



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ENERO~MARZO 1996

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**

Fundada en 1953 por

Rafael Núñez-Lagos

LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Gráficas Minaya, S.A. - calle Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radio
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Díe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa



Dirección:
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º
28010 MADRID

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

SUMARIO

7

IN MEMORIAM: LUIS FIGA FAURA

Estudios

17

LOPEZ PEREZ, Jerónimo: "La filiación"

61

MURILLO VILLAR, Alfonso: "La división convencional de la Comunicad de Bienes en el Derecho Romano"

111

POVEDA BERNAL, Margarita Isabel: "Sobre la eficacia de las normas. Algunas cuestiones transitorias, derogatorias y competenciales en la reciente legislación civil"

Actualidad jurídica

A) *Informes y comunicaciones*

219

— RAPOSO FERNANDEZ, José Manuel: "Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios".

B) *Notas bibliográficas*

279

— CAMARA LAPUENTE, Sergio: "La fiducia sucesoria secreta", "Prólogo" de Juan Bms. Vallet de Goytisolo, Universidad de Navarra, Dykinson, Madrid, 1996, 1549 págs.

283

— DELGADO DE MIGUEL, Juan-Francisco: "El derecho agrario de la Unión Europea", Editorial The Book, 1996, 354 págs.

287

— NUÑEZ BOLUDA, María de los Desamparados: "El mutuo disenso", Mc Graw-Hill. Madrid, 1996, 202 págs.

IN MEMORIAM

Luis Figa Faura*

El día de Ntra. Sra. de Lourdes, el 11 de febrero de este año de 1996, con entereza, serenidad y santa paz entregaba su alma a Dios nuestro compañero LUIS FIGA FAURA.

7

Menos de tres años hemos podido gozar de su compañía y compartir sus inquietudes jurídicas, movidas por su gran amor y dedicación al Derecho. Amor un tanto desgarrado por la imposibilidad de alcanzar una justicia perfecta en este mundo; pero se mantenía siempre irreductible en su lucha intelectual contra la injusticia. Tan breve tiempo ha sido suficiente para que todos pudiéramos apreciar su altísima calidad jurídica y humana, de la cual nos ha dado repetidas muestras.

Era, por encima de todo, un hombre bueno, caballeroso, franco, cabal, entero. Todos, y especialmente yo, somos testigos de su temple y de la serena entereza con la que sufrió su última enfermedad, conociendo perfectamente su pronóstico irremediable. De esto hace un año, sin que por ello dejara de desplazarse de Barcelona para asistir quincenalmente a nuestras reuniones. Llegaba en avión horas antes y regresaba rápidamente al terminar la sesión. Todavía el 27 de noviem-

* Palabras pronunciadas en el Pleno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de 19 de febrero de 1996.

bre último asistió por postrera vez y, después de haberlo pasado francamente mal en el viaje de venida, desarrolló la última parte de la ponencia que había dejado inacabada, por falta de fechas, en junio al finalizar el curso pasado. Nunca se quejaba ni se lamentaba, sólo exponía privadamente con brevedad cuál era su estado como si se tratase de tercera persona.

No sigo. Porque, dada su sencillez y naturalidad, a él, que no era barroco, no le gustaría que yo lo sea hablando de él.

* * *

Nació en Palamós, el 16 de mayo de 1918, cursó el bachillerato en Gerona y terminó la carrera de Derecho en la Universidad de Barcelona en 1940. Ganó la oposición de notarías en 1944, posesionándose de la plaza de Cardona. Por oposición entre notarios obtuvo una notaría de Bilbao, en 1947, y la de Barcelona, en 1950.

8

Las actividades que desarrolló pueden clasificarse en profesionales de notario, corporativas también dentro del notariado; docentes, de dirección económica, académicas, legislativas y judiciales.

Su actuación profesional como notario, fue modélica, rigurosa, artesanal. No quiso tener una notaría voluminosa, que no era compatible con su manera de entender la profesión. Creo que el modo como la vivió queda reflejada en su conferencia, La función social del notario. En ella, arrancando de la imprecación de la Ley de las XII Tablas: "Patronus si clientem fraudem fecerit, sacer esto" –"sea maldito"–, comentó que el cliente que entra en un despacho notarial y pone en las manos del notario sus asuntos para que le oriente, le ilustre y le proteja, obliga a que éste, en su asesoramiento, procure la igualdad no formal sino sustancial de los concertantes, y defienda la libertad de decisión, frente a toda posible coacción, de aquella parte que sea de temer pueda resultar más débil en el proceso negocial.

Corporativamente fue sucesivamente elegido Secretario y luego, el año 1967, Censor Primero del Colegio Notarial de Barcelona; y, en 1971, Decano del mismo Colegio, y, a la vez, Vicepresidente de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.

En el ámbito de la docencia universitaria estuvo encargado de la Cátedra de Organización Económica Internacional, en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Barcelona durante cinco cursos, desde 1958 a 1963, y en la Facultad de Derecho de la Cátedra de Doctorado de Derecho civil catalán desde 1961.

En materia de gestión económica fue nombrado, en 1978, Presidente de la Caja de Ahorros de Cataluña, cargo que desempeñó hasta 1983.

En las tareas de preparación legislativa, fue miembro de la última Comisión Compiladora del Derecho civil catalán en 1960; en 1982 fue designado miembro de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña; y en 1981, Presidente de la Comisión para la defensa del Derecho Civil de Cataluña, de la que después pasaría a ser Presidente Honorario.

9

En el ámbito de la función judicial, en 1976, fue designado Magistrado del Tribunal Superior de la Mitra para el Principado de Andorra y Presidente del mismo desde 1993 hasta que desapareció este Tribunal con la nueva Constitución andorrana.

En enero de 1977 le fue concedida la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort y en 1993 le Creu de Sant Jordi, máxima condecoración de las concedidas por la Generalitat de Cataluña.

Fue elegido académico de número de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya el 13 de noviembre de 1970 y Presidente de la misma en 1991, cargo que desempeñó durante un período.

El Pleno de Académicos de número de esta Real Academia lo eligió para recibir la medalla número 36, que había

dejado vacante nuestro compañero, MIGUEL CASALS COLLDE-CARRERA, y, antes, el maestro de los tres, RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE.

El 7 de junio de 1993 leyó su discurso de ingreso, Lógica, tópica y razonamiento jurídico.

En este Pleno ha expuesto tres comunicaciones:

— El 11 de abril de 1994, acerca de El problema jurídico fundamental, hoy. Como tal consideró el producido por la enorme proliferación de Códigos morales, “que se consideran todos ellos válidos, todos ellos dignos de respeto”. Partiendo de que la justicia es “un elemento sine qua non del fallo judicial. Y éste depende, por tanto, de cual sea el concepto que de la justicia el juez o Tribunal tengan”; o sea, de que, “en la base de todo fallo judicial hay una decisión no sólo jurídica, sino, esencialmente moral, toda sentencia se basa en un código de moralidad”. Sentado este punto de partida y desde aquel planteamiento declaró su convicción de que “de continuar existiendo y extendiéndose el pluralismo moral, cada vez serán más frecuentes y más justificados los recelos que inspirará la denominada Administración de la Justicia y, con ellos, la inseguridad jurídica”.

— El 30 de enero de 1995, trató de otro tema, también básico, Concepto de sanción jurídica.

— Y el 5 de junio de 1995, ya después de serle diagnosticada y conociendo perfectamente la enfermedad mortal que padecía, presentó la primera parte de su comunicación Los principios generales del derecho y el derecho mercantil, que concluyó en la última sesión en que pudo asistir a este Pleno, el 27 de noviembre último.

* * *

La amplitud y variedad de sus actividades se comprende con la sola lectura de la relación de sus obras escritas que, sin embargo, es muy inferior en amplitud que el de sus lecturas, como muestra claramente su biblioteca. Su curiosidad por saber era insaciable.

Apenas posesionado de su notaría en Barcelona estudió profundamente la economía política. Junto con él la estudió también nuestro Tesorero el MARQUÉS DE TEIADA, guiados ambos por el profesor FABIÁN ESTAPÉ. Fruto de ello fue que, durante cinco cursos, desempeñó la cátedra de Organización Económica Internacional en la Universidad de Barcelona.

Pero, a la par, se había interesado siempre por la filosofía, que proyectó concretamente a la filosofía del derecho. Sin embargo, él, era un práctico por su dedicación jurídica y por el cultivo desde las raíces del derecho civil catalán, que vivía intensa y cotidianamente. Profundizó en el estudio de su historia siempre por propia vocación y, después, también en la Fundació Noguera, con cuyo fundador RAIMUNDO NOGUERA DE GUZMÁN le unía profunda amistad.

Frutos de la conjugación y de sus estudios y sus experiencias en esta temática han sido:

11

*— Su ponencia al “II Congrès juridic català” Estatut personal y patrimonial dels conyuges, en el que examinó las tensiones entre el derecho romano y el catalán en esta materia, en la cual los prácticos trataron siempre de evitar la aplicación de aquél cuando se oponía al derecho peculiar y no resultaba adecuado —ocurrió así con la *authentica Si qua mulier* y el Senado-consulta Valeyano—, empleándose para ello principalmente los medios del pactum de non patendo, la renuntiatio y el juramento confirmatorio, como mostró documentadamente en su ponencia.*

— Su conferencia a la Academia Matritense del Notariado “Mos italicus” y los juristas catalanes.

— Su colaboración al homenaje de nuestro maestro RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, La voluntad, la declaración, Mr. Austin y el Ordenamiento de Alcalá, abriéndose en ella al derecho comparado y a la historia del derecho de Castilla.

— Los formularios catalanes y la formación del Notario en Cataluña, conferencia que desarrolló en la Academia Matritense del Notariado en el Curso que se organizó en home-

naje a nuestro compañero RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS con motivo de su jubilación.

— Y, especialmente respecto del derecho catalán Homenatge a Fontanella, de quien conocía perfectamente su *De pactis nuptialibus*.

Sus conocimientos prácticos, históricos y filosófico-jurídicos le dotaron de suficiente autoridad para desarrollar ante el *President de la Généralitat*, JORDI PUJOL, en 1993, su discurso *El dret català en perill*. En peligro lo veía precisamente en la proliferación de leyes emanadas del Parlamento catalán.

Otra materia a la cual le llevó su formación jurídica y económica tanto como su práctica profesional y su sentido de la justicia, ha sido el derecho mercantil. Su tesis, que mucho interesó a nuestro compañero y maestro de todos, el profesor FEDERICO DE CASTRO, era que el ser propio del derecho mercantil ha consistido en ser un derecho de comerciantes, entre comerciantes y elaborado en la práctica mercantil. Los juristas teóricos han perturbado esa genuinidad suya, primero aplicándole concepciones del derecho civil y, después, haciendo de él un derecho referente a los actos de comercio, por lo cual instituciones netamente mercantiles —como la letra de cambio con su carácter abstracto— se aplican a no comerciantes, muchas veces en detrimento de la justicia. En torno a las diferencias entre derecho civil y derecho mercantil ha publicado: *Los civilistas y la evolución histórica del derecho mercantil*, *La colisión inraestatal de ordenamientos*, *derecho civil y derecho mercantil*, *Invasión del derecho civil por las normas mercantiles*, *El ordenamiento jurídico mercantil*, el capítulo dedicado a *La equidad mercantil en su estudio Las equidades*, y, hace unos meses, la última comunicación que efectuó en este Pleno de Numerarios, antes referida.

Otras cuestiones, en las que se adentró LUIS FIGA han sido la lógica, la semiótica, la retórica y el modo de razonar, todos en general, aunque enfocados para hacer luego aplicación al derecho. Hace muchos años, más de treinta me indicó los estudios que, por encargo de la Universidad Central

de Venezuela, había efectuado el lógico español JUAN DAVID GARCÍA-BACA, llegando a la conclusión de que al Derecho no le era aplicable la lógica formal sino una especie de logoides. Después, me insistió repetidamente para que leyera Verdad y método de GADAMER, las obras de PAUL RICOEUR, acerca de la hermenéutica, y los libros en que UMBERTO ECO se ocupa de la interpretación. Estando ya enfrascado en mi Metodología de la determinación del Derecho me acució para que leyera El arte de la memoria de PAOLO ROSSI, Clavis universalis de FRANCIS YATES y los estudios acerca de la argumentación de ANTONY WATSON y ROBERT ALEXY; me envió fotocopia del tratado De interpretatione de STEPHANUS DE FEDERICIS y, para observar la posición de los glosadores acerca de la equidad, me remitió a una obra de Ennio Cortese.

Fruto de su profunda penetración en estos últimos temas fue su importante discurso de ingreso en esta Real Academia, Lógica, tópica y razonamiento jurídico. Como dije al contestarle, la tópica ocupa la parte central y constituye su aportación personal más importante y no sólo en espacio (ocupa cinco sextas partes del texto, frente a una dozada parte mismo cada una de las otras dos), sino también cualitativamente. Fue resultado de una labor de primerísima mano, que yo pude testimoniar, sabiendo como había logrado conseguir obras antiguas y obteniendo fotocopias de las que le resultó inasequible adquirir.

Las otras dos partes, mucho menos maduradas, contienen, sin embargo, algunas aportaciones valiosas. Como, en la primera, la explicación de las razones por las cuales la lógica apenas sirve para argumentar en derecho, pues, ni el lenguaje ni los conceptos pueden reflejar la realidad sino en parte y, también la deforman en parte. Y, en la tercera parte, es de interés su nítida diferenciación entre deliberación jurídica y argumentación jurídica, asignando a esta segunda las funciones de la tópica y de la retórica en general.

En LUIS FIGA se dio la notable facultad asimilativa que TORRAS Y BAGES consideró característica de la escuela jurídi-

ca catalana, y que, naturalmente, es ejercitada a beneficio de inventario —como, siempre se efectúan las asimilaciones de concepciones ajenas en una tradición jurídica determinada—. Así es como DURÁN Y BAS asimiló ideas de la escuela histórica del derecho alemana, expuestas por SAVIGNY; como ROCA SASTRE supo asimilar el conceptualismo, en auge en su época universitaria, a través de lo que él mismo denominó “derecho institucional”; CASALS COLLDECARRERA hizo lo propio, en su discurso de ingreso en esta Real Academia, con las últimas corrientes alemanas de la Wertungsjurisprudenz y con algunas aportaciones del realismo angloamericano; y PUIG BRUTAU —aunque no cultivó el derecho especial de Cataluña— asimiló en lo conveniente el derecho anglosajón. De igual modo LUIS FIGA ha tratado de efectuarlo con la hermenéutica, en la perspectiva hermenéutica de la recepción de las leyes por el pueblo en sus costumbres, enfocándola, especialmente en Cataluña, en el marco de su expresión consuetudinaria.

* * *

Esta Real Academia pierde con LUIS FIGA un gran colaborador que siempre acuciaba nuestra inquietud por profundizar en cuestiones fundamentales, y cada uno de nosotros un gran amigo, particularmente yo. Tal vez él era quien más me hubiera gustado que leyese el ya próximo volumen de la parte sistemática de mi Metodología de la determinación del Derecho, para discutir después largamente muchas cosas desde diversas perspectivas.

Reciba su viuda Mercedes, sus hijos María Jesús y Jorge, nietos y hermanos nuestro más sentido pésame con la expresión de nuestra entrañada unión con ellas en su dolor y oraciones.

¡Descanse en la paz eterna de Dios!

Juan Bms. VALLET DE GOYTISOLO

LA FILIACION

JERÓNIMO LÓPEZ PÉREZ

*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid*

17

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. Especialidad del Derecho de familia. *Especial naturaleza del Derecho de Familia. Caracteres del Derecho de Familia. Especialidad de la realidad social del hecho de la familia en nuestros días. Complejidad del hecho social de la familia y de su norma reguladora.* **I.** LA FILIACIÓN Y SUS EFECTOS. *Idea general de la filiación: hecho natural, hecho jurídico. Clases de filiación. Efectos de la filiación. Apellidos. Deberes que derivan de la paternidad o maternidad. Exclusión de Derechos.* **II.** DETERMINACIÓN Y PRUEBA DE LA FILIACIÓN. Reglas básicas. **1.** Disposiciones Generales. *El interés del hijo en el momento de la determinación de la filiación. Medios de prueba. Rectificación de asientos de filiación.* **2.** Determinación de la filiación matrimonial. *Registral y judicial. Presunción de paternidad del marido. Consentimiento de los cónyuges. Matrimonio de*

los progenitores. *Conclusión.* 3. Determinación de la filiación no matrimonial. *Reconocimiento: Por incapaz o menor. Separadamente. De mayor de edad. De menor o incapaz. Parentesco de los progenitores. De hijo fallecido. Expediente. Sentencia firme. Respecto de la madre.* III. ACCIONES DE FILIACIÓN. *Crítica.* 1. Disposiciones Generales. *Pruebas. Efectividad. Protección del menor o incapaz.* 2. De la reclamación de la filiación. *Con posesión de estado. Sin posesión de estado. Filiación matrimonial. Filiación no matrimonial. Con filiación contradictoria. Prueba de la filiación.* 3. Impugnación de la filiación. *En filiación matrimonial. Impugnación de la paternidad del marido. Impugnación de la maternidad. En filiación no matrimonial. Impugnación del reconocimiento.* CONCLUSIÓN.

Introducción. Especialidad del Derecho de familia.

Dentro del Derecho civil, en el Derecho de familia, aparte del matrimonio, los alimentos y la tutela, es también institución fundamental la filiación, que como todo el Derecho de familia, en nuestro Derecho ha sufrido grandes modificaciones como consecuencia de la Constitución de 1978.

En el Plan romano-francés, con la clásica división de personas, cosas y acciones, y en el alemán o de SAVIGNY, con la Parte General, Derechos reales, Obligaciones, Familia y Sucesiones, en ambos y en el estudio del Derecho de familia, encontramos la filiación; siempre con la especialidad que supone el Derecho de familia, aun dentro del concepto amplio del Derecho civil.

Hay que poner de relieve la *especial naturaleza del Derecho de familia*, no comparable con el Derecho público ni con el privado, SÁNCHEZ ROMÁN, aunque tradicionalmente se

haya incluido al Derecho de familia en el ámbito del Derecho privado. Llegando CÍCU a aceptar la separación del Derecho de familia del Derecho privado, por su construcción afín a la del Derecho público. Si bien se deba incluir al Derecho de familia dentro del Derecho privado, CASTÁN TOBEÑAS, pero con ciertas particularidades:

a) La coincidencia del Derecho de familia y del Derecho público en algunos aspectos, aunque sin entrar dentro de este sistema.

b) El carácter preceptivo del Derecho de familia en general, sin olvidar también en él, el juego de la autonomía de la voluntad, muy remarcado en nuestro días y concretamente en nuestro Derecho.

c) Los caracteres del Derecho de familia que lo distinguen de las demás ramas del Derecho privado.

Y por último,

d) La no conveniencia de separar el Derecho de familia del Derecho privado.

19

Sobre los *caracteres del Derecho de familia*, que lo cualifican como apuntamos y para considerarle en todo caso dentro del campo del Derecho privado y civil, diríamos que todavía son válidas las concreciones que llevara a cabo RUGGIERO, al determinar:

a) El fondo ético más que jurídico de sus instituciones.

b) El predominio de las relaciones estrictamente personales sobre las patrimoniales.

c) La primacía del interés social sobre el individual.

d) Sus normas de orden público, imperativas e inderogables.

e) Las relaciones de superioridad y dependencia, con la presencia de ciertas "potestades".

f) La reciprocidad de las relaciones, con derechos que a la vez son deberes.

g) Y por fin, la peculiaridad de sus derechos, como "funciones", básicamente inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles; no sometidos a condición ni tér-

mino, sin que sea de aplicación por lo general el principio de la representación.

Aunque hemos fijado algunas reglas que se pueden estimar fundamentales sobre la naturaleza y los caracteres del Derecho de familia, sin embargo hay que tener muy en cuenta la *especialidad de la realidad social del hecho de la familia en nuestros días*. Con las profundas transformaciones que la familia ha sufrido en nuestro país, a raíz de la Constitución de 1978. Y en primer lugar cabe señalar, con la democratización de la familia, consecuencia del principio general de igualdad: por el artículo 14 de aquélla (1).

Reconociéndose en concreto, el derecho al matrimonio, con plena igualdad jurídica por parte de los contrayentes, artículo 32 (2); y la protección de la familia, de los hijos, con la obligación de los padres de cuidarles, y la posibilidad de investigar la paternidad, además de la protección de los niños, prevista en los acuerdos internacionales, artículo 39 (3).

Siendo también derechos fundamentales que afectan a la familia el de la vivienda, artículo 47 (4), y la protección a

20

(1) Artículo 14, "Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de *nacimiento*, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

(2) Artículo 32, "1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".

(3) Artículo 39, "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

(4) Artículo 47, "Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

la tercera edad, artículo 50, puesta de relieve también, en fecha reciente, por el Papa Juan Pablo II (5).

Consecuencia de estos principios básicos de nuestra Constitución, fueron las trascendentales normas que las complementaron con la transformación profunda de nuestro Derecho de familia.

Recordemos así, la Ley de 13 de mayo de 1981 de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, con reconocimiento del principio de igualdad de los hijos y de la capacidad del hombre y la mujer.

La ley de 7 de julio de 1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, incorporándose así éste en el Ordenamiento.

La reforma del Código civil en materia de Tutela, con la admisión de la Tutela de Autoridad que sustituye a la Tutela de Familia, por la Ley de 24 de octubre de 1983. Y la Ley de 11 de noviembre de 1987, por la que se modifican

21

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

(5) Artículo 50, “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

En la reciente Encíclica del Papa Juan Pablo II, *Evangelium vitae*, 25 de marzo de 1995, núm. 94, la protección a los ancianos se hace, digamos de modo enérgico, afirmándose que “La marginación o incluso el rechazo de los ancianos son intolerables. Su presencia en la familia o al menos la cercanía de la misma a ellos, cuando no sea posible por la estrechez de la vivienda o por otros motivos, son de importancia fundamental para crear un clima de intercambio recíproco y de comunicación enriquecedora entre las distintas generaciones. Por ello es importante que se conserve o se restablezca donde se ha perdido una especie de “pacto” entre las generaciones, de modo que los padres ancianos, llegados al término de su camino, puedan encontrar en sus hijos la acogida y la solidaridad que ellos les dieron cuando nacieron... El anciano no se debe considerar sólo como objeto de atención, cercanía y servicio... Gracias al rico patrimonio de experiencias adquirido a lo largo de los años, puede y debe ser transmisor de sabiduría y caridad”.

determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción, con simplificación de la misma, en cuanto que se suprimen las diversas clasificaciones que anteriormente existían.

Todo ello de acuerdo con la reciente normativa, Ley de 15 de enero de 1966, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No queremos terminar esta primera parte de introducción, sobre la naturaleza especial del Derecho de familia, sin dejar de poner de relieve la *complejidad del hecho social de la familia, y de su norma reguladora*, que explican esa especialidad.

Baste recordar en este sentido a LEHMANN, al hacer referencia a los diversos intereses que afectan a la familia, así como la moral, las concepciones de la vida y políticas, etc., entrecruzándose en la misma a la vez el interés individual, familiar y social (6).

22

(6) Señalaba LEHMANN, cómo en sector alguno del Derecho privado, se enfrenta el legislador, con más difícil misión que en el Derecho de familia. En ninguno son más fuertes los contrastes, ni actúan más las fuerzas extrajurídicas. Y es que aquí se encuentran en contradicción: lo individual y lo supraindividual; tendencias morales, concepciones de la vida frente a la rígida ordenación legal; idiosincrasia nacional y pensamientos finalistas; Iglesia y Estado; los sexos y las generaciones; la economía individual y la economía social; los intereses particulares y las exigencias sociales del Estado; la salud y la educación del pueblo": *Tratado de Derecho civil, Derecho de familia*, Vol. IV, Traducción de José María Navas, Madrid.

La Constitución italiana de 1947, en su artículo 29, recogía la siguiente definición de la familia: "Sociedad natural fundada en el matrimonio".

De modo más amplio destacándose sus elementos básicos, se la puede definir como "Asociación de personas que satisface intereses fundamentales del hombre, con contenido ético y regida por leyes naturales, en la que destaca la diversidad de sus miembros y su unidad, con intereses a la vez individuales, del grupo familiar y social".

Sobre la importante evolución histórica de la familia, puede verse especialmente LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, en su *Derecho de familia: sus orígenes*. En Roma. Entre los germanos. La influencia cristiana. La evolución de la familia moderna. En la época actual: familia nuclear, sólo pareja, con desaparición casi de los hijos, sin que sea ya centro económico, educativo, etc.

Poniendo ya de relieve también LACRUZ BERDEJO, que el Derecho frente a la familia es un *posterius*, que debe respetar su configuración, con el riesgo de la intervención del Derecho en la familia, que puede llevar aparejada la desaparición de la misma.

En este sentido asimismo sobre el peligro de la aplicación del Derecho penal a la familia, FERRER SAMA: al ser aquel apoyo del orden moral familiar y beneficio que se pueda conseguir con el castigo, con evitación de que por la pena, se aumente el quebranto de la paz y el orden familiar (7).

I. La filiación y sus efectos

Como *idea general de la filiación*, cabe señalar que es la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra: PLANIOL-RIPERT. Con la distinción de los elementos de la paternidad y maternidad.

Pudiéndose considerar a la filiación como *hecho natural*, que es la filiación diríamos propia (art. 127 del Código civil); y la filiación como *hecho jurídico*, no meramente física o conforme a la naturaleza, sino basada en ciertos presupuestos sociales.

Por ello puede no tener reconocimiento una filiación con progenitores parientes entre sí (art. 125); y por el contrario, reconocerse una filiación sin que exista seguridad sobre la procreación, en base a presunciones o por admisión voluntaria: artículos 116 y ss., 120, 135. Además de la filiación adoptiva.

En cuanto a *clases de filiación*, de acuerdo con la nueva regulación hay que distinguir los hijos por naturaleza, matri-

(7) Conclusiones en su trabajo sobre *El delito de abandono de familia*, Anales de la Universidad de Murcia.

monial y no matrimonial y la adoptiva, todos con los mismos efectos: artículo 108 del C.c. (8).

Estas ideas básicas sobre la filiación ya según la normativa vigente, contrastan con la evolución de la misma, no ya sólo en sus primitivas concepciones, sino con la regulación del Código civil antes de las últimas reformas.

En el Derecho romano, con su característica política en general (9), la familia y la filiación se fundamentan en el poder, la *potestas* del *paterfamilias*, frente al *filiusfamilias*, *alieni iuris*, familia agnaticia, que evoluciona, también de acuerdo con la transformación general, con la imposición de la familia cognaticia basada en lazos naturales o biológicos.

Los principios de autoridad del Derecho romano, parece también hay que admitirlos en el Derecho germánico, concretamente en el *Munt*, *Haus* y *Herr*, aunque siempre con la evolución y la importancia del lazo biológico o sanguíneo que se impone, y aun con el intento de contraposición que en general se hace del Derecho germánico, frente al romano.

La regulación de la filiación por el Código civil, antes del régimen vigente, se caracterizaba por la diversidad de clases de filiación, con derechos diferentes, pudiéndose distinguir: a) hijos legítimos, de padres casados, de matrimonio;

(8) Artículo 108 del C.c., ya según la redacción prevista por la reciente Ley de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Orgánica de 15 de enero de 1996, con la supresión de la palabra "Plena", referida a la adopción, Disposición final decimooctava, 2: "La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código".

La Ley de 11 de noviembre de 1987, suprimió la clasificación de la adopción en plena y simple, estableciendo en su artículo 3 que: en el texto del C.c., y demás disposiciones legales, la llamada "adopción plena", se entendía sustituida en lo sucesivo, por la adopción que regulaba esta Ley.

(9) Sobre el fundamento político del Derecho romano en general: J. IGLESIAS, "Política y Derecho en Roma", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XV, págs. 659 y ss.

b) legitimados, por subsiguiente matrimonio o por concesión real; c) ilegítimos: a su vez naturales: reconocidos o declarados judicialmente; y no naturales, de reconocimiento prohibido, de padres que no podían contraer matrimonio: adulterinos, incestuosos y sacrílegos; d) y por fin los hijos adoptivos, también con diversidad de clases y de derechos.

Esa discriminatoria situación, como es bien conocido y hemos reseñado –sin olvidar la progresiva reivindicación de los derechos de la prole ilegítima, en el primer tercio del siglo xx, aunque el Código de Napoleón empeorara aquélla (10)–, se borró por nuestra Constitución, de acuerdo con el principio de igualdad, recogido con carácter general, por el artículo 14, y en relación con los hijos, por el artículo 39, 2.º. Y en el Código civil artículo 108 (11).

En cuanto a los *efectos de la filiación* hay que señalar, ante su extensión la imposibilidad de su fijación –patria potestad, artículo 154, derecho hereditario, alimentos, impide matrimonio, artículo 47,1, nacionalidad, artículo 17, etc.–, si bien, aquí se pueden considerar como más significativos, y ya de acuerdo con la nueva reglamentación los derivados de los deberes de la paternidad o maternidad, juntamente con la exclusión de los derechos que provengan de la paternidad o maternidad. Además de la determinación de apellidos.

Sobre los *apellidos*, resalta la regla del artículo 109 del C.c., según la cual “La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley (12). El hijo al alcanzar la

(10) Vid. MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1984, T. III, vol. 1.º, artículos 108 a 141 del C.c., págs. 11 y ss.

(11) Vid. artículo 52 de la Ley de Registro Civil.

La Orden de la Presidencia de 4 de noviembre de 1985 reconoció pensiones de orfandad a hijos no matrimoniales en el régimen de clases pasivas del Estado.

(12) Artículos 53 a 62 de la Ley de Registro Civil y 192 a 219 del Reglamento. También la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de junio de 1981, sobre consecuencias registrales del nuevo régimen legal de la filiación, concretamente V, Régimen de apellidos.

mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos”.

En el precepto llama la atención la posibilidad que se introduce de cambio de apellidos, al alcanzar el hijo la mayoría de edad: que hay que entender como derecho exclusivo del hijo que no podrá llevarse a cabo por la mera emancipación (13); sin que exista plazo para solicitar el cambio alcanzada la mayoría; y sin que quepa nueva alteración del orden de los apellidos una vez realizada (14).

Por lo que se refiere a los *deberes* que derivan de la *paternidad* o maternidad y en relación al principio de la paternidad o maternidad responsable, hay que estar al contenido del artículo 110 del Código: “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”.

26

El principio de la obligación de los padres de cuidar a sus hijos menores es natural (15). Reconocido como hemos indicado por nuestra Constitución, artículo 39,3. Y también por nuestro Código civil al regular las “Relaciones paterno-filiales”, en su artículo 154 (16).

(13) Cf., RR.DGR., de 6 de febrero de 1991; 3 de enero de 1992 y de 5 de mayo de 1992.

Por su parte RIVERO HERNÁNDEZ, entendía que el emancipado podía pedir el cambio de los apellidos (art. 323): *Vid. en Comentario al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, T. I, pág. 432.

(14) Según el artículo 198 del Reglamento de la Ley de Registro Civil (D. de 22 de mayo de 1969 y RD. de 29 de agosto de 1986): “La inversión de apellidos de los mayores de edad, así como la solicitada conforme a la Ley por los representantes legales de los menores, podrán formalizarse mediante simple declaración ante el Encargado del Registro civil del domicilio, y no surten efecto mientras no se inscriban”.

(15) Resaltemos ya a Las Partidas, que señalaban el fundamento natural de la obligación de los padres de cuidar a los hijos, con más motivo que las bestias que no tienen entendimiento y lo hacen: Partida IV, Tít. XVII, proemio y Partida IV, Tít. XIX, proemio.

(16) Artículo 154 del C.c.: “Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

Subsistiendo la obligación del cuidado de los hijos por sus padres, como recalca el artículo 110, aun en el supuesto de que aquéllos no ostenten la patria potestad: que podría ser por causa de privación de la misma que se recoge con carácter general por el artículo 170 (17); o en la situación especial e interesante contemplada por el artículo 111 y que consideramos seguidamente.

Según el artículo 111 del Código civil: *“Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias el progenitor:*

1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

27

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos”.

Antes de la reforma del Código civil en 1981, señalaba su artículo 155, siempre con la discriminación en el ejercicio de la función de la madre en relación con el padre: “El padre y en su defecto la madre, tienen respecto de sus hijos no emancipados:

1.º El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho.

2.º La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente”.

(17) Artículo 170: “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Los Tribunales podrán en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”.

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”.

La regulación supone privación de la patria potestad en casos muy concretos, que se pueden encuadrar dentro de la norma general de privación de la patria potestad del artículo 170. Si bien, las restricciones de derechos de los padres, superan a los estrictos de la patria potestad.

Alcanza la privación, aparte de a la patria potestad, a otras funciones tuitivas, o a los derechos que por ministerio de la Ley, en relación con el hijo, o sus descendientes (Alimentos, art. 143 C.c.), o en sus herencias correspondan al progenitor (Legítimas, art. 807 C.c.). Además de que el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión.

28

Las causas de privación de esos derechos, son consecuencia de resolución judicial: de carácter penal respecto a la generación; o si la filiación se ha determinado con la oposición del progenitor (18).

La privación de derechos que se señalan para el progenitor por la norma, siempre con la previsión de la actuación judicial, dejarán de producir efecto, si así lo determina el representante legal del hijo (padres o más generalmente el tutor), con aprobación judicial; o si lo decide el mismo hijo al alcanzar la plena capacidad: por consiguiente sin que sea suficiente la emancipación. Siendo suficiente sin embargo en relación con la ostentación del apellido del progenitor, el que lo solicite el mismo hijo, a entender con un mínimo de capacidad y de madurez; o su representante legal.

(18) Sobre la materia puede consultarse el trabajo de MUÑIZ ESPADA, E., “La sanción del artículo 111, n.º 2 del Código Civil: La filiación determinada judicialmente contra la oposición del progenitor. Su crítica”. *Revista Jurídica del Notariado*, número 10, abril-junio 1994, págs. 119 y ss.

En todo caso aunque los padres pierdan sus derechos subsistirán las obligaciones de velar por los hijos –fundamentalmente en su minoría de edad, y en cuanto sea beneficioso para los hijos–, y prestarles alimentos: párrafo último del artículo 111; sin perjuicio de los demás derechos que corresponden a los hijos en relación con sus padres.

II. Determinación y prueba de la filiación. Reglas básicas.

Con independencia de las normas generales sobre la “Filiación y sus efectos”, el otro gran apartado de la regulación de la paternidad y filiación por la Ley de 13 de mayo de 1981, es el de la “*Determinación y prueba de la filiación*”, artículo 112 y siguientes del Código civil.

Al que cabe considerar como núcleo fundamental y conflictivo de la reforma, y al que le encajan con más merecimiento, las críticas que en general se han realizado a la Ley (19).

29

En concreto por lo que se refiere a la determinación de la filiación, en gran parte basada en reglas que se pueden calificar de históricas, hay que distinguir como ejes fundamentales la filiación matrimonial, materna y paterna: ésta

(19) Recordemos a DE LA CÁMARA, ob. cit., págs. 46 y 47, al afirmar en general que la Ley es técnicamente defectuosa. Con laconismo excesivo. Dando importancia excesiva a la posesión de estado. Sin que sea diáfano el sistema adoptado sobre investigación de la paternidad. Siendo confusa la disciplina de las acciones de reclamación de estado y de impugnación. Con margen excesivo a la discrecionalidad del Juez, y con proceso anómalo en la elaboración del Proyecto presentado a las Cortes.

Añade que es Ley críptica: escrita poco menos que en clave. Su estudio e inteligencia, *verdadera tortura*. No resuelve con claridad ni siquiera las cuestiones que directamente enfrenta. La interpretación plantea más problemas de los que pretende resolver. Los artículos 108 a 141: ejemplo paradigmático de cómo no debe redactarse un texto legal.

El autor piensa que incluso se ha quedado corto en la crítica, que no es de espíritu destructivo; y sin que las soluciones que propone, ni a él mismo le convenzan. Sin que haya abordado el estudio de la Ley para criticar, sino sólo para entregar una herramienta de trabajo.

sustentada en criterios de presunción de acuerdo con el principio *pater est qui nuptiae demonstrant*; y la filiación no matrimonial, materna y paterna en gran parte también esta dependiente de su reconocimiento.

Para presidir en relación con la maternidad la idea de su certeza, frente a la incertidumbre de la paternidad, de acuerdo con la expresión *mater semper certa est. Pater autem incertus*.

Todo ello sin olvidar la problemática de la “acreditación”, de la filiación por el *Registro Civil*, con inscripción de nacimiento y de filiación dentro o fuera de plazo.

Teniéndose que resaltar al respecto la importancia todavía de la Circular de 2 de junio de 1981, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre consecuencias registrales del nuevo régimen legal de la filiación. Con independencia de la posterior modificación del Reglamento del Registro civil por Real Decreto de 29 de agosto de 1986.

Y todo ello aparte de la *transcendencia* de la *realidad* o de la *verdad biológica*, artículos 127 y 135 del Código civil, dentro de la normativa de las Acciones de filiación, recogida ya por la Constitución en su artículo 39,2, al declarar que “La Ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

Posibilidad de investigación que es el gran principio y digamos la gran novedad, del nuevo régimen, frente a posiciones anteriores (20).

(20) DE LA CÁMARA, ob. cit., pág. 519 señala como *Sistemas* en orden a la *posibilidad de investigación de la maternidad y paternidad*, los siguientes:

1.º Prohibición absoluta para investigación de paternidad y maternidad *no matrimoniales*: Proyecto de Código civil de 1851.

2.º Permisivo de la maternidad pero prohibitivo de la paternidad: Código francés.

3.º Permisivo de la maternidad pero tasada la paternidad: todavía la Ley francesa de 3 de enero de 1972.

4.º Permisivo de la maternidad y paternidad: Derecho alemán, italiano.

En relación con el *Derecho Español*, y sobre la *investigación de la paternidad ilegítima*, cabe resaltar que:

El Derecho histórico es claramente liberal.

1. Disposiciones generales.

Antes de entrar en el estudio de la normativa más propia sobre la determinación de la filiación, preceden las Disposiciones generales.

Señalándose que aunque la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar, su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no disponga lo contrario.

Para conservar en todo caso validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada: artículo 112.

Las críticas que con carácter general recogemos en la Nota precedente, hay que reconocerlas, por lo que se refiere en particular a la redacción de este precepto, de difícil interpretación, aunque con clara voluntad de protección de los intereses del hijo, en las diversas situaciones en que se encuentre: con filiación sin determinar o determinada legalmente, o en su cualidad de minoría de edad o de incapacidad (21).

31

El Código civil, restringido.

La Ley de 13 de mayo de 1981: libertad de prueba.

Así lo recoge la STS., de 27 de junio de 1987.

En *Cataluña*, en el preámbulo de la Ley de Filiaciones de 27 de abril de 1991, se reconoce la *libre investigación* de la paternidad y maternidad, con toda clase de pruebas, y ya *desde la Edad Media*. Resaltándose en todo caso el principio de la veracidad sobre la filiación.

En la *Compilación de Navarra*, Ley de 1 de marzo de 1973, modificada por la Ley Foral de 1 de abril de 1987, en su Ley 70, se reconoce la posibilidad de reclamar y de impugnar la maternidad y la paternidad, con toda clase de pruebas.

(21) Por RDGR., de 26 de junio de 1989, se declara que la retroactividad de la determinación legal de la filiación, no es absoluta, ya que ha de ser "compatible con la naturaleza" de los efectos de la filiación y la nueva Ley de 1981 rige respecto de "los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor", de la Ley.

Y la STS., de 20 de junio de 1988, que toda la materia referida a la determinación, prueba y efectos de la filiación regulados en la Ley de 1981, al resultar favorable para los hijos, viene a concedérsele unos efectos de irretroactividad de grado

No escapa a las críticas que apuntamos, tampoco, la redacción del artículo 113 del Código civil, en el que se confunden los medios normales de acreditación de la filiación, con otros, de efectos especiales.

Señala el artículo 113, que “La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria”.

La acreditación de la filiación por la inscripción en el Registro Civil, es el procedimiento que se puede estimar como normal de prueba de la filiación, y que se corresponde con lo dispuesto por el mismo Código civil, artículo 327 (22), y la Ley de Registro Civil, artículo 2 (23).

Teniéndose que considerar las otras referencias del artículo 113 —documento, sentencia, presunción de paternidad matrimonial, posesión de estado—, más bien, como medios, para llegar a la inscripción en el Registro o si no es posible certificar del asiento o en su caso, a la determinación judicial de la filiación.

Aparte de los medios que se declaran en los artículos 127 y 135 del Código civil, dentro de las Acciones de filiación.

máximo, perfectamente acomodada al artículo 14 y a los principios constitucionales en esta materia.

(22) Artículo 327 del C.c.: “Las actas del Registro serán la prueba del estado civil, la cual sólo podrá ser suplida por otras en el caso de que no hayan existido aquéllas o hubiesen desaparecido los libros del Registro o cuando ante los Tribunales se suscite contienda”.

(23) Artículo 2 LRC.: “El Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento”.

Sin que presente especial significado el artículo 114 del Código civil, sobre la rectificación de los asientos de filiación en el Registro Civil, al remitirse a la Ley reguladora (24).

2. Determinación de la filiación matrimonial.

Entrando ya en la normativa del Código civil, por lo que se refiere a la *filiación matrimonial*, tanto materna como paterna, según el artículo 115 (25) se determinará:

1.º Por la inscripción de nacimiento junto con la del matrimonio de los padres, que diríamos que es la forma normal de su “acreditación”. Con la consiguiente regulación sobre inscripción dentro o fuera de plazo (26). Y, 2.º Por

(24) Artículo 114 del C.c.: “Los asientos de filiación podrán ser rectificadas conforme a la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto en el presente título sobre acciones de impugnación.

Podrán también rectificarse en cualquier momento los asientos que resulten contradictorios con los hechos que una sentencia penal declare probados”.

Sobre la “Rectificación y otros procedimientos”, *vid.*, artículo 92 y siguientes de la Ley de Registro Civil.

(25) Artículo 115: “La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente:

1.º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres.

2.º Por sentencia firme”.

(26) La *inscripción de nacimiento* se practica en virtud de declaración, que se formulará entre las veinticuatro horas y los ocho días siguientes al nacimiento, salvo plazos especiales: artículo 42 LRC. *Vid.* artículos 165 y 166 del Reglamento: el plazo será de veinte días cuando se acredite justa causa.

Basta expediente gubernativo, para practicar la inscripción fuera de plazo: artículo 95, 5.º, LRC.

Sobre el expediente para inscripción de nacimiento fuera de plazo: artículos 311 y ss. RRC. Concretamente el artículo 314, señala: “En cuanto a la filiación, se estará a lo legalmente dispuesto”.

Acerca de la constancia de la *filiación* materna o paterna, en la inscripción de nacimiento: artículos 47 y 48 LRC., artículos 181 y ss., RRC.

Sobre inscripción de matrimonio: artículos 69 y ss., LRC., y 258 RRC.; y para la inscripción de matrimonio fuera de plazo: Resolución de 20 de febrero de 1987.

En la Circular de la DGRN., de 2 de junio de 1981, se concretaba: “La inscripción de la filiación matrimonial dentro de plazo se efectuará en principio, conforme a las normas registrales vigentes, cualquiera que sea la persona que formule la declaración de nacimiento”.

sentencia firme, que cabría considerar, como definitiva determinación de la filiación matrimonial, tanto materna como paterna.

Pudiéndose así distinguir, una determinación de la filiación extrajudicial o judicial, RIVERO HERNÁNDEZ (27).

Por el respeto que merece el marido sobre la filiación en el matrimonio, de acuerdo con el principio reseñado —*Pater is qui nuptiae demonstrant*—; como se indica por la Exposición de Motivos de la Ley de 13 de mayo de 1981 —“El matrimonio confiere en principio certeza a la paternidad para determinar la filiación”—; y ya como se concretara por la anterior redacción del Código civil, con posicionamiento, diríamos inatacable (28), en la nueva: se presume la paternidad del marido; con las precisiones que se hacen si el hijo nace dentro de los ciento ochenta días, siguientes a la celebración del matrimonio; para finalmente tenerse que destacar la importancia del consentimiento de los cónyuges a efectos de la inscripción y de la fijación de la filiación.

Según el artículo 116: “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días, siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*”. Todo ello de acuerdo con una lógica presunción de relación entre los contrayentes.

Por otro lado, con una difícil redacción, y un importante elemento de voluntariedad en la determinación de la filiación, por parte del legislador y de los mismos contrayentes,

Y que la inscripción de la filiación matrimonial en expediente de inscripción fuera de plazo de nacimiento, “seguirá ajustándose a lo dispuesto en el artículo 314 del Reglamento del Registro Civil”.

(27) *Comentario*, cit., pág. 449.

(28) DE LA CÁMARA, ob. cit., pág. 523, recoge los siguientes *Sistemas*, en orden a la posibilidad de la impugnación de la presunción de paternidad del marido:

1. Reglas generales sobre la prueba.
2. Sistema abierto, con pruebas biológicas.
3. Sistema cerrado: se admite en casos tasados.
4. Sistema cerradísimo: Código civil español anterior.

señala el artículo 117: “*Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días, siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción* mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. *Se exceptúan* los casos en que hubiere *reconocido la paternidad* expresa o tácitamente, o hubiese *conocido el embarazo* de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, *salvo* que, en este último supuesto, la *declaración auténtica* se hubiera formalizado con el *consentimiento de ambos*, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses, siguientes al nacimiento del hijo”.

Es de resaltar el paralelismo entre esta normativa y la reglamentación anterior (29), con la complejidad de supuestos previstos por el artículo 117: si en principio se admite la posibilidad de *destruir la presunción* de paternidad del marido, en cuanto que el hijo nazca dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, por declaración contraria, se exceptúan los casos, o *se presume la paternidad*, si: a) el marido ha reconocido la paternidad; o, b) ha conocido el embarazo de la mujer antes del matrimonio, salvo en este último supuesto, *sin presunción de paternidad*, si hay declaración contraria, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.

35

(29) Artículo 108: “Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días, siguientes a la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días, siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.

Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días, de los trescientos, que hubiesen precedido al nacimiento del hijo”.

