufrido, se provoca un beneficio y un perjuicio injusto respectivamente para el asegurador o para el asegurado (según cuál sea el caso). Este principio no impide la contratación de un seguro de daños por mayor suma aseguradora o con seguro múltiple, siempre que la indemnización que se entregue en caso de concreción del riesgo asegurado sea la de la cuantía efectiva del daño producido.

**Intereses por el retraso en el pago de la indemnización.**—El TS rechaza el pago de los intereses que establece el artículo 20 LCS cuando en el caso se produjo un debate sobre el pago de la indemnización, siendo ésta una cuestión que se presentó como discutible. (STS de 31 de julio de 1998; ha lugar.)

**HECHOS.**—La propietaria de una finca rústica, en la cual se edificó una venta-restaurante, celebró un contrato de seguro de daños con una entidad aseguradora, cuya suma asegurada era de 7.000.000 de pesetas. Posteriormente suscribió con la misma entidad otro contrato de seguro sobre el contenido del edificio por valor de 4.000.000 de pesetas. Unos meses después, celebró un nuevo contrato de seguro de daños (por la suma asegurada de 10.000.000 de pesetas) sobre igual continente y contenido que el anterior con otra entidad aseguradora distinta, sin que comunicase a esta compañía o a la anterior la situación de seguro múltiple. Con posterioridad a estos hechos se produjo un incendio en la finca que destruyó la venta-restaurante. La propietaria reclamó la indemnización debida, pero ambas compañías aseguradoras le denegaron el pago. Ante esta situación, interpone la propietaria de la finca demanda en reclamación de cantidad contra las dos compañías aseguradoras, que es desestimada tanto en primera, como en segunda instancia. Tras esto, recurre en casación la demandante ante el TS, el cual estima el recurso.

**NOTA.**—El artículo 20 LCS al cual se refiere la presente sentencia ha sido objeto de una nueva redacción por la DA 6.ª 2 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. El apartado 8.º del artículo 20 en su nueva redacción parece que se mueve en el mismo sentido apuntado aquí por el TS, al indicar la posibilidad de que no se apliquen los intereses moratorios regulados cuando la falta de pago de la indemnización se deba a causas justificadas o que no le sean imputables al asegurador. (A. M. M.)

**94. Seguro marítimo. Legislación aplicable.**—El TS en reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 24 de abril de 1991 y 22 de junio de 1992) afirma que el contrato de seguro marítimo se rige por las disposiciones del CCO y no por la LCS.

**Seguro marítimo. Universalidad de los riesgos.**—Del artículo 755 CCO se deduce que el seguro marítimo tiene como característica la universalidad de los riesgos. Ahora bien, como señala el último párrafo del precepto, las partes podrán en la póliza estipular las excepciones que tengan por conveniente.

**Supuestos de irresponsabilidad de la compañía aseguradora. Interpretación del artículo 756.7 CCO.**—La aseguradora no responderá de los daños y perjuicios que tengan su origen en alguna de las causas mencionadas en el artículo 756 CCO. El TS interpreta el apartado séptimo de dicho precepto en el sentido de que entre la falta de documentos y el siniestro debe existir una relación de causa a efecto. (STS de 23 de julio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. F. R. suscribe con la entidad *Segur Caixa, S. A.* una póliza multirriesgo de seguro marítimo, por la que se asegura su embarcación en un valor de 44.000.000 de pesetas. Designa como beneficiaria del seguro a la entidad *Cartujano de España, S. A.*

Se produce un siniestro en la mencionada embarcación y la entidad aseguradora alega para no abonar la indemnización que don A. F. R. no tenía la licencia exigida para patronear embarcaciones de esas características.

Don A. F. R. y la entidad *Cartujano de España, S. A.* interponen demanda suplicando se dicte sentencia por la que se condene a la entidad *Segur Caixa, S. A.* a pagar la indemnización pactada.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación del demandado. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

**95. Normativa aplicable al seguro marítimo.**—El TS declara que la LCS, de 8 de octubre de 1980, aunque afecta al seguro terrestre que regulaba el CCO y al seguro civil que regulaba el CC, no es aplicable al seguro marítimo que seguirá rigiéndose por la normativa del CCO.