Artículo 110: “Se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días, siguientes a la celebración del matrimonio, si concurriera alguna de estas circunstancias:

- 1.º Haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer.
- 2.º Haber consentido estando presente, que se pusiera a su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz.
- 3.º Haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente”.

De forma resumida y como destacando ideas fundamentales a efectos de la inscripción de la filiación matrimonial, en el supuesto de que el hijo nazca en los primeros ciento ochenta días del matrimonio, declaraba la DGRN., en la Circular de 2 de junio de 1981, que “Si el hijo ha nacido en los primeros ciento ochenta días del matrimonio, se inscribirá también la filiación matrimonial, salvo que deje de existir la presunción de paternidad, a la vista de la declaración auténtica del marido, de la declaración de la madre y de las diligencias probatorias de la calificación”.

También es básico el elemento de la voluntariedad para determinar la filiación matrimonial del marido, aunque no se dé la presunción a que hace referencia el segundo apartado del artículo 116, si los hijos nacen después de los trescientos días, siguientes a la disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges.

36 Manifiesta así el artículo 118, que “Aun faltando la presunción de paternidad del marido, por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial, si concurre el consentimiento de ambos”.

Se aclaraba por la DGRN., en la Circular reseñada: “Cuando de la declaración o de las pruebas complementarias, resulte que falta la presunción de paternidad del marido por haber nacido el hijo después de los trescientos días, siguientes a la disolución o la separación legal o de hecho de los cónyuges, sólo podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos, tal como establece el artículo 118 del C.c. (30).

(30) Sin embargo la misma Circular, advertía, aunque el hijo haya nacido después de los trescientos días, siguientes a la separación de los cónyuges, que de la vida diaria se desprende una presunción *facti*: se presume que los cónyuges viven juntos, con persistencia entre ellos de comunidad de vida conyugal, aunque tengan domicilios distintos.

Y en base al artículo 28 de la Ley, se indicaba el deber del encargado, de llevar a cabo las comprobaciones que estime oportunas, para que si concuerdan con la

Recuerda a la filiación legitimada por subsiguiente matrimonio de la legislación anterior (31), la posibilidad de conversión de la filiación no matrimonial, en matrimonial, por el matrimonio de los padres que se recoge por el artículo 119 del C.c.: “La filiación *adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio* de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a la sección siguiente. (Determinación de la filiación no matrimonial).

Lo establecido en el párrafo anterior aprovechará, en su caso, a los descendientes del hijo fallecido”.

El aprovechamiento en su caso a los descendientes del hijo fallecido, ya se reconocía por la redacción anterior del C.c. (32).

Pero en la actualidad, desde un punto de vista estrictamente legal, el aprovechamiento, en general, que pueda desprenderse del artículo 119 del C.c., es intrascendente, de acuerdo con el principio actual de la igualdad de los hijos, y frente al régimen anterior.

De las normas que hemos repasado sobre la “Determinación de la filiación matrimonial”, podemos *concluir*, en el sentido de que es el matrimonio de los padres junto con la inscripción del nacimiento del hijo, lo que “acredita” aquella (arts. 115,1.º y 113). Pero que en definitiva será la sentencia firme, la que lo determine (art. 115,2.º), con un mayor acercamiento a la realidad biológica de la filiación. Con fundamento en las pruebas que reconoce el mismo artícu-

37

declaración o en todos los otros casos en que se acredite haber transcurrido trescientos días desde la disolución o desde la separación legal de los cónyuges, se consigne la correspondiente *filiación materna*. Y sobre la *paterna*, se expresará o que no consta (art. 10, 2.º, RRC.), o la de otro progenitor distinto del marido, si hay reconocimiento, y cualquiera que sea el estado civil del progenitor (art. 120, 1.º, C.c.).

(31) Artículo 120 del C.c.: “La legitimación tendrá lugar: 1.º, Por el subsiguiente matrimonio de los padres. 2.º, Por concesión Real”.

(32) Artículo 124 del C.c.: “La legitimación de los hijos que hubiesen fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará a sus descendientes”.

lo 113. Con las presunciones y el elemento voluntario, puestos de relieve en las normas propias, y las pruebas que con carácter general, se señalan por los artículos 127 y 135 del C.c. Sin olvidar las reglas sobre la prueba, del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil: artículos 1.214 C.c. y 578 LEC. Pruebas todas ellas que en su caso podrían ser de aplicación a los efectos que se indican en la legislación sobre el Registro civil: artículo 327 C.c., y artículo 2 LRC.

3. Determinación de la filiación no matrimonial.

En la “Determinación de la filiación no matrimonial”, es donde aparecen con más relieve, los principios de que la madre siempre es cierta, y el padre incierto, *Mater semper certa est. Pater autem incertus*.

38 Resaltando de modo especial, en la determinación de esta filiación, la importancia del elemento de la voluntariedad, ya destacado por la legislación anterior (33) y la normativa referente al Registro Civil (34).

El precepto fundamental en la materia es el artículo 120 del C.c., que dice: “La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

1.º Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

2.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

3.º Por sentencia firme.

4.º Respecto de la *madre*, cuando se haga constar la filiación materna en la *inscripción de nacimiento*, practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil”.

(33) *Vid.* en la redacción anterior del Código civil, artículos 129 y ss., sobre el reconocimiento de los hijos naturales.

(34) En cuanto a reglas del Registro Civil, sobre inscripción de nacimiento *dentro o fuera de plazo* y filiación, en general, *vid.*, las que referimos en la precedente nota a pie de página, número 26.

1.º El *reconocimiento* –paterno o materno–, ante el encargado del Registro, en testamento o en otro documento público (35), artículo 120,1.º, se concreta como primer procedimiento para determinar la filiación no matrimonial.

Pero el mismo para su validez, tendrá que cumplir los requisitos que fija el Código civil, teniendo en cuenta las circunstancias personales, básicamente de capacidad de los intervinientes, de dudosa necesidad, según apuntara ya RIVERO HERNÁNDEZ (36). Todo ello con independencia de las normas registrales (37).

(35) Se considera en general que es válido para el reconocimiento cualquier testamento, público o privado, ordinario o extraordinario, de Derecho común o foral: *Vid.*, en RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario*, cit., pág. 464.

Sin embargo DIEZ-PICAZO y GULLÓN, estiman que hay que interpretar de modo estricto, ante la expresión *otro* documento público, la posibilidad del reconocimiento por testamento: *Sistema de Derecho Civil*, IV, 6.ª Ed., pág. 264.

Los mismos autores, ob. cit., pág. 260, sobre la naturaleza y caracteres del reconocimiento señalan, que es: un acto jurídico, voluntario, personalísimo, puro, no sujeto a término o condición y si es condicionado o a término debe entenderse como puro (art. 45), irrevocable, y de carácter retroactivo en cuanto a sus efectos.

Recordemos también el contenido del artículo 741 del Código civil, según el cual: “El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no tenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere”.

Por su parte el artículo 186 del RRC., enumera como documentos públicos aptos para el reconocimiento: la escritura pública, el acta civil de la celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación.

(36) Escribía RIVERO HERNÁNDEZ, que en el “reconocimiento, la exigencia del consentimiento del hijo o de ciertas aprobaciones por la Autoridad judicial y otras personas, resultan ahora más disonantes que antes y menos justificadas y comprensibles en un sistema jurídico abierto a la investigación de la paternidad sin límite alguno, e informado por ese principio general de la pretensión de coincidencia de la relación jurídica con la biológica. Opinable como es esta cuestión, y pretendiendo eludir en lo posible toda crítica o dogmatismo, quede en todo caso sugerido ese punto de meditación a la hora de perfilar la figura del reconocimiento en la nueva legalidad que comentamos”: *El nuevo régimen de la familia*, II, Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar, Madrid, 1981, págs. 63 y 64.

En el nuevo *Comentario* al Código civil, se vienen a reproducir las críticas reseñadas.

(37) El artículo 49, párrafo primero de la LRC., señala que “El reconocimiento puede hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código civil, o mediante declaración del padre o de la madre, *en cualquier tiempo*, ante el Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos. En este último supuesto deberá concurrir también el consentimiento del hijo o la aprobación judicial”.

Así, artículo 121, hace falta aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal para el reconocimiento que hagan los *incapaces* –según se determine en la sentencia de incapacitación, artículo 210 C.c., (38)–, o los que no puedan contraer matrimonio por razón de *edad*: los menores no emancipados, artículo 46,1.º o mayores de 14 años sin dispensa, artículo 48,2.º (39).

Y por respeto al otro progenitor, sin que sea posible señalar su identidad, cuando uno de ellos hiciere el *reconocimiento separadamente*, a no ser que aquél ya estuviere determinado legalmente (40): artículo 122 (41).

(38) Aunque RIVERO HERNÁNDEZ, en principio aludía a todos los incapaces, sin hacerse distinción, *El nuevo régimen de la familia*, cit., pág. 65, afirma, en el *Comentario*, cit., pág. 468, que “Los incapaces a que alude el artículo 121 son sin duda, los incapacitados judicialmente”.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., pág. 261, recuerdan el contenido del artículo 665 del C.c., con las prescripciones que señala, para testar, en caso de incapaz, si la sentencia de incapacitación, no contiene pronunciamiento sobre su capacidad para testar.

(39) La fijación de la mayoría de edad para el reconocimiento, se criticaba por RIVERO HERNÁNDEZ, al considerar “demasiado tardía la edad para el reconocimiento válido, los dieciocho años de la mayoría de edad, cuando se puede ser madre y padre desde los once o doce y catorce años, respectiva y aproximadamente”: *El nuevo régimen*, cit., pág. 65.

En el *Comentario*, cit., pág. 468, al estudiar el artículo 121, defiende un criterio de amplitud, sobre la interpretación de las normas restrictivas de capacidad.

En materia de procedimientos recordemos la Disposición transitoria 10.ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, señalando en general, en principio a la *Jurisdicción voluntaria*, como competente a efectos de otorgar las autorizaciones judiciales correspondientes.

(40) Como sucede en el supuesto del artículo 181 RRC.: “El padre que promueve dentro de plazo la inscripción de nacimiento, en virtud de declaración, puede expresar, a efectos de hacer constar en el Registro la filiación materna, la persona con quien hubiere tenido el hijo, siempre que la identidad de la madre resulte del parte o comprobación exigidos para la inscripción”.

(41) En consecuencia cabe el reconocimiento conjunto o separado por parte de los progenitores, con el respeto al derecho a la intimidad del otro progenitor cuando el reconocimiento se hace separadamente: RIVERO HERNÁNDEZ, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN.

Considerando RIVERO HERNÁNDEZ, como necesaria excepción a la regla general del artículo 122, el reconocimiento del “nasciturus”, con aplicación obvia del artículo 124.

Para afirmar además que la infracción de la prohibición del artículo 122, no afecta a la validez del reconocimiento, aunque se ha de rectificar el documento público o la inscripción que contenga la identidad o circunstancia que permita identificar al otro progenitor, según las reglas correspondientes, artículos 293 y ss., RRC.: *Comentario*, cit., pág. 470.

Si se trata del reconocimiento *de un hijo mayor* de edad, no surtirá efectos sin el consentimiento expreso o tácito del hijo: artículo 123 (42).

Y por la protección que merece el reconocimiento del *menor o incapaz* (43): con necesidad de consentimiento expreso del representante legal –padre, madre, ambos, tutor o defensor judicial, si hay oposición de intereses–; o en su caso, aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido: artículo 124,1.º Con carácter alternativo (44).

Aunque por el párrafo segundo del artículo 124 se concretan una serie de *excepciones*, en cuanto que se den ciertas garantías, de forma o de inmediatez.

Así no hace falta el consentimiento o la aprobación, si el reconocimiento se efectuó: a), en testamento (45), o b), dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento (46).

Si bien en estos casos la inscripción de *paternidad* podrá *suspenderse a petición* de la madre durante el año siguiente al nacimiento: y si el *padre* solicita la *confirmación*, es necesaria aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

41

(42) Artículo 187 RRC: “No se puede inscribir el reconocimiento de un hijo mayor de edad sin su consentimiento expreso o tácito. La existencia de este último podrá comprobarse en expediente gubernativo”.

(43) Menor de edad no emancipado o “nasciturus”, o incapaz declarado judicialmente: RIVERO HERNÁNDEZ.

(44) Vid. Circular DGRN., de 2 de junio de 1981, III: “Esc requisito alternativo supone que si el hijo está bajo la patria potestad de uno de los progenitores o si está constituida la tutela, puede acudir a pedir el consentimiento al correspondiente representante legal, como camino posiblemente más sencillo; pero si no está bajo patria potestad ni está constituida la tutela, será en la práctica más conveniente recurrir a la vía de la aprobación judicial”.

(45) Vid. SERRANO GARCÍA, F. J., “El reconocimiento testamentario de la filiación no matrimonial, no exige aprobación judicial”, *Actualidad civil*, 1988.

Resaltamos el contenido del artículo 188 del RRC., en el que se señala que para la inscripción de la filiación por reconocimiento en testamento de menor o incapaz, se ha de acreditar la defunción del testador.

(46) Artículo 42 LRC. y 166 RRC.

El interés del menor o incapaz, aparece como relevante, si los progenitores son *hermanos* o *consanguíneos* en línea recta, en cuyo supuesto determinada legalmente la filiación respecto de uno, sólo podrá determinarse la del otro, con autorización judicial, y audiencia del Ministerio Fiscal, *si conviene*, al menor o incapaz: artículo 125,1.º Pero el hijo al alcanzar plena capacidad podrá invalidar la última determinación si no la consintió: artículo 125,2.º (47).

El reconocimiento del hijo ya fallecido, sólo surtirá efecto, si lo han consentido sus descendientes por sí o por sus representantes legales, artículo 126: les afectará en cuanto que el consentimiento se haya producido individualmente, aunque puede ser de modo conjunto o sucesivo, por descendientes matrimoniales o extramatrimoniales (48). Sin que se encuentre justificación para eliminar la alternativa de la aprobación judicial del artículo 124: DIEZ-PICAZO y GULLÓN (49).

2.º También queda determinada legalmente la filiación no matrimonial, por resolución recaída en *expediente* tramitado con arreglo a la Ley de Registro Civil: artículo 120,2.º

Por el párrafo segundo del artículo 49 de la Ley se reconoce la posibilidad de la inscripción de la filiación no matrimonial: por expediente gubernativo aprobado por el Juez

(47) Apuntaba RIVERO HERNÁNDEZ que aunque el precepto se encuentra situado entre los que se dedican al reconocimiento formal de la filiación, al hablarse de "determinación legal", parece tener más alcance que para el supuesto del mero reconocimiento: *El nuevo régimen*, cit., pág. 68.

Para afirmar en el *Comentario*, cit., pág. 476, que el artículo 125 comprende todo supuesto de determinación legal de la filiación, con inclusión de la determinación judicial.

(48) RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario*, cit., pág. 478.

(49) Ob. cit., pág. 263.

Según la 5.ª de la Circular de la DGRN., de 1981, se declara *en general*, que: "La inscripción de los reconocimientos de una filiación no matrimonial exige especialmente que se den los requisitos establecidos por los artículos 123 y 124, y no aparezcan obstáculos derivados del artículo 113, párrafo segundo, del Código Civil. Cumplidas estas condiciones, no importará que el reconocimiento no fuera inscribible según la legislación anterior bajo la cual se otorgó".

de Primera instancia, si no hay oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente. Siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a Si hay escrito indubitado del padre o de la madre en el que expresamente se reconozca la filiación.

2.^a Si el hijo se halla en la posesión continua de estado de filiación cerca del padre o de la madre (50).

3.^a En cuanto a la madre, si se prueba cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Si se formula oposición, la inscripción de filiación sólo puede obtenerse por el procedimiento ordinario (51).

3.º Determinación de la filiación por *sentencia* firme: artículo 120,3.º, que veremos posteriormente al estudiar las “Acciones de filiación”. Siempre con la necesidad del correspondiente procedimiento civil o penal (52).

43

(50) La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 1991 que reconoce la posesión de estado como medio para la inscripción de la filiación no matrimonial respecto de la madre, por expediente, señala los elementos tradicionales de la posesión de estado: *nomen, tractatus, fama o reputatio*.

(51) Por su parte declara el artículo 189 del RRC.: “Cualquiera que sea el tiempo transcurrido, y aunque hayan muerto padre e hijo, el expediente para inscribir la filiación no matrimonial puede iniciarse a petición de quien tenga interés legítimo o de su representante legal.

La incoación será notificada en persona a los interesados, quienes en todo caso podrán constituirse en parte y formular oposición.

Para que la oposición de los constituidos en parte o del Ministerio Fiscal se entienda debidamente formulada a efectos de impedir la aprobación del expediente, debe presentarse en tiempo oportuno y expresar las razones por las que se estima que faltan los concretos fundamentos de fondo que en la solicitud se invoquen”.

Recordemos también como por el número 5.º del artículo 95 de la LRC.: “Basta expediente gubernativo para practicar la inscripción fuera de plazo”. Artículos 311 y ss., RRC.

Y la Circular de la DGRN., de 2 de junio de 1981, en su 7.^a, que “A efectos de inscribir fuera de plazo la filiación no matrimonial de hijo de casada, habrá de comprobarse en expediente que no rige la presunción legal de paternidad del marido y que el hijo no ostenta la posesión de estado de la filiación matrimonial”.

(52) De acuerdo con el artículo 190 del RRC., es inscribible la sentencia penal firme que en su fallo, determine una filiación.

4.º También la filiación no matrimonial queda determinada legalmente respecto de la *madre* al hacerse constar la filiación materna en la *inscripción de nacimiento* practicada *dentro de plazo* de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil: artículo 120,4.º

Al respecto señala el párrafo primero del artículo 47 de la Ley: que en la inscripción de nacimiento dentro de plazo (art. 42), se hará constar la filiación materna al coincidir la declaración y el parte o comprobación reglamentaria (arts. 43 y 44).

Pero como garantía, a efectos de la determinación de la filiación –en cuanto que no conste el matrimonio de la madre ni el reconocimiento de la filiación–, se concreta: la obligación de notificarse por el encargado del Registro, el asiento personalmente a la madre o a sus herederos, con la posibilidad de desconocer aquélla, artículo 47,2.º y 3.º de la Ley (53).

Y si la madre está casada y el progenitor es una tercera persona, con la obligación de comprobar en todo caso que no rige la presunción legal de paternidad del marido.

Afirma así el artículo 185 del RRC.: que “Sólo se podrá inscribir en virtud de declaración formulada dentro del plazo

(53) El párrafo segundo del artículo 47 de la LRC., afirma que: “No constando el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos”.

Párrafo 3.º: “La mención de esta filiación podrá suprimirse en virtud de sentencia o por *desconocimiento* de la persona que figura como madre, formalizado ante el encargado del Registro, el cual lo inscribirá marginalmente. Este desconocimiento no podrá efectuarse transcurridos *quince días*, de aquella notificación. La supresión de la mención será notificada del mismo modo al inscrito o si hubiere fallecido, a sus herederos; en su caso si el representante legal del inscrito no fuere conocido, esta notificación se hará al Ministerio fiscal”.

Vid. artículos 181 y 182 del RRC.

Por la Circular de la DGRN., de 2 de junio de 1981, se declaró que “Podrá inscribirse dentro de plazo la filiación materna no matrimonial, cuando el padre y declarante del nacimiento exprese la identidad de la madre, en coincidencia con el parte o comprobación reglamentarios, aunque reconozca también a la vez, su paternidad en la correspondiente inscripción de nacimiento” (Cf. art. 122 del C.c.).

la filiación no matrimonial de hijo de casada, así como el reconocimiento de la filiación paterna de progenitor distinto del marido si se comprueba antes de la inscripción que no rige la presunción legal de paternidad del marido" (54).

III. Acciones de filiación. Crítica.

En situaciones conflictivas, y para una más definitiva determinación de la filiación, tanto matrimonial, como no matrimonial, será la sentencia firme, la que resuelva, artículos 115,2.º y 120,3.º del C.c.

A ello responden las reglas sobre las Acciones de filiación —en la doble posición de reclamación o impugnación—, que hay que considerar como Acciones de estado, y con sus características. Con aplicación de las normas del juicio de menor cuantía (art. 484,2.º, LEC.). E intervención del Ministerio Fiscal (art. 3,6, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), que en los pleitos sobre filiación, no es como parte procesal, sino como informante, dictaminador y garante del interés público: Sentencia de 3 de marzo de 1988 (55).

45

(54) De esta manera se reconoció ya por la DGRN., de 1981, en su 3.ª: "Sólo podrá inscribirse en virtud de declaración formulada dentro de plazo, la filiación no matrimonial de hijo de casada, así como el reconocimiento de la filiación paterna de progenitor distinto del marido, si se comprueba antes de la inscripción que no rige la presunción legal de paternidad de éste".

(55) Recordemos a DE CASTRO al señalar como *caracteres del estado civil*:

a) Significado personal: toda persona encaja en alguna de las clases que contienen los distintos tipos de estado.

b) Regulación de orden público: *Ius cogens* (art. 1.814), con intervención del Ministerio Fiscal, en los pleitos sobre el estado civil.

c) Eficacia general, con inscripción en el Registro público: artículos 1 y 6 Ley Registro Civil. Teniendo las sentencias sobre el estado civil, eficacia contra tercero (art. 1.152, 2.º).

Sobre las particularidades de las *acciones de estado*:

a) Caracteres generales: son personalísimas, intransferibles, excluidas del comercio de los hombres, irrenunciables e imprescriptibles: artículos 1.271, 1.814 del C.c.

b) Se ejercitan en *juicio declarativo de menor cuantía*: artículo 484, 2.º, Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 6 de agosto de 1986): "Las demandas relativas a filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas".

La transcendencia del interés público cualifica y condiciona los procesos en materia de filiación, con superación de su estricta normativa, con la consecuente crítica y como se ha puesto de relieve recientemente por STS., de 28 de noviembre de 1995.

La Sentencia recoge las críticas de la doctrina en general sobre nuestra legislación procesal y considera como uno de sus flancos más vulnerables, el que afecta al estado civil y concretamente a la relación paterno filial, con una situación de penuria no remediada por la Ley de 13 de mayo de 1981.

Con la afirmación de que en estos procesos ha de imperar el principio de la verdad material sobre el de la verdad formal, frente al rigor de la Ley (56).

Teniéndose que admitir en consecuencia una cierta relatividad de las normas reguladoras de la materia.

1. Disposiciones Generales.

También las reglas sobre las Acciones de filiación, están precedidas por *Disposiciones generales*, en las que se señalan medios de prueba, así como medidas de protección y legitimación, en favor de incapaces.

Es básico el contenido del artículo 127 del C.c. (57), con la gran novedad en nuestro derecho, de posibilitar con todos los medios la investigación de la paternidad y materni-

c) *Ha de intervenir el Ministerio Fiscal*: Corresponde al Ministerio Fiscal, "tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil": artículo 3,6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1980.

d) La sentencia con eficacia de cosa juzgada frente a todos: artículo 1.252, 2.º del C.c. *Vid.* artículo 327 del C.c.

(56) En la Sentencia se declara la paternidad de progenitor extraño al matrimonio y rechazada por los cónyuges demandados, que alegaban la falta de legitimación de aquél, con obstrucción a la prueba por la madre y su esposo, y con casación de la Sentencia recurrida.

(57) Artículo 127: "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde".

dad (58); además de interesarse por la fundamentación que ha de tener el procedimiento, en evitación de demandas injustificadas (59).

Sobre las pruebas biológicas, cabe reseñar las que recogiera ya, lógicamente de modo resumido RIVERO HERNÁNDEZ, con remisión a obras de medicina legal o trabajos monográficos, para un estudio extenso, aparte de su constante actualización (60). Siendo de destacar en cuanto a efectividad, reconocimiento y valoración de las mismas, el que se señala por diversas Sentencias del Tribunal Supremo.

Así se pueden distinguir:

1.º La prueba heredobiológica o antropomórfica, que estudia hasta 260 ó 300 caracteres, del hijo, de la madre y del presunto padre. Con una fiabilidad creciente, pero aun relativa, según la STS., de 27 de junio de 1987.

2.º De grupos sanguíneos, con estudio de muchos grupos o factores. Es prueba de fiabilidad absoluta para descartar la paternidad y casi completa para acreditarla: STS. de 27 junio 1987.

3.º Del grado de madurez del recién nacido. Con estudio de la relación entre la duración del embarazo y el desarrollo del recién nacido, así como la época de la cohabitación de los padres.

(58) Vid. antes las referencias que se hacen en cuanto a la posibilidad de investigación de la paternidad: al final de las "Disposiciones generales", dentro de la "Determinación y prueba de la filiación", con la nota a pie de página número 20, sobre antecedentes históricos, Derecho comparado y Derecho español.

(59) Hablan DIEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., pág. 271, del temor a los procesos escandalosos de filiación, a falsas imputaciones de paternidad con fines no siempre confesables, y al peligro de la ruptura de la paz familiar, que el proceso puede acarrear.

(60) Con mayor amplitud puede verse el trabajo de QUESADA GONZÁLEZ, M.^a Corona, *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*, Barcelona, 1993, págs. 216 y siguientes.

También el de LLEDÓ YAGUE, Francisco, *Acciones de filiación*, Madrid, 1987, págs. 50 y ss. HERRERA CAMPOS, Ramón, *La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial*, Granada, 1987, págs. 146 y ss., y SERNA MEROÑO, Encarnación, *La reforma de la filiación*, Madrid, 1985, págs. 281 y ss.

Asimismo los aspectos técnicos recogidos por el propio RIVERO HERNÁNDEZ, en su *Comentario*, cit., pág. 481.

Para admitirse además que las pruebas biológicas, tienen unas posibilidades de acierto en cuanto a la paternidad natural de hasta un 99,98 por ciento: STS., de 5 de noviembre de 1987, 3 de diciembre de 1988 (61).

Y sin que la no comparecencia a las pruebas biológicas, implique una *ficta confessio*, pues representa simplemente un *indicio valioso* que con otros elementos de prueba puede servir de base para declarar una pretendida paternidad: SS. 19 noviembre 1985, 14 noviembre 1987, 11 marzo 1988, 3 junio 1988, 14 mayo 1991, 17 marzo 1992, 30 abril 1992.

El “principio de prueba”, que exige, el artículo 127,2.º, hay que considerarlo con un criterio de amplitud, y sin restricción, como complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda. Sin que pueda ser nunca un obstáculo a la posibilidad que abre la Constitución. Con la posibilidad de que las pruebas que se aleguen –pruebas biológicas, acompañamiento de fotografías–, sean corroboradas en la fase probatoria: STS., 3 de junio de 1988, 21 de diciembre 1989, 19 enero 1990, 3 de diciembre de 1991 (62).

La protección del menor o incapaz, y su legitimación en el procedimiento, se reconocen por los artículos 128 y 129 del Código civil.

(61) Recogía DE LA CÁMARA, ob. cit., págs. 528 y 529, diversos trabajos sobre la efectividad de las pruebas biológicas, HERRERA CAMPOS, DENISE SALMON, y finalmente del Profesor PRIETO CASTRO, con la afirmación: de que *la prueba negativa* de la paternidad se puede obtener *con seguridad* por diversos medios, entre ellos por los grupos sanguíneos, pero *la positiva*, en el mejor de los casos con un *elevado grado de probabilidad*, para las necesidades de la práctica, mediante una amplia gama de raros rasgos sanguíneos, de la bioestadística y del dictamen hereditario.

(62) RIVERO HERNÁNDEZ, sobre los diversos principios de prueba que se pueden presentar, distinguía, si se está en presencia de demanda de impugnación de paternidad: en cuyo caso se podrían considerar como principios de prueba, el adulterio probado de la esposa, la existencia de caracteres raciales del hijo distintos a los de los padres, el haber cesado hace tiempo la convivencia conyugal o entre no casados, o disimular la madre el embarazo u ocultar el nacimiento; y ante demanda de reclamación, la acreditación de relaciones sexuales en época idónea, *El nuevo régimen*, cit., pág. 41.

También en *Comentario*, cit., pág. 484.

Según el artículo 128: “Mientras dure el procedimiento por el que se *impugne* la filiación, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del *sometido a la potestad* del que aparece como progenitor (63).

Reclamada judicialmente la filiación, el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado, y en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el párrafo anterior” (64).

Disponiendo como reglas de legitimación el artículo 129, que: “Las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal”.

Con la posibilidad de que a la muerte del actor, los herederos continúen las acciones ya entabladas: artículo 130.

2. De la reclamación de la filiación.

49

Esta normativa –en la que que cabe resaltar también la idea de la mayor facilidad para reclamar la filiación matrimonial, según declaraba la Exposición de Motivos de la Ley de 13 de mayo de 1981–, se sistematiza con el condicionamiento de la existencia o no de posesión de estado (65). Teniéndose también presente la distinción entre la filiación matrimonial y no matrimonial. Y la previsión de ejercitarse conjuntamente, la acción de impugnación de filiación contradictoria.

(63) *Vid.* artículos 158 y 209 del C.c.

(64) DE LA CÁMARA en el estudio referente al artículo 128 del C.c., ob. cit., pág. 557, se preguntaba sobre el supuesto de que se hayan concedido alimentos provisionales y posteriormente se resuelva, con denegación de la filiación reclamada.

Ante esta situación consideraba que el pretendido hijo quedaría obligado a restituir las cantidades recibidas, en base a un enriquecimiento sin causa.

(65) Recordemos en las críticas de DE LA CÁMARA, a la regulación de la materia por la Ley de 13 de mayo de 1981, precisamente, la importancia excesiva dada a la posesión de estado.

Concretándose además reglas sobre personas legitimadas, plazos y medios de prueba.

Se parte del principio de que *cualquiera con interés legítimo* puede reclamar la filiación manifestada por la constante *posesión de estado*, con la excepción de que la contradiga otra legalmente determinada.

Artículo 131: “*Cualquier persona con interés legítimo* tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la *constante posesión de estado* (66).

Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame *contradiga* otra legalmente determinada”.

El precepto por su ubicación es de aplicación tanto a la filiación matrimonial como no matrimonial (67).

Teniéndose que reconocer la amplitud sobre la legitimación activa: cualquiera que tenga un interés legítimo –aparte de padres e hijo, descendientes, herederos, o incluso tercero–; con la excepción de la necesidad de legitimación para poder ejercitar la acción de impugnación (arts. 113,2.º y 134) (68).

Si no hay posesión de estado, están legitimados para reclamar la *filiación matrimonial*, sin límite de tiempo, el padre, la madre o el hijo; y si el hijo fallece, sus herederos, con los plazos que se fijan por el artículo 132 del C.c.

Declara el artículo 132, que: “A falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo.

(66) Según la STS., de 5 de noviembre de 1987, la posesión de estado se basa, en el tratamiento entre hijo y padres, manutención y notoriedad, como lo exige el artículo 270 del C.c. italiano de 1942 y la Ley francesa de 16 de noviembre de 1912 y se refleja en nuestra Jurisprudencia civil, con búsqueda del estado de hecho y la intención que lo anima.

(67) Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario*, cit., pág. 492.

En principio lo consideraba como acción de reclamación de la filiación matrimonial, *El nuevo régimen*, cit., págs. 44 y 45.

(68) Vid. DIEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., pág. 274.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad (69), o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos”.

Si *no hay posesión de estado*, para reclamar la *filiación no matrimonial*, sólo está legitimado en principio el hijo, durante toda su vida, a diferencia, como hemos visto de la legitimación para reclamar la filiación matrimonial: padre, madre o hijo; y si fallece el hijo, estarán legitimados sus herederos con los mismos plazos que en la filiación matrimonial.

Así dice el artículo 133 del C.c. que: “La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos”.

La limitación de la legitimación que fija el precepto a efectos de reclamación de filiación no matrimonial, si no hay posesión de estado, parece excesiva, aunque haya sido posible la determinación de la relación paterno-filial, por otros procedimientos (reconocimiento del hijo, art. 120) (70); y así se ha admitido por los Tribunales la posibilidad de

51

(69) DIEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., pág. 274, indican que la expresión comprende, tanto la emancipación —pues puede regir su persona como si fuera mayor, artículo 323—, como la salida de la incapacitación.

(70) RIVERO HERNÁNDEZ decía, que quizás estaba justificada, la limitación en la legitimación —sólo el hijo—, en cuanto que para el progenitor la Ley prevé otras formas de constitución de la relación paterno-filial (reconocimiento). Aunque en algún supuesto pudiera resultar injusta, *El nuevo régimen*, cit., pág. 71.

En el *Comentario*, cit., pág. 498, propugnaba ya por una interpretación correcta e integradora de los preceptos por parte de los Tribunales, con fundamento en el artículo 24, 1.º de la Constitución, STS., 5 noviembre 1987.

actuación del hijo por medio de su representante legal o del Ministerio Fiscal, artículo 129 C.c., con fundamento también en, el derecho constitucional de investigación de la paternidad (71).

Además de la facultad de actuación de la madre para reclamar su maternidad: STS. 12 de julio de 1985 y de 22 de marzo de 1988; o del progenitor no matrimonial, sin posesión de estado, a efectos de reclamar su propia paternidad: STS. 30 de junio de 1988, 5 de febrero de 1990, 8 de julio de 1991 (72).

En todo caso el ejercicio de la acción de reclamación supondrá la impugnación de la *filiación contradictoria*, aunque de la estricta redacción del artículo 134, pudiera surgir alguna duda en este punto, en la actualidad resuelta; y sin que pueda reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia.

52 Manifiesta el artículo 134: “El ejercicio de la acción de reclamación conforme de los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria.

(71) STS. de 3 de junio de 1988 y 11 de abril de 1990.

Concretamente la STS. de 21 de abril de 1988 afirma, que si a la madre no casada se le negase el derecho a que se reconozca la paternidad de un hijo por motivos de extremado formalismo, se quebrantaría el artículo 24,1 de la CE. —“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela jurídica de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión”—, en cuanto el menor en los primeros años depende de la asistencia de quienes le han traído a la vida, acto al cual se ha de adjudicar la grave responsabilidad que conlleva, por simples leyes biológicas que reflejan la naturaleza de las cosas.

(72) Recordemos asimismo los principios importantes que pone de relieve la reciente STS., citada, de 28 de noviembre de 1995, sobre las acciones de filiación: el interés público, con la familia como *caput et fundamentum* y el predominio de la verdad material sobre la verdad formal.

En la Sentencia, como indicamos se declaró la paternidad de progenitor extraño al matrimonio, rechazada por los cónyuges demandados que precisamente alegaban la falta de legitimación de aquél.

En general en cuanto a Jurisprudencia y Doctrina, puede verse, OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio, “La filiación en España”, *Jurisprudencia y Doctrina*, Granada, 1993. Aquí en particular, págs. 263 y 264.

No podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia”.

Aunque se habla de “permitirá”, la impugnación de la filiación contradictoria, la expresión hay que entenderla, como “implicará” o “deberá ejercitarse”, pues la admisión de la reclamación, si no se impugna, sería incompatible, con la contradictoria, todavía vigente (73).

Prevalciendo en el ejercicio conjunto de ambas acciones, la de reclamación.

En este sentido afirmaba también ALBALADEJO, que “la acción de reclamación, lo mismo se interponga por el hijo que por el progenitor, autoriza siempre a la impugnación de la filiación contradictoria con la reclamada, aunque el reclamante no disponga de acción autónoma de impugnación de esa filiación contradictoria” (74).

Todo ello viene reconocido por la doctrina jurisprudencial: STS., 3 de junio de 1988 y 23 de febrero de 1992 (75).

En relación con la *prueba* hay que ir al contenido del artículo 135, que manifiesta: “Aunque no haya prueba direc-

(73) RIVERO HERNÁNDEZ, *El nuevo régimen*, cit., pág. 48, y en el *Comentario*, cit., pág. 499.

(74) *Curso de Derecho civil*, IV, Derecho de Familia, 1984, pág. 248.

(75) STS., 3 de junio de 1988: “La acción de reclamación ejercitada por el hijo o por uno de sus progenitores, «permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria» (art. 134, 1.º); lo que significa, que *la impugnación es accesorio de la reclamación*, por ser ambas contradictorias y no poder subsistir conjuntamente, y que *en modo alguno puede admitirse aplicar a la acción de reclamación como acción principal el plazo de prescripción o de caducidad que señala el artículo 137 del mismo C.c., para la impugnación*”.

STS., 23 de febrero de 1992: “*La aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 del C.c., ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último, hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero*, ya que el propio artículo permite, sin paliativos, la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión ésta tan elocuente, que permite colegir que *siempre que la acción se ejercite por el hijo o progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada*, conviniendo así en la tesis favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el artículo 134, deviniendo avalada por el principio de veracidad biológica o en el de posesión del estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad biológica”.

ta de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo”.

Los medios de prueba que señala el artículo 135, son como una concreción de los generales del artículo 127, con admisión de las pruebas biológicas, y con la validez de todas las pruebas admitidas en Derecho.

3. Impugnación de la filiación.

La regulación de la impugnación de la filiación ya *determinada* –en principio más difícil en la filiación matrimonial, según la Exposición de Motivos de la Ley de 13 de mayo de 1981–, se desenvuelve también con la base de la distinción de impugnar la filiación matrimonial y matrimonial.

54

Teniéndose que considerar a su vez en la impugnación de la *filiación matrimonial*, la que afecta a la paternidad del marido, o a la maternidad.

Con reglas sobre legitimación y plazos. Entrando en juego también de modo sobresaliente, en la normativa, la existencia o no de posesión de estado.

1.º *Impugnación de la paternidad del marido.*

Puede llevarse a cabo en principio *por el propio marido* o el heredero, con señalamiento de plazo de un año, desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, aunque depende también de que el marido tenga conocimiento del nacimiento.

Artículo 136: “*El marido* podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento.

Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior, la acción corresponde a cada *heredero* por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero”.

De esta manera –y de acuerdo con la reglas generales de prueba, artículo 127, –quedan superadas las limitaciones de la legislación anterior, que sólo permitía la impugnación de la paternidad del marido mediante prueba de la imposibilidad física de acceso en el período legal de concepción, artículo 108,2.º (76). Estando facultado cualquiera de los herederos, para poder impugnar individualmente la paternidad, si se ha producido el fallecimiento del marido.

También *el hijo, la madre, o el Ministerio Fiscal*, pueden impugnar la paternidad del marido, señalándose igualmente en principio el plazo de un año desde la inscripción de la filiación, aunque en todo caso dependiendo de que se dé la situación de posesión de estado o no.

Según el artículo 137 del C.c.: “La paternidad podrá ser impugnada *por el hijo* durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal.

El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, *a la madre* que ostente la patria potestad o al *Ministerio Fiscal*.

(76) Artículo 108, 2.º: “Contra esta presunción –de legitimidad de los hijos, nacidos después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos siguientes a la separación de los cónyuges–, no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo”.

La STS., de 14 de octubre de 1985, resalta el cambio profundo que supone el contenido del artículo 136 del vigente C.c., frente a la normativa anterior, que “limitaba el supuesto a la evidencia de la imposibilidad física de acceso carnal en el período de la concepción”.

Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos”.

2.º *Impugnación de la maternidad.*

La impugnación de la maternidad dentro del matrimonio podrá llevarse a cabo por la mujer, como se concreta por el artículo 139 del Código civil: “La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo”.

56 Aunque el precepto pueda parecer ser de aplicación para impugnar la maternidad tanto matrimonial como no matrimonial (77), cabe estimar como interpretación general: la que entiende que sólo es de aplicación a la filiación matrimonial –con referencia a lo dispuesto por el artículo 140, de evidente aplicación a la filiación no matrimonial–; con legitimación *iure proprio* de la mujer (78); sin que la acción sea transmisible a los herederos, y con carácter imprescriptible (79).

La impugnación de la *filiación no matrimonial*, tanto paterna como materna es posible como indica el artículo 140 del C.c., con las reglas que fija en cuanto a legitimación y plazos, en base de la existencia o no de posesión de estado.

Con amplia aceptación de personas que pueden ejercitar la acción y sin existencia de plazo, si no se da la posesión de

(77) MARTÍNEZ CALCERRADA, SANCHEZ REBULLIDA, DE CASTRO GARCÍA, e incluso en un primer momento RIVERO HERNÁNDEZ parece citar el precepto como de aplicación exclusiva a la filiación extramatrimonial, *El nuevo régimen*, cit., pág. 60; aunque posteriormente, pág. 78, afirmaba ser de aplicación tanto a la filiación matrimonial como no matrimonial.

(78) Por lo que se refiere a la legitimación activa, escribe DE CASTRO GARCÍA, Jaime, *La investigación de la paternidad*, Madrid, 1992, pág. 92, que “aunque el artículo 139 menciona únicamente a la mujer, es común opinión que también puede accionar el marido, si fuere casado y el supuesto hijo. Los terceros habrán de acudir a la vía del artículo 140 para combatir la maternidad supuesta”.

(79) DIEZ-PICAZO y GULLÓN, DE LA CÁMARA, PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, ALBALADEJO.

estado; pero con las limitaciones que se señalan en cuanto a legitimación y plazo de ejercicio si hay posesión de estado.

Declara el artículo 140, que, “Cuando *falte* en las relaciones familiares la *posesión de estado*, la filiación paterna o materna *no matrimonial*, podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique.

Cuando *exista posesión de estado*, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como *hijo* o *progenitor* y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de *herederos forzosos* (80). La acción caducará pasados *cuatro años* desde que el hijo una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.

Los *hijos* tendrán en todo caso acción durante *un año después* de haber llegado a la plena capacidad”.

También en la *filiación reconocida* hay que distinguir el que estemos en presencia de filiación matrimonial o no matrimonial, aunque básicamente a ambas son de aplicación las mismas reglas: artículos 138 y 141 del C.c.

Por lo que se refiere a la filiación matrimonial señala el artículo 138, que “Los reconocimientos que determinen conforme a la Ley una filiación matrimonial (81) podrán ser impugnados por vicio de consentimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 141. La impugnación de la paternidad por otras causas se atenderá a las normas contenidas en esta sección”.

Indicando el artículo 141, con carácter general y con aplicación al reconocimiento de la filiación tanto matrimo-

(80) Según DE CASTRO GARCÍA, ob. cit., pág. 86, “hay que entender que en el precepto han de ser comprendidos tanto los herederos forzosos del padre o madre, aparentes progenitores, como los que lo sean del hijo”.

Por su parte recogía RIVERO HERNÁNDEZ, *El nuevo régimen*, cit., pág. 80, que en el actual párrafo segundo del artículo 140, se restringe el ámbito de los que el antiguo artículo 138 C.c., denominaba “aquellos a quienes perjudique” —a los efectos de impugnación del reconocimiento—, entre los que se incluyeron primeramente sólo a los herederos forzosos y abintestato, SS. 24 diciembre 1913 y 10 febrero 1942, y después también a los que tendrían que compartir sus apellidos con el reconocido: S. 20 de enero de 1968.

Con un criterio más amplio, *vid.*, en su *Comentario*, cit., pág. 518.

(81) Artículos 117, 118 y 119 del C.c.

nial, como no matrimonial (82), que “La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiera fallecido antes de transcurrir el año”.

Esta normativa implica la impugnación de un *acto jurídico* viciado y de sus efectos, a los que la sentencia afecta, pero no por lo que se refiere a la filiación con efectos *erga omnes* (art. 1.252,2, C.c.). Por lo que aunque el hijo reconocido deje de serlo en este sentido, podrá ejercitar acción de reclamación frente al progenitor impugnante.

Todo ello con independencia de la posibilidad de impugnar el reconocimiento, por la transgresión de reglas generales, que puedan recaer fundamentalmente en la forma o la capacidad de los intervinientes (83).

58

Conclusión

La falta de claridad y las críticas que hemos visto ha merecido la materia estudiada, se han ido superando por la doctrina y la práctica, en especial por medio de los Tribunales, con importantes resoluciones, algunas de fecha reciente: Recordemos la STS. de 28 de noviembre de 1995.

Pero en todo caso hemos de admitir que estando en presencia de institución ineludible desde un punto de vista natural o biológico, desde el prisma jurídico, los problemas que se presentan, a veces tienen una difícil solución.

Sin poderse dejar de reconocer por otra parte, y frente a la normativa anterior, el avance que la vigente legislación

(82) Artículos 120 y ss.

(83) Vid. DIEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., pág. 277, y más extensamente DE LA CÁMARA, ob. cit., págs. 890 y 942 y ss.

sobre la filiación supone. Con la introducción de los principios constitucionales, de la igualdad de personas, que afecta tanto a los padres como a los hijos (arts. 14 y 39,2, CE.); y la posibilidad de investigación de la paternidad o maternidad (art. 39,2, CE.).

Teniéndose que destacar de modo especial la trascendencia de este principio de posibilidad de investigar la paternidad o maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas (art. 127, C.c.), de aplicación diríamos a toda clase de determinación de filiación, extrajudicial o judicial.

Principio éste de posibilidad de investigación de la paternidad o maternidad, quizás no debidamente puesto de relieve, al relegarse a la normativa judicial sobre las acciones de filiación.

A pesar de los avances apuntados, hemos de concluir señalando la dificultad que ofrece la regulación “De la paternidad y filiación”, Título V del Libro I del Código civil. Sin duda influida por la redacción anterior tan compleja; y por la misma complejidad de la relación paterno filial. Simple, como se ha indicado desde la configuración natural, pero no desde la jurídica.

Distinguiéndose en ésta la maternidad y la paternidad. Aquélla en principio cierta, frente a la paternidad: *Mater semper caerta est. Pater autem incertus.*

Con la clasificación de la filiación en matrimonial y no matrimonial. La matrimonial con la base de la presunción de paternidad del marido: *Pater is qui nuptiae demonstrant.* Y la no matrimonial fundamentada en gran parte en el reconocimiento.

Teniéndose que añadir a todo ello, la problemática del Registro Civil, con inscripción de nacimiento dentro o fuera de plazo legal (arts. 42 y 95,5.º, Ley de Registro Civil).

Y siempre con el ideal de la identificación entre la filiación como verdad biológica y la relación jurídica.

LA DIVISION CONVENCIONAL DE LA COMUNIDAD DE BIENES EN DERECHO ROMANO

ALFONSO MURILLO VILLAR
Profesor Titular de Derecho Romano

61

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** DIVISIÓN AMISTOSA DE LA PRIMITIVA COMUNIDAD DE BIENES. **III.** EPOCA CLÁSICA Y POSTCLÁSICA. **A)** Opinión doctrinal. **B)** Primeras informaciones clásicas. **C)** Epoca de los Severos. **D)** Tránsito al Dominado. **E)** Diocleciano y su abundante legislación. **F)** Hermogeniano *¿epitome iuris imperial?* **IV.** CONCLUSIONES.

I. Introducción

Una cuestión poco estudiada, entre las muchas que plantea la *communio*, es su división de forma convencional. Prescindiendo del origen voluntario o no, hereditario o no, de la situación jurídica de copropiedad, el asunto principal de estudio en esta sede consiste en conocer dentro los cauces no judiciales de cesación de la cotitularidad el convenio de división como causa de extinción de aquélla. La situación de indivisión probablemente nunca adquirió rango jurídico de perpetuidad en Roma; muy al contrario, los copropietarios dispusieron de varios remedios idóneos para su extinción, a los cuales aludiremos posteriormente.

62

El vigente Código civil español establece en su artículo 402 la posibilidad de llevar a cabo la división de la cosa común por los interesados. Dicho cuerpo legal, como ya sucediera en derecho romano, no dedica al negocio divisorio ninguna norma especial fuera de las contenidas en el campo sucesorio (1); la división convencional, desde un punto de vista normativo, no es hoy una figura contractual típica. No debe confundirse aquel negocio tendente a la división de la comunidad con otros afines: permuta, transacción, venta, etc., que, aun teniendo objeto distinto, provocan, sin embargo, la disolución de la comunidad.

Muy discutido es en derecho civil cual sea la naturaleza jurídica de la división (2); a pesar de ello la realidad es que el mero consentimiento de los comuneros en la división no es suficiente para otorgar eficacia real, la cual queda subordinada a la ulterior *traditio* (3). Matices semejantes, como veremos en progresión histórica, tenía esta cuestión

(1) Se precisa tener en cuenta lo previsto en los artículos 404 y 406; este último remite a las normas concernientes a la división de la herencia, artículos 1.061 y 1.062.

(2) *Vid.* la reciente monografía de CRESPO ALLUE, F., *La división de la comunidad de bienes*, Valladolid, 1993.

(3) Con las salvedades que sean precisas así ha de entenderse lo actualmente prescrito en los artículos 609 y 1.462.

en derecho romano. La división voluntaria no era en sí misma suficiente para disolver definitivamente la *communio*. La razón estriba en que dicho acuerdo tenía entre las partes efectos meramente obligatorios, siendo necesario para la atribución del *dominium* exclusivo la realización de determinados negocios traslativos: *mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*, o bien la *usucapio* en base a los requisitos requeridos para la misma.

La división convencional responde irremediabilmente al principio de autonomía privada. Si a priori la división no contenciosa parece lo más natural: las partes se ponen de acuerdo y dividen; sin embargo, conseguir que cada uno de los copropietarios adquiera la exclusividad dominical no es nada fácil. Como se verá, el acuerdo de voluntades encuentra grandes dificultades para encauzar jurídicamente sus pretensiones; el mero acuerdo no es suficiente para conseguir el interés perseguido. Nos encontramos, pues, ante un supuesto en el que el ordenamiento jurídico en lugar de allanar el camino no agresivo, lo obstaculiza. El derecho romano exigió para poner fin a la comunidad de bienes y otorgar validez civil al acuerdo entre los comuneros, un encauzamiento jurídico necesario al margen de un negocio típico.

Antiguamente parece ser que existió la posibilidad de poner fin al *consortium ercto non cito* por acuerdo de los comuneros (4). Esta posibilidad es indiscutible a partir de las XII Tabas, y especialmente desarrollada a lo largo de todo el período clásico y postclásico-justiniano. La necesidad de dividir la cosa común es connatural a la propia esencia humana. Las relaciones entre copropietarios son complejas y controvertidas, de ahí la necesidad de reconocer jurídicamente la eventual posibilidad de división de las cosas comunes (5).

(4) BURDESE, A., s.v. *divisione* (*Diritto romano*), en ED, XIII, Varese, 1964, p. 412. Vid. *infra* el apartado segundo.

(5) Así queda ratificado por D.8,2,26.—*itaque propter immensas contentiones ple-rumque res ad divisionem pervenit*, y también por D.31,77,20.—*... discordiis ... quas materia communione solet excitare*.

Evidentemente, el permanecer por un determinado período de tiempo en estado de indivisión es fruto de la propia situación de cotitularidad; la temporal indivisión variará de acuerdo a su origen voluntario o incidental. Ello no empece que entre comuneros se pacte mantener transitoriamente la indivisión, siempre y cuando no se acuerde su perpetuidad, ya que semejante pacto sería nulo (6), pues la disolución de la *communio* era un derecho irrenunciable (7).

El ordenamiento jurídico romano reconoció la facultad de extinguir la *communio*; para ello puso a disposición de los comuneros dos vías completamente distintas pero con el mismo resultado: división judicial y división convencional. La más importante, sin duda, fue la judicial, al menos por la trascendencia que en las fuentes se le otorga, y con más razón si la comunidad es una fuente inagotable de conflictos resolubles únicamente y en última instancia por la vía contenciosa. Pero la división también podía formalizarse con medios extrajudiciales, y en su estudio ponemos todo nuestro empeño.

II. División amistosa de la primitiva comunidad de bienes

El primer caso de copropiedad en Roma arranca de la familia; la copropiedad nace dentro de la familia. A la muerte del *pater* se producía una indivisión de bienes que daba origen al condominio llamado *consortium erecto non cito*, calificado por Gayo como *dominium non divisum*. La cuestión estriba en saber si ese dominio entre *heredes sui* era divisible o no. Fehacientemente se sabe que la divisibilidad fue posible con la introducción en las XII Tablas de la *actio fa-*

(6) D.10,3,14, 2-3; D.17,2,16,1.

(7) SCHULZ, F., *Principios del derecho romano*, trad. esp., Madrid, 1990, p. 173. GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 8.^a ed., Napoli, 1988, p. 481 n. 46.5. Vid. C.3,37,5.- *In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri ...*

miliae erciscundae, a través de una *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (Gayo 4, 17 a); sin embargo, se duda si con antelación a esta *actio* el *consortium* era susceptible de división o si por el contrario debía continuar indiviso.

La opinión más plausible, y hoy más acreditada, es que probablemente a la división del consorcio familiar se hubiese podido llegar *ab origine* de común acuerdo entre todos los coherederos, sin posibilidad de dirigirse al tribunal del magistrado (8). La doctrina ha estado dividida en orden a mantener si el *consortium* creado entre los *sui* debía de permanecer en estado de indivisión o si por el contrario alguno de ellos podía solicitar la división y de qué forma (9).

La escasa fiabilidad jurídica de las fuentes, todas ellas literarias, hacen sumamente frágil cualquier posicionamiento a favor o en contra de la división del *consortium* antes del establecimiento del medio judicial creado al efecto: *actio familiae erciscundae*. El manido texto de Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 1,9,12 (10), utilizado por la doctrina para sostener la indivisibilidad del primitivo *consortium*, intentando buscar afinidades entre la sociedad de los pitagóricos y el *consortium ercto non cito*, carece de valor jurídico al ser una mera comparación literaria (11).

Por contra, otros datos apuntan a la divisibilidad del *consortium*. Tanto el texto de Festo, *De verb. sig.* (Lindsay, p. 63): *Disertiones divisiones patrimoniorum inter consortes*,

(8) BURDESE, s.v. *divisione*, ED, XIII, cit, p. 412.

(9) Vid. TORRENT, A., *Consortium ercto non cito*, AHDE, XXXIV, 1964, pp. 491 ss. y GUTIÉRREZ-MASSON, L., *Del "consortium" a la "societas" I. "Consortium ercto non cito"*, Madrid, 1987, pp. 122 ss., con la bibliografía que ambos citan.

(10) *Noctes atticae* 1.9.12.—*Sed id quoque non praeterendum est, omnes, simul atque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae, pecuniae habebat, in medium dabat, et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium, quod iure atque verbo romano appellabatur ercto non cito.*

Con este texto únicamente no puede deducirse que el *consortium ercto non cito* fuera una *societas inseparabilis*. Para una crítica certera del verdadero alcance del mismo, vid. TORRENT, *op. cit.*, p. 491.

(11) MASCHI, C. A., *Disertiones. Ricerche in torno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico*, Milano, 1935, p. 6.

como la declamación de Quintiliano, *Inst. orat.* 7.3.13: *Opus est aliquando finitione obscurioribus et ignotioribus verbis: quid sit clarigatio, erctum citum* (12), inducen a pensar en una más que verosímil práctica divisoria del *consortium*.

Estas informaciones basadas en fuentes literarias pueden en cierto modo llevar a descartar la indivisión forzosa. Los argumentos más contundentes, sin embargo, son aquéllos basados en la lógica. Si el *consortium* no tiene un origen coactivo, sino más bien voluntario, podría dividirse en cuanto uno de los consortes lo requiriese, y aun en el caso de que en el momento inicial del *consortium* no se contase con la voluntad de los consortes, esto no necesariamente implicaría que fuera una comunidad indivisible, sino que la división era más difícil. Dentro de la lógica hemos de colocar también lo difícil que resulta creer que la *actio familiae erciscundae* fuera un remedio original para facilitar la división del *consortium*. La introducción de esta *actio* verosímilmente no fue una originalidad sino una constatación jurídica de un uso extendido que vino a facilitar el reparto judicial del *consortium*.

Llegado a este punto cabe preguntarse acerca de cuáles fueron los procedimientos que se utilizaron para conseguir la división del *consortium* con anterioridad al establecimiento por las XII Tablas de la *actio familiae erciscundae*. A priori se ofrecen dos posibilidades.

A. Que preexistiese algún expediente judicial, lo que justificaría que las XII Tablas no creasen de la nada una nueva acción (13). En esta vía habría que incluir la verosí-

(12) No obstante, habrá de tomarse este texto con muchas reservas, pues Quintiliano usa la expresión *clarigatio ercti citi* a propósito de ejemplificar términos oscuros en la lengua latina (TORRENT, *op. cit.*, p. 493). Además, *clarigatio* en las *Institutionis oratoriae* de Quintiliano ha de entenderse como acción de reclamar al enemigo lo que tomó injustamente, requerimiento o intimidación solemne (BLÁNQUEZ, A., *Diccionario latino-español*, Barcelona, 1985).

(13) GIOFFREDI, C., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 230, n. 90.

mil hipótesis de que, a falta de acuerdo amistoso, cuando alguno de los *fratres* quisiera abandonar la comunidad podría acudir a un mediador, que muy bien podría ser el *pater gentium*.

B. Otra posibilidad, quizás la más lógica y razonable, sea que se procediese a la partición del *consortium* por medio de acuerdos amistosos entre los consortes. Esta sería la más antigua forma de obtener una división de la comunidad prescindiendo de cualquier mecanismo judicial, es decir, una disolución voluntaria no contenciosa. Realmente no conocemos con anterioridad a las XII Tablas los medios jurídicos idóneos para dividir el *consortium*; sin duda, el más probable sea la partición amistosa de común acuerdo (14).

¿Cómo se efectuaba el reparto de común acuerdo? ¿Qué formalidades se precisaban (15)? ¿Existía la idea de cuota o porción en esta época? ¿Cuál era el medio legal para que cada consorte tuviese una disponibilidad plena individual? ¿Del acuerdo surgían efectos obligatorios, efectos reales, o ambos a la vez? Con certeza no se puede afirmar nada. Nos movemos en el campo de las conjeturas; si dudoso resulta admitir que existiese realmente división, aun cuando la amistosa sea la más verosímil, más lo será profundizar en el cómo se hacía. Ahora bien, estas deficiencias de conocimiento no pueden poner en duda que el antagonismo de intereses tuvo que existir y que ello motivó la división como la salida más deseable. En buena lógica tuvo que ser el acuerdo de los consortes quien pusiera fin a las dificultades de convivencia comunitaria, salvo el abandono voluntario, an-

(14) En esta línea de opinión puede incluirse una buena parte de la doctrina. Por ejemplo, ARANGIO-RUIZ, V., *La società in diritto romano* (ristampa), Napoli, 1982, p. 6 n. 5. GAUDEMET, J., *Les communautés familiales*, Paris, 1963, pp. 74 ss. BURDESE, s.v. *divisione*, ED, XIII, cit., p. 412. TORRENT, *op. cit.*, p. 491 con bibliografía. VELASCO, C., *La posición del obligado en la sociedad consensual: Una aproximación a la actio pro socio*, Sevilla, 1986, p. 25.

(15) Vid. LEVY, E., *Neue Bruchstücke aus den Institutionem des Gaius*, ZSS, 54, 1934, p. 277.

tes de la creación de un remedio judicial, que permitiese exigir la división como última solución para abandonar la comunidad.

III. Época clásica y postclásica

Dejemos a un lado esta época primitiva, respetando, eso sí, lo que de antecedente pueda tener como medio de división de la comunidad. Pasemos a épocas posteriores en las que la información es mayor y más segura, al objeto de extraer unas conclusiones más ciertas y duraderas.

68

La primera forma de *communio* (condominio o copropiedad) fue el *consortium ercto non cito* en cuanto pertenencia de un derecho a diversas personas. Las fuentes romanas presentan una rica casuística a propósito del condominio, sobre las que resulta difícil elaborar su configuración jurídica y su reconstrucción histórica. A comienzos de la república decae la antigua forma de comunidad *ercto non cito* de carácter hereditario, desapareciendo finalmente al iniciarse el periodo clásico. En los inicios de la república aparece una copropiedad por cuotas. Esta *communio* derivada del antiguo *consortium* también es divisible, tanto de forma judicial como de forma extrajudicial.

Evidentemente, aquí nos interesa la forma convencional o extrajudicial, y se puede decir que las fuentes romanas respecto de la época clásica y postclásica-justiniana nos aportan muchos más datos que respecto a épocas anteriores, aun cuando no todos los que serían deseables para poder tener un completo conocimiento de la institución.

A) Opinión doctrinal.

Las referencias doctrinales concernientes a la división extrajudicial son bien escasas; a continuación pasamos a exponer las mismas. Los romanistas en sus obras, mayoritaria-

mente de tipo escolástico, exponen sus opiniones basadas en un alto grado de intuición, el caso lo permite, soslayando un estudio profundo de los datos facilitados por las fuentes. Brevemente vamos a realizar un recorrido armónico en un intento somero de conocer el *status quaestionis*. Nadie pone en duda que el más elemental fundamento que debe existir siempre en lo que denominamos división voluntaria o convencional es el acuerdo general de los copropietarios. Es la base *sine qua non* puede desarrollarse una división amistosa no contenciosa.

Antes de analizar cómo se formalizaba este tipo de división es preciso reconocer que la división convencional no alcanzó nunca en derecho romano la categoría de negocio típico (16); ni tan siquiera como medio jurídico especial (17). En la tipicidad contractual romana no existe el contrato de división ni puede entrar por sus peculiares características dentro de los denominados contratos innominados (18). No obstante, también se ha sostenido justamente lo contrario, que la *divisio* hay que incluirla dentro de los contratos innominados (19), con gran proximidad a la permuta (20), e incluso

(16) SEGRE, G., "La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali". *Corso di diritto romano*, 1930-31, Torino, pp. 195 ss. PUGLIESE, G., *Istituzioni di diritto romano*, 3.^a ed., Torino, 1991, p. 456. TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 412.

(17) ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, 14.^a ed. (ristampa), Napoli, 1987, p. 231.

(18) BIONDI, B., *Diritto ereditario romano. Parte generale. (Corso di lezioni)*, Milano, 1954, p. 452.

(19) GAUDEMET, J., *Etude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934, pp. 385 ss. PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, trad. esp. de la 9.^a ed. francesa, Madrid, 1940, p. 445.

(20) GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire de droit romain, II*, Paris, 1929, p. 634, incluye la *divisio* dentro de los contratos innominados. Afirma que la *divisio*, vecina de la permuta, se diferencia de ésta por características más de hecho que de derecho. Así, la permuta es un acto voluntario, la división es un acto necesario; la permuta descansa ordinariamente sobre cosas en las que cada parte tiene la propiedad exclusiva, la división siempre sobre cosas comunes. Estas afirmaciones las apoya GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire de droit romain, I*, Paris, 1929, p. 471, n. 1, en los siguientes textos: D.2,14,45 (*Hermog. 2 iuris epitomarum*).— *Divisionis placitum nisi traditione* (contrato innominado) *vel stipulatione* (contrato verbal) *sumat effectum, ad*

que el derecho romano no admite la división hecha convencionalmente por los mismos copropietarios (21). La división voluntaria es un negocio privado (22), que aunque se le califique de contrato (23), por ser la categoría más amplia de acuerdo de voluntad productora de efectos jurídicos variados en la órbita patrimonial (24), no puede entrar en la misma por la complejidad de recursos jurídicos de que participa.

No es verdad que en las fuentes haya rarísimas alusiones a la división convencional (25), ni que estemos escasamente informados (26). Disponemos de un buen número de textos, más de una docena, que nos van a facilitar investigar el proceso técnico de división extrajudicial; permitiéndonos, además, englobarlos en periodos muy concretos de la historia

actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit. C.4,64,3 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Barcio Leontio).—Ex pacto permutationis re nulla secuta constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem. No obstante, en su misma obra, *Manuel II*, cit., p. 634, n. 1, reconoce la interpolación de D.2,14,45.

Existe un texto, D.31,77,18 (Pap. 8 *resp.*), que entendido *ad literam*, podría hacer pensar que efectivamente la permuta era válida para poner fin a la comunidad de bienes. Se informa que los fiduciarios que deben restituir una herencia a su muerte no responden del riesgo de los créditos que se les adjudicaron al hacer la partición, como tampoco responden por la posible evicción de los predios *cum permutatio rerum discernens communionem intervenit*. Hemos de entender que Papiniano no se refiere técnicamente a la permuta. Más bien, utiliza permuta en el sentido general de división, por cuanto la división de la comunidad supone un conjunto de cesiones y adquisiciones sobre concretas cosas en copropiedad. Probablemente se trate de una alteración compilatoria, pues resulta significativo e inteligible reducir la complejidad divisoria a una expresión abreviada, permuta, ya que las diferencias son más teóricas que prácticas. Además, sería dudoso catalogar la división convencional como permuta por cuanto en ninguna otra fuente, ni tan siquiera postclásico-justinianeas, se hace semejante referencia; ni existen casos de división a través del ejercicio del contrato innominado de permuta.

(21) D'ORS, A., *Derecho privado romano*, 8.^a ed., Pamplona, 1991, p. 243, n. 1. Más adelante, p. 453, incluye el convenio de división como negocio típico de la categoría abierta de los contratos innominados.

(22) VOGLI, P., *Diritto ereditario romano. Vol. I. Introduzione. Parte generale*, 2.^a ed., Milano, 1967, p. 751.

(23) WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette III*, trad. ital., Torino, 1925, p. 345.

(24) BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 452.

(25) Como dice TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 412.

(26) Como dice BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 452.

romana. Partiremos de un texto de Africano (D.8,3,33 pr.) y otro de Escévola (D.45,1,122,6); posteriormente se estudiarán varios de la época de los Severos (D.10,2,57 Pap.; D.2,14,35 Mod.); seguidamente otros del *Codex*: (C.3,36,1 y C.3,36,12) hasta llegar a la prolija regulación de Diocleciano realizada en los años 293 y 294 (C.3,36,15; 17; 23; C.3,38,7-8; y C.4,21,9), para finalizar con un discutido texto de Hermogeniano (D.2,14,45) (27).

Frente a la división judicial se atribuye un valor secundario a la división no procesal (28), argumentándose que por razones técnicas, luego veremos si es verdad, era muy difícil de realizarse en la práctica (29), lo que condujo a una predominante utilización de los expedientes judiciales de la *actio communi dividundo* y de la *actio familiae erciscundae*.

El ordenamiento jurídico romano admitió la división convencional, el problema reside en conocer los mecanismos que se emplearon o se podían emplear para hacerla realmente efectiva. El resultado fundamental que se perseguía, además de poner fin a una situación de cotitularidad, era obtener una disponibilidad plena exclusiva de la correspondiente porción ideal traducida en cosas materiales o derechos exclusivos. La forma de llevar a cabo esta división comprendía dos procedimientos o dos fases perfectamente diferenciables, cuya conjunción última producía los efectos apetecidos.

El acuerdo divisorio era el principio de esta tramitación divisoria. Consistía en un *pactum divisionis* que era el presupuesto ineludible de la misma; el disenso de uno sólo de los *socius* bastaba para impedirla (30). Exclusivamente el pacto no era suficiente para satisfacer inmediatamente el objetivo perseguido; se necesitaba algo más. Esto

(27) Vid. KASER, M., *Das Römische Privatrecht. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht I*, München, 1971, p. 728, n. 6, que recoge en parte algunos de los textos que mencionamos y precisa épocas de los mismos.

(28) PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 456.

(29) GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 481.

(30) GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 482.

nos aboca a lo que denominamos segunda fase del procedimiento divisorio. El pacto se debe acompañar de un recíproco traspaso de las singulares cuotas asignadas entre comuneros (31). Se trata de verificar la disolución entre los copropietarios con una serie de negocios dirigidos a la realización del acuerdo (32). ¿Cuáles son esos negocios? Aquí es donde se desborda la intuición de la doctrina romanista, pues, aun cuando jurídicamente son irreprochables, no todos ellos tienen un fiel reflejo en las fuentes a nuestro alcance.

Efectivamente, el acuerdo (*pactum divisionis*) necesita actos de realización; actos de transmisión entre los copropietarios. A este fin no sería descartable el ejercicio de recíprocas estipulaciones (33); de actos recíprocos de enajenación de las cosas en copropiedad (34); de enajenación de la *res* común a un tercero y consiguiente distribución de lo conseguido en atención a la cuota entre los condóminos (35); de renuncia por parte de uno y entrega por parte del otro de una cantidad de dinero o de otros bienes (36); de *mancipationes*, *in iure cessiones* (37), *traditiones* (38).

72

(31) BIONDI, B., *s.v. comunione (Diritto romano)*, en NNDI, III, Torino, 1959, p. 856; BURDESE, *s.v. divisione*, ED, XIII, cit., p. 413.

(32) GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 482.

(33) PETIT, *Tratado elemental*, cit., p. 445; D'ORS, *Derecho privado*, cit., p. 243, n. 1; BURDESE, *s.v. divisione*, ED, XIII, cit., p. 413; BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 452.

(34) GIRARD, *Manuel II*, cit., p. 948; GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 482.

(35) GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 482.

(36) SEGRE, G., *Sulla natura della comproprietà in diritto romano, en Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano*, Torino, 1974, pp. 220 ss.; GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 482.

(37) PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., p. 456, limita la efectiva disolución a un complicado cambio de cuotas mediante varias *in iure cessiones*. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 231, pone un ejemplo de *in iure cessio* bien complicado: yo cedo *in iure* a mi condómino mi cuota de copropiedad sobre el fundo, e inmediatamente después él me cede una porción material de ese mismo fundo. A pesar del respeto a la opinión de estos insignes romanistas, queremos hacer dos precisiones. Primera que en ningún supuesto de los conocidos se plantea este medio traslativo de la propiedad para disolver la comunidad; y, segunda, que ciertamente si era tan complicado, no es de extrañar que se prefiriese acudir a un expediente judicial en busca de la correspondiente *adiudicatio*.

(38) ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 231; VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 751; BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 452.

Dependiendo de que entre los copropietarios se realice únicamente el *pactum divisionis*, o se formalice el *pactum divisionis* con actos de realización, como acabamos de ver en la doctrina, los efectos que se consigan diferirán absolutamente. Con la *conventio*, con el pacto exclusivamente, solamente se conseguirá obligar a las partes sin obtener eficacia real (39). El convenio divisorio que termina en el simple pacto solamente tiene el efecto negativo de la *exceptio* (40), eficacia “obligatoria” por la vía de la *exceptio* (41), pero no determinará directamente la división, sino que solamente constituye su presupuesto (42). Todo ello porque del pacto como tal no se origina más que una *iusta causa usucapionis* (43).

Por el contrario, cuando el pacto sea acompañado de negocios traslativos se obtendrá eficacia real, pero solamente cuando haya efectivas transmisiones, dado que la propiedad no puede pasar en exclusiva a cada copropietario por el simple consenso (44). En consecuencia, los copropietarios habrán conseguido su objetivo final cuando al imprescindible *pactum divisionis* le completen con la adjudicación definitiva de las partes materiales correspondientes a sus cuotas ideales (45). Es el único modo de que los copropietarios devengan propietarios de cosas singulares, con efectos válidos para el *ius civile* (46).

(39) BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 453.

(40) O tendrá efectos personales si se hizo acompañar de estipulaciones. D'ORS, *Derecho privado*, cit., p. 243, n. 1.

(41) SANFILIPPO, C., *Istituzioni di diritto romano*, 8.^a ed., Catania, 1992, p. 348.

(42) GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 482.

(43) VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 752.

(44) Vid. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., pp. 452 ss.; GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 482; D'ORS, *Derecho privado*, cit., loc. cit.; SANFILIPPO, *Istituzioni*, cit., loc. cit.

(45) ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *La propiedad y los modos de adquirirla en derecho romano y en el Código civil*, Granada, 1991, p. 64.

(46) BURDESE, s.v. *divisio*, ED, XIII, cit., p. 413, entiende que así se obtienen los efectos propios de los llamados contratos reales innominados.

B) Primeras informaciones clásicas.

De los diversos textos que informan acerca de la división convencional de la comunidad de bienes en época clásica y postclásica, se pueden decir con seguridad dos cosas. Primera, que buena parte de los mismos son constituciones imperiales, fundamentalmente de finales del s. III d. C.; y, segunda, que la información que aportan está interrelacionada con otro tipo de cuestiones, que sin duda dificulta el conocimiento profundo de la materia.

Para conseguir el objetivo que perseguimos, metodológicamente creemos conveniente seguir una secuencia temporal de las fuentes al objeto de ver un desarrollo progresivo de su regulación, lo cual facilitará un extracto de conclusiones. Los primeros datos de la época clásica nos los aporta Africano a propósito de un supuesto de constitución de una servidumbre predial.

74

D.8,3,33 pr. (*Afric. 9 quaest.*).— *Cum essent mihi et tibi fundi duo communes Titianus et Seianus et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet, invicem partes eorum tradidimus et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret: recte esse servitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit* (47).

En esta *sedes materiae* se dice que teniendo tú y yo en copropiedad dos fundos, el Ticiano y el Seyano, y habiéndose convenido en la división que el Ticiano fuese para mí y el Seyano para tí, nos entregamos recíprocamente las partes de los mismos y al hacer el acto de entrega se declaró solemnemente que cada uno tuviera servidumbre de acueducto sobre el otro. Dice (Juliano) que la servidumbre está bien impuesta, sobre todo si se agregó al pacto una estipulación.

Por lo que respecta a la primera parte del texto, en la que se recoge específicamente la realización de la división

(47) LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis I*, Lipsiae, 1889, col. 32.— *De aqua*.

convencional, las alteraciones justinianas parecen ciertamente justificadas, pero intrascendentes desde un punto de vista práctico a los efectos perseguidos (48). Se observa un supuesto de entrega recíproca entre dos copropietarios de dos fundos de la respectiva cuota sobre cada uno de ellos. Con anterioridad a la entrega recíproca hubo un pacto, *in divisione convenisset*, cuya finalidad era la obtención exclusiva para cada condómino de la propiedad de una parte de los bienes comunes. El pacto tenía como finalidad la renuncia y aceptación de la cuota de propiedad que cada copropietario tenía sobre los respectivos fundos en comunidad.

El *pactum divisionis* se origina en un supuesto extremadamente simple: dos copropietarios que tienen dos fundos comunes. El acuerdo es muy sencillo: *mihi Titianus, tibi Seianus*. Ahora bien, el pacto se mueve en una esfera de cuotas ideales; a través del consentimiento cada uno cede en su derecho de condominio respectivamente, a la vez que acepta la cuota renunciada por el otro. Es decir, uno renuncia a su cuota en el fundo Ticiano a cambio de que el otro renuncie a la suya en el fundo Seyano; renunciáis que van seguidas de la correspondiente aceptación recíproca. En abstracto esto es inteligible, pero ¿es suficiente el *pactum divisionis* para que cada condómino adquiriera la propiedad individual sobre un fundo determinado? ¿Es suficiente el *pactum divisionis* para transformar el derecho real de condominio sobre objetos indivisos en un derecho real de propiedad individual sobre un objeto concreto?

(48) LENEL, O., *Afrikan's Quästionen. Versuch einer kritischen Palingenesie*, ZSS, 51, 1931, p. 49; también en *Pal. I*, cit., col. 32; PERNICE, A., *Labeo. Römisches privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit I*, Aalen, 1963, p. 478; *Labeo 3, I*, p. 103, n. 3, y PEROZZI, S., *I modi pretorii d'acquistto delle servitù*, en *Scritti giuridici II. Servitù e obbligazioni*, Milano, 1948, p. 202, n. 1, consideran que *tradidimus et tradendo* debió ser en palabras de Africano *mancipio dedimus et mancipio*. Esto supone reconocer una superación justiniana en cuanto a los antiguos modos de adquisición derivativa de la propiedad. En este sentido, BIONDI, B., *Le servitù prediali nel diritto romano (Corso di lezioni)*, 2.^a ed., Milano, 1954, p. 264.

La actividad de los copropietarios no terminó en el *pactum divisionis* sino que como ellos dicen *invicem partes eorum tradidimus*. Esta *traditio* recíproca (probable *mancipatio*) es la que adjudica definitivamente la propiedad individual a cada antiguo condómino. Hasta alcanzar este resultado se ha pasado por dos fases.

76

A) Se ha realizado un pacto divisorio carente de eficacia para el *ius civile*, que únicamente origina una *iusta causa usucapionis*. Este pacto no conlleva ningún efecto obligatorio, a lo sumo produce una *exceptio*. No se dice, y tampoco se infiere, que se hubiese celebrado *stipulatio* alguna que comprometiese recíprocamente a sujetarse a lo convenido. La falta de *stipulatio* no posibilita exigir a posteriori el derecho de crédito adquirido, ni facilita la transferencia de la propiedad a través del pertinente acto traslativo. No obstante, con el *pactum divisionis* las partes deciden dar un contenido real a sus cuotas ideales, aun cuando esto sea insuficiente para obtener la propiedad individual instantánea sobre la parte acordada.

B) La dificultad anterior se solventa, como así hicieron los condóminos, con la entrega (*traditio - mancipatio*) en forma recíproca de las *partes eorum* (se entiende de los fundos) tal y como previamente se acordó. Con la *traditio* se consigue el efecto real del cual carece el *pactum divisionis*. De este modo los condividentes devienen propietarios de cosas singulares (fundos en este caso), y adquieren el pretendido dominio individual exclusivo.

Al hilo de esta división convencional se constituyó una servidumbre de acueducto. No es menester detener nuestra atención en este problema por cuanto nada aporta al conocimiento de la investigación que nos ocupa (49). Solamente

(49) Vid. PEROZZI, *I modi pretorii d'acquisto delle servitù*, cit., p. 202, n. 1. SOLAZZI, S., *Stipulazioni di servitù prediali*, IURA, V, 1954, p. 141, n. 48. BIONDI, *Le servitù prediali*, cit., p. 264. GROSSO, G., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Tori-

una consideración final. El inciso *invicem partes eorum tradidimus et in tradendo dictum est*, significa que se ha superado la fase de abstracción mental del pacto, el cual es ajeno a la concreción real de la cuota (*pars*) que se realiza con posteriores actos. Es decir, la *mancipatio* (*traditio*) recíproca no se realiza sobre aquellas cuotas (en sentido moderno) de copropiedad sobre los fundos, sino de aquellos objetos (fundos) en que se transformaron las cuotas ideales por el previo pacto.

Esta interpretación obedece al sentir contrario de PEROZZI (50), que entiende que se realizaron *mancipationes* recíprocas de las cuotas de copropiedad. Con el pacto no se otorga eficacia real a la división. La eficacia real se obtiene con los actos traslativos de propiedad conforme a lo establecido previamente en el pacto. El término *pars* puede significar tanto el derecho de un condómino (equivalente a nuestro término cuota) como un objeto corporal (equivalente a nuestro vocablo parte) (51). No obstante, el significado que en cada supuesto tenga dependerá del contexto en que sea utilizado. No sin razón así lo entendió Servio Sulpicio, D.50,16,25,1.—... *non ineleganter partis appellatione utrumque significari* (52).

Superada la fase formal del acuerdo (*in divisione convenisset*) le sigue la fase de realización del mismo (*partes eorum tradidimus et in tradendo dictum est*). *Pars* en esta sede, acompañado del pronombre demostrativo *eorum*, induce a pensar que nos encontramos ante una *traditio* (*mancipatio*) de determinadas partes concretas de los fundos; no de cuotas ideales entendidas como derechos de los condóminos. El intercambio de derechos se produce durante el

no, 1969, pp. 226 ss. Según estos autores la parte final del texto sufre múltiples alteraciones compilatorias.

(50) PEROZZI, *I modi pretorii d'acquisito delle servitù*, cit., p. 202, n. 1.

(51) Vid., sin embargo, BONFANTE, P., *Corso di diritto romano II. La proprietà II*. Milano, 1968, pp. 4 ss.

(52) Vid. también D.8,4,6,1.

pacto; su plasmación real con la *mancipatio*. Esto se entiende claramente cuando se analiza C.3,36,15 y se observa que *si divisionem conventione factam possessio consensu secuta (traditio) dominium ei firmavit*. Por el contrario, si el convenio divisorio no llegó más allá del pacto: *arbiter inter vos finiri providebit*.

De Escévola, jurista antoniniano, nos ha llegado un texto ciertamente ilustrativo. En él, probablemente, se refleje la forma más habitual de llevarse a cabo una división convencional en época clásica. Se trata de un *pactum divisionis* asegurado con una *stipulatio poenae*.

D.45,1,122,6 (Scaev. 28 dig.).— *Duo fratres hereditatem inter se dividerunt et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem facturos et, si contra quis fecisset, poenam alter alteri promisit: post mortem alterius qui supervixit petit ab heredibus eius hereditatem quasi ex causa fideicommissi sibi a patre relictis debitam et adversus eum pronuntiatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset: quaesitum est, an poena commissa esset. respondit poenam secundum ea quae proponuntur commissam* (53).

78

Dos hermanos dividieron entre sí la herencia, comprometiéndose a no hacer nada contra dicha división, y por si alguno hiciese lo contrario se prometieron pena el uno al otro. Muerto uno de ellos, el superviviente pidió la herencia a los herederos del otro, como si le fuera debida por causa de fideicomiso dejado a él por el padre. La demanda fue denegada. Preguntado el jurista sobre si se había incurrido en la pena, respondió que, según los términos del caso propuesto, sí se había incurrido en ella.

No existen dudas de que se trata de una división convencional de la herencia común. Dos hermanos realizaron un *pactum divisionis* para poner fin al estado de comunidad. De este pacto, como tal, sólo deriva en su defensa una *exceptio pacti*. Los herederos, sin embargo, buscando la per-

(53) LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis II*. Lipsiae, 1889, col. 267: *De stipulationibus*.

manencia de la división efectuada, deciden asegurarla; se inclinan por la perpetuidad irrevocable de la misma. Para conseguir este objetivo llevan a cabo la realización de una doble estipulación por medio de la cual se prometen mutuamente una pena para el caso de que alguno de ellos haga algo contra la mencionada división. Por lo tanto, y a falta de un negocio típico para disolver la comunidad de bienes, los coherederos ponen fin a su situación de la forma más simple y rápida posible: un pacto divisorio asegurado con una *stipulatio poenae*.

Ambos copropietarios deciden de mutuo acuerdo, el mismo que reflejan en el pacto, que la división sea irrevocable, *nihil se contra eam divisionem facturos*. Ciertamente, a diferencia de lo que se observa en otras fuentes, en donde los condividentes acompañan al *pactum divisionis* con algún modo derivativo de adquisición de la propiedad al objeto de otorgar efectos reales a la división, en este supuesto habrá de entenderse que la pretensión de las partes es asegurar la posesión el tiempo necesario para adquirir por usucapión.

El acuerdo divisorio está doblemente garantizado. Por un lado siempre podrá oponerse, como ya hemos dicho, la *exceptio pacti*, y, por otro, cualquier acto de transgresión contra el pacto conllevará inmediatamente la sanción de la pena acordada, *poenam secundum ea quae proponuntur commissam*. Lo que nos parece más cierto es que, aunque el heredero superviviente reclamase a título de fideicomiso la parte del otro hermano, lo cual es una clara transgresión del acuerdo en su momento alcanzado, ello no implica que el *pactum divisionis* haya sido alterado lo más mínimo; éste sigue en vigor y la división es plenamente válida.

En esta sede se plantea un problema bien interesante por cuanto sale a la luz la cuestión de la acumulación de la *stipulatio poenae* a la responsabilidad derivada del incumplimiento del *pactum*. Es claro que la *stipulatio poenae* surge para tutelar el acuerdo primario de la división pactada, pero no es menos evidente que ese acuerdo primario tiene ya su

sanción. En este caso la *exceptio pacti* concurre con la acción que nace de la *stipulatio poenae* (54), pero sin excluirse mutuamente. Sin embargo, no es tan palmaria la posibilidad de acumulación cuando la *stipulatio poenae* se haya añadido a un *pactum*, en cuyo caso parece ser que no se daba (55). Si analizamos el *responsum* de Escévola con detenimiento (56), nos damos cuenta de que la pregunta y la respuesta del jurista están únicamente encaminadas a constatar si se incurrió o no en la pena. Ha de entenderse que aun cuando se incurrió en la pena el *pactum divisionis* no queda invalidado. El pacto quedó confirmado cuando al hermano superviviente se le denegó la demanda de fideicomiso. En consecuencia, la cláusula penal no desvirtúa el pacto; su única función era disuadir cualquier intento de transgresión del *pactum divisionis*.

En definitiva, en el sentir de los hermanos estaba el poner fin definitivamente al estado de comunidad; las garantías que adoptan van irremisiblemente dirigidas a mantener la validez absoluta y perpetua del acuerdo divisorio. Si la reclamación de la pena revocase el *pactum divisionis*, la *stipulatio poenae* no sería el medio de garantía que se pretendía; muy al contrario, sería el arma a emplear por aquel de los condividentes que quisiera disolver el pacto. Evidentemente, esto no se desprende del texto examinado.

C) Época de los Severos.

Nos adentramos en época de los Severos, con un texto de Papiniano, lo que pone de manifiesto la escasa atención

(54) VOCI, P., La responsabilità del debitore da stipulatio poenae, en *Studi di diritto romano I*, Padova, 1985, p. 369. (Publicado originalmente en *Studi E. Volterra III*, Milano, 1969, pp. 319 ss.).

(55) ARIAS RAMOS, J. - ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano II. Obligaciones, familia y sucesiones*. 17.ª ed., Madrid, 1984, p. 660.

(56) Vid. KNÜTEL, R., *Stipulatio poenae*, Köln, 1976, pp. 316 ss., con importante aparato bibliográfico.

jurisprudencial que se dedicó al tema a lo largo de la época clásica, hasta su período final. La razón quizás obedezca, como *supra* apuntamos, a que se trata de una cuestión de autonomía privada, cuya solución práctica, en caso de conflicto, se solventa en la vía judicial.

D.10,2,57 (Pap. 2 resp.).—*Arbitro quoque accepto fratres communem hereditatem consensu dividentes pietatis officio funguntur, quam revocari non oportet, licet arbiter sententiam iurgio perempto non dixerit, si non intercedat aetatis auxilium* (57).

Aun habiendo aceptado el árbitro —dice Papiniano— hacen los hermanos un acto de afecto fraterno dividiendo por su consentimiento la herencia común; la cual división no puede revocarse, aunque el árbitro no hubiere pronunciado la sentencia por haberse anulado la controversia, a no ser que mediara el beneficio de menor edad. Este *responsum*, que se ocupa de la división convencional, merece destacarse por varias cuestiones puntuales. Es el primero de una serie de textos de la época de los Severos, que pone en evidencia la transcendencia de la división convencional frente a la división judicial. La copropiedad que se disuelve proviene de una herencia, *communem hereditatem*, que al parecer eran los supuestos más típicos de disolución amistosa de condominio. Tal y como la define Papiniano, la división no contenciosa de la herencia común, consiste en que *fratres pietatis officio funguntur*.

Conforme a lo expuesto, los hermanos copropietarios habían acudido a un juicio divisorio, *arbitro quoque accepto*; esto pone de manifiesto que en un primer intento fracasó cualquier tipo de división amistosa, habiéndose decidido acudir a la vía procesal (58). Ahora bien, durante el *iter* procesal y antes de que el árbitro pronunciase sentencia, aque-

(57) LENEL, *Pal. I*, cit., col. 889.—*Familiae erciscundae*.

(58) Dudoso resulta creer que los juicios divisorios entrasen dentro de la *iurisdictio* voluntaria. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria en derecho romano*, Madrid, 1986, p. 112.

llos *fratres* llegaron a un acuerdo de división, *fratres communem hereditatem consensu dividentes*. El acuerdo alcanzado impide al árbitro pronunciarse ya que aquel acuerdo, aquel *pactum divisionis, revocari non oportet*, salvo que *intercedat aetatis auxilium* (59). ¿Qué significa todo esto? Pues muy sencillo, la primacía de la división convencional sobre la división judicial, incluso comenzada ésta. Su justificación reside en que el pacto tiene como fin evitar la agresión procesal (60).

82

En consecuencia, la división consensuada es la primera vía para distribuir la comunidad de bienes, precediendo en una escala de medios divisorios a la división judicial. La consecuencia es muy clara. Si la controversia una vez judicializada se ha anulado, no por decisión del juez o árbitro sino por el consentimiento de los condóminos, el órgano judicial tendrá que plegarse al acuerdo de voluntades de las partes y acatar su decisión; es decir, prima la *voluntas* de las partes sobre la opinión del órgano judicial, incluso cuando éste hubiera resuelto la controversia presumiblemente de otro modo. En esta idea incide Ulpiano cuando apunta que si los *socii* pactaron sin dolo malo algo entre sí, debe observarlo ante todo el juez, tanto de la partición de herencia como de la división de la cosa común (61). Se trata en definitiva —en palabras del mismo jurista— de que el juez se atenga a lo que sea más útil para todos, o a lo que prefieran las partes (62).

En conclusión, la enseñanza a extraer es muy elocuente. La *divisio consensu* realizada entre mayores de edad es irrevocable salvo, obviamente, que existan vicios que puedan

(59) El requisito de mayoría de edad también se exige en C.3,37,4 y C.3,38,8; es una *restitutio in integrum ob aetatem*.

(60) D'ORS, *Derecho privado*, cit., p. 140.

(61) D.10,3,3,1 (Ulp. 30 ad Sab.).—*Si quid ipsi sine dolo malo inter se pepigerunt, id in primis et familiae erciscundae et communi dividundo iudex servare debet.*

(62) D.10,3,21 (Ulp. 30 ad Sab.).—*Iudicem in praediis dividundis quod omnibus utilissimum est vel quod malint litigatores sequi convenit.*

privar de efectos al negocio. A tal extremo alcanza el carácter definitivo de esta división que llega anular la tramitación procesal ya iniciada; en caso contrario, que el juez respete hasta donde alcance el acuerdo de las partes. No obstante, de lo que no informa Papiniano es de si con dicha *divisio* se obtiene eficacia real. Es muy cierto que no; se necesitan de los pertinentes actos traslativos de propiedad como se apunta por Diocleciano en C.3,36,15 (63).

En el mismo orden de ideas, que el inmediato texto analizado, se expresa una constitución del emperador Septimio Severo: ostensible primacía de la división consensuada frente al ejercicio de las acciones divisorias. A saber, solamente se acudiría a la vía procesal cuando fracasase el intento de división voluntaria.

C.3,36,1.—*Impp. Severus et Antoninus AA. Marciano. Si non omnem paternam hereditatem ex consensu divisisti nec super ea re sententia dicta vel transactio subsecuta est, iudicio familiae erciscundae potes experiri (a. 197).*

83

Se nos dice que si no dividiste mediante consentimiento toda la herencia paterna, y no ha recaído sobre este particular sentencia, ni se ha celebrado transacción, puedes ejercitar la acción de partición de herencia. En un primer análisis de la constitución podría pensarse que el emperador está indicando unas disposiciones lógicas dentro del ejercicio habitual del derecho y que ni tan siquiera necesitarían de mención expresa. Pero no es así. Si leemos con detenimiento el texto merecen destacarse dos detalles puntuales y muy precisos.

En primer lugar, *si non omnem paternam hereditatem ex consensu divisisti*, significa que una parte de la herencia (comunidad de bienes) perfectamente puede restar sin dividirse por dificultades en obtener el consentimiento de los coherederos. No es necesario que el acuerdo divisorio alcance a

(63) BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 453.

todos los bienes. Se pueden dividir todos conjuntamente o parte de los mismos. De este modo la *communio* continuará sobre aquella parte no dividida. ¿Cómo se resuelve esta falta de acuerdo divisorio sobre una determinada porción de bienes? Muy bien lo dice el emperador: *super ea re (non omnem hereditatem: porción indivisa) iudicio familiae erciscundae potes experiri*, salvo que *sententia dicta vel transactio subsecuta est*. Exactamente igual sucede en el juicio de división de cosa común, en el que se incluirán todas las cosas, salvo aquéllas que por común consentimiento se hubieren exceptuado expresamente para que no se comprendan (64).

84

En conclusión, nada obliga a los copropietarios a dividir convencionalmente toda la comunidad de bienes. Su acuerdo será válido por los bienes que incluyan en la división, sin necesidad jurídica ni moral de incluir absolutamente todo lo que bajo el estado de copropiedad exista. Es decir, nada obsta para que el *pactum divisionis* sea de porciones concretas, y aquello a lo que el acuerdo no alcance se distribuya acudiendo a la vía procesal. En resumen, la comunidad de bienes puede dividirse utilizando en parte la *divisio* convencional y en parte la *divisio* judicial, excluyéndose mutuamente en cuanto al patrimonio a fraccionar. Además, sobre aquel conjunto de bienes no divididos voluntariamente, ninguno de los condóminos podrá ejercitar la *exceptio pacti conventi*, en razón de que a los mismos no alcanzó el pacto.