**Cobertura del seguro marítimo.**—El TS afirma, que aunque se estime que los mecánicos embarcados no poseen la titulación reglamentariamente exigida, ello no determinará la exclusión del siniestro de la póliza contratada, cuando no exista una relación de causalidad entre la inobservancia de esas disposiciones administrativas y el siniestro acaecido.

**Cláusula de sumisión a arbitraje.**—Conforme al artículo 11 de la LA, de 5 de diciembre de 1988, ha de entenderse necesariamente que la demandada renuncia al convenio arbitral si se persona en el proceso y contesta a la demanda en cuanto al fondo de la misma, en lugar de limitarse a oponer la excepción de sumisión a arbitraje.

**Derecho a la tutela judicial efectiva.**—La indefensión prohibida por el artículo 24 CE no ha de ser debida a la propia dejación o negligencia de la parte que dice haberla padecido; si la indefensión es exclusivamente imputable a ella, dicha parte es la única que ha de soportar las consecuencias que se deriven de su falta de diligencia procesal. (STS de 29 de junio de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Al buque *Macaya Erre* (asegurado mediante póliza suscrita con la *Mutua de Riesgo Marítimo, Sociedad de Seguros a Prima Fija*) se le avería el radar en alta mar. Al no poder ser arreglado y dada la niebla existente, el patrón al mando decide regresar al puerto. Cuando retorna en las referidas condiciones, el barco encalla y se hunde. Posteriormente, el propietario del barco interpone demanda contra la citada aseguradora reclamando el pago de cierta cantidad de dinero. La Mutua contesta a la demanda y formula reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda interpuesta por el propietario del barco y desestima igualmente en su

totalidad la reconvencción formulada por la Mutua. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima en parte y revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El TS declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos respectivamente, por el dueño del barco y por la aseguradora. (M. C. C. M.)

**96. Interpretación del término «responder» del artículo 32-2.º del Convenio de Ginebra, de 19 de mayo de 1956, sobre Transporte Internacional de Mercancías.**—Según el TS, aunque el término «responder» tiene varias acepciones, la contestación del artículo 32 sólo puede ser de aceptación o de denegación o rechazo, equiparándose a las expresiones inglesa (*rejects*) o francesa (*repousse*) utilizadas en el texto original del Convenio. Una contestación dudosa o poco clara o sugeridora de que se aporten nuevos datos, explicaciones o documentos, no constituye la «respuesta» a la que se refiere el artículo 32-2.º del Convenio. (STS de 29 de junio de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—El 2 de junio de 1989 la mercantil *Atlántica Frío, S. A.* entrega a *Eurtrans, S. A.* quince bultos de maquinaria para un transporte por carretera desde La Coruña a Alemania Federal. Posteriormente, *Eurtrans, S. A.* contrata la realización del citado transporte con *Transportes Internacionales Maycal, S. A.* quien, a su vez, encarga el transporte al Sr. A. C. En el curso del transporte convenido, el conductor del vehículo sufre un accidente de circulación; como consecuencia del siniestro, la mercancía transportada sufre graves e importantes daños.

El 16 de junio de 1989 *Atlántica Frío, S. A.* formaliza reclamación por escrito de los daños y la dirige a *Eurtrans, S. A.* Al no obtener respuesta, la entidad *Commercial Union Assurance Company PLC* (aseguradora de *Atlántica Frío, S. A.*) dirige nuevo escrito de reclamación a la porteadora, escrito que es contestado el 18 de septiembre de 1989. Días después, *Commercial Union Assurance Company PLC* en cumplimiento de las obligaciones que dimanaban del contrato de seguro concertado con *Atlántica Frío, S. A.*, paga a la misma la indemnización que le corresponde. El 5 de diciembre de 1990, la compañía aseguradora como subrogada en los derechos y acciones de la asegurada, formula juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra los transportistas *Eurtrans, S. A.*, *Transportes Internacionales Maycal, S. A.*, y don Manuel A. C.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la excepción de prescripción de la acción opuesta por los demandados. La Audiencia Provincial desestima igualmente el recurso de apelación y confirma la sentencia dictada en primera instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación y en consecuencia, manda anular la sentencia recurrida. (M. C. C. M.)