En segundo lugar, se coloca al mismo nivel el pacto divisorio, la sentencia y la *transactio*. Esto significa que el ejercicio de una acción divisoria, en este caso la *actio familiae erciscundae*, queda totalmente excluida de su ejercicio si ya recayó sentencia firme; si las partes llegaron a un acuerdo de renuncia de la acción (*transactio*); y si, lo que es más importante para nuestro estudio, realizaron un *pactum divisionis (paternam hereditatem divisisti)*, ya que por medio de

(64) D.10,3,13 (Ulp. 75 ad ed.).—*In iudicium communi dividundo omnes res veniunt, nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne veniat.*

la *exceptio pacti conventi* se evitaría el éxito de la *actio familiae erciscundae*.

En conclusión, el pacto divisorio, con independencia de sus efectos reales u obligatorios, no se podrá revocar, salvo en caso de determinados vicios, ni aun ejercitando la acción divisoria pertinente. En este sentido, la consonancia con el *responsum* de Papiniano es total: D.10,2,57: *communem hereditatem consensu dividentes ... revocari non oportet*; C.3,36,1, a *sensu contrario*, si *non omnem paternam hereditatem ex consensu divisisti ... iudicio familiae erciscundae potes experiri*. Por lo tanto, la división por acuerdo común es firme hasta el extremo de excluir la división judicial.

De nuevo, como sucedía en D.10,2,57, nada se observa a cerca de la eficacia real de la *divisio consensu*, pero es menester pensar en la necesidad racional de actos traslativos de propiedad con el fin de otorgar validez virtual al *pactum divisionis*. Respecto de esta cuestión sintomático resulta, por su claridad meridiana, C.3,36,15 (65).

En las postrimerías de la época clásica encontramos un texto de Modestino que amplía los datos acerca del modo y efectos de dividir las comunidad de bienes de forma amistosa.

D.2,14,35 (Mod. 2 resp.).— *Tres fratres Titius et Maevius et Seia communem hereditatem inter se diviserunt instrumentis interpositis, quibus divisisse maternam hereditatem dixerunt nihilque sibi commune remansisse caverunt. sed postea duo de fratribus, id est Maevius et Seia, qui absentes erant tempore mortis matris suae, cognoverunt pecuniam auream a fratre suo esse subtractam, cuius nulla mentio instrumento divisionis continebatur. quaero an post pactum divisionis de subrepta pecunia fratribus adversus fratrem competit actio. Modestinus respondit, si agentibus ob portionem eius, quod subreptum a Titio dicitur, generalis pacti conventi exceptio his, qui fraudem a Titio commissam ignorantes transegerunt, obiciatur, de dolo utiliter replicari posse* (66).

En el presente *responsum* de Modestino se dice que tres hermanos, Ticio, Mevio y Seya, dividieron entre sí una he-

(65) BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 453.

(66) LENEL, *Pal. I*, cit., col. 742.— *De pactis*.

rencia común con los correspondientes documentos, en los cuales declaraban que habían dividido la herencia materna y aseguraban que nada había quedado en común. Destacar que nos encontramos ante un modo de división convencional: *fratres communem hereditatem inter se diviserunt*; no acudieron a la vía procesal a través del ejercicio de la *actio familiae erciscundae*. Además realizaron un *pactum divisionis* de toda la herencia, pues *nil sibi commune remansisse caverunt*, lo que a priori, y teniendo en cuenta lo establecido por Septimio Severo en C.3,36,1, excluía el ejercicio de la pertinente acción divisoria, puesto que toda la comunidad de bienes había sido dividida. Ello se corresponde con *omnem hereditatem* como dice la mencionada constitución.

Hasta aquí de nada extraordinario que no supiéramos ya nos informa el texto Modestino; simplemente se trata de un *pactum divisionis omnem hereditatem*. Sin embargo, se introduce un elemento novedoso: *tres fratres inter se diviserunt instrumentis interpositis*. A través de la redacción de estos documentos, en los que declaraban que habían dividido la herencia materna, estaban otorgando efectos reales a las cuotas ideales cuya individualización como propiedad exclusiva se buscaba por medio del pacto. La novedad del acuerdo estriba en que si con el pacto, de eficacia limitada por vía de *exceptio*, deriva la *iusta causa* que justifica la adquisición real posterior, como reflejo de las cuotas ideales, con la redacción de los documentos se está realizando la pertinente *traditio* mediante la entrega del documento, como forma evolucionada de transmitir y adquirir la propiedad (67).

Apunta RICCOBONO (68), en tono dubitativo, que en lugar de *instrumentis* debiera aparecer *stipulationibus*. Por contra, no hemos encontrado ningún autor que subraye esta posibi-

(67) No obstante, en épocas posteriores, en determinados casos, las constituciones imperiales reaccionan contra esta práctica; C.2,3,20.—*Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Martiali. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (a. 293).

(68) RICCOBONO, S., *Traditio ficta*, ZSS, 34, 1913, p. 227, n. 4.

lidad (69). Bien sabemos que entre las aplicaciones de la *stipulatio* una importante es la de dar obligatoriedad jurídica a toda clase de acuerdos. Pero no es menos cierto que desde la época clásica, Modestino es del último período, se acostumbró a redactar documentos que probasen la celebración de la *stipulatio*, por lo que no debe sorprender que *instrumentis* sustituyese a *stipulationibus*.

Aun no descartando esta posibilidad nos inclinamos por otra explicación no menos cierta y para nosotros más probable. Ya en época clásica se espiritualizaron bastante los modos de la tradición. No sería descartable que *instrumentis* hiciese una alusión directa a la *traditio instrumentorum*. Esto se compadecería además con lo dispuesto en C.8,53,1, célebre constitución de Severo y Caracalla, época insistimos en que se sitúa el texto, que admite que para la transferencia de la propiedad de esclavos a causa de donación, es suficiente que el donante entregue al donatario el escrito de compraventa que demuestra que tal donante ha adquirido los esclavos.

87

La transmisión de la propiedad sirviéndose de la entrega del documento era muy utilizada en los derechos orientales, lo que pudo influir ciertamente en el ordenamiento romano. En consecuencia, si la *traditio* es un medio de transmisión del *ius gentium* (70), es más verosímil que *instrumentis interpositis* se refiera a la *traditio instrumentorum* que a la *stipulatio*.

Seguidamente se nos relata un supuesto de apropiación indebida, al ocultar uno de los condividentes bienes comunes sustrayéndolos de este modo a la división. Según se dice, dos de los hermanos, que se hallaban ausentes en el

(69) Vid. BESELER, G., *Fruges et Paleae II. Romanistische Untersuchungen*, en *Festschrift F. Schulz I*, Weimar, 1951, p. 20; STURM, F., *Stipulatio Aquiliana. Textgestalt und Tragweite der Aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, München, 1972, pp. 336 ss.

(70) OURLIAC, P. - DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y francés histórico II. Los bienes*. (Trad. esp.), Barcelona, 1963, p. 524.

momento de la muerte de su madre, se enteraron que había sido sustraída por el otro hermano una determinada cantidad de monedas de oro, respecto a la cual ninguna mención se había hecho en el documento de división (*instrumento divisionis*). La apropiación indebida tuvo lugar con anterioridad al reparto y con ignorancia por parte de los hermanos en el momento de la muerte de la madre. En consecuencia, el *pactum divisionis* se efectúa sobre el conjunto de bienes comunes que al menos dos hermanos creyeron que eran los únicos existentes. Una vez que se tuvo conocimiento de la sustracción ¿qué remedios procesales tienen a su disposición los condóminos engañados?

La respuesta de Modestino es clara. Si al demandar por la parte que se dice sustraída por Ticio se opusiere la *exceptio pacti conventi* a los que transigieron ignorando el fraude, podrán útilmente (71) replicar por dolo. De aquí se deduce que el *pactum divisionis* es totalmente válido pero sólo tiene eficacia por vía de *exceptio* (72). A saber, el reparto del haber hereditario común dividido por medio del *pactum divisionis* adquiere plenos efectos reales al quedar constatado por medio del *instrumento divisionis*. La información que se aporta en esta parte del texto, con ocasión de la solución técnica por la apropiación indebida, creemos avala nuestra interpretación en orden a mantener la realización de una *traditio* para dar eficacia real al *pactum divisionis*. Queda muy claro en la pregunta a Modestino, acerca de la acción que compete a los hermanos defraudados, que se realizó un *pactum divisionis*: *an post pactum divisionis*. Dicho pacto parece ser que obtuvo efectos reales inmediatos a través del nuevamente mencionado *instrumento divisionis* en el que *nulla mentio* se hacía de las monedas de oro.

(71) A propósito del verdadero alcance de *utiliter*, vid. NICOSIA, G., *Exceptio utilis*, ZSS, 75, 1958, p. 254, n. 10, y DAUBE, D., "Utiliter agere", en *Collected Studies in Roman Law II*, Frankfurt, 1991, pp. 984 ss. (también en IURA, 11, 1960).

(72) BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 452.

Por último, ¿cómo es posible que si se hubiese celebrado una *stipulatio* no se hiciese ninguna alusión por el jurista a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la misma, de tal modo que se facultase con la pertinente *actio ex stipulatu* a los hermanos engañados para exigir el cumplimiento íntegro de lo acordado: reparto de toda la herencia? La razón, en nuestra opinión, reside en que se realizó un *pactum divisionis* acompañado de *traditio* con entrega de documento probatorio. Ante esta realidad el jurista únicamente puede aconsejar *dolo utiliter replicari* para proceder posteriormente a la división, sin privar en ningún caso de efectos al *pactum divisionis* defendible con la *exceptio pacti conventi* como dice Modestino.

D) Tránsito al Dominado.

A propósito del *pactum divisionis* complementado con uno de los modos de transmisión de la propiedad, tenemos la siguiente constitución imperial en la que se destaca la validez del pacto incluso sin escritura.

C.3.36,12.— *Impp. Gallus et Volusianus AA. Rufo. Non ideo divisio inter te ac fratrem tuum, ut proponis, facta irrita habenda est, quod eam scriptura secuta non est, cum fides rei gestae ratam divisionem satis adfirmet (a. 252).*

Para los emperadores Galo y Volusiano una división hecha entre hermanos no es nula porque a ella no le haya seguido escritura, ya que la certeza de lo hecho afirma suficientemente que es válida la división. Evidentemente el pacto divisorio no pierde su eficacia, siempre defendible mediante la *exceptio pacti conventi*, porque al mismo no le siga una *mancipatio*, *in iure cessio* o *traditio* (*traditio instrumentorum*). Efectivamente, lo que en esta constitución se pone de manifiesto es la validez del *pactum divisionis* por sí mismo, y lo secundario es la realización de los documentos acreditativos de la división tanto *ad probationem* como *ad substantiam*. Por lo tanto, el que no haya seguido escritura al

pacto demuestra que es un elemento perfectamente prescindible, no necesario, ya que es uno de tantos medios para otorgar eficacia real al pacto.

Esto no significa que el pacto por sí mismo despliegue eficacia real; sin embargo, sí será suficiente para facilitar la usucapio o el uso de cualquier otro modo derivativo de adquisición de la propiedad. La división será válida, es más, irrevocable, si existe plena certeza de la celebración del *pactum divisionis*. El que se haya elaborado o no un documento probatorio del *pactum divisionis* es irrelevante en cuanto a la validez del mismo. La única circunstancia adversa será, si faltan documentos probatorios, la existencia de otros medios de prueba que den virtualidad a lo acordado.

90 Lo importante es la certeza de lo hecho: la división entre hermanos. En este texto, a diferencia de D.2,14,35, en el que hubo *instrumentis interpositis*, surge la duda de si se concluyó o no la pertinente *traditio*, o si los hermanos prefirieron el abandono de hecho buscando la consolidación de la propiedad por medio de la usucapio. En cualesquiera caso, como *scriptura secuta non est*, hemos de entender que no hubo *traditio instrumentorum*; ello no empece, evidentemente, la subsistencia de la validez de la división.

Ahora bien, ¿qué se debería entender en caso de que *scriptura secuta est*? Sencillamente que se tenía una prueba de la celebración de la división. ¿Con esos documentos se otorga eficacia real al pacto? Probablemente no. No obstante, sería una prueba que garantizaría la posterior adquisición por el transcurso del tiempo. En consecuencia, el documento es un medio de prueba de valor igual a cualquier otro. Si la escritura se refiriese a la existencia de la *traditio*, lo cual no es descartable dado el alto grado de espiritualización de la misma en esta época, habría que afirmar que como el documento no hace la *traditio*, tampoco la ausencia de documento puede excluir su existencia (73).

(73) Vid. Voci, P., *Tradizione, donazione, vendita da Constantino a Giustiniano*, IVRA, 38, 1987, pp. 87 ss.

E) Diocleciano y su abundante legislación.

Estas afirmaciones vienen ratificadas, unos años después, por dos constituciones del emperador Diocleciano. En ellas se pone de manifiesto que los documentos en que se refleja el *pactum divisionis* son innecesarios, incluso *ad probationem*, si la división estaba debidamente hecha y a tal efecto existe certeza.

C.4,21,9.—*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aristaeneto. Instrumentis etiam non intervenientibus semel divisio recte facta non habeatur irrita (a. 293).*

En este rescripto diocleciano se nos dice que aun no mediando instrumentos, no se tiene por nula la división una vez hecha debidamente. Según RICCOBONO esta constitución sufrió alteraciones posteriores. Faltan los elementos de hecho y de todo el rescripto sólo se conservó un resumen de la decisión. En lugar de *recte* debiera hacer mención a la *stipulatio* o bien a la *mancipatio* o *traditio* respecto de las cosas corporales. El insigne romanista apoya su opinión en que la división en el período clásico debía consumarse en la forma idónea a la constitución y al traspaso de los derechos (74).

91

Tal vez pudiera hacerse en época clásica el traspaso de la propiedad a través de los pertinentes documentos, lo que no descarta que en época postclásica, período en el que nos encontramos inmersos, se diese la *traditio instrumentorum*. Por supuesto en el derecho justiniano fue evidente.

C.3,37,4 pr.—*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Herodae. Si maior quinque et viginti annis soror tua tecum res communes divisit, quamvis non instrumentis, sed aliis probationibus earum diremptam communionem probetur, stare finitis convenit (a. 294).*

Reitera Diocleciano un requisito inexcusable para intervenir por derecho propio en una división convencional: la ma-

(74) RICCOBONO, ZSS, 34, 1913, cit., p. 227.

yoría de edad (*maior quinque et viginti annis*) (75). Insiste, asimismo, en que si entre hermanos dividieron los bienes comunes, aunque no se pruebe con documentos, sino con otras pruebas que se disolvió la comunidad de aquéllos, conviene que se esté a lo hecho.

En conjunto significa que la validez de la división pactada no queda desautorizada porque no exista como medio de prueba un documento. A saber, el documento probatorio era algo accesorio a la propia división; algo no necesario. En esta no necesidad de la prueba documental redundan las tres constituciones imperiales vistas: C.3,36,12; C.4,21,9 y C.3,37,4 pr. Pero una cuestión sigue latiendo, ¿qué eficacia tiene el pacto divisorio cuya demostración proviene por pruebas no documentales? Hemos de entender que si no se celebró ningún modo traslativo de la propiedad, el único medio para otorgar eficacia real conforme al *ius civile* era la usucapio.

92

Los nudos pactos no transmiten el dominio de las cosas. A este respecto elocuente resulta la disposición imperial diocleciana recogida en C.2,3,20: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (a. 293). En consecuencia, los *instrumenta ad probationem* no eran suficientes para otorgar plena eficacia al nudo pacto (C.2,3,20), porque tampoco eran necesarios (C.3,36,12; C.4,21,9; C.3,37,4 pr.). A pesar de estas disposiciones se reconoció que la división estaba bien hecha: C.3,36,12.—*fides rei gestae ratam divisionem satis adfirmet* (a. 252). C.4,21,9.—*semel divisio recte facta non habeatur irrita* (a. 293). C.3,37,4 pr.—*si soror tua tecum res communes divisit ... stare finitis convenit* (a. 294).

Estas certeza y validez concedidas por la autoridad imperial a la división convencional, nos provoca una serie de cuestiones: ¿Por qué se mantiene con tanto énfasis la irrevocabilidad del *pactum divisionis* siempre que su existencia sea demostrable? ¿Por qué se insiste tanto en la accesorie-

(75) Igual en D.10,2,57 y C.3,38,8.

dad de los *instrumenta (scriptura)*? ¿Podría ser una forma abreviada de referirse a la *traditio*? Hemos de pensar en estos casos, tal vez, que no, pues en caso afirmativo quedaría inentelible lo dispuesto en C.2,3,20. Además, si aceptamos la interpretación de RICCOBONO a propósito de la expresión *recte (stipulatio, mancipatio, traditio)* en C.4,21,9, no cabe la negación de *instrumentis*, salvo que se entienda descartada la *traditio instrumentorum* y no otro tipo de *traditiones*. A este respecto resulta interesante recordar lo expuesto en D.2,14,35, en cuyo supuesto, presumiblemente, el *pactum divisionis* se complementó con una *traditio instrumentorum*. Así, mientras en el texto de Modestino se habla de *instrumentis interpositis*, por contra, en las constituciones inmediatamente analizadas se referencia la ausencia de *instrumenta* como complemento del pacto, lo cual impide una radical comparación antes que ver una contradicción.

Introducidos ya en la legislación diocleciana, veamos diversas constituciones de este emperador que clarifican aún más la división convencional tanto en su forma como en sus efectos.

93

C.3,36,15.— *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Theophilae. Si divisionem conventionem factam etiam possessio consensu secuta dominium pro solido rerum, quas pertinere ad patrem tuum placuit, ei firmavit, earum vindicationem habere potes, si patri tuo successisti. si vero placitum divisionis usque ad pactum stetit, arbiter familiae eriscundae iudicio vobis datus communionem inter vos finire providebit (a. 293).*

La división convencional no puede existir sin pacto entre los comuneros. Cosa distinta son los efectos de dicha división en orden a la disponibilidad exclusiva del dominio sobre cosas particulares reflejo de las cuotas ideales. Viendo la presente constitución, nos damos cuenta de la necesidad que existe de realizar actos traslativos de propiedad para conseguir que del *pactum divisionis* deriven a posteriori efectos reales.

Dos supuestos se plantean en el rescripto imperial, encabezados ambos por la partícula *si ...*, y que dependiendo de las circunstancias tendrán soluciones distintas.

En el primer caso se dice que si al *pactum divisionis* (*divisionem conventione facta*) se le acompañó con la entrega mediante *traditio* (*possessio consensu secuta*) se adquirió el dominio completo de los bienes correspondientes a su cuota (*dominium pro solido ei firmavit*) (76). En consecuencia, si al pacto se le añade el acto traslativo pertinente se obtiene la plena división de las cosas comunes y la atribución dominical exclusiva sobre las partes adjudicadas. De aquí deriva el que Diocleciano otorgue al heredero del padre comunero fallecido, que intervino en aquel pacto divisorio completo, la *vindicatio* (*earum vindicationem habere potes si patri tuo successisti*) para poder reclamar de los herederos la parte correspondiente asignada.

El segundo supuesto que plantea Diocleciano muestra la relativa fragilidad de la división convencional que no se acompaña con un acto traslativo de propiedad. Así, expone el emperador, si el convenio divisorio solamente llegó hasta el pacto (*si placitum divisionis usque ad pactum stetit*), en este caso, en el que no hubo posterior acto traslativo de propiedad, el coheredero al dirigirse al juez solicitando la división (*familiae erciscundae iudicio*), conseguirá que éste provea que se acabe entre ellos la comunión. Es decir, el coheredero que sucede al padre que intervino en el pacto

(76) Se discute en la doctrina acerca del valor que ha de darse a la voluntad de las partes, quien entrega y quien recibe, cuando concluyen una *traditio*. Pudiera pensarse que como en el texto se habla de *possessio consensu secuta*, la adquisición del dominio necesariamente habría de ser posterior a la entrega, no en base a la *traditio* sino a la *usucapio*. Muy al contrario, y ajustándonos estrictamente al texto, la *possessio* transmitida con la entrega no necesita de ningún transcurso temporal para adquirirse la propiedad, porque lo que realmente se ha transmitido es la propiedad. Las palabras de Diocleciano lo expresan con singular evidencia: *possessio consensu secuta dominium pro solido rerum ei firmavit*. Queda absolutamente excluida la necesidad de usucapir, pues los copropietarios adquirieron individualmente su propiedad exclusiva conforme a su cuota correspondiente. Es más, si la voluntad de quienes dividen y hacen *traditio* es adquirir el dominio *pro solido* por qué han de esperar a la *usucapio*. Sobre estas apreciaciones, aun no compartiéndolas, véase la ilustrativa nota 117 en VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado romano*, trad. esp., Madrid, 1986, p. 348.

divisorio, pero que por falta de acto traslativo de posesión no adquirió el dominio exclusivo, puede reclamar con la *actio familiae erciscundae* la parte acordada que le corresponde en lugar de su padre.

La duda que aborda en esta circunstancia es si el árbitro debe o no debe respetar el *pactum divisionis* en su día celebrado. Diocleciano solamente dice que *communione inter vos finiri providebit*, proveerá que se acabe entre vosotros la comunión, a lo que debemos entender que dicha provisión se deberá hacer a través de una *adiudicatio* que respete la división a la que se llegó en el *pactum divisionis* y que no obtuvo efectos reales por faltar el acto traslativo de propiedad. Esta opinión la apoyamos en lo expuesto en D.10,2,57; C.3,36,12; C.3,37,4 y C.4,21,9. En ellos se intuye que se podrá oponer la *exceptio pacti conventi* para conseguir la eficacia "obligatoria" del pacto divisorio. Además, según estos mismos textos, siempre que se pueda probar la existencia de la celebración del *pactum divisionis*, no mediando vicios, claro está, su validez será absoluta. Todo ello pone de manifiesto que el *pactum divisionis* sin acto traslativo posterior despliega efectos obligatorios pero carece de eficacia real, de tal modo que el pacto divisorio es irreversible. De este texto, según BIONDI (77), se deduce que si el *pactum divisionis* es seguido de los convenientes actos traslativos de la propiedad, la división tendrá eficacia real.

La normativa diocleciana nos aporta más datos a través de otra constitución del mismo año 293 d. C.

C.3,36,17.— *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Commodiano. Coheredibus divisionem inter se facientibus iuri absentis et ignorantis minime derogari ac pro indiviso portionem eum, quae initio ipsius fuit, in omnibus communibus rebus retinere certissimum est. unde portionem tuam cum redditibus arbitrio familiae erciscundae percipere potes, ex facta inter coheredes divisione nullum praeiudicium timens (a. 293).*

(77) BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., p. 452.

Dice Diocleciano que es muy cierto, que haciendo los coherederos entre sí la división, no se perjudica en manera ninguna al derecho del ausente y del que lo ignora, y que éste retiene indivisa en todos los bienes comunes la porción que en un principio fue del mismo. Por lo cual, con el ejercicio de la acción de partición de herencia puedes percibir con los réditos tu porción, no temiendo ningún perjuicio proveniente de la división hecha entre los coherederos.

Queremos advertir que la interpretación que nosotros hacemos del texto no coincide con la que realiza parte de la doctrina. Entendemos que la cuestión que plantea el emperador es un supuesto de división convencional (*coheredibus divisionem inter se facientibus*) hecha por unos pocos copropietarios, no todos, la cual es reconocida como válida. A su vez concede la posibilidad de acudir a un juicio divisorio a aquellos otros copropietarios que no participaron por ignorarlo o estar ausentes. Sin embargo, tanto MARRONE (78) como RAGGI (79), entienden que esta constitución se refiere a un juicio divisorio efectuado entre unos pocos coherederos, lo cual no precluye que los que ignoran o están ausentes ejerciten la *actio familiae erciscundae*. Consideramos que no es ésta la interpretación acertada, dado que en ningún momento se habla de una primera división judicial o ejercicio de la *actio familiae erciscundae* por una parte de los coherederos. Hemos de entender que avala nuestra opinión KASER (80) cuando incluye C.3,36,17 entre los textos que sirven para explicar la posibilidad de una división convencional al margen de la procesal.

Es verdad que los coherederos dividían su herencia, no digamos con frecuencia, por medio del acuerdo entre ellos. Ahora bien, verdad es que no siempre se consigue que to-

(78) MARRONE, M., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Annali Palermo, XXIV, 1955, p. 155, n. 87, y p. 492.

(79) RAGGI, L., *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano I*, Milano, 1961, pp. 43 ss.

(80) KASER, *Das Römische Privatrecht I*, cit., p. 728, n. 6.

dos ellos se pongan de acuerdo en consentir una división pactada. Este desacuerdo se muestra, hablamos por experiencia, no asistiendo al acto o ausentándose. ¿Pueden los restantes coherederos (copropietarios) dividir la herencia (cosa común) a sabiendas de que otro u otros lo ignoran o están ausentes? Qué duda cabe, según la constitución imperial, que ello es posible ya que *iuri absentis et ignorantis minime derogari*; es decir, que al copropietario que no está presente no se le perjudica en su parte. ¿Por qué? Pues porque *quae initio ipsius fuit* (su cuota ideal) *in omnibus communibus rebus retinere*.

En conclusión, no es necesaria la presencia de todos los copropietarios para dividir convencionalmente las cosas comunes, pero la cuota ideal de aquel que no asiste permanece *pro indiviso* sobre todos los bienes comunes, y en absoluto queda obligado por aquella división en la que no consintió. Esto viene ratificado a posteriori cuando el emperador dice que el ausente o el que lo ignora puede ejercitar la *actio familiae erciscundae* (en este caso porque se trata de una herencia) para percibir *portionem cum redditibus*, sin temer *nullum praeiudicium* por la división hecha entre el resto de copropietarios.

En consecuencia, para llevar a cabo la división convencional de una comunidad de bienes no es necesaria la presencia de todos los comuneros. Quienes participen en la división no podrán injerirse en la cuota del ausente o del que ignora la división, la cual permanecerá inamovible sobre todos los bienes a pesar de estar divididos. Así, pues, en esta constitución diocleciana queda meridianamente claro que se deben preservar absolutamente los derechos expectantes de los condividentes que no intervienen en el *pactum divisionis*, el cual, sin embargo, no queda privado de efecto para el resto de intervinientes, que habrán de soportar la posterior división para dar contenido a las cuotas ideales no concretadas, pues el derecho de los no intervinientes subyace sobre *omnibus communibus rebus*. De lo que ha de de-

ducirse que la primitiva división entre presentes no podrá alcanzar efectos reales mientras subsistan los derechos de los copropietarios ignorantes o ausentes.

El pacto divisorio entre los copropietarios no puede afectar al derecho que terceros tengan contra los bienes comunes.

C.3,36,23.— *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Hermogeni. Licet pacto divisionis adversus singulos actio pro hereditariis portionibus creditori parata mutari non possit, tamen ad exhibendam fidem his quae convenerant, stipulationis et iuris adhibito remedio, qui placitum excedit, urgueri potest, cum et hoc omisso, si non contrarium convenisse probaretur, praescriptis verbis conveniri potuisset (a. 294).*

98

Nos dice Diocleciano que con el pacto de división no se puede cambiar la acción adquirida por un acreedor contra cada uno de los herederos con arreglo a sus porciones hereditarias. Es decir, los condividentes pueden hacer la partición de común acuerdo, pero sin alterar nunca el derecho de los acreedores contra la comunidad de bienes (81); derecho que permanecerá sobre cada uno de los copropietarios (herederos) con arreglo a sus porciones hereditarias. A pesar de este principio, pudiera darse algún supuesto de incumplimiento, en cuyo caso —dice Diocleciano— el que infringió lo pactado puede ser apremiado (*urgueri potest*) a cumplir lo que se había convenido si se empleó el remedio de la estipulación y del derecho, puesto que también habiéndose omitido éste habría podido ser demandado con la *actio praescriptis verbis*, si no se probase que se convino lo contrario (*si non contrarium convenisse probaretur*) (82).

No necesariamente ha de deducirse de este pasaje (83) la necesidad de la estipulación para que el pacto divisorio llegue a ser eficaz. Aun cuando sea uno de los medios, no

(81) PASTOR ALVIRA, J., *Manual de derecho romano según el orden de las Instituciones de Justiniano*, Madrid, 1914, p. 394.

(82) KRUGER, P., *Über wirkliche und scheinbare Überlieferung vorjustinianischen Wortlauts im Kommentar des Thalelaeus zum Codex Iustinianus*, ZSS, 36, 1915, p. 92.

(83) Como hace PEROZZI, S., *Il contratto consensuale classico*, en *Scritti giuridici II. Servitù e obbligazioni*, Milano, 1948, p. 585.

es menos cierto que el pacto divisorio va a tener su sanción por el pretor en caso de incumplimiento a través de una *actio in factum*, para así conseguir el *id quod interest*, que en el derecho justiniano devendrá en la *actio praescriptis verbis* (84), ejercitable cuando, como en el supuesto final de la constitución, falte a propósito del pacto de división hereditaria la *stipulatio* (85). Este texto, pues, confirma la necesidad del correspondiente acto traslativo de propiedad para que la división *consensu* pueda tener efectos reales.

C.3,38,7.—Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Severiano et Flaviano. Si fratres vestri pro indiviso commune praedium citra vestram voluntatem obligaverunt et hoc ad vos secundum pactum divisionis nulla pignoris facta mentione pervenit, evictis partibus, quae ante divisionem sociorum fuerunt, in quibus obligatio tantum constitit, ex stipulatu, si intercessit, alioquin quanti interest praescriptis verbis contra fratres agere potestis. nam si fundi scientes obligationem dominium suscepistis, tantum evictionis promissionem sollemnitate verborum vel pacto promissam probantes eos conveniendi facultatem habetis (a. 294).

99

Un año después, en el 294 d.C., el mismo emperador Diocleciano intentó resolver el tema de la responsabilidad por evicción que puede producirse en aquellos casos en que se haya obligado alguna porción de los bienes comunes. En respuesta a Severiano y Flaviano, copropietarios con otros hermanos, les dice que si vuestros hermanos obligaron sin vuestra voluntad un predio común indiviso, y éste os correspondió conforme al pacto de la división, sin haberse hecho mención alguna de la prenda, hecha evicción de las partes, que antes de la división fueron de los socios, sobre los que descansa únicamente la obligación, podéis ejercitar contra vuestros hermanos la *actio ex stipulatu*, si medió estipulación, en caso contrario la *actio praescriptis verbis* para conseguir el *id quod interest*. Todo ello lo justifica Diocleciano: si conociendo la obligación del fundo aceptaron su dominio,

(84) VOGLI, *Diritto ereditario*, cit., p. 752.

(85) BURDESE, A., *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, IURA, 36, 1985, p. 66.

solamente podrán demandarlos probando la promesa de evicción hecha mediante la *sollemnitas verborum* o con pacto.

Probablemente el texto tal como nos ha llegado no sea absolutamente diocleciano. Lo que sí es cierto es que la evicción obliga a cada uno de los copropietarios a prorrata de su haber hereditario, con independencia de que se haya estipulado o no (86). Para el derecho justiniano el nudo pacto cumple la misma función que la *stipulatio* en orden a la responsabilidad por evicción (87). Sin embargo, para el derecho postclásico, al menos en época de Diocleciano, esto puede ser que no sea verdad, pues es verosímil la existencia de alteraciones para llevar a cabo la equiparación entre *stipulatio* y pacto a estos efectos.

100 De acuerdo con RICCOBONO (88) la expresión *vel pacto promissam* está claramente interpolada. El problema reside en que el coheredero que aceptó el fundo obligado puede exigir responsabilidad por evicción a los otros coherederos, si aceptó el dominio del mismo con conocimiento de la obligación, y podrá demandarlos probando la promesa de evicción (*evictionis promissionem*). Esta se debe probar mediante la *sollemnitas verborum* en el derecho postclásico y con la *sollemnitas verborum vel pacto promissam*, indiferentemente, en el derecho justiniano.

El inciso *vel pacto promissam* se comprende que es de origen justiniano, por el que a la *stipulatio* fue equiparada la promesa por pacto, evidentemente por escritura, como de esta disertación debe emerger (89). No olvidemos que desde la época republicana se acostumbraba a redactar un documento probatorio de haber cumplido las formalidades verbales de la *stipulatio*. Este documento tenía una función *ab*

(86) PASTOR ALVIRA, *Manual*, cit., p. 394.

(87) RICCOBONO, S., *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, ZSS, 43, 1922, p. 360.

(88) RICCOBONO, S., *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, ZSS, 35, 1914, p. 262 y ZSS, 43, 1922, cit., p. 361.

(89) RICCOBONO, ZSS, 35, 1914, cit., p. 262.

probationem y no sustancial, de tal modo que el documento no creaba por sí mismo una *obligatio* que confiriese eficacia jurídica al simple acuerdo, pues se admitía prueba en contrario respecto a lo escrito en el documento (90). En consecuencia, como dice KASER, en el supuesto de división de herencia la responsabilidad por evicción en favor del adquirente de la cosa común pignorada sólo tiene lugar cuando esta responsabilidad ha sido garantizada con estipulación (91).

Cuando se ha pignorado en estado de indivisión una cosa común o parte de la misma, afirman las fuentes que, una vez efectuada la división, la prenda subsiste sobre cada una de las porciones en la misma proporción en que gravaba inicialmente sobre el todo (92). Evidentemente, esto es un riesgo que han de soportar aquéllos que no llegaron a pignorar su cuota. La solución a estas situaciones llegan en la vía judicial a través del ejercicio de las pertinentes acciones divisorias. Sin embargo, en los supuestos de división convencional los particulares solían prevenirse exigiendo garantías a los otros socios.

101

En consecuencia, como se deduce de C.3,38,7, el adjudicatario no pignorante de un fundo común hipotecado responderá de la prenda, salvo que se haya hecho garantizar por los condóminos contra la evicción, en aquellos casos en que tuvo conocimiento de los derechos de terceros sobre el fundo a él adjudicado. En caso contrario, si el adjudicatario del fundo gravado con prenda ignora esta situación podrá utilizar la *actio praescriptis verbis* (93).

(90) En este sentido ha de entenderse el presente texto de Diocleciano según VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado*, cit., p. 473.

(91) KASER, M., *Das römische Recht in Südafrika*, ZSS, 81, 1964, p. 23, n. 78. Asimismo mantiene la interpolación del término *pactum* y en consecuencia la *actio praescriptis verbis* para conseguir *alioquin quanti interest* como apunta VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 752.

(92) Vid. VANZETTI, M.^a, *Il pegno su parte indivisa e le azioni divisorie*, BIDR, 73, 1970, pp. 289 ss.

(93) Probablemente la *actio praescriptis verbis* esté interpolada. Vid. KASER, ZSS, 81, 1964, cit., p. 23, n. 78. VANZETTI, *Il pegno su parte indivisa*, cit., p. 293, n. 4. (Vid. bibliografía que citan).

Lo que resulta evidente es que la división de la comunidad de bienes, de forma judicial o convencional, no debe afectar nunca a los derechos adquiridos por terceros sobre las cosas comunes durante el estado de indivisión. Para evitar las posibles responsabilidades derivadas de la ejecución del derecho de prenda, los copropietarios no pignorantes al realizar la división convencional se procuraban garantizar su adjudicación. Esto no solamente sucedía en época de Diocleciano sino también en época clásica como lo testimonia el siguiente texto de Papiniano.

D.20,4,3,2 (*Pap. II resp.*).— *Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut, si frater agri portionem pro indiviso pignori datam a creditore suo non liberasset, ex divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraheret. pignus intellegi contractum existimavi, sed priorem secundo non esse potiore, quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare.*

102

Este texto, amén de exponer una división convencional, nos indica cómo puede garantizarse el copropietario que no ha pignorado su cuota la liberación de la prenda sobre la parte que se le adjudica en el reparto. Dos hermanos dividen entre sí un fundo común sobre el que uno de ellos había constituido una prenda equivalente a su cuota. Esto acaece en estado de indivisión. Una vez dividido el fundo cada una de las partes del mismo sigue estando gravada por el derecho del acreedor por una mitad *pro indiviso*.

El condómino no pignorante, para liberarse del mencionado derecho que tiene el tercero sobre la mitad de su definitiva parte, exige garantías al otro socio. Esto se obtiene constituyendo en su propio favor una prenda sobre la mitad libre de la parte adjudicada al socio pignorante. De este modo, en caso de ejecución del derecho real de prenda, el copropietario no pignorante no asumirá ningún riesgo que pueda afectar a la disminución de la porción a él adjudicada.

Diocleciano finalizó su regulación acerca de la división convencional con otra constitución del mismo año 294 d. C.

C.3,38,8.— *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Nicomacho. Si inter vos maiores annis viginti quinque rerum communium divisio relictā vel translata possessione finem accepit, instaurari mutuo bona fide terminata consensu minime possunt (a. 294).*

Se nos dice que si habiéndose dejado o transferido la posesión llegó a término entre vosotros, mayores de veinticinco años, la división de los bienes comunes, las cosas terminadas de buena fe no se pueden en manera alguna renovar por mutuo consentimiento. Las dificultades de interpretación del texto no son pocas. El emperador realizó unos incisos que solamente pueden entenderse en el contexto general de sus disposiciones. Según parece, entre los copropietarios hubo una división pactada consumada, con plenos efectos reales, que posteriormente quieren modificar por mutuo consentimiento. Sin embargo, tal cambio no es posible a pesar de la voluntad de los copropietarios, porque *instaurari mutuo bona fide terminata consensu minime possunt*. Esto es así en razón de que *finem accepit* entre los comuneros la *divisio* a través de un pacto acompañado *relictā vel translata possessione*. Además los condividentes eran mayores de veinticinco años, con lo que no cabe alegar la posible *restitutio ob aetatem* (94).

103

Nos encontramos, pues, con que la división adquirió plenos efectos, se consumó absolutamente, por medio de un acuerdo no invalidable, no revocable, en razón de dos argumentos irrefutables: porque los copropietarios eran mayores de veinticinco años y porque hubo una fijación divisoria. La fijación divisoria tuvo lugar cuando *relictā vel translata possessione*. ¿Pero cuál es el verdadero alcance de este inciso?

Con la *translatio* quedó perfectamente fijado el modo de división, ya que los condóminos se despojaron de la posesión sobre las cosas comunes en favor de los particulares adjudicatarios. Esto se compadece absolutamente con lo dispuesto por el emperador Diocleciano en el primero de los

(94) Lo mismo se prescribe en D.10,2,57 y C.3,37,4.

supuestos plasmados en C.3,36,15:– *possessio consensu secuta (traditio) dominio pro solido rerum ei firmavit*, y lo mismo se afirma en D.2,14,45, como seguidamente veremos (95).

La fijación divisoria puede también hacer inviable la disolución de la división si acaeció del siguiente modo: *finem accepit divisio rerum communium relicta possessione*. ¿Qué interpretación merece *relicta possessione* en orden a completar con efectos reales el *pactum divisionis*? Consideramos, no sin severas reservas, que este abandono de la posesión (96) obedece a un pacto *divisionis* basado en una división de hecho. Los copropietarios abandonan la posesión colectiva sobre particulares cosas que cada uno de ellos ya poseía; de este modo se origina una posesión *pro solido* como dueños exclusivos sobre cada una de las cosas adjudicadas.

Se trata por tanto de la adquisición de la posesión consentida sin necesidad de transferirla, facilitando la adquisición por la usucapión (97). *Relicta* a nuestro modo de entender significa una permisión en la posesión a ciencia y *patientia*. Ello ha de entenderse como lógico y racional en una relación amistosa como la que nos ocupa. No resulta difícil comprender que el acuerdo divisorio finalice con una manifestación de mutuo respeto posesorio sobre cada una de las cosas adjudicadas en disposición exclusiva. En consecuencia, *relicta (dimissio)* significa consentir que el otro posea y que respete mi posesión, de tal forma que así se altere la situación real de copropiedad originando su disolución. Por lo tanto, a la propiedad individual se llega al tomar como base el consentimiento que permite posteriormente operar y exigir consecuencias jurídicas a quien no respete lo pactado.

(95) Sin embargo, para MANENTI, C., *Concetto della communio relativamente alle cose private, alle pubbliche ed alle communes omnium*, en *Il Filangieri*, 29, 1894, p. 335, la *translatio possessionis* significa que el adjudicatario había adquirido la posesión de las cosas a él asignadas con el consentimiento, o sea con la voluntad concorde de todos los otros socios. Para esta interpretación realiza un paralelismo entre C.3,38,8 y C.3,36,15.

(96) Abandono impropio dice MANENTI, *Concetto della communio*, cit., pp. 334 ss.

(97) Vid. VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado*, cit., p. 348, n. 117.

F) Hermogeniano: *¿epitome iuris imperial?*

Abandonamos las disposiciones imperiales, pero no la época, y nos encontramos con un texto de Hermogeniano que viene a ser en cierto modo el colofón a cuanto se ha dicho.

D.2,14,45 (*Hermog. 2 iuris epitomarum*).— *Divisionis placitum nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit* (98).

Afirma Hermogeniano (99) que el pacto de división, salvo que adquiera eficacia por medio de la tradición o de una estipulación, no proporcionará acción a nadie, como pacto nudo que es. Efectivamente, del texto se desprende que la división de la cosa común puede ser realizada por un negocio privado: *divisionis placitum*. El problema reside en que con el pacto divisorio no se otorga la propiedad exclusiva a cada copropietario; no despliega efectos reales. El nudo pacto no proporciona acción a nadie; así queda privado de eficacia civil, recibiendo protección únicamente por vía de *exceptio*. Hasta aquí nada nuevo nos aporta Hermogeniano, se limita a recoger lo establecido por Diocleciano en sus constituciones de los años 293 y 294.

¿Cómo se consigue que el *pactum divisionis* adquiera eficacia? Meridianamente lo expone el jurista: *nisi traditione vel stipulatione sumat effectum*. Este inciso no ha estado ajeno a la crítica, calificándolo de impronta justiniana (100). No vamos a negar absolutamente la coincidencia doctrinal, pero únicamente admitimos como más probable la visión que apunta RICCOBONO, que se trate sólo de una interpola-

(98) LENEL, *Pal. I*, cit., col. 269.— *De iudiciis divisoriiis*.

(99) Vid. LIEBS, D., *Hermogenians iuris epitomae. Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen, 1964 y CENDERELLI, A., *Ricerche sul "Codex Hermogenianus"*, Milano, 1965, pp. 183 ss.

(100) Vid. entre otros, LENEL, *Pal. I*, cit., col. 269; DE FRANCISCI, P., *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati I*, Pavia, 1913, pp. 156 ss.; PERNICE, *Labeo 3,1*, cit., p. 89, n. 7; RICCOBONO, *ZSS*, 34, 1913, cit., p. 227; GIRARD, *Manuel II*, cit., p. 634, n. 1; LIEBS, *Hermogenians*, cit., p. 98.

ción formal, en un intento de reducir el pasaje (101). Es sin duda la interpretación más verosímil. La mera *conventio* necesita actos de realización, negocios traslativos por medio de los cuales los copropietarios se hagan con el dominio exclusivo de las cosas adjudicadas, como se prescribe en C.2,3,20.

La eficacia real la adquirirá el pacto a través de *traditiones*, *mancipationes*, *stipulationes*, *in iure cessiones*, etc. Por ello no es difícil creer que el texto esté abreviado por los justinianeos, en un intento de sintetizar los modos de dar eficacia real al *pactum divisionis*. La alteración total del texto de Hermogeniano es de difícil credibilidad ya que manifiesta una absoluta consonancia con lo dispuesto por Diocleciano (102) y con otros textos *supra* analizados: D.2,14,35.—*hereditatem inter se diviserunt instrumentis interpositis*. C.3,36,15.—*si divisionem conventionem factam etiam possessio consensu secuta dominium pro solido rerum ei firmavit*. C.3,38,8.—*divisio relictæ vel translata possessione finem accepit*. C.4,21,9.—*semel divisio recte facta non habeatur irrita*. D.2,14,45.—*divisionis nisi traditione vel stipulatione sumat effectum*.

106

IV. Conclusiones

Después de este recorrido por las fuentes y por la doctrina, vamos a intentar resumir en una exposición de conjunto, a modo de conclusiones, aquellos aspectos más sobresalientes de la división convencional.

La división convencional nunca constituyó en el ordenamiento jurídico romano un negocio típico; su objetivo principal era la extinción definitiva de la *communio*. Para ello se exigía un único requisito: el acuerdo de los copropietarios (103). Si humanas son las disensiones entre copropieta-

(101) RICCOBONO, ZSS, 34, 1913, cit., p. 227.

(102) Vid. LIEBS, *Hermogenians*, cit., p. 98.

(103) He aquí la diferencia más elemental con la división judicial, entendida ésta en sentido estricto y no como jurisdicción voluntaria.

rios, no encontramos razón para decir que igualmente no lo sean los acuerdos. Así, la disolución amistosa de la cotitularidad ha de admitirse desde antiguo: *consortium ercto non cito*. No obstante, la escasez de fuentes no permite asegurar nada con rotundidad, pero la lógica ha de imponerse.

De época clásica y posteriores disponemos de fuentes suficientes como para obtener resultados más seguros. El esquema básico que impera en la división convencional es el de un *pactum divisionis* acompañado de una serie de negocios dirigidos a la realización del acuerdo. Ello responde inexcusablemente a dos necesidades: poner fin a la *communio* y obtener una disponibilidad plena de la correspondiente porción ideal reflejada en cosas materiales o derechos exclusivos. En la división voluntaria nunca puede faltar el *pactum divisionis*; ahora bien, dependiendo de que se acompañe o no de los pertinentes actos de realización se obtendrán efectos reales (definitiva disolución) o efectos obligatorios.

La jurisprudencia clásica informa cómo a través del *pactum divisionis* los copropietarios proceden a recíprocos actos de renuncia y de aceptación de las cosas que conforman la comunidad de bienes conforme a sus cuotas ideales. El *pactum divisionis* no es suficiente para transformar el derecho real de condominio sobre objetos indivisos en un derecho real de propiedad individual sobre objetos concretos. Ello se consigue realizando una *mancipatio*, una *traditio* o dejando transcurrir el tiempo necesario para la *usucapio*. Del *pactum divisionis* deriva una *exceptio pacti*; además, en ocasiones, dicho pacto se aseguraba con una cláusula penal (*stipulatio poenae*), al objeto de garantizar su absoluta irrevocabilidad.

Sobre la base anterior, de la información recogida en época de los Severos, se deduce que la división convencional puede acaecer incluso estando en marcha la división judicial. La razón reside en que prima la *voluntas* de las partes sobre la opinión del órgano judicial, incluso cuando éste hubiera resuelto la controversia de otro modo. Por tanto, a la vía procesal únicamente se acudirá cuando fracase

el intento de división voluntaria, que permanecerá posible a lo largo de todo el *iter* procesal.

Nada obliga a los copropietarios a dividir convencionalmente toda la comunidad de bienes; su acuerdo será válido exclusivamente por los bienes que se incluyan en dicha división. La comunidad de bienes puede dividirse utilizando en parte la división convencional y en parte la división judicial, excluyéndose mutuamente en cuanto al patrimonio a fraccionar. El ejercicio de cualquier acción divisoria queda anulado cuando se hubiese alcanzado un *pactum divisionis* salvo, evidentemente, la existencia de determinados vicios.

Al finalizar la época clásica, en tránsito hacia el dominio, se espiritualizaron los modos de conceder validez real al *pactum divisionis: traditio instrumentorum*. Sin embargo, no siempre que se redactaban documentos tenían un valor *ad substantiam* sino más bien *ad probationem*.

108

Diocleciano dedicó numerosas constituciones, fechadas entre los años 293-294, a regular la división convencional. Reitera la necesidad clásica de la mayoría de edad como requisito inexcusable para intervenir por derecho propio en este tipo de división. Resalta el innecesario acompañamiento de documentos probatorios si existen otros medios de prueba que demuestren la celebración del acuerdo. Lo importante, al parecer, no es la adquisición inmediata del derecho real individual sino el absoluto respeto al acuerdo alcanzado. Reitera que la división convencional no puede existir sin pacto entre comuneros. La disponibilidad exclusiva sobre cosas particulares variará en atención a la realización o no de actos traslativos, como sucedía en el periodo anterior. El *pactum divisionis* puede servir, incluso, para realizar una fijación divisoria de una división de hecho.

Para efectuar la división voluntaria, según Diocleciano, no es necesaria la presencia de todos los copropietarios. No obstante, la cuota ideal de aquel que no asiste permanece *pro indiviso* sobre todos los bienes comunes. Quienes participen en la *divisio* no podrán injerirse en la cuota del

ausente o del que lo ignora, pues *quae initio ipsius fuit in omnibus communibus rebus retinere*. A pesar de mantenerse intactos los derechos expectantes de los condividentes que no intervienen en la división, el pacto no quedará privado de efecto, y quienes participaron soportarán la posterior división por la que se concretarán las partes de los ausentes.

El *pactum divisionis* nunca puede afectar al derecho de terceros contra la comunidad de bienes. La responsabilidad por evicción obliga a todos los copropietarios a prorrata de su cuota. Cuando se pignoraba una cosa común indivisa, efectuada la división convencional, la prenda subsistía sobre cada parte en la misma proporción en que gravaba inicialmente el todo. Ello suponía un riesgo para quienes no llegaron a pignorar su cuota en caso de ejecución del derecho de prenda; ante tal posibilidad los copropietarios no pignorantes se procuraban, al realizar la división convencional, garantizar su adjudicación, como desde época anterior se hacía.

109

Es menester reconocer que la división de la comunidad de bienes de forma convencional alcanzó un importante desarrollo en el derecho romano. Por su peculiar naturaleza, ajena a la discusión jurídica, no ha recibido un tratamiento exhaustivo ni en las fuentes ni en la doctrina. Sin embargo, su uso debió ser grande; técnicamente no requiere de extraordinarias complejidades, salvo una, la más importante, lograr el acuerdo, el cual no depende del derecho establecido sino de la voluntad de las partes que ponen en juego sus intereses.

SOBRE LA EFICACIA DE LAS NORMAS. ALGUNAS CUESTIONES TRANSITORIAS, DEROGATORIAS Y COMPETENCIALES EN LA RECIENTE LEGISLACION CIVIL

111

MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL

Doctora en Derecho

SUMARIO: **I.** PLANTEAMIENTO. **II.** ANÁLISIS DEL EFECTO RETROACTIVO DE LAS NORMAS DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL. **III.** LA POSIBILIDAD DE RESUCITAR CONVENCIONALMENTE UN RÉGIMEN LEGAL DEROGADO. **IV.** LOS PROBLEMAS DE DESREGULACIÓN ORIGINADOS POR ALGUNAS NORMAS DEROGATORIAS. **V.** LA EFICACIA DE LAS LEYES EN EL ESPACIO DESDE UN PLANTEAMIENTO COMPETENCIAL. PROBLEMÁTICA ORIGINADA POR LA EXISTENCIA DE TRES NIVELES NORMATIVOS EN EL ÁMBITO CIVIL: COMPETENCIA COMUNITARIA, ESTATAL Y AUTONÓMICA SOBRE UNA MISMA MATERIA. **VI.** SUPERPOSICIÓN DE CONFLICTOS DE LEYES EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO: ESPECIAL REFERENCIA AL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

I. Planteamiento

Las normas de Derecho manifiestan su eficacia dando valor jurídico y conformando, según él, a la realidad social (1).

En sus tres manifestaciones –obligatoria, sancionadora y constitutiva– (2) la eficacia se fundamenta en el deber de cumplir y respetar el mandato concreto contenido en la norma (3). Pero ello no obsta para que puedan existir circunstancias o situaciones en orden a las personas que influyan más o menos sobre la eficacia de la norma jurídica. Tradicionalmente se han venido señalando como circunstancias que podían alterar la fuerza obligatoria de la ley: la ignorancia o el error en cuanto a ella; su renuncia; su dispensa; su inobservancia –actos contrarios a la norma–, y su fraude –actos en fraude de ley–. Por otra parte, existen ciertos límites impuestos al ejercicio de los derechos que derivan de la integración de las normas jurídicas, de un lado, por la buena fe, y de otro, en cuanto se excluye que aquéllas puedan aplicarse incurriendo en el abuso del derecho o en el ejercicio antisocial del mismo (4). De entre los límites a la eficacia de las normas jurídicas destacan, sin embargo, el aspecto temporal y el territorial, dando lugar a los conflictos de leyes en el espacio y en el tiempo, entendiendo por

112

(1) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte General*, t. I, 1942, p. 433.

(2) F. DE CASTRO Y BRAVO señala que pueden enumerarse como esenciales a las normas civiles los siguientes tipos de efectos: 1.º El deber jurídico de obediencia. 2.º La sanción o reacción jurídica en caso de incumplimiento de la norma. 3.º La eficacia constitutiva, que crea situaciones y puestos en la sociedad, de privilegio, sumisión y protección. (Vid., *Derecho civil...*, cit., p. 433). En el mismo sentido Vid. L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, *Introducción. Parte general y Derecho de la persona. Disciplina general de los contratos y de las obligaciones. Contratos en particular, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extracontractual*, 1995, p. 127.

(3) Vid., J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, t. I, *Introducción y Parte General*, vol. 1.º, *Ideas generales. Teoría de la norma jurídica*, Reimpresión de la 12.ª ed. revisada y puesta al día por J. L. DE LOS MOZOS, 1984, p. 580.

(4) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 581.

tales, como señala ROUBIER (5), "las situaciones que se producen cuando sobre un mismo hecho o un mismo acto, dos o más leyes pueden pretender al mismo tiempo recibir aplicación y es necesario consiguientemente, tomar partido por una o por otra, hacer una elección" (6).

Frente a las concepciones yusnaturalistas que creen en la existencia de un derecho ideal, intangible e inmutable, fuera del poder de los hombres y de las contingencias de la vida, en particular del tiempo, las doctrinas sociológicas o existencialistas critican esta posición, y remarcan las variaciones sucesivas no sólo de las normas positivas, sino, sobre todo, del concepto mismo de Derecho. Muchos filósofos modernos piensan que la idea de Derecho proviene de la existencia de reglas de derecho. El Derecho no será ni eterno ni intemporal: producto de la sociedad durará y evolucionará con ella (7).

Las normas jurídicas viven en el tiempo y tienen una duración limitada; adquieren fuerza obligatoria en el momento de su entrada en vigor, y la despliegan hasta que son derogadas o extinguidas por otras (8). Pero el fenómeno derogatorio raramente se da en estado puro; una ley que ya no está en vigor puede continuar teniendo eficacia o aplicabilidad, lo que nos lleva a diferenciar los conceptos de vigencia por un lado y de eficacia por otro. El único modo

113

(5) Vid. P. ROUBIER, *Le droit transitoire. Conflicts des lois dans le temps*, 2.^a ed. 1960, p. 3.

(6) Señalando P. ROUBIER que, mientras el Derecho internacional privado, que se ocupa de resolver los conflictos de leyes en el espacio, ha experimentado un notable avance, conquistando su autonomía como rama del ordenamiento jurídico, el Derecho intertemporal, que se ocupa de resolver los conflictos de leyes en el tiempo, pese a su conexión con el anterior, por tener el mismo fin técnico: solucionar los conflictos de leyes buscando la ley competente para regular una situación jurídica, se encuentra infinitamente menos avanzado en su estudio, no ha logrado convertirse en disciplina autónoma y continúa confundido con los principios generales del derecho civil. (*Vid., op. cit.*, pp. 4-5).

(7) Vid., F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Préface de M. GOBERT, 1977, p. 1.

(8) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 612.

de sostener que una ley derogada continúa surtiendo efectos es afirmar que la derogación no conlleva la desaparición o pérdida de existencia de la ley; es decir, que la ley derogada continúa perteneciendo al sistema normativo, aunque de otra manera. Ello se debe a que las leyes tienen un ámbito temporal de vigencia y un ámbito temporal de eficacia que no coincide perfectamente, produciéndose disociaciones (9).

114 Todo cambio legislativo plantea el difícil y delicado problema de decidir por cuál de las dos legislaciones, la antigua o la nueva, han de regularse los actos realizados y las situaciones creadas o nacidas bajo el imperio de la antigua ley, cuyos efectos todavía persisten al entrar en vigor la ley nueva. Es éste el problema que tratan de resolver las llamadas normas intertemporales, de transición, o de Derecho transitorio, desde siempre configuradas como normas de carácter formal, en cuanto no regulan ellas mismas de una manera directa la realidad, sino que son normas de colisión, normas de remisión a otras normas, indicativas de las normas que deben ser aplicables (10). Sin embargo, junto a su esencial función de resolver los conflictos de leyes en el tiempo no es infrecuente que el moderno legislador utilice las normas transitorias para regular cuestiones sustantivas (11), alterando el contenido de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior en un intento de

(9) Vid. L. M. DIEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes*, prólogo de F. RUBIO LLORENTE, 1.^a ed., 1990, pp. 171-173.

(10) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España...*, cit., p. 536; L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Instituciones...*, cit., p. 82.

(11) Señalando L. M. DIEZ-PICAZO, que estas normas transitorias no contienen ya normas de conflicto en sentido técnico, sino normas materiales que imputan directamente a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica. Lo que hace a estas disposiciones poseer naturaleza intertemporal no es ya su estructura, sino que su supuesto de hecho contempla precisamente un problema de conflicto de leyes. De ahí, que se trate de una norma con vigencia temporal limitada o ley *ad tempus*, pues por definición se refiere a un número de posibles situaciones no indefinido; y de ahí también que, al contener normas materiales, pueda suscitar a su vez nuevos conflictos con otras leyes. (*Vid., op. cit.*, p. 194).

corregir las consecuencias inicuas y las situaciones de evidente desigualdad entre los sujetos sometidos a una u otra legislación, o actualizar algunos aspectos de la anterior normativa, sin atreverse, no obstante, y en virtud de razonamientos más sociológicos o de equidad que jurídicos, a otorgar a la ley nueva una amplia retroactividad, originándose una regulación híbrida que plantea numerosos problemas de índole interpretativo y de seguridad jurídica; mereciendo destacarse, en este sentido, entre la reciente legislación civil, las disposiciones transitorias de la Ley de arrendamientos urbanos de 24 de noviembre de 1994.

No en vano nuestros grandes juristas configuraron estas normas como formales y desprovistas de facultades reguladoras sustantivas; las leyes actuales desconociendo tales consideraciones no sólo incurren en una inadecuación formal, en un incorrecto modo de legislar, al utilizar indebidamente una norma de colisión para regular cuestiones sustantivas, sino que ocasionan importantes perturbaciones de fondo en el seno del ordenamiento jurídico.

115

La necesidad de las “Leyes transitorias sustantivas”, pese a sus inconvenientes, ha sido, sin embargo, y dentro de ciertos límites, defendida por F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (12), quien señala que el sistema tradicional de “leyes de conflicto” no puede solucionar todos los problemas de Derecho transitorio y son necesarias reglas sustantivas que aseguren la transición entre dos leyes sucesivas.

La distinción entre reglas sustantivas y reglas de conflicto, estudiada principalmente por el Derecho internacional privado, aplicada al ámbito del Derecho transitorio, se determinaría por la aparición de una tercera norma, diferente a la vez de la antigua y la nueva ley; esta tercera norma estaría caracterizada por dos notas distintivas: su autonomía y su excepcionalidad (13).

(12) *Vid.*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 205.

(13) *Vid.*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, pp. 207-209.

Si es cierto que las disposiciones transitorias sustantivas son una causa de confusión en el ordenamiento jurídico, porque provocan, de la misma manera que la supervivencia de la ley antigua, la coexistencia de dos leyes concurrentes aplicables a situaciones jurídicas del mismo tipo; incluso podría decirse que la situación se agrava con la existencia de este tipo de normas por la coexistencia de tres regímenes diferentes, en lugar de dos: la ley antigua, la ley nueva y la disposición transitoria sustantiva, el legislador debe —a juicio del autor— aceptar el riesgo de inseguridad jurídica, ya que estas disposiciones son necesarias, casi indispensables, en aquellos casos en que la ley nueva no puede aplicarse a las situaciones jurídicas anteriormente creadas: p. ej. cuando la aplicación de las nuevas disposiciones está subordinada a ciertas condiciones, es frecuente que éstas no se cumplan en las situaciones jurídicas anteriores: una disposición sustantiva autónoma, dictando reglas diferentes, es aquí necesaria para ampliar el campo de actuación de la ley nueva a todas las situaciones jurídicas en curso (14).

La utilidad de tales normas se demuestra también cuando la ley nueva no puede ser bruscamente impuesta: la disposición sustantiva tendrá en este caso por finalidad una aplicación atenuada o progresiva de la nueva ley (15).

Con todo, este Derecho sustantivo sigue siendo Derecho transitorio, que se aplica de una manera subsidiaria y excepcional. Frente a la nueva legislación que se caracteriza por la permanencia y la generalidad de sus términos, la disposición de Derecho transitorio sustantiva, por contra, se aplica sólo a determinadas personas, y su término de validez está fijado desde su entrada en vigor (16).

La conexión entre el instituto derogatorio y el Derecho intertemporal es indiscutible, de modo que el conjunto de

(14) *Vid.*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 209.

(15) *Vid.*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 223.

(16) *Vid.*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, pp. 111-112.

normas que, en un determinado ordenamiento, regulan la sucesión temporal de leyes, constituye el elemento indispensable para la definición del efecto derogatorio. La derogación, aunque instituto diferenciado, no es comprensible fuera del marco del Derecho intertemporal (17). Incluso en el supuesto más elemental de que el efecto derogatorio se produzca en el momento mismo de entrada en vigor de la ley derogatoria, ello no significa por sí solo que haya un corte limpio en la regulación de la materia, de modo que comience a regir plenamente la nueva ley y pierda automáticamente eficacia normativa la antigua ley; lo más frecuente es que exista, durante un cierto período de tiempo, una parcial superposición de la antigua y la nueva ley; que exista un cierto efecto retroactivo de la nueva ley y que la ley antigua goce de algún tipo de eficacia residual o ultraactividad (18).

La escasa regulación normativa del instituto derogatorio, junto a la carencia de posiciones doctrinales o jurisprudenciales consolidadas sobre la materia origina una serie de interrogantes acrecentados por una notable proliferación de normas que han hecho un uso indebido y manifiestamente improcedente de sus disposiciones adicionales, transitorias, finales y derogatorias. Nos encontramos así con leyes cuyas disposiciones adicionales o finales modifican, o dan nueva redacción derogando los anteriores, preceptos de otras normas, en algunos casos de carácter más general que las primeras, introduciendo la consiguiente polémica sobre si la modificación de la segunda norma queda sujeta al régimen transitorio de la primera, a su ámbito de aplicación material, a su posible normativa de desarrollo o a las eventuales alteraciones o derogación de la norma que causó la modificación. Destaca en este sentido la Disposición Adicional segunda de la L.A.U., que da nueva redacción al artículo 2.5.º

(17) Vid. L. M. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 173.

(18) Vid. L. M. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 182-183.

de la Ley hipotecaria declarando inscribibles todos los arrendamientos de bienes inmuebles y los subarrendos, cesiones y subrogaciones arrendaticias. Es evidente la inidoneidad de una ley arrendaticia especial para modificar la Ley Hipotecaria, habiendo dado lugar a dudas interpretativas e incesantes debates doctrinales sobre si tal liberalización de las inscripciones arrendaticias debía entenderse solamente aplicable a los arrendamientos urbanos sometidos a la L.A.U. o a todos los arrendamientos; o si sólo podrían inscribirse –con independencia del período pactado de duración, los anticipos de renta o en convenio expreso para la inscripción– los arrendamientos celebrados después de la entrada en vigor de la L.A.U. o, por el contrario, desde esta fecha podían inscribirse todos los arrendamientos de inmuebles con independencia de la fecha de su celebración. Se plantea también la cuestión de qué ocurrirá con el artículo 2.5.º L.H. ante una futura derogación de la L.A.U. La incorrección en el modo de legislar se demuestra nuevamente en el reciente Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos, dictado en desarrollo del párrafo 2.º de la D.A. 2.ª de la L.A.U., que señala en su artículo 1.º que el R.D. será de aplicación exclusivamente a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los arrendamientos urbanos celebrados a partir del día 1 de enero de 1995, fecha de entrada en vigor de la L.A.U. Siendo evidente que el artículo 2.5.º L.H. ha quedado incondicionalmente y en todo su ámbito de aplicación modificado, son inscribibles todos los arrendamientos de inmuebles, a partir de la entrada en vigor de la L.A.U. y cualquiera que sea la fecha de celebración del contrato de arrendamiento; resulta por tanto absurdo bifurcar el régimen de las condiciones de inscribibilidad de los arrendamientos entre los sujetos a la L.A.U. de 1994 y todos los demás, de modo que los primeros estarían sometidos al R.D. de 23 de febrero de 1996 y los segundos a las reglas generales sobre las inscripciones registrales, priván-

dose a estos últimos de las ventajas que el R.D. proporciona a las inscripciones arrendaticias que regula, como la reducción del 25% de los aranceles notarial y registral. No hay ninguna razón de fondo que justifique la diversidad de tratamiento entre unos y otros arrendamientos inscribibles, ni para la desigualdad en la aplicación de los aranceles notariales y registrales, sólo se puede justificar tal absurdo tratamiento partiendo de una incorrección anterior: utilizar a la Ley de arrendamientos urbanos para modificar la Ley hipotecaria.

Tampoco parece justificado que una Ley como la L.O. 1/1996, de 15 de enero titulada "De protección jurídica del menor. De modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil", consuma su articulado en cuestiones como la regulación de los Derechos de los menores, o las actuaciones en situación de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores y utilice la poca definida vía de las disposiciones finales —en un número sin duda excesivo de veintiuna—, para cumplir su propósito de modificar el Código civil y la Ley de enjuiciamiento (19).

119

Improcedente es ya que una ley de modificación de ley ordinaria o decreto legislativo se apruebe como orgánica. De las materias regulada por la L.O. 1/1996, de 15 de enero, sólo el título primero: "De los derechos de los menores", puede considerarse materia de ley orgánica (20); el artículo 81 C.E. (21) marca taxativamente la reserva mate-

(19) La misma vía de las Disposiciones finales utiliza la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias para modificar diversos preceptos de otras normas; así, la D.F. 1.^a modifica la Ley de Arrendamientos Rústicos y la D.F. 2.^a modifica la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

(20) Señalando A. GULLÓN BALLESTEROS, que el primer bloque de preceptos de la Ley 1/1996 utiliza la forma de manifestación de un legislador constituyente con generalizaciones, ambigüedades por doquier, lenguaje abstracto e intemporal. (*Vid.*, "Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor", *L.L.*, núm. 3.970, 8 de febrero de 1996, p. 1).

(21) Incluyendo la mención que en el inciso final del párrafo primero hace a "las demás previstas en la Constitución", que también están debidamente especificadas en el articulado de la norma suprema.

rial de ley orgánica y estas materias no son susceptibles de ampliación por el poder legislativo. El legislador debió aprobar dos leyes, una orgánica para regular los derechos del menor y otra ordinaria para modificar el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil (22); en cualquier caso, es evidente que cualquier modificación futura de los preceptos reformados por esta "ley orgánica", podrá hacerse por ley ordinaria o en virtud de delegación legislativa.

La incorrección de la técnica legislativa utilizada en esta ley se manifiesta también en las constantes remisiones que en su articulado se hace a disposiciones del Código civil que después la propia ley modifica por vía de sus disposiciones finales (23). Quien, en buena lógica, comience a leer el texto legal por el articulado y reflexione sobre las remisiones normativas consultando el Código civil comprenderá al final de la lectura la inutilidad de su esfuerzo ya que la ley no se remite al articulado del Código civil, sino a sus propias disposiciones finales que modifican aquellos preceptos a los que el articulado remite. Sin duda la lógica y la corrección formal imponían modificar primero, en el artícu-

(22) De hecho, señala A. GULLÓN BALLESTEROS, que la división en dos bloques es evidente en una Ley que da la sensación de no obedecer a un mismo legislador, ya que, frente a los preceptos específicos que como novedad se quieren proclamar en nuestro ordenamiento, con una técnica sumamente defectuosa e impropia de una ley, existen otros, los de las disposiciones finales y adicionales, en los que el jurista ve afortunadamente la misma técnica legislativa de siempre; señalando después que hubiera sido mucho mejor realizar la correspondiente reforma en el articulado del Código civil. (*Vid. loc. cit.*, p. 1).

(23) Así, los artículos 18 y 19 remiten al artículo 172 C.c., que recibe nueva redacción por la D.F. 5.ª; el artículo 20 remite a la regulación de las modalidades del acogimiento contenidas en el Código civil, regulación que pasa a ser la establecida en un nuevo artículo 173 bis, introducido por la D.F. 7.ª de la ley; el artículo 24 remite a la legislación civil en materia de adopción, cuando la nueva regulación de la adopción viene establecida por las DD.FF. 9.ª a 11.ª que dan nueva regulación a los artículos 175.1, 176 y 177 C.c.; además de los núms. 2, 3 y 4 del artículo 175 C.c. y los artículos 178 a 180 del mismo texto legal en su anterior redacción por Ley de 11 de noviembre de 1987; la D.A. 1.ª se refiere al artículo 158 C.c. que pasa a ser regulado por la D.F. 4.ª; la D.A. 2.ª se refiere al artículo 9.5 C.c., que recibe nueva redacción con la D.F. 2.ª

lado, los preceptos del Código civil y remitirse posteriormente, al regular las actuaciones en situación de desprotección o las instituciones de protección de menores, a los artículos del Código civil ya previamente reformados.

La derogación de las leyes plantea otros problemas de notable interés. No existe suficiente claridad sobre el alcance de las derogaciones no expresas o por incompatibilidad; la derogación o modificación de un precepto aislado en un texto legal puede originar un problema de desregulación cuando ese precepto se refería a una institución clave en la relación jurídica regulada por la norma, base y fundamento del resto del articulado de la misma; la norma posterior que modifica o deroga ese precepto concreto puede declarar que en lo demás se regirá la relación jurídica por la regulación anterior, pero tal regulación ha quedado desprovista de sentido, pudiendo llegar a ser manifiestamente incompatible con la *ratio legis* de la nueva regulación. Los problemas interpretativos que se plantean a los jueces son de tal magnitud, que, además de una gran inseguridad jurídica, terminan por provocar la inaplicación de la disposición posterior, en una comprensible tendencia a aplicar el derecho conocido, fomentada por un modo de legislar que parece no comprender el alcance y sentido verdadero de las regulaciones anteriores que altera. Un clarísimo ejemplo de este problema lo constituyen la supresión de las prórrogas forzosas en arrendamientos urbanos y rústicos en virtud del artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/85, de 30 de abril, de Medidas de política económica para los arrendamientos urbanos, y del artículo 28 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, para los arrendamientos rústicos.

Se plantea también el interrogante de si es posible resucitar convencionalmente un régimen legal derogado, en virtud del principio de libertad de contratación consagrado en el artículo 1.255 C.c.; en este sentido, ¿podrán las partes en un contrato de arrendamiento urbano concertado

después del 9 de mayo de 1985 someterse al régimen de prórroga forzosa del artículo 57 del Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964?

Pese a su indiscutible conexión, la coordinación entre normas transitorias y derogatorias no siempre es perfecta. No se ha dado correcta respuesta al alcance de las normas derogatorias, concretamente ¿qué ocurre con las disposiciones complementarias, de aplicación o ejecución de normas derogadas?; puede ocurrir que una regulación legal excesivamente prohibitiva o rigurosa venga en la práctica atenuada por sucesivas normas complementarias que le doten de adecuación social y aplicabilidad; una ley posterior puede dar nueva regulación a la materia y disponer en sus disposiciones derogatorias la derogación de la normativa anterior incompatible, pero en sus disposiciones transitorias puede mantener la subsistencia de la norma legal anterior para regular las situaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de dicha ley; si se entiende que las normas complementarias han quedado derogadas la relación jurídica habrá cambiado de regulación aplicable, estando ahora sometida a la norma legal primitiva en todo su rigor originario. Pero puede además la nueva ley entender aplicable en todo caso, y respecto incluso de las relaciones que siguen rigiéndose por la normativa anterior, determinados preceptos, incluso introducir condicionantes nuevos a alguna de las disposiciones de la ley antigua; resultando un nuevo régimen legal que partiendo de la base de respetar el derecho preexistente para las relaciones nacidas bajo su imperio, realiza en la práctica una notable injerencia en su regulación, incluso a nivel sustantivo. Tal práctica, habitual en la reciente legislación civil, suele desencadenar en numerosos problemas interpretativos, una considerable inseguridad jurídica y el favorecimiento del arbitrio judicial frente al principio de legalidad.

Sin pretender incidir nuevamente en la casi imposible labor de desentrañar el régimen transitorio y derogatorio de

la nueva L.A.U. (24), que excedería del cometido de este estudio general sobre eficacia de las normas, sí cabe señalar a título ejemplificativo el régimen derogatorio y transitorio de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994.

La Disposición derogatoria única de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 es un buen ejemplo de este moderno tratamiento de las normas derogatorias y su conexión con las transitorias. Conforme a ella, quedan derogados, sin perjuicio de las Disposiciones transitorias, el Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, los artículos 8 y 9 del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de Política Económica, el Decreto de 11 de marzo de 1949, regulador de la fianza, y "cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta ley".

123

Nos hallamos ante una Disposición derogatoria con muchas salvedades confusa y compleja que ocasionará una enorme litigiosidad y no pocas desigualdades, en la que se ha optado por un tipo mixto de disposición expresa concreta y genérica, dada la dispersión de normas atinentes a los arrendamientos urbanos más allá del T.R. de 1964 (25).

Se deroga expresamente el T.R. de 1964, pero subsiste en los términos establecidos por las Disposiciones transitorias primera (contratos celebrados a partir del 9 de mayo de 1985, salvo el art. 57 T.R. de 1964 que se sustituye por el 9 del R.D.L. de 30 de abril de 1985), segunda (contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al

(24) Vid. el acertado esfuerzo de C. LASARTE ALVAREZ, para aclarar, sistematizar y resumir el régimen transitorio de la L.A.U., centrándose en el arrendamiento de vivienda y en la vigencia del T.R. de 1964. ("El régimen transitorio de los arrendamientos de vivienda", *Cuadernos jurídicos*, núm. 31, junio 1995, pp. 58 ss.).

(25) Vid., A. PEDREIRA ANDRADE, *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos*, dirigidos por X. O'CALLAGHAN, 1995, pp. 927 ss.; M. J. MORO ALMARAZ, *La nueva Ley de arrendamientos urbanos*, VV.AA., 1994, p. 802; M. CLEMENTE MEORO, *Comentarios a la nueva Ley de arrendamientos urbanos*, VV.AA., 1994, pp. 529 ss.

9 de mayo de 1985), tercera (contratos de arrendamiento de local de negocio, celebrados antes del 9 de mayo de 1985) (26) y cuarta (contratos de arrendamiento asimilados celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985). Del análisis de estas disposiciones resulta, sin embargo, que estos contratos no se rigen íntegramente por el T.R. de 1964, sino que su regulación resulta profundamente alterada por las transitorias.

Así, la D.T. 2.^a declara aplicable los artículos 12, 15 y 24 L.A.U. a los contratos regulados por ella (apartado 2), señalando también que dejará de ser aplicable lo dispuesto en el apartado primero del artículo 24 del T.R. de 1964, referente a la cesión inter vivos, en favor de determinadas personas (apartado 3) (27); se altera el régimen de los derechos

(26) *Vid.*, el tratamiento del régimen transitorio de los arrendamientos de locales de negocio de E. SÁNCHEZ GOYANES, *Nueva Ley de arrendamientos urbanos*, Prólogo de C. NARBONA, VV.AA., 1995, pp. 315 ss.

(27) La D.T. 1.^a declara también aplicables estos preceptos a los contratos celebrados a partir del 9 de mayo de 1985. Estimándose, en general, favorablemente la retroactividad de estos preceptos que contienen normas tuitivas de la vivienda familiar y de la ocupada por minusválidos. (*Vid.*, E. LLAMAS POMBO, *La nueva Ley de arrendamientos urbanos*, VV.AA., 1994, pp. 711 ss.; J. M. FINEZ, *Comentario a la Ley de arrendamientos urbanos*, dirigido por M. PANTALEÓN PRIETO, 1995, pp. 456 ss.); A. CARRASCO PERERA, *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos dirigidos por R. BERCOVITZ*, 1995, pp. 1021-1023; Señalando J. J. MARÍN LÓPEZ, que tan perentoria es la inaplicación del T.R. de 1964 en el caso del apartado tercero de la D.T. 2.^a, respecto del art. 24.1 T.R., que incluso se produce en un momento anterior a la propia entrada en vigor de la nueva L.A.U. (Disposición Final segunda, apartado segundo). (*Vid. Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos dirigidos por R. BERCOVITZ*, 1995, p. 1020); Para A. CARRASCO PERERA, en cambio, la supresión no parece justificada en su radicalidad y aunque se justifica la supresión en el resto de los casos, no existe una razón que avale la imposibilidad de cesión inter vivos entre cónyuges. (*Vid. op. cit.*, p. 1027; Señalando J. L. ALBACAR LÓPEZ, que la razón de anticipar la vigencia de esta norma especial es la de evitar fraudes de quienes, conociéndola desde el momento de su publicación, y sabiendo que no podrán llevar a cabo subrogaciones inter vivos, a partir del 1 de enero de 1995, se aprestan a realizarlas durante el período de *vacatio legis*. Medida que considera plausible pero escasamente eficaz, ya que la existencia de esta norma prohibitiva era anticipadamente conocida por la mayoría de los afectados, que procedió, en su día a realizar la subrogación antes de la publicación de la Ley; si bien ha de tenerse en cuenta que los ahora subrogados tan sólo tendrán acceso a una segunda subrogación, como puede comprobarse con la simple lectura del apartado 5 de la D.T. 2.^a. (*Vid.*, *Ley de arrendamientos urbanos. Comentarios a la nueva Ley y legislación vigente*, 1994, p. 201).

de adquisición preferente, negando los derechos de tanteo y retracto en los casos de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común cuando los contratos de arrendamiento hayan sido otorgados con posterioridad a la constitución de la comunidad sobre la cosa, y en los casos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado (28). Además se modifica el régimen de las subrogaciones mortis causa en una regulación que partiendo de un intento de limitar su alcance, tiene el desacierto de acoger supuestos nuevos como las referencias al hijo afectado de minusvalía igual o superior al 65%, o la desafortunada equiparación —hecha en una Disposición transitoria— entre el cónyuge y la “persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual” (29). Se regulan también, ciertos beneficios fiscales para el arrendador y un nuevo régimen de actualización de rentas en un intento de restaurar el equilibrio contractual que supone la pervivencia temporal del contrato con el otorgamiento al arrendador de una facultad especial de actualización de la renta arrendaticia.

125

Al margen de ser una regulación desmesuradamente extensa y prolija así como sumamente engañosa, pues ni contiene una verdadera actualización ni es una facultad de aplicación general e imperativa frente al arrendatario (30), no

(28) *Vid.*, A. CARRASCO PERERA, *op. cit.*, pp. 1028 ss.

(29) Señalando C. LASARTE ALVAREZ, que la mención que da entrada no sólo a las llamadas uniones de hecho o *more uxorio*, sino a cualesquiera otras relaciones de pareja, de cualquier signo que fueren, es muy desafortunada por su incorporación a una norma de Derecho transitorio; añadiendo, por el contrario, que otra consideración merecería si se hubiere incorporado al artículo 12.4 de la L.A.U., para la regulación de nueva planta de los arrendamientos de vivienda. (*Vid.*, *loc. cit.*, p. 60).

(30) *Vid.*, C. LASARTE ALVAREZ, quien señala que el precepto no contiene una actualización real de la renta, aproximándola a las rentas de mercado o a una capitalización del valor en venta de los bienes inmuebles, sino que se limita a ser una medida de recuperación de la inflación general habida conforme a los índices generales de precios al consumo. Al arrendador se le permite recuperar la inflación ofi-

puede dejar de destacarse la desacertada actuación del legislador que, pudiendo suprimir el régimen de prórrogas forzosas del T.R. de 1964, declarando la retroactividad de la L.A.U. en una norma transitoria —lo que hubiera sido perfectamente coherente con la naturaleza de estas disposiciones destinadas a regular la eficacia de las leyes en el tiempo—, mantiene, sin embargo, la regulación del T.R. de 1964 en lo referente a las prórrogas, y para compensar el notable desequilibrio contractual que tal situación produce da una regulación sustantiva de la actualización de rentas, en unas complejísimas, desmesuradas e improcedentes Disposiciones transitorias (31).

También se derogan los artículos 8 y 9 del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, pero tal derogación sólo es perfecta respecto del primero de los preceptos, pues la Disposición transitoria primera declara la subsistencia del artículo 9 para los contratos celebrados a partir del 9 de mayo de 1985.

Se deroga también el Decreto de 11 de marzo de 1949, regulador de la fianza, pero sigue subsistiendo en las Comunidades Autónomas que no hayan establecido la normativa sobre el depósito de fianzas a que se refiere la Disposición adicional tercera de la L.A.U. (32).

En lo referente a la cláusula general derogatoria, en virtud de la cual quedan también derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la L.A.U., merece destacarse el problema de la subsistencia de algunas normas complementarias de rango inferior y tras-

cial habida desde la celebración del contrato hasta el momento de aplicar las fórmulas de la denominada “actualización”, paulatinamente exigible mediante porcentajes. Pero, además, dicha “actualización” puede ser paralizada *sin iusta causa* por el arrendatario o, de otra parte, quedar excluida en atención a las circunstancias económicas personales del arrendatario (*loc. cit.*, p. 63).

(31) Parecidas observaciones pueden hacerse, en lo referente a la alteración del régimen normativo del T.R. de 1964, a las Disposiciones transitorias tercera y cuarta.

(32) *Vid.*, M. CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, p. 531.

cidental importancia para moderar el excesivo rigor del T.R. de 1964 en algunas de sus disposiciones. Así, la Disposición adicional primera de este texto legal establecía en sus dos primeros incisos que: "Hasta que el Gobierno, por considerar aumentada la disponibilidad de viviendas decreta lo contrario, ningún local destinado anteriormente a hogar familiar podrá ser dedicado en lo sucesivo, de modo principal, a otros fines. Los Ayuntamientos se abstendrán de otorgar licencias de obras para instalación de nuevos establecimientos mercantiles e industriales en edificios ya construidos, así como toda clase de permisos y autorizaciones encaminadas a la apertura de los mismos, sin que se acredite previamente, y con certificado expedido por la Fiscalía de la Vivienda correspondiente, que no se produce la transformación prohibida por esta Disposición. El mismo documento exigirán las Delegaciones de Hacienda antes de autorizar la correspondiente alta en la contribución".

127

Este precepto es reproducción de la D.A. 1.^a de la Ley de 22 de diciembre de 1956, que venía a completarse con el Decreto 10/1959, de 8 de enero conforme al cual: "la adquisición por el Estado de edificios, que habiendo sido construidos para vivienda, vayan a ser destinados a instalación de servicios o dependencias públicas, habrá de ser autorizada por orden aprobada en Consejo de Ministros, previa instrucción de un expediente en el que se acredite la necesidad o conveniencia de la instalación que se pretende por la Administración y la situación del problema de la vivienda en la localidad y la importancia de la transformación atendido el número de aquellas que resulten afectadas".

La evolución de las circunstancias que motivaron la prohibición al mejorar la dignidad de las viviendas y sobre todo por la pérdida de su eficacia desde que quedó establecido el principio de la libertad de estipulación de la renta de las viviendas, así como los cambios en la oferta y demanda de locales urbanos motivaron que el Decreto 1032/1973, de 17 de mayo dispusiera en su artículo 1.º la

derogación de la D.A. 1.^a T.R. de 1964 y en su artículo 3.º, la derogación del Decreto 10/1959, de 8 de enero (33).

Cabe plantearse si, conforme a la D.D. única de la L.A.U. de 1994, y respecto de los arrendamientos que siguen sometidos al T.R. de 1964, queda derogado este Decreto de 17 de mayo de 1973 y por tanto se mantiene con todo su rigor la prohibición de la D.A. 1.^a del T.R. de 1964; o, por el contrario, y frente a la doctrina mayoritaria que entiende que la derogación de una norma implica la de las disposiciones complementarias de inferior rango que desarrollan o complementan otra que se deroga, debe considerarse subsistente transitoriamente, mientras subsistan los contratos regulados por el texto legal derogado; siendo más razonable esta última solución, ya que, el Decreto de 17 de mayo de 1973 no puede en ningún caso considerarse contrario a la L.A.U. de 1994 (34), siendo una norma absolutamente dependiente y complementaria del T.R. de 1964; no parece presumible que la voluntad del legislador de 1994, sea, no sólo mantener la vigencia del T.R. de 1964 para los contratos de arrendamiento celebrados antes del 9 de mayo de 1985, sino hacer más riguroso y prohibitivo el régimen a que venían estando sometidos estos contratos, privándoles de aquellas disposiciones que moderaron y acomodaron a los tiempos el rigor inicial del Texto refundido.

Junto a los conflictos de leyes en el tiempo, es necesario examinar los problemas de eficacia derivados de los conflictos de leyes en el espacio, no tanto desde las perspectivas del Derecho internacional privado o del Derecho interregional, en los casos en que a una misma relación jurídica, puedan resultar aplicables normas de diferentes ordenamientos jurídicos ya sea intraestatales o de diferentes Estados, ya que

(33) Vid. J. V. FUENTES LOJO, *Suma de arrendamientos urbanos*, t. II, 1984, p. 2122.

(34) Señalando M. CLEMENTE MEORO que, como la propia fórmula pone de manifiesto, el criterio básico determinante es la incompatibilidad y contradicción entre los contenidos de la ley nueva y los de las leyes anteriores. (Vid., *op. cit.*, p. 530).

la solución a estos problemas es clara en nuestro Código civil y ha sido objeto de una preocupación doctrinal, hasta tal punto que el Derecho internacional privado constituye una rama autónoma del ordenamiento jurídico, y al Derecho interregional le son aplicables, con algunas salvedades sus disposiciones (35), sino desde la perspectiva del diseño competencial normativo establecido por la Constitución Española, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, desde la cual debe plantearse ahora el problema de la relación entre el derecho común y los derechos forales (36). En materia de legislación civil se hace especialmente difícil establecer con nitidez la competencia estatal o autonómica, dada la atormentada estructura del artículo 149.1.8.º C.E. y el ejercicio abusivo que las Comunidades Autónomas han hecho de la “conservación, modificación y desarrollo” de sus derechos forales.

Pero el problema competencial en el ámbito civil no sólo se desenvuelve dentro de nuestras fronteras, es necesario tener en cuenta el Derecho comunitario y su ámbito normativo que ha venido a zanjar algunas de las fuertes polémicas sobre competencia estatal o autonómica en determinadas materias; merece destacarse en este sentido el caso de la agricultura o el Derecho de los consumidores.

Los conflictos de leyes no sólo pueden darse en el espacio o en el tiempo, es también posible que se superpongan originando una situación realmente compleja en que existen dudas sobre si es aplicable el derecho estatal o autonómico, y también sobre la vigencia o derogación de una normativa ante un fenómeno de sucesión legislativa; resulta especial-

129

(35) Señala el artículo 16 C.c. que los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV -normas de Derecho internacional privado- con las siguientes salvedades: 1.º Será ley personal la determinada por la vecindad civil. 2.º No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público.

(36) De modo que las normas contenidas en el artículo 149.1.8.º y 149.3 C.E. han venido a sustituir a la regulación contenida en el artículo 13 C.c.

mente interesante en este punto la problemática planteada por la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias en lo referente a la determinación y regulación de las unidades mínimas de cultivo.

II. Análisis del efecto retroactivo de las normas desde una perspectiva constitucional

La fundamental cuestión del Derecho intertemporal o transitorio es la de discernir si la ley nueva ha de aplicarse incluso a las relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la ley antigua (principio de la retroactividad) o ha de respetar el estado jurídico creado con anterioridad (principio de irretroactividad de la ley) (37). Resulta muy difícil elaborar en abstracto una teoría sobre cual de los dos principios debe prevalecer; la idea de retroactividad es una idea equívoca, o cuanto menos compleja; señalando L. M. DIEZ-PICAZO (38), que constituye un “concepto jurídico indeterminado”.

No existe un concepto unívoco de retroactividad; tradicionalmente se vienen distinguiendo tres tipos o grados que puede tener (39). Existe retroactividad de grado máximo cuando la nueva ley se aplica a las situaciones extinguidas a su entrada en vigor, o en todo caso, a efectos ya consumados de situaciones nacidas bajo el imperio de la ley antigua. Se llama retroactividad de grado medio a la aplicación de la ley nueva a los efectos aún no consumados de las situaciones nacidas al amparo de la vieja ley. La retroactividad en grado mínimo sería la aplicación de esa misma ley nueva a los efectos futuros de las situaciones jurídicas nacidas con

(37) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 613.

(38) Vid. L. M. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 210.

(39) Vid., principalmente, F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil...*, cit., t. I, pp. 558-559.

anterioridad. Siendo discutible que la retroactividad en sus grados medio y mínimo sea verdadera retroactividad (40).

Para determinar cual deba ser el límite de actuación de las leyes en el tiempo se han propuesto múltiples y complicados sistemas, basados fundamentalmente en los conceptos técnicos del derecho subjetivo y del hecho jurídico.

F. DE CASTRO (41) distingue entre aquellas teorías que parten del concepto de derecho adquirido y las que parten del concepto de hecho jurídico realizado. Entre las primeras pueden distinguirse:

1.^a Teoría pura de los derechos adquiridos. Sostiene que el principio de irretroactividad significa que los derechos adquiridos deben permanecer incólumes, a pesar de que se dicten leyes que los desconozcan o regulen de otra manera. Todo el esfuerzo de la doctrina está en determinar cual sea el concepto de derecho adquirido, distinguiéndose el derecho adquirido de las facultades legales y de las simples expectativas, de modo que el primero ha de ser regulado por la ley antigua, mientras que las segundas han de regirse por la ley nueva, porque sólo el primero se puede decir que ha entrado definitivamente en el patrimonio de la persona (42).

131

2.^a Teoría de SAVIGNY, quien criticó algunos resultados de la teoría anterior y con objeto de mejorarla distingue entre: reglas concernientes a la adquisición de los derechos y disposiciones relativas a la existencia de los derechos. Las leyes nuevas referentes a la adquisición de derechos tienen como límite que no deben perjudicar en modo alguno a los derechos adquiridos; en cambio, las leyes nuevas sobre la existencia de los derechos deben, necesariamente afectar a

(40) Vid. L. M. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 210-211.

(41) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil...*, cit., t. I, pp. 552 ss.

(42) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 616.

los derechos adquiridos, pues borran o modifican las mismas instituciones del Derecho, es decir, que rigen estas instituciones sin atender a la voluntad de los titulares (43).

3.^a Teoría de DUGUIT (44). Se basa en la distinción entre situaciones legales y situaciones individuales. Las situaciones jurídicas individuales o subjetivas, producto de la voluntad individual serían intangibles para la ley nueva, mientras que las situaciones legales objetivas, derivadas inmediatamente de la ley, como creación de la ley siguen las transformaciones de las leyes (45).

132

Estas teorías de los derechos adquiridos, que han sido durante algún tiempo las más difundidas, y que parecen aceptadas por el Código civil, al señalar en su Disposición transitoria preliminar que “Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo”, son, sin embargo, objeto de numerosas críticas, ya que, al verse obligadas a salvar a ciertas situaciones de los efectos retroactivos, cubriéndolas con el título protector de derechos adquiridos, y al tener que excluir de este concepto situaciones a las que se pretendían aplicar los efectos retroactivos de la nueva ley, para impedir su ilimitada permanencia, han estirado tanto, unas veces, y han recortado tanto, otras, el concepto de derecho subjetivo que en nada se parece ya al término utilizado normalmente por la ciencia jurídica. Hasta el punto de convertirse en una mera etiqueta para rotular

(43) Pone como ejemplos la supresión de la esclavitud y la redención de los diezmos. (Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil...*, cit., t. I, p. 552).

(44) Vid. L. DUGUIT/G. JEZE, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1899, pp. 224 ss.

(45) Entre las modernas teorías de los derechos adquiridos señala también F. DE CASTRO Y BRAVO, la de BONNECASSE, que distingue entre situación jurídica abstracta o “manera de ser eventual o teórica de cada uno respecto de una ley determinada” y situación jurídica concreta por la que a una persona determinada “se le han conferido efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esta función”. (Vid. *Derecho civil...*, cit., t. I, p. 553).

todas las situaciones a las que se deseaba inmunizar de los efectos de una nueva ley (46).

Como reacción a las teorías clásicas que centraban en la consideración de los derechos la solución del problema de los conflictos de leyes en el tiempo, las teorías del hecho jurídico cumplido centran la solución en la consideración de los hechos. Lo que importa indagar, no es si un derecho ha sido adquirido, sino si un hecho ha sido cumplido (*factum praeteritum*). Estas teorías parten de que la ley nueva no puede regular los hechos ya realizados bajo la ley precedente; cada hecho jurídico debe quedar sometido y ser regulado por la ley vigente en el momento en que dicho hecho se produce o acontece (*tempus regit factum*) (47). Pero no existe unanimidad entre sus diversas formulaciones, en torno a si la nueva ley afecta o no a las consecuencias ulteriores de esos hechos realizados bajo el imperio de la ley anterior. Pero también estas tesis han sido criticadas; se ha dicho que, si las teorías de los derechos adquiridos parten de un concepto de relativa concreción que luego se ensancha hasta hacerle perder su individualidad, estas doctrinas de los "*facta praeterita*", o de las situaciones jurídicas, adolecen del defecto contrario: emplean un concepto básico de tal extensión e indeterminación (ya que todo puede ser estimado como hecho o situación) que, para que pueda ser uti-

133

(46) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil...*, cit., t. I, p. 555; J. CASTÁN TOBEÑAS, señala las siguientes críticas de la teoría de los derechos adquiridos: 1.º La dificultad de fijar el concepto de derecho adquirido y su diferencia con las simples expectativas. 2.º La razón de la irretroactividad no es proteger derechos subjetivos, sino objetivamente relaciones jurídicas y hechos ya realizados, y aunque el respeto a éstos implique casi siempre el de los derechos adquiridos por ellos, no siempre sucede esto, y de un lado son protegidos hechos jurídicos que no atribuyen derecho subjetivo (p. ej. el testamento ya hecho, antes de que se abra la sucesión), y de otro, derechos plenamente adquiridos caen por el suelo (p. ej., los feudales, la esclavitud, etc.). 3.º Al concebir esta teoría el derecho adquirido como un derecho privado patrimonial, restringe sus dominios, excluyendo de los mismos no sólo los derechos y relaciones públicos (en los cuales tiene también imperio el principio de irretroactividad), sino aun las mismas relaciones jurídicas de carácter personal. (Vid., *op. cit.*, p. 617).

(47) Vid. L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Instituciones...*, cit., t. I, p. 84.

lizado es preciso someterlo a una previa serie de cortes y recortes hasta moldear, en cada caso, un tipo especial *ad hoc* de la unidad conceptual “hecho” o “situación”. Además, se ha querido distinguir entre el hecho jurídico y sus efectos, en la creencia de poderlos someter a distinta regulación, cuando es un intento conceptualmente imposible, ya que cada hecho no es jurídicamente tal hecho más que en la medida en que produzca efectos jurídicos. Por otra parte, se olvida que el reconocimiento actual de la validez de un hecho pasado es siempre un efecto producido hoy (48).

La obra de ROUBIER (49) suele ser considerada como la más moderna, completa e importante entre las dedicadas al estudio del Derecho intertemporal. Para este autor la base fundamental de la ciencia de los conflictos de leyes en el tiempo es la distinción entre el efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley; el efecto retroactivo es la aplicación en el pasado; el inmediato, la aplicación en el presente. Si la ley pretende aplicarse a hechos cumplidos (*facta praeterita*) es retroactiva; si pretende aplicarse a situaciones en curso (*facta pendentia*), será necesario establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación, que no podrán ser alteradas sin retroactividad, y las partes posteriores (*facta futura*) en relación a las cuales, la ley nueva no tendrá más que un efecto inmediato (50). Se puede así afirmar que la ley tiene efectos retroactivos cuando afecta a hechos pasados y a efectos pasados de hechos pasados; por el contrario, la ley tiene efecto inmedia-

(48) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil...*, cit., t. I, pp. 55-556; Señala J. CASTÁN TOBEÑAS, que contra la teoría del hecho jurídico cumplido se aduce, de una parte, que esta concepción conduce a hacer sobrevivir al máximo, exageradamente, la ley antigua, y por otra, que no tiene en cuenta suficientemente que para la solución de un conflicto de leyes no importan tanto los hechos como las consecuencias jurídicas que deriven de ellos. Sin embargo, a juicio del autor, la teoría suscita, sobre todo, dificultades y dudas en su aplicación a los contratos sucesivos (o de tracto sucesivo), nacidos durante la vigencia de la ley antigua y en curso de ejecución al publicarse la ley nueva. (Vid., *op. cit.*, p. 619).

(49) Vid. P. ROUBIER, *op. cit.*

(50) Vid. P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 177.

to, pero no retroactivo, cuando afecta a efectos futuros de hechos pasados (51).

El efecto retroactivo de la norma estaría expresamente prohibido por el artículo 2 *Code* (52); por el contrario, el efecto inmediato de la ley constituiría derecho común. De modo que llega a decir este autor que “una ley nueva *debe* recibir también aplicación, incluso en las situaciones en curso, a partir del día de su entrada en vigor. Y es solamente en lo concerniente a las partes anteriores de una situación en curso, en lo que la ley nueva no podrá tener acción sin retroactividad” (53).

Pero ninguno de estos principios —el de retroactividad o el del efecto inmediato— actúa sin excepciones. El propio ROUBIER (54) señala que pueden resultar muchas dificultades de la acción de una ley en el tiempo; tal sería el caso de las situaciones jurídicas que no se realizan en un sólo momento, sino que tienen un desarrollo temporal, de tal manera que la ley nueva puede intervenir en un cierto momento de ese desarrollo: si ella afecta a partes anteriores tiene efecto retroactivo, pero si afecta a partes posteriores sólo tiene un efecto inmediato.

Para ello se parte de una distinción de gran importancia en el desarrollo de los momentos sucesivos de una situación jurídica: existe una fase dinámica, que corresponde al momento de la constitución de la situación y al momento de la extinción, y una fase estática, que corresponde al momento en el cual esta situación produce sus efectos. Así, es evidente que una ley cuyo objeto es regular las condiciones de constitución o de extinción de una situación jurídica, no puede tomar en consideración los hechos anteriores a su entrada en vigor sin ser retroactiva. Por el contrario,

(51) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 620.

(52) En virtud de este precepto: “*La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif*”.

(53) Vid. P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 179 y 181.

(54) Vid. P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 182.

cuando se trata de fijar los efectos de esta situación jurídica la definición del carácter retroactivo de la ley es más simple: todos los efectos jurídicos producidos por la situación jurídica antes de la entrada en vigor de la ley nueva forman parte del dominio de la ley antigua, y no podrán ser afectados sin retroactividad; por el contrario, la ley nueva determinará los efectos que se produzcan después de su entrada en vigor sin que exista otra cosa que un efecto inmediato (55).

Por excepción, y en razón del respeto debido al principio de autonomía de la voluntad, ROUBIER excluye el efecto inmediato de la nueva ley sobre los contratos en curso; los efectos de los contratos en curso, en caso de un cambio de legislación continúan determinados por la ley en vigor en el momento en que se han concluido. La ley del día de celebración del contrato continuará todo el desarrollo ulterior del mismo (56).

Pero aun sería necesario distinguir entre contratos de ejecución inmediata y sucesiva; respecto de estos últimos, la jurisprudencia francesa admitió, en un primer momento, que la nueva ley regulara los actos de ejecución que tuvieran lugar bajo su imperio; si bien esta tesis fue abandonada por la jurisprudencia posterior.

También se ha distinguido, a los efectos de aplicar la ley nueva a los contratos celebrados bajo la vigencia de la ley antigua, entre los efectos propiamente dichos de los contratos, es decir, las consecuencias inmediatas y necesarias, y los efectos accidentales y lejanos. Pero tal distinción es, a juicio de ROUBIER (57), imposible de precisar y no puede basarse en la consideración de que las consecuencias accidentales o lejanas de un contrato se escapan a la previsión de las partes, ya que eso no ocurre necesariamente.

(55) *Vid. P. ROUBIER, op. cit., pp. 182-183.*

(56) *Vid. P. ROUBIER, op. cit., pp. 360-361.*

(57) *Vid. P. ROUBIER, op. cit., p. 362.*

Del mismo modo, sería un error querer distinguir entre leyes imperativas, prohibitivas o de orden público, por una parte, y leyes interpretativas o supletorias, por otra; para afirmar que las primeras deberían ser aplicables desde su entrada en vigor a los contratos en curso. Así, en relación con las leyes de represión de la usura, que fijen unos intereses menores que los establecidos en un anterior contrato de préstamo, nos hallaríamos ante un supuesto de retroactividad, tanto si el contrato anterior se tacha ahora de nulidad absoluta, como relativa, rebajando el tipo de interés; no sería aquí posible aducir que estamos ante un efecto inmediato y no retroactivo: la retroactividad existe forzosamente, ya que es necesario remontarse al pasado para invalidar en todo o en parte, una cláusula, en su momento, legalmente estipulada (58).

Tampoco habría lugar, por último, a hacer una distinción entre los efectos del contrato que resultan de una disposición expresa en el mismo, y aquellos otros que se le atribuyen en defecto de cláusula expresa, para entender que la aplicación de la ley nueva a estos últimos no implica retroactividad, ya que eso implicaría exigir a las partes la reproducción en el contrato del régimen legal a que se someten, para preservarlo de posibles cambios legislativos; eso sería arruinar toda la autoridad de la ley, reducirla a una especie de formulario-modelo que las partes están obligadas a reproducir en sus disposiciones, pasando entonces sus disposiciones a estar incorporadas al contrato para que de este modo continúe bajo la dependencia de su ley inicial (59).

Para ROUBIER, en definitiva, las leyes que se aplican inmediatamente a los contratos en curso son las que establecen un "estatuto legal", al que las convenciones individuales estarán, en cierta medida, subordinadas. De modo que toda

(58) Vid. P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 363-364.

(59) Vid. P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 366.

modificación del estatuto legal llevará consigo la de los contratos por él regulados (60).

Ciertamente, en una materia tan compleja, en la que sólo por aproximación pueden llegarse a establecer conclusiones, el estudio de ROUBIER ha venido a dar luz a algunas directrices generales de la cuestión del Derecho intertemporal. Pero no deja de ser objeto de críticas; F. DE CASTRO (61) considera que, además de ser una nueva formulación de la teoría del hecho jurídico cumplido, incurre en notables contradicciones y excepciones: así, el mismo autor reconoce que lo que en otras materias puede considerarse como efecto inmediato, en materia de contratos se considera como efecto retroactivo (62) (63). Sin embargo, si justifica las contradicciones internas como natural e inevitable en un trabajo de tanta extensión y sobre tan complicada materia, no encuentra tanta justificación el que la prometida elaboración científica que ofrezca los principios a seguir por legislador y jueces quede reducida a unas consideraciones de oportunidad política; en efecto, se confiesa que la razón decisiva que lleva a la admisión del principio central de la eficacia inmediata de la ley, se basa en la conveniencia de la uniformidad jurídica, de modo que el principio de la supervivencia jurídica es de los regímenes políticos conservadores, mientras que la sociedad moderna considera la ley con potencia para reformar la costumbre, según un ideal proporcionado por la opinión pública ilustrada (64). Este reconoci-

(60) *Vid.*, P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 423.

(61) *Vid.* F. DE CASTRO Y BRAVO, "Derecho transitorio. El sistema del efecto inmediato de la ley", *A.D.C.*, núm. XIV, 1961, p. 732.

(62) *Vid.* P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 366; por el contrario, admite, sin considerar retroactividad, que los hijos naturales nacidos antes de la vigencia de la nueva ley puedan pedir que se les reconozca según ella, su filiación y derechos sucesorios.

(63) En esta misma crítica incide F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, que considera además el criterio del "estatuto legal" propuesto por ROUBIER, de enorme imprecisión. (*Vid.*, *op. cit.*, pp. 35 ss.).

(64) *Vid.* P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 345.

miento supone reconocer la carencia de base de todo sistema de principios abstractos y generales (65).

Se ha dicho que esta teoría no acaba de resolver con precisión el problema de los conflictos de leyes en el tiempo, ya que ninguno de los dos principios que entran en juego rigen sin excepciones, y hay que examinar si las situaciones que se presentan entran o no en el cuadro de tales excepciones (66); por otra parte, se le reprocha también, que al sustituir la contraposición retroactividad e irretroactividad, por la de efecto inmediato y retroactividad, no hay más que trasladar la dificultad a la fijación de ese efecto inmediato.

Una versión más moderna de la tesis de ROUBIER, es sostenida en nuestro país por GARCÍA VALDECASAS (67), que incide en la distinción entre efecto inmediato y efecto retroactivo, admitiendo el primero y negando al segundo, pero que no resulta tan tajante en algunos aspectos, señalando p. ej. que la ley que para impedir la usura reduce el interés de los préstamos se aplicaría no sólo a los préstamos futuros, sino también a los existentes, reduciendo los intereses que venzan después de la promulgación, pero no los vencidos antes; en semejante caso no habría verdadera retroactividad, porque las situaciones jurídicas no se configurarían como si la ley hubiera estado vigente antes de su promulgación: que la ley nueva se apodere de las situaciones existentes en el momento de su promulgación y pase directamente a regularlas, debe ser considerado como efecto normal de la ley, llegando a afirmar que: “confundir esta eficacia inmediata de la ley con su retroactividad es un error al que debe imputarse, en gran parte, el confusionismo que reina en la materia” (68).

139

(65) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, “Derecho transitorio...”, *loc. cit.*, p. 732.

(66) Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 620.

(67) Vid. G. GARCÍA VALDECASAS, “Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes”, *A.D.C.*, núm. XIX-I, 1966, pp. 45-53.

(68) Vid. G. GARCÍA VALDECASAS, *loc. cit.*, p. 49.

Después de afirmar que las obligaciones nacidas de los contratos se regirán exclusivamente por la ley vigente cuando éstos se celebraron, señala que la regla expresada no tiene una validez incondicional, pues a menudo existen razones para que el legislador ordene la aplicación de la ley nueva a las relaciones contractuales existentes. Tal sería, p. ej., el caso de la legislación especial de arrendamientos rústicos y urbanos, que se aplicó inmediatamente a los arrendamientos existentes en el momento de su promulgación (69).

Posiblemente la mejor de las reformulaciones de la teoría de ROUBIER, y la que hace una aplicación más coherente de sus principios es la obra de DEKEUWER-DEFOSSEZ, que partiendo de la distinción entre efecto inmediato y retroactivo, no comparte la falta de aplicación del efecto inmediato de la ley nueva a las relaciones contractuales.

140

Si bien la especificidad de las reglas transitorias aplicables a los contratos es unánimemente admitida por doctrina y jurisprudencia, de modo que, en principio, la ley vigente en el momento de la conclusión de un contrato es la única competente para regir la vida del mismo hasta su extinción; este régimen contrasta con el efecto inmediato automático y generalizado de la ley nueva en otros dominios y esta oposición debe, a juicio de la autora, ser reconsiderada a la luz de las nuevas disposiciones legales, que reflejan un movimiento tendente a unificar las reglas aplicables a las situaciones jurídicas de cualquier naturaleza (70). De las recientes disposiciones transitorias resulta que la ley antigua sobrevive cada vez menos frecuentemente para regir los contratos concluidos bajo su imperio (71).

(69) *Vid.* G. GARCÍA VALDECASAS, *loc. cit.*, pp. 52-53.

(70) *Vid.*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 23.

(71) F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, critica también la teoría del orden público para defender la supervivencia de la ley antigua en los contratos, al señalar que la mayoría de las leyes modernas relativas a contratos son de orden público; por otra parte, el estudio de las disposiciones transitorias muestra no sólo que ciertas leyes de orden

El fundamento de la supervivencia de la ley antigua era, principalmente, que siendo el contrato un acto de previsión equilibrada de los contratantes en función de la legislación aplicable en el momento de su conclusión, el legislador no puede intervenir para modificar estas voluntades y desequilibrar el contrato, lo que atentaría contra la seguridad jurídica (72). Para quienes defendían estas clásicas teorías, el contrato es un bloque de cláusulas indivisibles, en el cual todos los efectos futuros se localizan en el momento de su conclusión, de modo que sería imposible que una ley nueva viniera a modificar esos efectos sin ser retroactiva. Pero ese razonamiento descansa sobre una ficción, porque los efectos concretos de los contratos no pueden ser siempre localizados en la fecha de su conclusión: cuando se promulga una ley nueva es necesario, como en otros ámbitos jurídicos, distinguir entre los efectos pasados y futuros de los contratos anteriormente concluidos (73). Tampoco es razonable acudir a los intereses de los contratantes para defender la supervivencia de la ley antigua; ya que, por una parte los contratantes, o al menos uno de ellos, tienen frecuentemente interés en que la nueva ley se aplique a su contrato, y por otra, no es siempre cierto que el contrato haya sido querido en todos sus aspectos por las dos partes; cuestión que se pone especialmente de manifiesto en las modernas formas de contratación, en los contratos tipo o contratos de adhesión (74).

Sin embargo, si se ha abandonado el principio de supervivencia nos enfrentamos a otro problema: es necesario

público no son de efecto inmediato, sino también que muchas leyes dispositivas se aplican a los contratos anteriormente concluidos. Y no considera razonable, para explicar la falta de efecto inmediato en ciertas leyes de orden público, la distinción entre leyes de orden público "simple" y "reforzado", ya que la noción de orden público es suficientemente variable y diversa para poder admitir esta dualidad. (*Vid., op. cit.*, pp. 29 ss.).

(72) *Vid.*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 39.

(73) *Vid.*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 41.

(74) *Vid.*, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, pp. 44-46.

determinar con precisión a qué elementos del contrato se aplica la ley nueva y distinguir entre el efecto inmediato y la retroactividad de éstos, lo cual no es fácil de resolver (75).

Por otra parte, la adopción de la nueva ley al contrato nacido bajo la legislación anterior no plantea muchos problemas cuando las partes se han limitado a acoger el régimen legal imperativo o supletorio anterior: sólo habrá que sustituir el régimen legal; pero es muy difícil que la nueva ley pueda prever las cláusulas insertadas en el contrato por las partes. Se plantea entonces, un problema de adaptación de los contratos a las nuevas leyes que se aplican directamente a ellos, en cuya resolución juega un papel esencial la voluntad de las partes para adaptar efectivamente el contrato a la nueva legislación (76). De modo que se observa un creciente papel de la voluntad privada en el Derecho transitorio que no se manifiesta tanto en la simple elección de una u otra legislación aplicable, sino en la adaptación de la situación antigua a la nueva ley (77).

DEKEUWER-DEFOSSEZ, concluye afirmando que la combinación de la no retroactividad y el efecto inmediato de la ley nueva, deberían normalmente permitir satisfacer los problemas de Derecho transitorio, ya que el efecto inmediato asegura una rápida aplicación de la ley nueva que es, en principio, considerada como mejor que la antigua, permitiendo también conducir a la unidad la legislación aplicable en un momento dado, en un país determinada, a situaciones jurídicas de una misma especie, constituyendo esta unidad de legislación un factor de igualdad entre los ciudadanos y de seguridad jurídica; mientras que el principio de no retroactividad permite preservar la estabilidad jurídica y respeta los hechos pasados y definitivamente cumplidos. Sin embargo, la

(75) Vid., F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 27.

(76) Vid., F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, pp. 71-72.

(77) Vid., F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, pp. 146-147.

complejidad de las situaciones jurídicas concretas es tal que esos principios no son suficientes para resolver de manera adecuada todos los problemas de Derecho transitorio impuestos por la práctica. Para ello debe acudir a las normas retroactivas que amplían el dominio de aplicación de la ley nueva y a las disposiciones transitorias sustantivas (78).

Lo cierto es que, si se han destruido certeramente todos los esfuerzos doctrinales en elaborar una teoría abstracta de la retroactividad, con principios universalmente válidos, no se ha construido una teoría alternativa; acaso no sea posible construirla y sea, en definitiva, cierta la afirmación de ROUBIER al señalar que, en última instancia, depende de criterios de oportunidad y política legislativa (79). De modo que ninguna teoría permite resolver con carácter general el problema de la transición. En rigor, es una facultad del legislador el determinar la retroactividad o irretroactividad de la ley que dicta y su poder, en este sentido, no encuentra otros límites generales de validez y legitimidad que los de su poder como legislador. Que en ocasiones la aplicación retroactiva de una ley puede ser injusta es algo que no ofrece duda, pero igualmente injusto puede ser el mandato concebido sólo para en adelante (80).

143

(78) Vid. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, pp. 159-160.

(79) Del mismo modo, para F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, el único fundamento de la supervivencia de la ley antigua es un juicio de oportunidad. (*Vid. op. cit.*, p. 42); señalando M. BATLLE VÁZQUEZ, que la retroactividad se ha de contemplar, no desde un punto de vista teórico y técnico son soluciones *a priori*, sino desde un punto de vista de política legislativa, pues hay que tener en cuenta que la ley no es una resultante de la realidad, sino una determinante que obliga a considerar lo que se quiere conservar de lo pasado, lo que se quiere detener y lo que se quiere borrar para que la evolución y necesaria transformación jurídica se cumpla. (*Vid. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, t. I, arts. 1 a 41, 1978).

(80) Vid. L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Instituciones...*, cit., t. I, p. 85; En parecidos términos, señala L. M. DIEZ-PICAZO, que mientras los partidarios del efecto inmediato ponen de manifiesto la confusión de regulaciones sobre una misma materia a que conduciría la ultraactividad, los defensores de esta última subrayan la desconfianza en el carácter protector del Derecho que provocaría el efecto inmediato. La única vía de escape ante tal callejón sin salida sería la afirmación de la casuística:

Resulta así, que el devenir del Derecho transitorio es imprevisible, porque depende de factores complejos y contradictorios; sujeto a eternas fluctuaciones, el Derecho transitorio será siempre provisional; pero, como señala DEKEUWER-DEFOSSEZ, acaso la precariedad esté convirtiéndose en nota característica de toda la legislación contemporánea (81).

El artículo 2.3 C.c. establece que: "Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario", pero esta regla tiene alcance meramente interpretativo, no se dirige al legislador, sino al juez, dándole a entender que en caso de duda debe decidirse por la no retroacción de la ley, y en los casos en que la ley disponga que se aplique retroactivamente, ha de hacerlo el juez muy prudentemente y con sentido restrictivo (82).

El artículo 2.3 C.c. no dice por tanto, nada más que lo que dice: esto es, que, a menos que establezcan otra cosa, las leyes no poseen efecto retroactivo. Ello significa que para que haya retroactividad es de todo punto imprescindible una norma de conflicto particular que así lo disponga, ya que, de lo contrario, operará la norma de conflicto general consistente en la no retroactividad. El artículo 2.3 C.c. vendría así a establecer una presunción, *iuris tantum* y de rango subconstitucional, de irretroactividad (83). De modo que la retroactividad deberá imponerse de forma expresa en la nueva ley; no obstante se han considerado supuestos de retroactividad tácita, todos aquellos en que la ley

sólo podrá darse una solución correcta si se atiende a las características de cada ley en concreto, esto es, su objeto y alcance, el sector del ordenamiento a que pertenece y, sobre todo, su finalidad. Sin embargo ese camino no puede satisfacer al jurista, porque implica "echarse en los brazos de la desnuda experiencia —con todo lo que ello suponer de caprichosa apreciación—, renunciar simultáneamente a hallar un principio rector y —lo que es aún más grave— admitir que no existe una *eficacia normal* de las leyes, de suerte que todo depende en definitiva de las indicaciones de cada intérprete". (*Vid.*, *op. cit.*, pp. 208-209).

(81) *Vid.* F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 137.

(82) *Vid.* J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 621.

(83) *Vid.* L. M. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 204.

impone el efecto retroactivo porque así lo requiere su sentido, carácter y fin. Serían supuestos típicos de retroactividad tácita (84):

1.º Las disposiciones interpretativas, que se consideran vigentes desde la misma fecha que la ley interpretada por ella (85).

2.º Las disposiciones complementarias o ejecutivas, estimadas como mero desarrollo de la ley principal.

3.º Las leyes y disposiciones de estricto carácter procesal, que como adjetivas y ordenadoras del proceso, se aplican normalmente a los procedimientos en curso.

4.º Las disposiciones que condenen, como incompatibles a sus fines morales y sociales, las situaciones anteriormente constituidas. Se supone este significado en las disposiciones prohibitivas, derogatorias, urgentes y persecutorias de anteriores fraudes.

5.º Las disposiciones que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme, en cuanto sólo concediéndoles efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta.

Los únicos límites que pueden imponerse al legislador en su facultad de declarar la retroactividad de las leyes vienen impuestos por la Constitución que en su artículo 9.3 dispone que: “La Constitución garantiza [...] la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales [...]”; sólo desde esta perspectiva

(84) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil...*, cit., t. I, pp. 562-563.

(85) Vid. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, pp. 163 ss.; la autora añade también como ejemplo de retroactividad, las leyes de convalidación de actos declarados nulos con arreglo a leyes anteriores. (Vid., *op. cit.*, pp. 172 ss.).

constitucional puede examinarse hoy el principal problema planteado por el Derecho transitorio. En este sentido es necesario subrayar que la Constitución no garantiza un principio de irretroactividad absoluta o total; garantiza, antes bien, un principio de irretroactividad relativa o parcial (86).

La determinación del alcance de los supuestos mencionados en el artículo 9.3 C.E., en los que la retroactividad viene vedada por la Constitución puede plantear algún problema. No plantea grandes dificultades la comprensión del primero de ellos, ya que es pacífico que hace referencia tan sólo a las disposiciones sancionadoras, no favorables o *in peius*, quedando excluidas de la prohibición, las disposiciones favorables, respecto de las cuales la S.T.C. de 7 de mayo de 1981 entendió, sobre la base de una interpretación teleológica, que deben tener, leído el artículo 9.3 *sensu contrario*, efecto retroactivo. Resulta generalmente admitido, también, que la prohibición de retroactividad *in peius* ha de predicarse también de las sanciones administrativas, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que otorga a este Derecho sancionador idénticas garantías constitucional que al Derecho penal en sentido estricto (87).

Menos clara resulta la dicción literal del otro supuesto de prohibición constitucional de retroactividad de las leyes: las que sean “restrictivas de derechos individuales”. ¿Qué ha de entenderse por *derechos individuales*? Esta expresión del artículo 9.3 C.E. es desafortunada y problemática porque, si por derecho individual se entiende el que corresponde a un individuo, todo derecho subjetivo será por definición un derecho individual y estará cubierto por la garantía constitucional de la irretroactividad *in peius*. Esta interpretación

(86) En este sentido se ha manifestado la S.T.C. de 20 de julio de 1981, al establecer que: “el ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado”, por lo que, fuera de los casos del artículo 9.3 C.E. “nada impide constitucionalmente que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno”.

(87) Vid. L. M. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 188-189.

literal conduce, sin embargo, a una extensión desmesurada de la prohibición de retroactividad, que significaría en la práctica una prohibición absoluta de retroactividad, lo que atentaría frontalmente contra el carácter dinámico de todo ordenamiento democrático (88). Por ello se ha intentado buscar una interpretación más acorde con la naturaleza abierta de la Constitución, de modo que la prohibición del artículo 9.3 C.E. afectaría tan sólo a los derechos fundamentales. Pero de nuevo podemos plantearnos si son derechos fundamentales todos los recogidos en el Título Primero de la Constitución o únicamente los que gozan de especial protección por vía de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La solución a esta duda pasa por una clarificación del concepto constitucional de derechos fundamentales (89).

De lo que no cabe ninguna duda es que en ciertos supuestos recientemente tenidos en cuenta por el legislador civil, no existía ningún límite para la retroactividad perfecta de la nueva ley; nos referimos a la patológica cuestión de la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos sujetos al Texto Refundido de 1964, que el legislador de 1994 pudo dejar definitivamente zanjada y no resolvió satisfactoriamente (90).

147

(88) Vid. L. M. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 190.

(89) En opinión de L. M. DIEZ-PICAZO, la tesis según la cual sólo estarían bajo la protección del artículo 9.3 C.E. los derechos amparables —aunque sugestiva desde la defensa de la idea de Constitución abierta— resulta difícil de admitir, al menos en términos absolutos; y ello, no sólo porque tan definitorio concepto constitucional de derechos fundamentales puede ser el recurso de amparo (art. 53.2 C.E.), como la reserva de ley con garantía del contenido esencial (art. 53.1 C.E.), sino sobre todo porque la conciencia jurídica se resiste a admitir que sea constitucionalmente legítima la retroactividad *in peius* con respecto a ciertos derechos reconocidos en la Constitución, y señala el ejemplo de una ley que limitara con efecto retroactivo los derechos laborales colectivos (art. 37 C.c.) de una determinada categoría de trabajadores. (Vid., *op. cit.*, p. 191).

(90) Tampoco la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, que suprime las prórrogas forzosas en los arrendamientos sometidos a la L.A.R. de 1980, tiene efectos retroactivos: señalando su artículo 28: “Los contratos de arrendamientos rústicos a los que se refiere la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, que se celebren a partir de la entrada en vigor de la presente Ley [...]”.

El artículo 9.3 C.E. puede plantear ciertos debates entre los constitucionalistas, que pasan por una concepción unívoca del concepto “derechos fundamentales”, pero no presenta viabilidad alguna pretender fundamentar en este precepto constitucional la sanción de irretroactividad de una Ley de arrendamientos urbanos que suprimiera la prórroga forzosa.

Es evidente que la finalidad última de un contrato no es crear derechos subjetivos para ninguna de las partes contratantes, sino establecer un justo equilibrio de prestaciones y contraprestaciones entre particulares; equilibrio que se había roto con la legislación protectora del arrendatario y que la nueva ley estaba obligada a restablecer. La noción de “restricción de derechos” no puede, en definitiva, ser utilizada nunca en el ámbito de los derechos y obligaciones contractuales, pues si una ley ha creado una posición de privilegio para una de las partes, lo ha hecho en detrimento de la otra y la nueva ley supondrá una reformatio *in peius* para la primera y una reformatio *in melius* para la segunda.

Resulta esencial, a estos efectos, la distinción entre legislación general, especial y excepcional (91); en este sentido, si es perfectamente lógico que una ley de carácter excepcional se aplique con retroactividad (92), lo es también que desaparecidas las circunstancias que justificaban tal excepcional regulación, y dictada una nueva ley de carácter no excepcional que regule la materia, ésta se aplique también con carácter retroactivo, impidiendo el mantenimiento en el

(91) Vid. J. L. LACRUZ BERDEJO, *Nociones de Derecho civil patrimonial e introducción al Derecho*, 6.^a ed. revisada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVERRÍA, 1992, p. 39.

(92) La Disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 disponía en su número primero: “Sin otras excepciones que las que resulten de sus propios preceptos lo dispuesto en esta Ley será de aplicación no sólo a los contratos que se celebren a partir de su vigencia, sino también a los que en dicho momento se hallaren en vigor”. Y la Disposición transitoria primera de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, dispone: “Quedan sujetos a esta Ley los contratos de arrendamiento o aparición sobre fincas rústicas, cualquiera que sea la fecha de su celebración, con las salvedades que establecen las siguientes reglas [...]”.

tiempo de regulaciones que carecen de justificación desaparecidas las circunstancias que las motivaron (93).

Se ha planteado también la posible existencia de límites constitucionales tácitos a la retroactividad de las leyes, concretamente, el principio de seguridad jurídica también consagrado en el artículo 9.3 C.E. Es indiscutible que, desde un punto de vista político o axiológico, es perfectamente legítimo defender la inconveniencia de que las leyes posean efecto retroactivo y afirmar que la retroactividad provoca inseguridad jurídica, ya que la seguridad jurídica significa también que no van a cambiar las normas, o, al menos, que ese cambio no va a afectar a las situaciones creadas con anterioridad (94). Pero este razonamiento se mueve en la esfera de lo justo e injusto, en la del Derecho deseable y no en la del Derecho válido. Para este último no hay otra seguridad jurídica que la referida a normas existentes, la que otorga, en cada momento, el derecho positivo. Otra cosa sería pretender la existencia de un supra-Derecho diferente a la Constitución que vinculara al legislador ordinario (95).

149

(93) Son de una validez indiscutible, en este sentido, las palabras de R. M. ROCA SASTRE, en la sexta edición de su *Derecho Hipotecario*: “[...] la legislación especial de arrendamientos urbanos no constituye Derecho positivo normal, sino excepcional, inspirado por el afán de proteger en grado máximo posible al arrendatario, debido a la circunstancia, bastante duradera de la escasez de viviendas en los núcleos urbanos importantes. Es inútil pretender encuadrar los arrendamientos sujetos a dichas leyes especiales dentro de los cánones del Derecho civil común y específicamente a los principios básicos de la contratación. Tanto es así, que estos arrendamientos más bien constituyen una figura jurídica nueva, regulada en una especial ordenanza de necesidad, que una vez normalizado el problema de la vivienda desaparecerá para volver al tipo normal arrendaticio del Código civil [...]”. (*Vid., Derecho hipotecario*, t. IV, vol. 2.º, 6.ª ed., 1968, p. 1088). No puede, por el contrario, considerarse legislación excepcional, la nueva Ley de arrendamientos urbanos de 24 de noviembre de 1994.

(94) *Vid.* J. L. LACRUZ BERDEJO, *Nociones...*, cit., p. 60.

(95) *Vid.* L. M. DIEZ-PICAZO, quien añade que frente al legislador no cabe esgrimir más derechos adquiridos que los de rango supralegal, es decir, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Ello significa que, sobre la base de la garantía de seguridad jurídica del artículo 9.3 C.E. no es lícito recortar la libertad de configuración del ordenamiento que constitucionalmente corresponde al legislador. Este puede modificar las leyes como lo estime conveniente, dejando sin firmeza *causae finitae*, sin que ello implique por sí solo una vulneración de la seguridad jurídica;

Constituyendo la Constitución el único límite del legislador al determinar el alcance retroactivo de las normas, debe tenerse en cuenta, no obstante, que el legislador no puede actuar irracionalmente y con absoluta arbitrariedad a la hora de elaborar las disposiciones transitorias de las normas que produce. Si es cierto que la declaración de retroactividad va a depender en muchos casos de motivos de oportunidad política, que inclinarán al legislador por una solución en cada caso, no es menos cierto que debemos reivindicar la existencia de unas normas de Derecho intertemporal general que establecen unos criterios y orientaciones generalizables que deberían servir al poder legislativo para orientar sus actuaciones concretas en el ámbito del Derecho transitorio, constituyendo además, derecho supletorio en ausencia de disposición expresa; nos referimos a las Disposiciones transitorias de carácter general contenidas en el Código civil, concretamente las Disposiciones primera a cuarta y la decimotercera que establece el procedimiento analógico en esta materia al señalar que: “Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento” (96).

El moderno legislador parece, en embargo, haber renunciado a seguir el razonable criterio de las transitorias del Código civil; la cuestión se manifiesta especialmente en lo relativo a las normas procedimentales. La Exposición de Motivos del Código civil señala: “Pero si es justo respetar

y señala el socorrido ejemplo de la Ley de abolición de la esclavitud, o el caso de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 que declara de dominio público todas las aguas continentales (art. 2), declaración que no se detiene ante antiguos títulos judiciales de propiedad, como lo prueba el hecho de que las disposiciones transitorias de la propia Ley de Aguas establecen ciertos procedimientos para su conversión en derechos administrativos de aprovechamiento. (*Op. cit.*, pp. 197-199).

(96) Señala F. DE CASTRO Y BRAVO, que las Disposiciones transitorias del Código civil, lejos de haber perdido todo su interés, excepto el histórico, tienen un interés general respecto de toda clase de nuevas leyes carentes de propios preceptos y contienen indicaciones orientadoras sobre la eficacia retroactiva de las normas, sirviendo de criterio para interpretar el artículo 2.3 C.c. (*Vid., Derecho civil...*, cit., t. I, p. 563).

los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no hayan sido ejercitados, ninguna consideración de justicia exige que su ejercicio posterior, su duración y los procedimientos para hacerlos valer, se eximan de los preceptos del Código. Todas estas disposiciones tienen carácter adjetivo, y sabido es que las leyes de esta especie pueden tener efecto retroactivo. Así pues, según la regla 4.^a los derechos adquiridos y no ejercitados todavía cuando el Código empezó a regir, deberán hacerse valer por los procedimientos en el mismo establecidos, y sólo cuando éstos se hallen pendientes en dicha época, podrán optar los interesados por ellos o por los nuevos”.

En coherencia con tal declaración de principios, la Disposición transitoria cuarta establece dos reglas básicas:

1.^a Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código se sujetarán, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a los dispuestos en el Código.

151

2.^a Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros.

Esta regulación obedece a unas consideraciones lógicas que han sido resaltadas generalizadamente por toda la doctrina civilista (97). La jurisprudencia ha mantenido en este punto una posición oscilante: en un primer momento se decantó decididamente por la retroactividad de las normas procesales por suponer una mayor protección de los dere-

(97) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil...*, cit., t. I, pp. 579-580; L. DIEZ-PICAZO, *Instituciones...*, cit., t. I, p. 92; F. REGLERO CAMPOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA, t. XXV, vol. 2.º, artículos 1.961 al final del Código civil, 1994, pp. 714 ss.

chos en litigio; se manifiestan en este sentido las *SS.T.S. de 14 de diciembre de 1923, 29 de diciembre de 1924 y 25 de mayo de 1925*. Con posterioridad el Tribunal Supremo opta por la tesis contraria; la *S.T.S. de 24 de octubre de 1988*, que recogiendo la doctrina de la *S.T.S. de 8 de abril de 1983*, declara que existe “una reiterada doctrina, mantenida por este Tribunal Supremo [...] al proclamar que si bien en tiempos pasados se llegó a sostener que las Leyes de competencia y de procedimiento son de interés público y tienen efecto retroactivo, después se corrigió este criterio al aplicar a las normas procesales el principio de irretroactividad; y en concreto en cuanto a los procesos pendientes es doctrina mayoritaria que sigan sometidos a la Ley en vigor cuando se iniciaron, incluidos los recursos, a menos que las partes hicieren uso de la facultad que les concede la disposición transitoria 4.^a del Código civil [...]”. Sin embargo, más recientemente, la *S.T.S. de 16 de abril de 1991* vuelve a inclinarse por la jurisprudencia antigua y por la solución de la D.T. 4.^a C.c.

Si existen dudas o posiciones discrepantes sobre si las leyes procesales deben o no tener carácter retroactivo (98), no ocurre lo mismo en relación con los procesos pendientes, respecto de los cuales parece lógico optar por el criterio establecido en la D.T. 4.^a C.c., permitiendo a los interesados optar por las antiguas o las nuevas normas procedimentales.

No resulta entonces justificado que la D.T. 6.^a L.A.U. establezca en su número primero que la regulación del Título quinto de la Ley, referente a los procesos arrendaticios, será aplicable a los litigios relativos a los contratos de arrendamiento de finca urbana que subsistan a la fecha de entrada en vigor de la ley. Estableciéndose en el número segundo de la misma Disposición transitoria como excepción lo establecido respecto al valor de la demanda y a la con-

(98) *Vid.*, en favor de la irretroactividad de las normas procesales la opinión de P. ROUBIER, *op. cit.*, pp. 542-545.

formidad de las sentencias, que será inmediatamente aplicable a los recursos de casación en los litigios sobre contratos de arrendamientos de local de negocio en los que la sentencia de la Audiencia Provincial se haya dictado después de la entrada en vigor de la ley.

En sentido opuesto, pero también obviando la voluntad de las partes interesadas, señala la Disposición transitoria única de la L.O. 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor que: "Los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior".

III. La posibilidad de resucitar convencionalmente un régimen legal derogado

Normalmente se enfoca la cuestión del valor de la ley derogada sólo desde la perspectiva de la ultraactividad de la misma, de su supervivencia provisional por el respeto que el principio de irretroactividad impone en favor de los derechos adquiridos, hechos y actos realizados conforme a la ley vigente en aquel momento.

153

Con la derogación pierde la ley su fuerza creadora y organizadora y sólo pervive en los restos de su pasado, que conservan las leyes transitorias. Los Tribunales han de continuar aplicando los preceptos de la antigua ley, pero no en virtud de su carácter de ley, sino sólo por el mandato de las reglas transitorias. Consecuencia de este valor secundario a que queda reducida la ley derogada, respecto de ella no rige el principio "*iura novit curia*". Si en un proceso las partes no alegan el antiguo Derecho, los Tribunales pueden aplicar el Derecho vigente; los interesados pueden renunciar válidamente, de modo expreso o tácito, a los beneficios de la antigua legislación y acogerse a la nueva (99).

(99) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil...*, cit., t. I, pp. 584-585.

Menos frecuente ha sido el análisis desde otra perspectiva; es decir, la posibilidad de someterse voluntariamente a un régimen legal derogado. El caso se plantea en relación con aquellas relaciones contractuales en las cuales las partes contratantes manifestaran su voluntad en el contrato de no someterse al régimen legal dispositivo vigente, sino a un régimen legal derogado.

En opinión de ATIAS (100), el contrato puede acoger la ley en sus cláusulas, de esta manera las estipulaciones convencionales reciben expresamente las disposiciones legales para dar al acto privado una apariencia más solemne, más rigurosa, más oficial; a la vez que para afirmar mejor los derechos y obligaciones de las partes. De esta manera el contrato adquiere una cierta imparcialidad por encima de la negociación singular, suponiendo una cierta garantía de validez.

154

La inserción expresa de una disposición legal en una estipulación contractual puede ser portadora de seguridad jurídica; de esta manera la estabilidad del contrato estaría garantizada frente a la fragilidad de leyes y reglamentos; la solución legal que las partes estiman esencial, decisiva, estará protegida de las eventuales reformas: los contratantes elegirán la ley del contrato y su elección valdrá para todo el tiempo de ejecución.

Tal posibilidad puede incluso contemplarse respecto de leyes o disposiciones reglamentarias derogadas o modificadas, recibida en el contrato por voluntad de las partes la ley adquiere vigor convirtiéndose en ley del contrato.

Cuando la letra de un contrato acoge una ley, las partes manifiestan una intención; el equilibrio definido por su negociación debe, en principio, ser respetado por los cambios legislativos o reglamentarios, todo ello al amparo de la libertad contractual (101).

(100) Vid. C. ATIAS, *Note sous Civ. 1.^{re}, 9 avr. 1991*, D. 1993, núm. 10, pp. 124-126.

(101) Así, C. ATIAS estima que en el caso de la sentencia que comenta debería haberse respetado la voluntad de las partes sometiéndose a una disposición dero-

Pero tal facultad tiene límites; no en todo caso se puede aplicar voluntariamente una norma derogada, cuando esa norma es excepcional y de orden público. La jurisprudencia francesa lo ha confirmado en materia de arrendamientos (102).

Esta concepción es perfectamente aplicable al Derecho español: el artículo 1.255 C.c. establece como límite a la facultad de las partes contratantes de introducir en los contratos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, que éstos no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público; éstas son, por consiguiente, las limitaciones que tienen las partes a la hora de introducir en las cláusulas de un contrato, una normativa que ya no tiene vigencia.

No faltan opiniones contrarias a la posibilidad de que una ley derogada pueda ser invocada como normativa de un contrato por voluntad declarada de los que celebren éste; ya que la autonomía de la voluntad en este caso se contrapone al principio de orden público, pues de orden público es

155

gada. En el supuesto una sociedad contratada para las obras de dos estaciones de metro subcontrata con otra los trabajos de impermeabilización; la subcontratante estaba asegurada con una compañía con una póliza que se sometía de la ley de 14 de enero de 1978 cuya póliza definía de forma restrictiva los trabajos de construcción; considerando como tales sólo las construcciones elevadas sobre el suelo, lo que excluía las obras de una estación subterránea de metro. Tal ley había sido derogada por los artículos 1.134 C.civ. y L. 241-1 C.assur. Se pretendía excluir la responsabilidad de la aseguradora entendiendo que la referencia que la póliza hacía a esos artículos derogados le daba, entre las partes, un valor contractual, que daba lugar a la aplicación de esas disposiciones. Pero tal argumentación no se admitió y la sentencia fue casada. (*Vid., loc. cit.*, p. 124).

(102) *Com. 20 janv. 1966*; Señalando R. GARRÓN en el comentario a esa sentencia, que, si en principio el carácter de un arrendamiento resulta del destino previsto por las partes, éstas no pueden calificar arbitrariamente ese destino si otra cosa se infiere de éste, ya que junto al destino convencional hay un destino natural, ni referirse a otra legislación que la impuesta por la ley. *Vid., D. 1966. p. 484; Com. París, 16.^a ch. A, 7 mars 1989*, "Las partes son libres de someterse, para la duración del arrendamiento a las disposiciones legales que estimen oportunas", pero "su acuerdo no puede tener por efecto volver aplicable a una de ellas un estatuto determinado que exige condiciones que no se cumplen". El orden público tiene una importancia negativa a la vez que positiva. *Vid., D. 1989, I.R., p. 110.*

la derogación de las leyes que no podrán invocarse en lo sucesivo a situaciones nuevamente surgidas. Sí sería admisible que, sin invocar una ley derogada como tal y siempre que no contradiga el espíritu o prohibición expresa vigente, los contratantes inserten las disposiciones de aquélla, transformadas en cláusulas contractuales con especial y concreta referencia (103).

Sin embargo tal tesis es excesivamente formalista. No puede decirse que invocar un orden legal derogado contradiga sin más el orden público; ello sólo sucederá si la normativa efectivamente invocada es realmente contraria al orden público, de modo que su contenido sólo en virtud de una norma vigente podía ser mantenido.

156 Por otra parte, desde el punto de vista de la seguridad jurídica resulta mucho más adecuado acogerse expresamente a una normativa derogada que reproducir, o intentar reproducir, con mayor o menor exactitud, su contenido; pudiendo darse lugar a dudas interpretativas que, en definitiva, solucionará el intérprete acudiendo a la normativa invocada, ya que acogerse a su contenido fue la verdadera voluntad de las partes contratantes.

La posibilidad de acogerse a una normativa derogada se ha suscitado en la última década en nuestro país, especialmente, en relación con una conflictiva cláusula contractual: concretamente se ha planteado, y resuelto favorablemente en la mayoría de las ocasiones, la posibilidad de que las partes contratantes, después de la entrada en vigor del R.D.L. 2/1985, de 30 de abril, se sometieran voluntariamente al régimen de prórroga forzosa que para los arrendamientos urbanos establecía el artículo 57 T.R. 1964.

Buena parte de la doctrina y muchos pronunciamientos jurisprudenciales consideraron perfectamente admisible la resurrección convencional de la prórroga forzosa —cuando no interpretaron que funcionaba como Derecho supletorio si las

(103) Vid. M. BATLLE VÁZQUEZ, *Comentarios...*, cit., t. I, p. 74.

partes no la excluían expresamente—. Tal solución puede justificarse en el período comprendido entre el 9 de mayo de 1985 –fecha de entrada en vigor del citado Real Decreto Ley–, y el 1 de enero de 1995 –fecha de entrada en vigor de la L.A.U.–, debido al enorme impacto que suponía la supresión de la prórroga forzosa después de legislación intervencionista y al evidente problema de desregulación que tal incorrecto modo de legislar había originado.

Más sorprendente es que siga sosteniéndose esa posibilidad respecto de los contratos celebrados después de la entrada en vigor de la L.A.U. (104). Incluso se ha utilizado como argumento para defender tales tesis, la Exposición de Motivos de la L.A.U. de 1994 al señalar que “Por lo que se refiere a los contratos existentes a la entrada en vigor de esta ley, los celebrados al amparo del R.D.L. 2/1985 no presentan una especial problemática puesto que ha sido la libre voluntad de las partes la que ha determinado el régimen de la relación en lo que a duración y renta se refiere. Por ello, estos contratos continuarán hasta su extinción sometidos al mismo régimen al que hasta ahora lo venían estando. En este momento, la nueva relación arrendaticia que se pueda constituir sobre la finca quedará sujeta a la nueva normativa. *De esta regulación no quedan exceptuados los contratos que, aunque en fecha posterior al 9 de mayo de 1985, se ha-*

157

(104) Preguntándose G. GARCÍA CANTERO si una interpretación favorable en relación con la sumisión al régimen de prórroga forzosa establecido en el derogado T.R. de 1964, supondría sujeción del contrato a la totalidad de la normativa del T.R. de 1964 en cuanto a subrogación mortis causa, traspaso, derecho de adquisición preferente, etc. Y concluye afirmando que son demasiadas interrogantes para que pueda aprobarse esta doctrina jurisprudencial, acaso explicable por la enorme *vis atractiva* que ejerce una normativa vigente desde hace más de medio siglo. (*Vid.* Nota a la *S.T.S. de 4 de febrero de 1992, A.D.C.*, núm. XLVI-III, 1993, p. 1653). La opinión contraria es sostenida, entre otros, por A. TOBALINA VADILLO, para quien, después del Real Decreto Ley 2/1985, si un contrato de arrendamiento incluye una cláusula de duración “por tiempo indefinido”, casi inevitablemente implica el sometimiento de los contratantes a lo dispuesto en el artículo 57 del T.R. de 1964 sobre la prórroga forzosa. (*Vid.* “Arrendamientos por tiempo indefinido”, *R.J.C.*, núm. LXXXIX-II, 1990, p. 405).

yan celebrado con sujeción al régimen de prórroga forzosa, al derivar éste del libre pacto entre las partes”.

Pero, esa sujeción al régimen de prórroga forzosa de que habla la Exposición de motivos, no ha de ser necesariamente el régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 T.R. de 1964; podrá pactarse una prórroga forzosa –para el arrendador o para el arrendatario–, siempre que no sea indefinida y suponga una indeterminación temporal que conculque el artículo 1.543 C.c.

158 Cualquier pacto de prórroga forzosa indefinida o que pretenda hacer resurgir el régimen del T.R. 1964, en contratos celebrados después de la vigencia del R.D.L. 1985, debe considerarse nulo, ya que revivir las partes convencional y expresamente el instituto de la prórroga forzosa, sería conculcar una norma no derogada de derecho común y no excepcional –como era el T.R. de 1964–, cual es el artículo 1.543 C.c., y su exigencia de “tiempo determinado” en el contrato de arrendamiento (105). La determinación o determinabilidad –*ex* artículo 1.577 y 1.581 C.c.– del tiempo en el contrato de arrendamiento es cuestión de orden público, es inherente a la esencia y naturaleza del contrato; la indeterminación efectiva que se producía mediante la aplicación de las prórrogas forzosas a voluntad del arrendatario sólo se podía justificar en virtud de una norma de carácter excepcional que imponía tal régimen desnaturalizando de este modo el contrato de arrendamiento. Restaurada la normalidad en la regulación del contrato y recuperando éste la nota de temporalidad con la nueva L.A.U., no es posible restaurar aquél régimen derogado, imperativo y excepcional que atenta contra el orden público del instituto arrendaticio (106).

(105) *Vid.*, J. ARGOTE ALARCÓN, *Prontuario de la nueva Ley de arrendamientos urbanos*, por los Servicios Jurídicos de la Cámara de la Propiedad Urbana de la Comunidad de Madrid, VV.AA., 1994, p. 147.

(106) Por ello, y en relación con la Sentencia comentada por C. ATÍAS, es necesario tener en cuenta que la inclusión de una cláusula de limitación de responsabilidad en un contrato de seguro no puede considerarse que vulnere el orden

La autonomía privada lo puede casi todo de acuerdo con el artículo 1.255 C.c., pero la validez de un arrendamiento y su vigencia temporal no pueden quedar al arbitrio de una de las partes según se desprende de los artículos 1.115, 1.256 y 1.543 C.c. (107).

De ahí que no merezca crítica, como resaltan los comentaristas de la D.T. 1.^a de la L.A.U., la referencia actual a los contratos celebrados con posterioridad al 9 de mayo de 1985, sin diferenciar si están sometidos o no a prórroga forzosa –por contraposición al régimen establecido en el proyecto que se refería a los “contratos de arrendamiento de vivienda celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 no sujetos al régimen de prórroga forzosa” (108)–, ya que debemos entender que ninguno de los contratos celebrados con posterioridad al 9 de mayo de 1985 está sujeto al régimen de prórroga forzosa del artículo 57 T.R. de 1964, y la posible prórroga forzosa de duración determinada en contratos celebrados con posterioridad al 9 de mayo de 1985 no supone obstáculo alguno a la temporalidad del arrendamiento y a la aplicación de esta Disposición Transitoria.

159

Diferente es la solución respecto al posible sometimiento de las partes al régimen de prórrogas legales del contrato de arrendamiento rústico sometido a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, después de la entrada en vigor de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias,

público imperativo del contrato; sí, en cambio, la introducción de una cláusula que vulnere la nota de temporalidad del contrato de arrendamiento.

(107) Vid. J. M. DE LA CUESTA SAENZ, “Comentario a la S.T.S. de 18 de marzo de 1992”, C.C.J.C., núm. 29, 1992, p. 431.

(108) La modificación es resultado de la enmienda núm. 276 del Grupo Socialista, en cuya motivación se afirma que los contratos celebrados a partir de la fecha de entrada en vigor del R.D.L. “deben quedar regulados por el mismo régimen que les viniera siendo de aplicación puesto que las condiciones de duración y renta del contrato fueron libremente pactadas por las partes”; Para F. CAPILLA RONCERO hubiera sido preferible mantener la cosas como estaban en este proyecto, igualando el régimen jurídico de todos los arrendamientos con prórroga forzosa, y no sólo en cuanto a la duración, sino también en cuanto al resto de los extremos contemplados en la D.T. 2.^a (Vid. “Comentarios a la nueva ley de arrendamientos urbanos”, VV.AA., 1994, p. 419).

que suprime estas prórrogas forzosas y establece una duración mínima del contrato de cinco años (art. 28). Entendemos que en este caso es perfectamente posible para las partes acogerse al régimen legal derogado de la L.A.R., ya que, a diferencia de lo que ocurría con los arrendamientos urbanos en la anterior normativa, la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, aun estableciendo período mínimo de duración del contrato y prórrogas forzosas para el arrendador, no perdía de vista la temporalidad del contrato; las prórrogas estaban tasadas y el contrato no podía prorrogarse indefinidamente —el plazo máximo legal era de veintiún años—; siendo perfectamente válido para arrendador y arrendatario someterse a prórrogas forzosas, de mayor o menor duración, siempre que sean de duración determinada o determinable y no impliquen en definitiva vulneración de la necesaria nota de temporalidad del contrato de arrendamiento, no se ve inconveniente alguno en acogerse al sistema de prórrogas forzosas que establecía la Ley de arrendamientos rústicos de 1980, sin que resulte en este caso alterado el orden público del contrato.

IV. Los problemas de desregulación originados por algunas normas derogatorias

[...] Conforme al artículo 2.2.º C.c.: “Las leyes [...] se derogan por otras posteriores”; de modo expreso cuando el legislador así lo manda y de modo tácito, cuando la nueva ley es incompatible con la anterior. Una y otra se hayan reconocidas en nuestro Derecho, señalando a continuación el precepto anterior: “La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior”.

En los casos de derogación expresa no hay dificultad para aplicar la regla “*lex posterior derogat anteriorem*”; pero,

cuando la nueva ley no contiene una cláusula derogatoria o ésta no determina su alcance, hace nacer la difícil cuestión de averiguar qué disposiciones han quedado derogadas en cada caso. Cuando se manifiesta en una contradicción insuperable con las leyes anteriores es evidente la derogación; pero, en otros casos, incluso cuando contenga diferencias sustanciales, es difícil señalar cuando se puede presumir (109); se impone entonces proceder a una delicada tarea interpretativa que ha suscitado la atención de la doctrina civilista (110).

(109) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil...*, cit., t. I, pp. 542-543.

(110) Señala F. DE CASTRO Y BRAVO, como indicación orientativa de la "*voluntas abrogandi*", de la nueva disposición respecto de otra anterior, los siguientes requisitos: 1.º Igualdad de materia en ambas leyes; 2.º Identidad de los destinatarios de sus mandatos; 3.º Contradicción e incompatibilidad entre los fines de los preceptos. (Vid. *Derecho civil...*, cit., t. I, p. 543); Para J. CASTÁN TOBEÑAS, no son siempre ciertos los principios generales en esta materia, y en realidad hay que examinar, caso por caso, la intención del legislador, indagando cuál sea el ámbito de la ley nueva y si sus disposiciones son o no incompatibles con las de las leyes precedentes. (Vid., *op. cit.*, p. 603); M. BATLLE VÁZQUEZ señala que cuando la derogación no es suficientemente explícita y hay que atender a la incompatibilidad de las disposiciones de ambas leyes, no siempre se muestra de manera indubitada y la determinación de la incompatibilidad requiere una delicada labor judicial a través de la interpretación. Por lo que, en buena lógica legislativa, es aconsejable que las disposiciones sean expresas y precisas. (Vid., *op. cit.*, p. 73); Para L. M. DIEZ-PICAZO, para que exista derogación es imprescindible una declaración de voluntad derogatoria por parte del legislador. Existe un principio de no presunción de la derogación, lo cual impone la difícil tarea de determinar el alcance de las denominadas "disposiciones derogatorias indeterminadas", tan frecuentemente enunciadas bajo fórmulas como: "quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente Ley", o bien: "queda derogada la Ley X en la medida en que se oponga a lo establecido en la presente Ley". Respecto de estas derogaciones indeterminadas, se plantea el problema de determinar si efectivamente son casos de derogación expresa o si, por el contrario, en la medida en que se remiten a la comprobación de la existencia de antinomias, son casos de derogación tácita. La derogación tácita se produciría en dos hipótesis: cuando hay una nueva regulación integral de la materia y cuando una norma posterior resulta incompatible con una anterior. La derogación por incompatibilidad es un fenómeno de naturaleza eminentemente interpretativa, depende de la interpretación que se dé a las normas hipotéticamente incompatibles; sin embargo esta interpretación cuenta con importantes obstáculos constitucionales: los principios de publicidad normativa y seguridad jurídica, así como los límites de la potestad jurisdiccional que impondrían una interpretación restrictiva de la derogación por incompatibilidad. Por el contrario, el carácter constitucionalmente inagotable de la potestad legislativa otorga cierta preferencia o prioridad a la *lex posterior*, que, sin embargo, no constituye por sí sola derogación en

Pero si los problemas suscitados por la derogación tácita o por la derogación por incompatibilidad han sido objeto de detallada atención, no ha ocurrido lo mismo con otro problema diferente, si bien relacionado. Cuando una *lex posterior*, deroga o modifica parcialmente una ley anterior declarando expresamente que en todo lo demás continuará la institución regulada por la ley anterior no parece en principio que plantee problemas la interpretación de la voluntad del legislador: es evidente que no quiso derogar más que en algún punto la regulación anterior, dejándola subsistente en todo lo demás. Puede también ocurrir que una ley reguladora de determinada institución introduzca una derogación o modificación en otra ley anterior de diferente contenido material omitiendo su pronunciamiento sobre la ley reguladora de la institución modificada en todo lo demás; en principio y ante la falta de regulación de la institución en la nueva ley que tiene diferente contenido, deberá entenderse que en todo lo demás subsiste la normativa anterior. Lo mismo puede decirse del supuesto en que una norma tenga por objeto exclusivo derogar o modificar parcialmente una regulación anterior sin dar una nueva regulación total de la materia y sin declarar expresamente subsistente la normativa anterior en lo no derogado o modificado.

Pero ¿Qué ocurre en tales supuestos si la norma posterior ha introducido en la regulación anterior una modificación o supresión de tal naturaleza que ha afectado su *ratio legis*, la razón de ser de la norma retocada? En tales supuestos el legislador posterior no ha comprendido la profundidad de la alteración producida o no ha estudiado en toda su extensión el significado y fundamento de la norma-

sentido propio, operando sólo en caso de conflicto de leyes, de modo que cuando dos normas legales son incompatibles, debe aplicarse la más reciente: ello no priva a la más antigua de vigencia, sino simplemente de eficacia o aplicabilidad. Por ello derogación por incompatibilidad no constituye, para el autor, una verdadera derogación, sino simplemente una suspensión de la eficacia de la ley. (*Vid., op. cit.*, pp. 150-152, 286, 304, 318-324, 330-331).

tiva anterior. El resultado es la imposible compatibilidad entre ambos contenidos normativos: el de la ley antigua privada de su esencia normativa y el de la ley nueva modificando una institución y declarando subsistente en lo demás la normativa anterior.

Formalmente no existen dudas sobre la regulación jurídica aplicable, ya que no puede hablarse de derogación por incompatibilidad cuando la nueva ley declara expresamente la vigencia de la ley anterior en lo no modificado o ésta última debe entenderse aplicable ante la falta de regulación de la institución en la ley posterior. Por otra parte, cuando se habla de derogación por incompatibilidad debe existir una contradicción evidente, deducible de una interpretación literal de los textos de ambas normas, lo que no suele ocurrir en el supuesto planteado, en el que, aparentemente, no hay contradicción, no hay diferente regulación de una misma materia por dos leyes sucesivas.

163

Sin embargo, en el fondo, se ha producido una situación de desregulación o vacío normativo que planteará no pocos problemas al aplicador del Derecho, que para evitar la situación de inseguridad jurídica tenderá a realizar una interpretación de la nueva ley de tal naturaleza que lleve a la práctica inaplicación de la modificación o supresión producida en la regulación anterior. Tal arbitraria solución que supone un injustificado desconocimiento de la voluntad del legislador posterior puede, sin embargo, ser explicable en el contexto en que se produce; si siempre es ostensible la tendencia a seguir aplicando el derecho conocido ante un cambio normativo, en mucha mayor medida lo será cuando la nueva ley ha socavado hasta tal punto los cimientos de la institución retocada que no resulta en absoluto razonable seguir aplicando la regulación anterior. La desregulación obliga a seguir aplicando el único Derecho que ofrece una regulación coherente: la regulación anterior en su práctica totalidad.

Nos hallamos ante un problema de deficiente técnica legislativa; es evidente que el legislador no puede, irreflexiva-

mente, introducir una modificación o supresión puntual en una norma sin tener en cuenta el verdadero alcance y significado de ésta y el papel que la normativa alterada jugaba en la institución regulada.

La solución puede venir por dos vías:

1.^a Una nueva regulación total de la materia, con carácter retroactivo, que tenga en cuenta todas aquellas cuestiones que en la regulación de la institución guardaban conexión ineludible con la modificación o supresión introducida, dándoles una regulación coherente con la nueva *ratio legis*. Esta es la solución más acertada desde el punto de vista de la seguridad y certeza jurídica, reduciendo al mínimo la posible arbitrariedad del intérprete o aplicador del Derecho.

164

2.^a Cabe realizar una interpretación extensiva de la derogación por incompatibilidad (111), que alcanzaría no sólo a aquellos supuestos de derogación no expresa y contradicción literal, sino incluso a aquellos otros en que declarándose expresamente la vigencia de la norma anterior esta resulte de improcedente aplicación teniendo en cuenta el alcance de la modificación producida en su contenido normativo. Habrá entonces que realizar una complicada labor interpretativa, un cuidadoso deslinde entre aquellos aspectos de la institución que no han quedado sustancialmente alterados por la nueva ley, y aquellos otros que sí lo estén. Respecto de los primeros seguirá siendo aplicable la norma anterior; en relación con los últimos nos hallamos ante una situación de desregulación que no debe llevar necesariamente a la inobservancia de la norma posterior si existe un Derecho común, de aplicación supletoria en defecto de regulación expresa, al cual podemos acudir. Nuestro Código civil

(111) Sobre la posibilidad de que existe efecto derogatorio que no derive directamente de un acto legislativo de derogación. Vid. L. M. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 259 ss.

cumple, de modo insuperable esta función al proclamar en su artículo 4.3 que “Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”; especialmente cuando la situación de desregulación se produce en la legislación especial, o incluso excepcional y la finalidad de la nueva ley es volver al Derecho común consagrado en el Código civil.

El problema de vacío normativo que venimos enunciando cuenta con clarísimas ejemplificaciones en dos normas relativamente recientes que han ocasionado un gran impacto tanto en el orden teórico como en el práctico.

El Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, sobre Medidas de Política Económica, con la finalidad, entre otras, y en palabras de su Preámbulo, de impulsar el sector de la construcción, estimulando la construcción de viviendas y locales destinados a alquiler, suprime la prórroga forzosa establecida en el artículo 57 T.R. de 1964 para los contratos de arrendamiento posteriores a su vigencia (112), con la siguiente fórmula legal:

165

“Art. 9.º Supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos.

1. Los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable el régimen de prórroga establecido por el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos [...], y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el artículo 1.566 del Código civil.

2. Dichos contratos, salvo lo dispuesto en el apartado anterior se regularán por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos”.

Este artículo se completaba con la Disposición Transitoria, según la cual los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocios celebrados con anterioridad a su

(112) Que se produjo, según su Disposición Final, el mismo día de su publicación en el B.O.E., el 9 de mayo de 1985.

entrada en vigor seguirían rigiéndose en su totalidad por lo dispuesto en el T.R. de 1964.

Aunque el precepto no podía ser más claro en su redacción y su finalidad aparece enunciada en el mismo; la “supresión de la prórroga forzosa” (113), era evidente que la institución de la prórroga forzosa, que junto a la subrogación legal del adquirente en la posición del arrendador, también consagrada en el artículo 57 T.R. 1964, habían desnaturalizado por completo la regulación del contrato de arrendamiento en los términos en que el Código civil la habían concebido y constituían al núcleo fundamental de toda la regulación del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El R.D.L. 2/85 no podía sin más, suprimir la prórroga forzosa y dejar vigente en lo demás el T.R. de 1964; en ese contexto de brutal desregulación no resultan extraños los esfuerzos efectuados para interpretar el artículo 9 del Real Decreto Ley en contra de su tenor literal y de su expresa finalidad.

166

Doctrina y jurisprudencia se dividieron en dos posturas interpretativas sobre el alcance y significado de la norma. Una primera interpretación consideró que el efecto que se derivaba del artículo 9.º R.D.L. no era el de la supresión o eliminación *ipso iure* de la prórroga legal impuesta por el artículo 57 T.R. de 1964, sino simplemente la supresión de su carácter forzoso o de *ius cogens*. Para esta postura, el artículo 57 T.R. de 1964 siguió estando plenamente vigente y la prórroga legal pero con la fuerza de una simple norma dispositiva, y no con el carácter imperativo que aquel precepto tuvo antes de la vigencia del artículo 9 R.D.L.

De modo que, aunque la prórroga legal del artículo 57 se aplicaba inicialmente a todos los contratos de arrenda-

(113) En contra, señala C. GÓMEZ DE LA ESCALERA que la no muy precisa redacción del art. 9.º R.D.L., y probablemente la injusta diferenciación que establece entre contratos anteriores al 9 de mayo de 1985, que seguirán rigiéndose en su totalidad por lo dispuesto en el T.R. de 1964, y contratos posteriores a dicha fecha, que se regularán conforme a lo previsto en él, ha motivado la división doctrinal y jurisprudencial. (Vid. *La prórroga forzosa tras el “Decreto Boyer”*, 1993, p. 12).

miento urbano, las partes podían, al tiempo de celebrar el contrato, mediante el oportuno pacto o precepto de autonomía privada, dejarla sin efecto y excluirla de la reglamentación contractual.

Así, el artículo 9.º R.D.L. más que derogar el artículo 57 T.R. de 1964 lo que supuso fue la modificación, o derogación parcial del artículo 6 T.R. de 1964, en cuanto declaraba irrenunciable anticipadamente para el arrendatario el beneficio de la prórroga forzosa, al admitir la validez del pacto por el que las partes, al tiempo de celebrarse el contrato excluían la aplicación del artículo 57 T.R. de 1964.

Esta posición ha sido defendida por algún autor (114) y por alguna jurisprudencia menor de las Audiencias (115) en base a las siguientes argumentaciones de índole fundamentalmente literalista y de política económica y social (116):

1.º Aunque el epígrafe o rúbrica del artículo 9.º R.D.L. hable expresamente de “supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos”, la lectura posterior del texto normativo de dicho artículo no permite aclarar fácilmente cuál es el alcance y significado de esa “supresión”.

(114) Tal parece ser la postura de L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN al decir que el R.D.L. “permite que los contratos que se celebren con posterioridad duren exclusivamente el tiempo pactado, sin que les sea aplicable, si las partes no quieren, el régimen de prórroga legal del T.R. de 1964, salvo la tácita reconducción del artículo 1566”. (Vid. *Sistema de Derecho civil*, t. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en particular. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6.ª ed., 1993, p. 393); Y, recientemente es sostenida por D. LOZANO ROMERAL/J. FUENTES BARJADI, *Vid. Todo sobre la nueva Ley de arrendamientos urbanos*, 1994, p. 54.

(115) Vid. SS. de 5 de junio de 1990 A.P. Barcelona (Sección 15.ª), 21 de diciembre de 1990, A.P. Burgos (Sección 3.ª), 28 de diciembre de 1990, A.P. Sevilla (Sección 1.ª), 26 de marzo de 1991, A.P. Barcelona (Sección 15.ª), 26 de junio de 1991, A.P. Segovia, 2 de julio de 1990, A.P. Murcia (Sección 3.ª), 28 de diciembre de 1990, A.P. Sevilla (Sección 1.ª).

(116) Vid. C. GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op. cit.*, pp. 15 ss.

2.º La afirmación en el artículo 9.º R.D.L. de que los contratos “tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes” no es concluyente: únicamente indica que los contratantes tienen libertad para pactar la prórroga legal o para excluirla, fijando de este modo la duración del contrato, pero por sí sola no enuncia la supresión de la prórroga.

3.º La frase “sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga forzosa” tampoco resulta decisiva; de ella no se infiere que la prórroga legal haya quedado derogada o suprimida, sino simplemente que ya no es imperativa o de *ius cogens* (117).

168

4.º Tampoco la expresión “y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el artículo 1.566 C.c.” proporciona argumentos definitivos para resolver el dilema. La frase lo único que significa es que, extinguido el arrendamiento –ya sea por expiración del plazo del contrato, cuando no sea aplicable la prórroga, o por extinción del plazo prorrogado, o improcedencia de la prórroga– cabrá su renovación, con el contenido y efectos de la tácita reconducción, si concurren los requisitos que la ley exige para que nazca la figura.

5.º El objetivo económico perseguido por el R.D.L. de estimular la construcción de inmuebles destinados a alquiler, se puede lograr tanto con la solución de la supresión *ex lege* de la prórroga legal, como con la que propugna únicamente la supresión de su carácter forzoso, ya que con cualquiera de las dos se liberaliza el mercado de alquileres eli-

(117) Nótese, señala C. GÓMEZ DE LA ESCALERA, que el precepto habla de “prórroga forzosa” y no de prórroga legal; además, la frase “sin que les sea aplicable forzosamente” denota que la prórroga sigue siendo aplicable, lo que ocurre es que ahora ya no es forzosa, sino que vincula a las partes con el simple valor de una norma de Derecho dispositivo, que puede, por tanto, ser excluida por pacto en contrario en virtud de la libertad de estipulación que se reconoce a las partes en el primer inciso del artículo 9.º R.D.L. (*Vid., op. cit.*, pp. 18-19).

minando la fuerte limitación que para el libre juego de la autonomía privada representaba la prórroga forzosa.

6.º El artículo 57 T.R. de 1964 quedaría configurado como derecho dispositivo de aplicación preferente salvo pacto en contrario, ya que el verdadero fundamento de la obligatoriedad de las normas dispositivas descansa en la consideración de que constituyen el modelo de regulación justa y equilibrada que el legislador ha previsto, en principio, para cada contrato atendidos los intereses que éste trata de organizar normalmente. Añadiéndose además que el mandato positivo derivado de la finalidad social y protectora del arrendatario que históricamente impregna la legislación de arrendamientos urbanos encontraría hoy perfecto acomodo en los principios y valores constitucionales (118).

En consecuencia resultaría que el artículo 9 R.D.L. no derogó al artículo 57 T.R. de 1964, al no ser incompatible con

169

(118) Así, si bien el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, reconocido en el artículo 47 C.E. no obliga a proteger a los arrendatarios; siendo, según el artículo 53.3. C.E., un principio rector de la política social y económica que como tal debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, desde el momento en que existe una norma concreta de la legislación positiva —el art. 9.º R.D.L.— que regule la materia de arrendamientos urbanos, al menos en lo relativo a las viviendas, de tal modo que admita dos interpretaciones, una favorable a los arrendatarios y otra no, en principio deberá optarse por aquella interpretación que favorece al arrendatario; puesto que, hasta que no se demuestre lo contrario, necesitan mayor protección social y económica los arrendatarios que los propietarios de viviendas.

Y, saliendo al paso del obstáculo que supone el hecho de que el artículo 47 C.E. sólo pueda invocarse para los arrendamientos de viviendas pero no es aplicable para los arrendamientos de locales de negocio, chocándose además respecto a éstos con el libre ejercicio del derecho de propiedad, incluso de la libertad de empresa o libertad económica (arts. 33 y 38 C.E.), se señala que, en definitiva, la interpretación del artículo 9 R.D.L. que se inclina por la vigencia de la prórroga forzosa del artículo 57 T.R. de 1964 puede hallar también fundamento constitucional en el artículo 38 C.E. ya que la estabilidad y permanencia que la prórroga legal confiere al arrendatario en el goce o uso del local arrendador donde tiene instalado su propio negocio, permite al empresario-arrendatario consolidar su empresa y amortizar, en muchos casos, la fuerte inversión inicial, e impide la apropiación por el arrendador o un tercero de la denominada "propiedad comercial". (*Vid. C. GÓMEZ DE LA ESCALERA, op. cit.*, pp. 21 ss.).

él, suprimiendo solamente su carácter imperativo, convirtiendo la prórroga legal en un elemento natural del contrato, que se presumirá salvo voluntad contraria de las partes (119).

Sin duda es ésta la más desacertada de las interpretaciones del R.D.L. 1985, que, además de llamar “natural”, a lo menos natural, a lo excepcional, ante la evidencia de una norma derogatoria del artículo 57 T.R. de 1964, que manifiesta expresamente su finalidad de suprimir la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos, ha tenido que recurrir a artificiosos argumentos gramaticales, en un precepto donde “el sentido propio de sus palabras” –primer criterio de interpretación legal ex artículo 3.1 C.c.–, no deja lugar a dudas interpretativas (120); así como a razonamientos de pre-

(119) Para A. LÓPEZ CASTRO el R.D.L. no establece una derogación expresa del artículo 57 T.R. de 1964, con lo que no se trata de una nueva redacción del citado precepto, sino de una transformación de lo que hasta entonces era la regla de base en una excepción a la misma positivada en una norma independiente. (Vid. “Problemática procesal de la supresión de la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos”, *L.L.*, 1989.2, p. 1192); En contra, sosteniendo, a nuestro juicio acertadamente, la derogación del artículo 57 T.R. de 1964 por el artículo 9.º R.D.L., se manifiesta la mayoría de la doctrina. Vid., principalmente, V. CASTILLO TAMARIT, “Supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos”, *Libro homenaje a VALLET DE GOYTISOLO*, 1988, pp. 167 ss.; F. J. MORENO ALVAREZ, “El inquilino sin prórroga legal”, *L.L.*, 1985.4, pp. 1196 ss.

(120) En este sentido ha señalado acertadamente E. VALLADARES RASCÓN que el argumento principal que se utiliza por los defensores de la tesis de la “supresión negocial de la prórroga forzosa” es el de que el adverbio *forzosamente* indica que se puede excluir la prórroga legal, no que ésta haya sido suprimida. Argumento totalmente endeble, pues no se puede atribuir mayor alcance del que tiene a una desafortunada elección de vocablos por parte del legislador cuando su voluntad queda clara al respecto. Por otra parte, está por demostrar que la elección haya sido tan desafortunada, pues lo contrario de “no ser aplicable forzosamente” es “ser aplicable voluntariamente” y no “ser aplicable salvo pacto en contrario”. En todo caso, la utilización del adverbio *forzosamente* no puede servir para desvirtuar la tajante disposición del inciso primero: “Los contratos [...] tendrán la duración que libremente estipulen las partes”. Y la duración que libremente estipulen las partes es la que figura en el contrato, no la prórroga forzosa, que no se menciona para nada. Por otra parte, si bien es cierto que el encabezamiento del artículo no forma parte de la norma, sí parece que deba servir para algo. En él, el legislador declara qué es lo que se propone regular a continuación, y en este sentido reviste particular importancia; y lo que el legislador se propone regular en el artículo 9 R.D.L., según su propia declaración, es la supresión de la prórroga forzosa, no la del artículo 6.1 T.R. de 1964. (Vid. “La prórroga forzosa y el Real Decreto-Ley 2/1985”, *P.J.*, núm. 22, 1991, p. 209).

tendida justicia social que justificarían el mantenimiento a ultranza del desfasado intervencionismo —en este caso ya no legislativo, puesto que la norma se propone destruirlo, sino interpretativo— *pro conductore*; y acudiendo, por último, y como para respaldar en el más alto texto jurídico una endeble argumentación que no encuentra apoyo legal alguno en el ámbito legal civil —que es donde debería hallarlo— a algunos preceptos constitucionales, que más bien podrían interpretarse en contra que a favor de su discurso (121); pero no puede dejar de comprenderse el esfuerzo doctrinal y jurisprudencial para evitar la supresión de la prórroga forzosa

(121) En efecto el artículo 38 C.E. al reconocer la libertad de empresa y la economía de mercado y limitar la intervención estatal en los supuestos de exigencias de la economía general y la planificación, choca frontalmente con el mantenimiento de la prórroga forzosa en el contrato de arrendamiento. Prórroga forzosa que ha dado lugar, al no poder elevarse la merced sino en pequeña medida, y en los casos tasados por la Ley, a numerosos arrendamientos “antiguos” en los que la renta ha quedado congelada, de forma que muchas veces ni siquiera llega a cubrir los gastos que tiene que realizar el arrendador y los impuestos que tiene que pagar por razón de la propiedad, constituyendo “una verdadera expropiación forzosa sin causa de utilidad pública y sin indemnización”, atentatoria del artículo 33 C.E. Produciéndose, además, con su inevitable supresión, situaciones de injustificada discriminación entre arrendatarios sometidos a la Ley de 1964 —que en no pocas ocasiones son personas de clase acomodada que disfrutaban, por precio ínfimo, de amplias viviendas en el centro de las ciudades— que gozarían de los desorbitados beneficios que misma le concede, y arrendatarios excluidos que tendrían que someterse a las puras leyes del mercado en cuanto a duración y renta. Situación de desigualdad que chocaría con el artículo 14 C.E. Por último, ni siquiera el aducido artículo 47 C.E. justificaría una argumentación que defendiera la subsistencia de la prórroga forzosa, ya que precisamente la legislación intervencionista había llevado a una situación anómala y a hacer de nuestro país uno de los que más propietarios y menos arrendatarios tenía (un 11,8 por 100), cosa nada rara si pensamos en el beneficio que el potencial arrendador podía obtener, produciéndose la huida de los inversores hacia terrenos más rentables, provocando una especulación del suelo y un encarecimiento injustificado del precio de las viviendas que en nada favorecía los objetivos constitucionales del derecho a una vivienda digna. Y, en el más que dudoso supuesto de que una política legislativa protectora del arrendatario sea un adecuado mecanismo para solucionar el problema de la vivienda, de poco sirve proteger al arrendatario si no existen arrendatarios que proteger. (Vid. D. LOSCERTALES FUERTES, “La duración de los arrendamientos urbanos hechos con posterioridad al Real Decreto-Ley 2/1985”, *Tapia*, marzo-abril, 1992, pp. 13-14; Del mismo autor: “La prórroga forzosa y el Real Decreto-Ley 2/1985”, *Tapia*, mayo-junio, 1992, pp. 15-16; G. GARCÍA CANTERO, “El contrato de arrendamiento urbano y la Ley del Consumidor”, *A.C.*, 1987, pp. 2431 ss.; E. VALLADARES RASCÓN, “La prórroga forzosa...”, *loc. cit.*, pp. 206 ss.).

careciendo de una regulación alternativa de los arrendamientos urbanos acorde con tal supresión.

Conforme a otra interpretación del precepto, más razonable, aunque tampoco acertada, la prórroga obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario impuesta por el artículo 57 T.R. de 1964 habría sido, desde la vigencia del artículo 9.º R.D.L., suprimida y, por tanto, ya no existiría *ex lege*. Para que se incluyera en la reglamentación contractual, era necesario que la prórroga hubiera sido objeto de un especial pacto de autonomía privada amparado en el artículo 1.255 C.c.

Esta tesis, defendida por buena parte de la doctrina (122) y la jurisprudencia menor de las Audiencias (123) encontraría su argumentación tanto en el tenor literal del epígrafe del precepto, y del significado gramatical que enuncia la frase “tendrán la duración que libremente estipulen las partes”, como hemos visto en la argumentación contraria a

(122) Vid. E. VALLADARES RASCÓN, “La prórroga forzosa...”, *loc. cit.*, pp. 205 ss.; J. V. FUENTES LOJO, *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, t. I, 1994, pp. 769 ss.; G. GARCÍA CANTERO, “El contrato de arrendamiento urbano...”, *loc. cit.*, pp. 2433 ss.; D. LOSCERTALES FUERTES, “La duración...”, *loc. cit.*, p. 13; F. J. MORENO ALVAREZ, “El inquilino sin prórroga...”, *loc. cit.*, pp. 1197 ss.

(123) Vid. SS. de 2 de marzo de 1989, A.P. Las Palmas (Sección 4.ª), 8 de marzo de 1989, A.P. de Barcelona (Sección 16.ª), 28 de junio de 1989, A.P. Barcelona (Sección 13.ª), 11 de julio 1989, A.P. Santa Cruz de Tenerife, 21 de noviembre de 1989, A.P. Cáceres, 28 de noviembre de 1989, A.P. Cáceres, 1 de febrero de 1990, A.P. Cáceres, 1 de febrero de 1990, A.P. Madrid (Sección 8.ª), 6 de junio 1990, A.P. Madrid (Sección 13.ª), 14 de junio de 1990, A.P. Madrid (Sección 14.ª), 8 de septiembre de 1990, A.P. Madrid (Sección 13.ª), 18 de enero de 1991, A.P. Madrid (Sección 8.ª), 18 de enero de 1991, A.P. Madrid (Sección 8.ª), 18 de marzo 1991, A.P. Madrid (Sección 13.ª), 12 de abril de 1991, A.P. Madrid (Sección 13.ª), 23 de abril de 1991, A.P. Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª), 17 de septiembre de 1991, A.P. Madrid (Sección 12.ª), 19 de septiembre, A.P. Madrid (Sección 11.ª), 27 de enero de 1992, A.P. Sevilla (Sección 5.ª), 18 de junio 1992, A.P. Madrid (Sección 8.ª), 10 de julio de 1992, A.P. Toledo (Sección 1.ª); 29 de septiembre de 1992, A.P. Girona (Sección 2.ª), 5 de octubre de 1992, A.P. Santander (Sección 2.ª), 26 de octubre de 1992, A.P. Badajoz (Sección 2.ª), 15 de diciembre de 1992, A.P. Madrid (Sección 9.ª), 3 de febrero de 1993, A.P. Almería, 13 de marzo 1993, A.P. Cuenca, 16 de marzo de 1993, A.P. Madrid (Sección 13.ª), 24 de mayo de 1993, A.P. Cádiz (Sección 3.ª), 30 de junio de 1993, A.P. Cuenca, 13 de septiembre de 1993, A.P. Córdoba (Sección 3.ª), 1 de septiembre de 1993, A.P. Tarragona, 7 de septiembre de 1993, A.P. Tarragona, 16 de noviembre de 1993, A.P. La Coruña (Sección 4.ª).

los defensores de la supresión negocial de la prórroga, como en la incompatibilidad, unánimemente reconocida, entre prórroga legal y tácita reconducción.

En efecto, sólo considerando que la prórroga legal está suprimida se explica razonablemente la referencia que el artículo 9.º R.D.L. hace a la tácita reconducción. Con ella se quiso resaltar que, una vez expirado el plazo libremente estipulado por las partes, el único instrumento legal suprimida la prórroga, para prolongar el arrendamiento, es el de la tácita reconducción.

Esta ha sido también la postura del T.S. en las pocas ocasiones que ha tenido de conocer asuntos en los que se discutiese la aplicación del artículo 9.º R.D.L., por la difícil accesibilidad de los contratos de arrendamiento al recurso de casación (124) (125).

Pero tampoco esta interpretación nos parece razonable, pues conforme a ella, los contratantes que celebraron su contrato de arrendamiento después de la entrada en vigor del R.D.L., e incluso, los que lo celebren actualmente al amparo de la nueva L.A.U. 1994, si extendemos la argumentación a la normativa vigente, podrían, mediante cláusula expresa, acogerse al sistema de prórroga forzosa establecido en el derogado artículo 57 T.R. de 1964, solución absolutamente inadmisibles en nuestro Derecho positivo como hemos tenido ocasión de examinar.

La *S.T.S. de 18 de marzo de 1992*, pese a referirse a un supuesto de inexistencia de una novación extintiva que pudiera hacer variar el régimen legal aplicable a una relación contractual de tracto sucesivo, punto en el que se inscribe

(124) Como consecuencia de que solamente accedían al recurso de casación los arrendamientos de local de negocio con renta anual superior a quinientas mil pesetas (art. 135 T.R. 1964), posteriormente elevado a un millón (Ley 10/1992, de 30 de abril).

(125) Vid. *SS.T.S. de 22 de enero de 1988, R.J.A., 1988, núm. 135; 17 de noviembre de 1988, R.J.A., 1988, núm. 8.604; 12 de mayo de 1989, R.J.A., 1989, núm. 3.762, 4 de febrero de 1991, R.J.A., 1992, núm. 823*; Asimismo, pero con el simple alcance de *obiter dicta*, se refieren a la cuestión las *SS.T.S. de 16 de julio de 1991, R.J.A., 1991, núm. 5.391, y 18 de marzo de 1992, R.J.A., 1992, núm. 2.206*.

en una adecuada línea jurisprudencial restrictiva de la novación extintiva tácita *ex* artículo 1.204 C.c. (126), se permite *obiter dicta*, en su F.D. 3.^a, formular una opinión bastante discutible sobre el artículo 9.º del R.D.L., en los siguientes términos: “La referida disposición legal, si bien en forma relativamente aparatosa se encabeza como «supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos», determina una meditada interpretación para cada caso concreto, pues las normas han de ser racionalizadas en su aplicación, y precisamente el adverbio «forzosamente», que contiene el Decreto, da paso a dos regímenes de contratos arrendaticios: a) El que se rige por el Decreto-Ley citado y con la libertad de estipulación en su duración y b) El general y limitativo de los derechos del arrendador, del T.R. de 1964, *que en todo caso se mantiene y no ha sido objeto de derogación si expresamente se pacta*, es decir, que el Decreto-Ley no suprime la prórroga forzosa para los arrendamientos urbanos; lo que sucede es que cabe su abrogación por las voluntades negociales manifiestas de los interesados al celebrar un pacto de arrendamiento, en el que el arrendatario renuncia y se somete a la vigencia temporal, que libremente se estipule, lo que resulta correcto y adecuado, conforme a los principios generales de la contratación (arts. 1.254, 1.255, 1.258 y 1.291 y concordantes C.c.). De esta manera surgen arriendos sin sujeción a prórroga forzosa, que tienen una vida de realización fuera del ámbito de la duración obligatoria que mantiene el T.R. de 1964, pues, en todo caso, el Decreto-Ley de referencia *no prohíbe expresamente que puedan celebrarse contratos al amparo de la citada Ley especial y por ello sometidos a prórroga forzosa*” (127).

(126) Vid. J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, Comentario a la S.T.S. de 18 de marzo de 1992..., cit., p. 429.

(127) Esta posibilidad de sumisión al régimen de prórroga forzosa ya se había defendido por las S.T.S. de 12 de mayo de 1989, y 4 de febrero de 1992; La S.T.S. de 10 de junio de 1993, si bien establece que “La supresión de la prórroga forzosa

Partiendo de la crítica que merece que nuevamente nuestro Tribunal Supremo anticipe importantes cambios jurisprudenciales en razonamientos que no buscan fundamentar directamente un fallo, es de resaltar la curiosa situación de los arrendamientos posteriores al R.D.L. 1985, planteada por la Sentencia, en la que junto a arrendamientos enteramente sometidos a este texto, habría otros regidos por el artículo 57 T.R. de 1964, ya que el citado R.D.L. “no suprime la prórroga forzosa” (128).

Resulta evidente que una norma imperativa y excepcionalísima como el artículo 57 T.R. de 1964, no se convierte en norma dispositiva y derogable por la voluntad de las partes, porque, si pervive como norma dispositiva, el silencio del contrato sobre el plazo supondría la vigencia de la prórroga forzosa, solución absolutamente indefendible después del R.D.L. 1985.

Así, hubiera resultado coherente, en el período de tiempo comprendido entre la vigencia del R.D.L. 1985 y la nueva L.A.U. 1994, que los tribunales, en vez de “enmendar la

175

por el R.D.L. 2/1985 se deduce del título que acompaña al artículo 9.º, que reza «Supresión de la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos», cuando fácilmente habría podido decir «De la renuncia al derecho de prórroga forzosa»; así como del propio texto del artículo, y de la remisión y respeto a la tácita reconducción, prevista en el artículo 1.566 C.c., con que concluye éste”; añade: “La prórroga forzosa del artículo 57 T.R. de 1964 sólo se puede aplicar a los contratos sometidos el R.D.L. 2/1985 si voluntariamente lo convienen las partes”. La doctrina del T.S. es criticada por E. VALLADARES RASCÓN en el comentario a esta sentencia al señalar que es muy problemático determinar cuando existe esa prórroga forzosa “voluntariamente” pactada; especialmente cuando todos los casos resueltos por el T.S. se refieren a supuestos en los que la prórroga se pactó “implícitamente”, dando lugar a un problema interpretativo que debe resolverse —cuando en el contrato se pacta una prórroga voluntaria— entendiendo que tal cláusula revela claramente la intención de excluir la forzosa. (Vid. C.C.J.C., núm. 32, 1993, pp. 696 y 700).

(128) Creándose, a juicio de J. M. DE LA CUESTA SAENZ, una prórroga híbrida de la ley y contrato fruto de la abrupta “desregulación” impuesta por el R.D.L. de 30 de abril de 1985. Añadiendo además que la interpretación del adverbio “forzosamente” que hace la sentencia oculta el verdadero núcleo de la cuestión, porque trata de defender la pervivencia de una regulación que no ha sido expresamente derogada, pero acude para ello a la autonomía privada, que era precisamente lo que aquella regulación constreñía de forma extrema. (Vid. Comentario a la S.T.S. de 18 de marzo de 1992..., loc. cit., pp. 430-431).

plana al legislador" (129), interpretando una norma en sentido totalmente inverso a su espíritu y a su tenor literal, hubieran —en caso de falta de previsión del tiempo en el arrendamiento— acudido a la norma general del artículo 1.581 C.c., ya que "la desregulación, en cuanto implica una regresión de la legislación especial, para los civilistas no es un paso en el vacío, sino un retorno más o menos completo al Derecho codificado, depositario de una tradición milenaria" (130).

Pero la cuestión de la prórroga forzosa en los arrendamientos celebrados durante la vigencia del R.D.L. 1985 y del régimen aplicable a estos arrendamientos, sigue siendo objeto de discusión y de interpretaciones erróneas en el régimen transitorio establecido por la L.A.U. de 1994.

176 Los autores que se han ocupado de comentar la D.T. 1.ª, han comenzado preocupándose del ámbito de aplicación de la misma, es decir, de si deben quedar comprendidos todos los arrendamientos celebrados después del 9 de mayo de 1985, con independencia de estar sometidos o no a prórroga forzosa, haciendo referencia a los contratos que, en interpretación de los Tribunales, quedaban sometidos a la prórroga forzosa del artículo 57 T.R. 1964, aun celebrados durante la vigencia del R.D.L. y a aquellos supuestos en que las partes habían pactado esta prórroga forzosa, posibilidad inadmisibles a nuestro juicio (131).

(129) Expresión literalmente utilizada por E. VALLADARES RASCÓN, *Vid.*, "La prórroga forzosa...", *loc. cit.*, p. 207.

(130) *Vid.* J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, Comentario a la S.T.S. de 18 de marzo de 1992..., *cit.*, p. 432.

(131) En contra, señala J. M. FINEZ que la D.T. 1.ª debe ser aplicable a los contratos celebrados a partir del 12 de mayo de 1985, que *aun sometidos a la prórroga forzosa, ésta derive del pacto expreso de las partes*. Pero es muy discutible que pueda extenderse a aquellos otros en que la prórroga forzosa provenga de decisión judicial. Por lo tanto propone hacer una interpretación correctora de la D.T., con el objeto de excluir de su ámbito de aplicación aquellos contratos que estén sometidos a prórroga forzosa que no ha sido pactada expresamente por las partes. La duración de estos arrendamientos debe venir establecida por los mismos criterios que los previstos por el legislador para aquellos contratos que necesariamente están sujetos al régimen de la prórroga. Es decir, deberían quedar regulados por los apartados 4 a 9

Resultando especialmente alarmante la posición de algún autor que parece seguir manteniendo la tesis de que, si nada se ha establecido sobre la duración del arrendamiento y si no se ha excluido expresamente la prórroga forzosa, ésta continúa actuando (132); siendo ésta una buena evidencia del daño difícilmente reversible, que una deficiente técnica legislativa puede ocasionar.

Del mismo modo, la Ley de 4 de julio de 1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias, dispone en su artículo 28: "Duración y supresión de prórrogas legales", núm. 1.º que: "Los contratos de arrendamientos rústicos a

D.T. Segunda y 2 a 5 D.T. Tercera. (*Vid., op. cit.*, p. 444); Para E. LLAMAS POMBO, existen contratos celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 —seguramente los menos numerosos— sometidos expresamente a la prórroga forzosa por voluntad de las partes, lamentando que el texto de la D.T. 1.ª, haga referencia a los "contratos celebrados a partir del 9 de mayo de 1985", sin tener en cuenta esta circunstancia, de manera que estos contratos sometidos voluntariamente a la prórroga forzosa recibirían el mismo trato que los que tienen pactado un plazo de duración perentorio. (*Vid., op. cit.*, pp. 708-709; En el mismo sentido *Vid.*, V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *La nueva Ley de arrendamientos urbanos*, VV.AA., 1994, p. 740); C. ROGEL VIDE, *La nueva Ley de arrendamientos urbanos*, VV.AA., 1994, p. 756; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de arrendamientos urbanos dirigidos por R. BERCOVITZ*, 1995, pp. 1012 ss.; D. LOSCERTALES FUERTES, *Los arrendamientos urbanos*, 1995, pp. 431 ss.; J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *La resolución arrendaticia urbana con arreglo a la Ley 29/94*, 1995, p. 59; J. LEÓN-CASTRO/M. DE COSSÍO, *Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de arrendamientos urbanos de 24 de noviembre de 1994*, 1995, p. 329; N. DÍAZ MÉNDEZ/E. LEGIDO LÓPEZ/M. A. LOMBARDIA DEL POZO, *Visión judicial sobre los aciertos y desaciertos de la nueva Ley de Arrendamientos urbanos: aspectos sustantivos y procesales*, 1995, pp. 202-203).

(132) Así, para F. CAPILLA RONCERO la definición del ámbito de aplicación de la D.T. 1.ª suscita cierta perplejidad, pues como es sabido los contratos de inquilinato posteriores al R.D.L. pueden haber quedado sometidos a dos regímenes completamente diferentes por lo que se refiere a su duración y sistema de prórroga. *Hay contratos de duración indefinida, a los que se aplica el régimen de prórrogas del T.R. 1964*, y contratos exquisitamente temporales que se extinguen al vencimiento del plazo, salvo que opere la tácita reconducción, como se prevé en el artículo 9.º R.D.L. 2/1985. Luego, sin matices, este único régimen transitorio se aplica igualmente a dos situaciones sustancialmente diferentes: a contratos con duración limitada y a contratos con prórroga forzosa. (*Vid. Comentarios a la nueva Ley de arrendamientos urbanos*, 1994, p. 417). J. RAMS ALBESA señala que si el contrato, aun concluido con posterioridad al 9 de mayo de 1985, no quedó sujeto a plazo determinado sino a la prórroga forzosa, estará íntegramente sometido al régimen de la legislación especial derogada, solución que no parece muy justificada. (*Vid. Comentarios a la ley de arrendamientos urbanos*, 1995, p. 741).

los que se refiere la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, que se celebren a partir de la entrada en vigor de la presente Ley tendrán una duración mínima de cinco años”; señalando el núm. 4.º de este mismo artículo que: “Dichos contratos, salvo lo dispuesto en los apartados anteriores, se regularán por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos rústicos”.

178

Sin embargo, la institución de las prórrogas forzosas es clave en la regulación de los arrendamientos rústicos contenida en la L.A.R. de 1980: sólo en virtud del establecimiento de sucesivas prórrogas obligatorias para el arrendador y potestativas para el arrendatario, hasta un total de veintiún años, podía entenderse la regulación que la L.A.R. hace en materia de capacidad exigible al arrendador, gastos y mejoras o enajenación de la finca arrendada; no puede suprimirse la prórroga forzosa y seguirse aplicando a estas materias la regulación contenida en la L.A.R.; aun cuando el núm. 4.º del artículo 28 L.M.E.A. así lo ordene es evidente la situación de desregulación en que se encuentran en estos momentos los contratos de arrendamientos de fincas rústicas sometidos a la L.A.R., sólo salvable entendiendo derogados los preceptos de la misma incompatibles con la nueva duración legal del contrato y aplicando la normativa general establecida en el Código civil (133), en espera de una necesaria nueva Ley de Arrendamientos Rústicos.

(133) Cabría así, decirse, a título ejemplificativo que en caso de enajenación de la finca arrendada, la subrogación del adquirente en todos los derechos y obligaciones del arrendador que establece el artículo 74 L.A.R. sólo se producirá en los cinco primeros años de vigencia del contrato, más allá de los cuales se aplicará el artículo 1.571 C.c., conforme al cual el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, como regla general.

V. La eficacia de las leyes en el espacio desde un planteamiento competencial. Problemática originada por la existencia de tres niveles normativos en el ámbito civil: competencia comunitaria, estatal y autonómica sobre una misma materia

La Constitución Española de 1978 constituye el último eslabón en la historia de la convivencia entre el Derecho civil común y el Derecho de los territorios forales o especiales (134). Para la C.E. la cuestión no es ya, a diferencia de lo que ocurría en el artículo 13 C.c., un problema de cómo la ley civil estatal dicta reglas por las que han de regirse las relaciones de esta ley civil –el Código civil– y las otras leyes civiles también estatales, que son las Compilaciones (135).

La modificación que se ha operado es doble: en primer lugar, porque no es el Derecho estatal el que dicta ahora las reglas de relación, sino la propia Constitución. En segundo lugar, se ha desplazado el problema fuera de su sede histórica; en la C.E. el problema foral es una cuestión perteneciente a las relaciones entre el Estado y las CC.AA. Un problema que excede del reducido marco histórico de ciertos territorios que deseaban solucionar de modo positivo el reto de la pervivencia de su Derecho. En cuanto problema autonómico, la cuestión se sitúa ahora en el nivel de la competencia normativa (136).

179

(134) Vid. E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, "Derecho Civil común de España y Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas", *R.J.N.*, julio-septiembre 1994, pp. 84-86.

(135) Vid. A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil. Introducción. Derecho de la Persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*, 1996, p. 51.

(136) Vid. A. CARRASCO PERERA, *op. cit.*, pp. 51-52, que parece optar por la tesis "autonomista" frente a la "foralista"; en contra, Vid., J. L. LACRUZ BERDEJO/ F. DE ASÍS SANCIO REBULLIDA/A. LUNA SERRANO/J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho civil*, t. I, *Parte general del Derecho civil*, vol. 1.º, *Introducción*, 1988, p. 104.

El artículo 149.1.8.º C.E. es el precepto constitucional básico para establecer el ámbito competencial en materia civil (137). Conforme a él:

“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...]

8.º Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

Muchas y muy justificadas críticas se han hecho de este precepto, encuadrables en la más amplia crítica que podría hacerse a todo el Título octavo de la Constitución y, especialmente, al reparto competencial contenido en los artículos 148 y 149. El artículo 149.1.8.º C.E. no sólo puede ser calificado de complicado, prolijo, retorcido, impreciso, oscuro (138), cuenta además con una atormentada estructura, consistente en una regla y tres excepciones consecutivas que se

(137) Si bien es necesario también tener en cuenta el artículo 149.3, y las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda de la Constitución. El artículo 149.3 C.E. cumple una doble función delimitadora: por una parte, define la competencia legislativa en “materias no atribuidas expresamente al Estado”, y “que no se hayan asumido por los estatutos de autonomía”; por otra parte, establece la aplicación de las normas del Estado como derecho preferente, en caso de conflicto con las del Derecho propio de las Comunidades autónomas, o como derecho supletorio, en defecto del Derecho propio de éstas. La Disposición Adicional Primera, que se refiere en términos de gran generalidad al amparo y respeto de los “derechos históricos de los territorios forales” tiene un campo de aplicación limitado. A pesar de la expresión genérica con que se enuncia, se refiere no al ámbito del Derecho civil, sino al régimen jurídico público de determinados territorios como ha declarado el T.C. en varias ocasiones, aunque un sector de la doctrina haya utilizado la referencia a la D.A. 1.ª como argumento de atribución competencial. En cuanto a la Disposición adicional segunda, se circunscribe a en sus aplicaciones a los Derechos forales que regulan determinadas especialidades de la capacidad de obrar de quienes no han alcanzado la mayoría de edad. (Vid. E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *loc. cit.*, pp. 93-94).

(138) Vid. E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *loc. cit.*, p. 95.

restringen entre sí. La regla vendría a establecer que la legislación civil corresponde al Estado; como excepción se deja a salvo el desarrollo y conservación de los Derechos forales, allí donde existan; como excepción a la excepción se establece que en todo caso es competencia exclusiva del Estado la regulación de las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio [...] y determinación de las fuentes del Derecho; y como excepción a la segunda excepción, la competencia exclusiva del Estado en materia de fuentes del Derecho debe entenderse con respeto a las normas sobre fuentes del Derecho contenidas en la legislación foral (139).

Con todo, si la defectuosa y enrevesada redacción del precepto puede dar pie a confusiones en su aplicación, nada justifica el abuso y la improcedente extralimitación que las Comunidades Autónomas han hecho de sus competencias en legislación civil so pretexto de una pretendida “modificación, conservación o desarrollo” de sus derechos forales.

181

No pueden dejar de extraerse con claridad las siguientes conclusiones (140):

1.º El Derecho civil es competencia exclusiva del Estado; el único límite a este respecto se encuentra en que el Estado no puede hoy producir normas de Derecho civil específicas para alguna de las CC.AA. que tienen Derecho civil propio preexistente, sino con carácter supletorio.

La afirmación de la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil se refiere al párrafo octavo en su integridad y no sólo –como ha entendido alguna de las interpretaciones propuestas por la doctrina– (141) al texto del

(139) Vid. A. CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 52.

(140) Vid. E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *loc. cit.*, pp. 94 ss.

(141) Destaca la opinión de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien la potestad legislativa autonómica *ex* artículo 149.1.8.º C.E. no se configura como mero desarrollo de unas “bases” estatales previas, sino como un ámbito material separado de la

apartado segundo, indicativo de las materias en que el Estado tiene competencia exclusiva en todo caso (142). También con relación a lo establecido en el apartado primero tiene el Estado competencia exclusiva, si bien hay una diferencia entre los dos apartados: el apartado segundo contiene un catálogo definido de materias reservadas taxativamente a la competencia exclusiva del Estado, en todo caso, lo cual no significa que el Estado en el ámbito de la legislación civil sólo tuviese competencia exclusiva en las materias del segundo párrafo, correspondiendo el resto de la legislación civil a las Comunidades Autónomas.

El apartado primero no contiene ninguna referencia a materias reservadas taxativamente a la competencia exclusiva del Estado, por lo que cabe entender que la competencia

legislación civil del Estado y, por tanto, no sometido en principio a ésta, salvo lo establecido en el Derecho Civil sobre el carácter de Derecho común de la legislación civil general y sus consecuencias. Por ello la competencia autonómica no se articula en este caso como una participación en una competencia exclusiva del Estado, sino como una competencia exclusiva y completa de la Comunidad Autónoma, lo que sitúa el supuesto fuera de la técnica común del artículo 149.1 C.E. De modo que, a juicio del administrativista, el párrafo 8.º del artículo 149.1 C.E., en lo referente a los derechos forales, estaría situado asistemáticamente, siendo más bien una competencia autonómica de la misma naturaleza que las del artículo 148.1 C.E. (*Vid.* "La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, 1982, p. 89); en el mismo sentido se manifiestan J. AROZAMENA SIERRA, *Vid.*, "Competencia de las Comunidades autónomas en materia civil: el art. 149.1.8.º de la Constitución", *A.C.*, núm. 35, 1988, p. 2183; y J. A. SERRANO GARCÍA, *Vid.*, "La Comunidad autónoma de Aragón y su Derecho civil foral", *D.P.C.*, núm. 1, 1994, p. 183.

(142) Señalando R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que si esta tesis es ciertamente sugestiva y se trata de una solución inteligente para un problema político, no obstante, rebasa los límites del respeto que toda interpretación debe tener para el texto de la ley; máxime cuando la ley es la Constitución y cuando la misma ha sido aprobada hace relativamente poco tiempo. Por otra parte, cuando nuestros constituyentes quisieron atribuir desde un principio competencias a todas las Comunidades Autónomas sobre una determinada materia, excluida de las competencias estatales del artículo 149.1, la incluyeron expresamente en el artículo 148.1; de ser correcta la tesis mantenida por GARCÍA DE ENTERRÍA, habría bastado con hacer una referencia general en el artículo 148.1 C.E. a todas las competencias exclusivas no comprendidas en la reserva de competencias en favor del Estado del artículo 149.1. (*Vid.*, "La conservación modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales", *D.P.C.*, núm. 1.º, 1994, pp. 25 y 27).

exclusiva del Estado es, en principio, indefinida, aunque no ilimitada; precisamente el límite a esa competencia excluido viene constituido por la competencia exclusiva de las CC.AA. para “conservar, modificar y desarrollar”, su derecho civil especial preexistente (143).

2.º La producción de Derecho civil por las CC.AA. es una competencia limitada a aquellas CC.AA. que tuvieran un Derecho civil preexistente. Si bien la gran polémica se plantea en torno a si esta exigencia debe referirse a un Derecho civil compilado, lo que constituye la tesis más razonable, o también cabe hablar de un derecho foral preexistente de carácter consuetudinario, en cuyo caso prácticamente todas las CC.AA. se podrían aferrar, como de hecho ha ocurrido, a esta norma, para legislar sobre Derecho civil (144).

183

(143) *Vid.* E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *loc. cit.*, pp. 97-99, 111-113.

(144) E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, entiende que el límite constitucional impuesto por la expresión “allí donde existan”, implica que sólo podrían asumir competencia en materia de legislación civil las Comunidades en que existiera Derecho foral al entrar en vigor la Constitución; estando fuera de duda que en el ámbito de los Derechos forales se encuentran las Comunidades Autónomas que al entrar en vigor la Constitución contaban con una Compilación de su Derecho civil propio. Concretamente Vizcaya y Alava (Ley de 30 de julio de 1959), Cataluña (Ley 40/1960, de 21 de julio), Galicia (Ley 147/1963, de 2 de diciembre), Aragón (Ley 15/1967, de 8 de abril) y Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo). (*Vid., loc. cit.*, pp. 86 y 113 ss.); A. CARRASCO PERERA, señala que el precepto sólo atribuye competencia en legislación civil a aquellas CC.AA. que tuvieran Derecho civil propio compilado a la entrada en vigor de la C.E. Fuera de éstas, ninguna Comunidad podría asumir competencias, aunque se trate de Comunidades que accedieran a su autonomía por la vía privilegiada. Este constituiría el único resto foralista en un sistema competencial que ha pasado a ser autonomista. Resultando, además, que el Derecho civil, es la única materia en la que la C.E. ha discriminado entre CC.AA. por una razón distinta del modo por el que accedieron a su autogobierno. (*Vid., op. cit.*, p. 53); J. L. LACRUZ BERDEJO, en cambio, contrapone el artículo 149.1.8.º C.E. con el proyecto inicial que siguiendo la pauta de la Constitución republicana, incluía la legislación civil entre las facultades que podía recabar cualquier Comunidad Autónoma, aunque antes no tuviera Derecho privativo; por el contrario, al legislador constituyente tal ampliación le pareció excesiva; se pasó entonces, de la consideración de la legislación civil como competencia posible de toda comunidad, a la restricción a aquéllas en que exista un Derecho civil foral o especial. Se pasaría del “regionalismo”, al “foralismo”. (*Vid. Elementos...*, cit., t. I, p. 103).

3.º Las Comunidades Autónomas referidas tienen sólo una competencia de “conservación, modificación y desarrollo”. Estas expresiones han generado una polémica interpretativa que no puede llevar a ningún consenso científico (145), como acertadamente señala CARRASCO PERERA (146), al estar predeterminadas las ideas por posiciones ideológicas previas sobre el hecho autonómico (147).

Lo cierto es que, cualquier que sea el límite de la competencia de desarrollo, las CC.AA. no pueden llegar en su avance hasta lo que constituye límite infranqueable del Derecho estatal; es decir, bases de las obligaciones contractuales, formas del matrimonio, etc., y sólo si de esa legislación puede todavía predicarse que es un desarrollo del Derecho que tuviera antes de la entrada en vigor de la Constitución (148). Debe exigirse una conexión entre la regulación anterior y la nueva, del legislador autonómico como factor de limitación de ese desarrollo del Derecho civil propio, de modo que las nuevas regulaciones no pueden referirse a materias o instituciones no reguladas por el Derecho civil, foral o especial, en el momento de la promulgación de la Constitución, aunque lo hubiesen estado en el pasado histórico más o menos remoto. El artículo 149.1.8.º C.E. no es cauce para resucitar Derechos históricos, sino para actualizar Derechos vigentes “allí donde existan”, porque, de lo contrario, no habría dificultad en admitir que todas las Comunidades Autónomas pueden asumir la competencia del artícu-

(145) *Vid.* sobre la interpretación de estos términos, principalmente, E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *loc. cit.*, pp. 121 ss.; A. VAQUER ALCOY, “Los conceptos de «conservación», «modificación» y «desarrollo» del artículo 149.1.8.º de la Constitución; su interpretación por el legislador catalán”, *D.P.C.*, núm. 2.º, 1994, pp. 239-249; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *loc. cit.*, pp. 53-65; y las *SS.T.C.* 88/1993, de 12 de marzo y 156/1993, de 6 de mayo.

(146) *Vid.*, A. CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 54.

(147) *Vid.*, en el mismo sentido, C. I. ASÚA GONZÁLEZ/J. GIL RODRÍGUEZ/J. J. HUALDE SÁNCHEZ, “El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *D.P.C.*, núm. 2, 1994, pp. 18-19.

(148) *Vid.*, A. CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 54.

lo 149.1.8.º C.E., puesto que no hay ninguna que no haya contado en algún momento histórico con un propio Derecho civil, más o menos amplio. Sin embargo, no parece que eso sea lo que quisieron nuestros constituyentes (149).

4.º El artículo 149.3 C.E. declara que el Derecho del Estado es en todo caso supletorio del de las Comunidades Autónomas. Los Derechos forales que dispusieran de fuentes propias pueden condicionar esa supletoriedad, anteponiendo al Derecho estatal otros Derechos o fuentes supletorias. Pero no se puede excluir nunca la supletoriedad del Derecho del Estado (150).

5.º El Estado puede hacer uso de su competencia de armonización, conforme al artículo 150.3 C.E., incluso en competencias exclusivas de las CC.AA. De modo que el Estado podrá armonizar el Derecho civil, a pesar de la competencia autonómica, “cuando así lo exija el interés general” (151).

185

Sin embargo, y aunque se aceptase en favor de las CC.AA. las más generosas de todas las interpretaciones posibles del artículo 149.1.8.º C.E., la extralimitación competencial ha sido evidente, al menos en los siguientes aspectos:

1.º Se ha roto manifiestamente la barrera histórica establecida por el artículo 149.1.8.º C.E.; han legislado sobre Derecho civil Comunidades Autónomas que no tenían Derecho civil compilado a la entrada en vigor de la C.E., y que sólo en virtud de una amplísima interpretación de lo que deba entenderse por Derecho foral preexistente, pueden entenderse incluidas entre las CC.AA. “allí donde existan” derechos forales o especiales, a que se refiere la Constitu-

(149) Vid., R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *loc. cit.*, pp. 60-61.

(150) Vid., A. CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 54.

(151) Vid., A. CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 55.

ción (152). Así, hay Comunidades autónomas que ciertamente carecían de Derecho civil foral en el momento de promulgarse la Constitución y que solamente conservaban algunas instituciones de Derecho consuetudinario. Los Estatutos de algunas de estas Comunidades han asumido competencias en relación con dichas instituciones en términos que quedan claramente fuera del ámbito del artículo 149.1.8.º C.E. Es el caso del Estatuto de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias (L.O. 7/1981, de 30 de diciembre) en que se establece: “El Principado de Asturias impulsará la conservación y, en su caso, *Compilación del Derecho consuetudinario asturiano*” (art. 16). En el Estatuto de la Comunidad Autónoma de Murcia se dispone: “La Comunidad Autónoma prestará especial atención al Derecho consuetudinario de la Región y protegerá y fomentará las peculiaridades culturales así como el acervo de costumbres y tradiciones populares de la misma, respetando en todo caso las variantes locales y comarcales” (art. 8). El Estatuto de la Comunidad Autónoma de Extremadura (L.O. 1/1983, de 25 de febrero) contiene una previsión semejante: “Corresponderá a la Comunidad Autónoma la defensa y protección de las peculiaridades de su Derecho consuetudinario y las culturales, así como el acer-

(152) Señalando A. CARRASCO PERERA, que, en la medida en que el Tribunal Constitucional en la *S.T.S. 121/1992* consideró que el Derecho consuetudinario era un Derecho suficiente para cubrir la exigencia del artículo 149.1.8.º, es de prever que la carrera por un Derecho civil propio no tendrá en el futuro más obstáculos que la propia oportunidad política de quererla ejercitar. (*Vid., op. cit.*, pp. 55-56); En opinión de J. L. LACRUZ BERDEJO, si bien el artículo 149.1.8.º C.E. hacía pensar, al poco de promulgarse la Constitución, que sólo donde estuviera vigente en 1978, el derecho foral o especial, podría la Comunidad Autónoma asumir esta competencia: es decir, en los seis territorios dotados de *Compilación*, amén de Extremadura, en cuanto a la comarca en donde rige el *Fuero de Baylio*. Pero también cabía entender el precepto, en hipótesis, en el sentido de que bastaba para la existencia de Derecho foral, la existencia pretérita; de hecho, algunos Estatutos de autonomía han supuesto esta interpretación, atribuyendo competencias de Derecho civil donde difícilmente podía entenderse vigente un Derecho civil foral o especial, y tal atribución excede, a juicio de la mayoría de la doctrina civilista, de los límites constitucionales, si bien no en todo caso se ha impugnado ante el T.C. y cuando se ha hecho sus pronunciamientos han secundado, en ocasiones, la interpretación extensiva hecha por las CC.AA. (*Vid., Elementos...*, cit., t. I, p. 105).

vo de las costumbres y tradiciones populares de la Región, respetando en todo caso las variantes locales y comarcales". (art. 12) (153).

2.º Las reformas de las Compilaciones, operadas después de la C.E., se han orientado inicialmente, una vez promulgados los respectivos Estatutos, en una doble dirección. Una encaminada a la necesidad de actualización de las Compilaciones a los principios de la Constitución. Otra conducente a operar la llamada "regionalización de las Compilaciones", es decir: la conversión del texto de las Compilaciones que son leyes de carácter estatal, en normas jurídicas del ordenamiento autonómico. La reforma de las Compilaciones después de la Constitución ofrecía la oportunidad de introducir

(153) *Vid.*, E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, quien señala que la existencia de un Derecho civil consuetudinario en estas Comunidades autónomas no parece que sea por sí sólo título suficiente para atribuirles competencia legislativa en materia civil, conforme a los términos en que viene establecida la atribución de tal competencia en el artículo 149.1.8.º C.E., principalmente porque no estamos ante un Derecho foral o especial con el significado que tiene esta expresión en la Constitución. Un caso singular, distinto de los anteriores sería para el autor el del Estatuto de la Comunidad de Valencia (L.O. 5/1982, de 1 de julio) en el que se establece: "La Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias [...] 2. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano" (art. 31.2). En este caso es claro, en principio, que la Comunidad valenciana carece de la necesaria premisa que establece el artículo 149.1.8.º C.E., como título de atribución de competencia legislativa en materia civil, esto es, la existencia actual de Derecho civil foral (*loc. cit.*, pp. 87-88); En el mismo sentido se manifiesta R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que habla de "nacimiento de un nuevo Derecho civil foral o especial: el Derecho civil valenciano" (*vid.*, *loc. cit.*, pp. 30-44); Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en la S.T.C. 121/1992 de 28 de septiembre, admite la competencia de la Comunidad autónoma valenciana en materia de legislación civil en base al artículo 149.1.8.º C.E. y al artículo 31.2 del Estatuto de autonomía de esta Comunidad. La Sentencia, en el Primero de sus Fundamentos jurídicos, cita el apartado primero del artículo 149.1.8.º C.E. y afirma que: "El amplio enunciado de esta última salvedad [Derechos civiles forales o especiales] permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria peexistentes a la Constitución [...]". La misma argumentación seguida por el Tribunal en esta Sentencia es la que recoge en la S.T.C. 182/1992, para admitir la constitucionalidad de la Ley 2/1986 del Parlamento de Galicia, de prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos.

una previsión por la que se “adopta e integra” en el ordenamiento autónomo respectivo el ordenamiento de las Compilaciones estatales (154). Pero estas reformas también han servido para superar los limitados campos (régimen sucesorio y económico matrimonial) en los que existía y tenía sentido la diversidad regulatoria, extendiendo a ámbitos materiales civiles diversos (155), apareciendo la teoría de las “instituciones conexas” (156).

Las *SS.T.C. 88/1993, de 12 de marzo y 156/1993, de 6 de mayo*, resultan suficientemente explicativas de este aspecto, al no vincular necesariamente la competencia autonómica al contenido de la respectiva Compilación u otras normas de su ordenamiento, permitiendo, en consecuencia, regular materias que ausentes de los textos originarios de éstas, guarden no obstante relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en ellas o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil (157).

La pretendida tesis “foralista”, que habría triunfado, según muchos autores, tras la Constitución, ha perdido su sentido y virtualidad desde el momento en que las Comunidades Autónomas han legislado, no sólo dentro de su ámbito normativo foral, al que está vinculado el reconocimiento de su competencia legislativa, sino también en el ámbito normativo no foral, donde debería imperar de modo omnicompreensivo para todas las Comunidades Autónomas la legislación civil común del Estado (158).

(154) *Vid.*, E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *loc. cit.*, pp. 92-93.

(155) Señalando A. CARRASCO PERERA, que el ejemplo catalán ilustra que el futuro de la legislación civil no estará en las Compilaciones, sino en leyes civiles separadas de las mismas. Con ello se propicia el efecto de liberarse de las barreras temáticas clásicas del Derecho civil compilado (fundamentalmente, familia y sucesiones). (*Vid.*, *op. cit.*, p. 55).

(156) *Vid.*, M. COCA PAYERAS, “El despliegue del artículo 149.1.8.º de la Constitución en el ámbito jurídico balear”, *D.P.C.*, núm. 2, 1994, pp. 48 ss.

(157) *Vid.*, F. J. LORENZO MERINO, “El Derecho civil de Galicia y la Constitución”, *D.P.C.*, núm. 2.º, 1994, pp. 86-87.

(158) Señalando E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, que la legislación civil común del Estado se extiende a todas las CC.AA., tanto a las que tienen Derecho civil foral,

3.º Las CC.AA. han hecho uso generoso de la posibilidad de regular fuentes del Derecho propio, hasta el punto de condicionar la aplicación supletoria del Derecho estatal (159).

4.º La C.E. cataloga al Derecho civil como un título competencial en el artículo 149.1.8.º; pero "Derecho civil", no es sólo un título competencial, sino también una materia normativa a la que se puede acceder y sobre la que se puede legislar a partir de otros títulos competenciales enumerados en los artículos 148 y 149 C.E. Se puede hacer Derecho civil tomando como título competencial el comercio interior o la protección del consumidor (*SS.T.C. 71/1982, 88/1986*), el urbanismo, las cooperativas, las fundaciones, la reforma agraria (*S.T.C. 37/1987*), la agricultura (en contra se manifiesta la *S.T.C. 182/1992*), la protección de menores (de hecho, todas las CC.AA. disponen ya de una ley propia de

189

como a las que carecen de él: a las no forales porque carecen de la necesaria premisa para el reconocimiento de la competencia legislativa en materia de Derecho civil; y a las forales por la razón de que la competencia que ostentan para legislar en materia de Derecho civil se les ha conferido por la Constitución para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil propio, no para legislar sobre otras materias civiles (no forales) que son tan extrañas a ellas como lo son al resto de las CC.AA., y cuya regulación, por ser obra de la competencia exclusiva del Estado, sin el límite de la foralidad que impone el artículo 149.1.8.º C.E., forma parte de la legislación civil común de España. (*Vid., loc. cit.*, pp. 99-100).

(159) Lo que crea, a juicio de A. CARRASCO PERERA, una inaceptable inseguridad y dosis gratuitas de futura discrecionalidad. (*Vid., op. cit.*, p. 55); Señalando J. L. LACRUZ BERDEJO, que los legisladores autonómicos no pueden establecer un Derecho supletorio diferente, en materia civil, del Código civil, pero si pueden reducir, y en el límite, evitar totalmente, la aplicación de las reglas del Código en el ámbito en que éste es realmente supletorio, y no de aplicación directa: es decir, en el ámbito de la competencia exclusiva de la Comunidad: para ello basta con legislar. (*Vid., Elementos...*, cit., t. I, p. 125); Desde la óptica opuesta, señala A. VAQUER ALOY, que el término "desarrollo", en cuanto implica incremento legislativo opera en un triple nivel: completando una normativa insuficiente, regulando *ex novo* una institución simplemente presente en el ordenamiento jurídico y, por fin, introduciendo nuevas instituciones con un articulado autónomo. Todo ello con la finalidad de tender al agotamiento de la materia civil objeto de competencia exclusiva para, de esta manera, hacer innecesaria la aplicación supletoria del Derecho civil estatal. (*Vid., loc. cit.*, p. 250).

protección de menores, en las que se afrontan cuestiones civiles propias del acogimiento y la adopción) (160). El resultado es que apoyándose en títulos competenciales específicos (161), pueden las CC.AA. producir normas que disciplinen relaciones jurídico privadas (162).

Es prácticamente imposible clasificar las materias normativas en compartimentos estancos; por el contrario, todas están profundamente interrelacionadas. Este hecho, unido a la imperfecta atribución competencial establecida por nuestra Constitución conduce a nuevas extralimitaciones por parte de las Comunidades autónomas, que, ya no sólo han legislado sobre Derecho civil careciendo de Derecho foral compilado; o, las que lo tenían se han excedido de sus contenidos normativos y de la más generosa de las interpretaciones de los términos “conservación, modificación y desarrollo”, sino que, además, amparándose en competencias exclusivas del artículo 148 han venido, en definitiva a regular materias reservadas exclusivamente al Estado.

Destacan en este punto las normas en materia de agricultura (163). Conforme al apartado primero del artículo 149 el Estado tiene competencia exclusiva respecto de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (n.º 13), la legislación básica sobre montes,

(160) *Vid.*, A. CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 56.

(161) Diferente es el supuesto de las competencias “compartidas”, entre el Estado –a través de la legislación básica o las bases de determinada regulación– y las Comunidades Autónomas –a través de la legislación de desarrollo–, que también puede plantear importantes conflictos competenciales, ante la imprecisión del artículo 149.1. C.E.

(162) Señala J. L. LACRUZ BERDEJO, que la Constitución española permite y todos los Estatutos han asumido algunas competencias sobre temas tales como reforma agraria, urbanismo, protección de consumidores y usuarios, comercio interior, fundaciones, cooperativas, etc. Algunas Comunidades han legislado ya sobre estas materias y sus normas, en muchos casos, disciplinan directamente relaciones entre particulares que suelen considerarse de Derecho civil. (*Vid.*, *Elementos...*, cit., t. I, p. 121); *Vid.*, también, E. RUBIO TORRANO, “Constitución y Derecho civil navarro”, *D.P.C.*, núm. 2, 1994, pp. 70-71.

(163) *Vid.*, F. J. LORENZO MERINO, *loc. cit.*, pp. 95-98.

aprovechamientos forestales y vías pecuarias (n.º 23 *in fine*), el régimen aduanero y arancelario y el comercio exterior (n.º 10) (164); por su parte, el artículo 148.1. señala que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de ordenación del territorio (n.º 3); además, el núm. 7.º también les atribuye en exclusiva “la agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía”; el núm. 8.º los montes y aprovechamientos forestales; el núm. 12.º las ferias interiores y el núm. 13 “el fomento del desarrollo económico de la Comunidad autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional” (165).

Es evidente que al amparo de estos títulos competenciales pueden dictarse normas que serán, en muchos aspectos, leyes civiles. ¿Cómo conciliar estas reglas del artículo 148 con el artículo 149.1.8.º? (166). Pensemos en el ejemplo de una Ley de Concentración Parcelaria; incide, desde luego, en la ordenación del territorio, y se refiere a una materia de “agricultura”, pero, no puede dejar de establecerse que es una ley civil, que afecta al derecho de propiedad privada sobre el suelo rústico y que puede tener importantes repercusiones jurídico-privadas, en el estatuto de la propiedad y derechos reales limitados sobre la misma, implicando también aspectos notariales y registrales (167).

191

(164) Vid., J. M. DÍAZ FRAILE, *El Derecho comunitario sobre estructuras agrarias y su desarrollo normativo en el Derecho español*, 1990, p. 137.

(165) Vid., J. M. DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, p. 138.

(166) Vid., S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades autónomas*, t. I, 1982, pp. 503 ss.

(167) Alarmante, cuanto menos, resulta la especulación de C. J. MALUQUER DE MOTES BERNET, sobre un hipotético Código catalán de Derechos reales que comprendería un planteamiento general sobre la pluralidad de las cosas, la regulación del derecho de propiedad y algunas de sus limitaciones, algunos derechos reales en particular, la prescripción adquisitiva o usucapión, la pluralidad de regímenes de organización de la propiedad, las limitaciones y las estructuras organizativas en materia agraria, como pueden ser la legislación sobre unidades mínimas de cultivo o las normas sobre desarrollo agrario; llegando incluso a imaginar un Código agrario y rural, que abarcaría estas últimas normas, la regulación sobre contratos agrarios y las nor-

Un caso especialmente patente es el constituido por la Ley andaluza de reforma agraria de 3 de julio de 1984. El Tribunal Constitucional, al resolver el recurso de inconstitucionalidad fundado, entre otros motivos, en la violación de la competencia estatal sobre legislación civil ha entendido, en la *S.T.C. de 26 de marzo de 1987* -f. j. 8.º-, que no es aceptable que “al socaire de una ordenación uniforme de la propiedad, puedan anularse las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entren en juego la propiedad y otros derechos de contenido patrimonial”. Señalando además que corresponde a quien tiene atribuida “la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido de la propiedad, establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad. Así hay que entenderlo en relación con la propiedad agraria, cuya regulación no puede ser arbitrariamente separada, como queda dicho, de la correspondiente a la materia de reforma y desarrollo agrario desde la óptica de los intereses generales” (168).

Más correcta, es, sin lugar a dudas, la argumentación establecida en la *S.T.C. 62/1991 de 22 de marzo*, que resuelve el recurso interpuesto contra la Ley 12/1984, de 28 de

mas que se creasen sobre arrendamientos agrarios y aparcería, juntamente con otras normas de producción agraria, calidad de productos agrarios, protección del medio rural, etc. (*Vid.* “Del artículo 149.1.8.º de la Constitución al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas”, *D.P.C.*, núm. 1.º, 1994, pp. 148-149).

(168) Critica J. L. LACRUZ BERDEJO, esta argumentación del T.C., que contrasta con otras sentencias anteriores del Tribunal, en relación a leyes de protección de consumidores o similares. Entendiendo que no se trata tanto de un cambio de puntos de vista como de la diferenciada consideración que merecen normas referidas a la propiedad inmueble y aun a la contratación agraria, cuyos efectos se agotan en principio en el marco territorial de la Comunidad, respecto de las que, al señalar límites a la libertad de contratación, más directamente condicionarían al tráfico de mercancías y prestación de servicios en un mercado más amplio y cuya unidad se ha de mantener. (*Vid.*, *Elementos...*, cit., t. I, p. 122). Sin embargo tal razonamiento de LACRUZ no puede dejar de parecerse insatisfactorio, ¿desde cuándo las normas referidas a la propiedad inmueble o a la contratación agraria agotan sus efectos en el territorio de una Comunidad autónoma?

diciembre, del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario. Todo el Derecho de los consumidores constituye también un contenido normativo muy complejo, en el que se mezclan aspectos administrativos y civiles que pueden hacer muy dudosa las competencias normativas. Por ello esta Sentencia tiene el acierto de distinguir entre la determinación del posible carácter administrativo o no de una cierta regulación contractual, de tal modo que si prevalece su consideración como regulación administrativa, la norma en cuestión no tiene por qué ser inconstitucional. Por contra, el establecimiento de los requisitos que debe cumplir un determinado tipo de contrato “incide de lleno en el derecho contractual, pues se está definiendo al fijarse unas obligaciones y un sistema de listado de exclusiones lo que se entiende por cláusulas abusivas en un determinado tipo de contrato”.

Distinción entre aspectos privados y administrativos de una regulación que puede ser aplicable también a otros campos como el de la agricultura y todo el ámbito del Derecho mercantil (169), que puede utilizarse como criterio de gran utilidad para delimitar el ámbito normativo propio de las Comunidades Autónomas –regulación de los aspectos administrativos– y el propio del Estado –regulación de los aspectos civiles–, en todas aquellas materias de difícil encuadramiento en el artículo 148 o en el artículo 149 C.E. (170).

Pero además de los preceptos constitucionales, es necesario, para tener un conocimiento pleno de la ordenación de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia agraria, acudir al estudio de las determinaciones contenidas en los Estatutos de autonomía respecti-

(169) *Vid.*, A. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO, “Modalidades de venta: competencias estatales, autonómicas y locales”, *D.P.C.*, núm. 5.º, 1995, pp. 23-26.

(170) *Vid.*, M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las bases de las obligaciones contractuales”, *D.P.C.*, núm. 1.º, 1994, pp. 169-170.

vos, e, incluso, a las determinaciones de los Decretos de Transferencias (171).

Si ya es suficientemente complejo el panorama competencial dentro de nuestras fronteras es necesario añadir un nuevo nivel competencial, el constituido por el Derecho de la Unión Europea, que goza de preferencia sobre el Derecho interno (172); sin embargo, y a pesar de lo que pudiera parecer lógico, el tercer nivel normativo no ha venido a aumentar las dificultades de determinación de la competencia legislativa en el ámbito civil; por el contrario, la primacía del Derecho comunitario y su creciente implantación, al menos en algunos ámbitos normativos, han hecho que la polémica competencial interna pierda contenido: pese al papel de las regiones en el desarrollo y ejecución del Derecho comunitario, es evidente que muchas competencias son ahora asumidas por la Unión Europea y que los Estados son los responsables del cumplimiento del Derecho comunitario.

Si bien es cierto que no puede decirse que el artículo 93 C.E. suponga una alteración de las normas sobre distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas, al atribuirse a órganos estatales —Cortes Generales o Gobierno— la facultad de garantizar la ejecución de los Tratados o de las resoluciones que emanen de las organizaciones supranacionales a cuyo favor se hayan transferido competencias constitucionales, incluso en caso de que tales competencias sean de titularidad autonómica; tampoco es razonable entender que, el hecho de que tal transferencia se haya de realizar mediante ley orgánica, le dota de igualdad de rango normativo respecto del procedimiento de reforma de los Estatutos de autonomía, por lo que resultan innece-

(171) *Vid.*, J. M. DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, p. 136 ss.

(172) *Vid.*, J. M. DÍAZ FRAILE, que distingue, desde el punto de vista del Derecho Comparado de los Estados miembros, dentro del principio de primacía del Derecho comunitario, entre primacía respecto de la ley nacional, y primacía respecto de las Constituciones nacionales (*op. cit.*, p. 109).

saría tal reforma explícita. Esta primera interpretación del artículo 93 C.E. debe entenderse superada, ya que lo que el precepto autoriza es que se transfiera a una organización supranacional “competencias derivadas de la Constitución”; esta transferencia comprende, en principio tanto competencias estatales como autonómicas, y por tanto, se podría afirmar que la adhesión supone una efectiva pérdida de poder para las Comunidades Autónomas, pero ello no supone que la concentración de poder resultante de las transferencias aludidas no pueda ir acompañada de un modelo organizativo de base descentralizada (173).

Por otra parte, el artículo 93 se refiere a la garantía del cumplimiento de las obligaciones internacionales, no al cumplimiento en sí, por lo que el Estado, en el desarrollo de esta función de garante, le corresponderán facultades de coordinación, impulso, vigilancia y, eventualmente, sustitución en caso de inactividad o actividad viciada de las instancias autonómicas en la ejecución de los actos jurídicos comunitarios (174).

Es cierto que la reserva al Estado de las relaciones internacionales (art. 149.1.3.º C.E.) no representa título competencial suficiente para atraer al ámbito de la acción directa del Estado cuanto, por afectar a la ejecución y cumplimiento del Derecho y de las decisiones comunitarias tenga particular relevancia internacional; pero es necesario también tener en cuenta que como afirma el artículo 93 C.E. “corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno según los casos –y por tanto al Estado–, la garantía del cumplimiento de estos tratados”; tratados en los que, como los de la Comunidad Europea, transfieren competencias derivadas de la Constitución. Es decir, el Estado, en cuanto responsable único ante las organizaciones internacionales y supranaciona-

(173) *Vid.*, S. MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, pp. 572 ss.

(174) *Vid.*, J. M. DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, p. 156; en relación con las garantías estatales en caso de incumplimiento autonómica del Derecho comunitario europeo, *Vid.*, principalmente, J. M. DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, pp. 164-184.

les de que sea parte, ha de tener medios para asegurar que internamente se cumplen los compromisos y cuanto derive de ellos, cualquiera que sea la modalidad de organización interna de los poderes políticos (175).

Un claro ejemplo de esta "clarificación competencial" viene constituido por la agricultura, cuya compleja atribución estatal o autonómica en el nivel normativo ya hemos tenido ocasión de examinar (176). Por otra parte, la agricultura es el sector en que el proceso de integración económica a nivel europeo ha ido más lejos. El artículo 39 apartado I del Tratado de Roma fija ciertos objetivos a lograr mediante una política agraria común y para alcanzar dichos fines la U.E. tiene, aunque no estén especificadas, amplias competencias en materia agrícola.

196 Los instrumentos de intervención de la U.E. pueden agruparse en dos corrientes: la política de precios y mercados y la política de estructuras (177). En cuanto a los precios y mercados, la U.E. actúa mediante Reglamentos (directamente aplicables en los Estados miembros); en lo que concierne a las estructuras, la U.E. ha definido, a través de Directivas, los principales objetivos para cada Estado, dejando a cada uno de ellos cierto margen de discrecionalidad en la realización de las políticas (178).

En relación con la participación de las Comunidades Autónomas en la formación del Derecho comunitario europeo es necesario distinguir claramente dos aspectos: por un lado, la intervención directa de las Comunidades Autónomas en los órganos de gobierno comunitarios y, por otro lado, su participación en la formación de las decisiones estatales

(175) *Vid.*, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, quien, sin embargo, entiende que ello no legitima por sí mismo para alterar esa organización interna, con su correspondiente distribución competencial. ("Papel de las Comunidades autónomas españolas en la P.A.C.", *R.D.A.A.*, núm. 18, 1992, p. 43).

(176) *Vid.*, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *loc. cit.*, p. 40.

(177) *Vid.*, J. M. DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, p. 103.

(178) *Vid.*, A. FIORITTO, "La administración de la agricultura en Italia y la P.A.C.", *R.D.A.A.*, núm. 18, 1992, pp. 35-36.

que han de contribuir, posteriormente, a la adopción de las decisiones comunitarias (179).

No hay todavía ninguna forma de participación directa de las regiones en la formulación de las políticas comunitarias; los sujetos integrantes de la U.E. son exclusivamente los Estados, quienes por medio de los representantes de su Gobiernos integran el principal órgano comunitario: el Consejo. Este dato, junto con la inexistencia de una legitimación procesal activa en favor de las Comunidades Autónomas para recurrir ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo respecto a los actos jurídicos regulados por el ordenamiento comunitario, arrojan suficiente luz para rechazar una participación autonómica en ese primer nivel (180).

La cuestión se plantea de modo diferente en el segundo nivel, ya no nos hallamos ante la representación estatal externa, sino ante una cuestión de orden interno: así, el Estado tendrá obligación de informar a las Comunidades Autónomas de las posiciones negociadoras que haya de defender España ante los órganos comunitarios para conformar, por medio de las correspondientes deliberaciones previas, la voluntad de tales órganos plasmada en normas jurídicas comunitarias (181). Por otra parte, debe tenerse en cuenta la experiencia de Derecho comparado (182).

En cuanto a la intervención autonómica en la ejecución del Derecho comunitario es necesario tener en cuenta que, durante muchos años, la doctrina pensó que el Estado era el único sujeto de Derecho capaz de establecer relaciones internacionales y negó así a las regiones la competencia administrativa de ejecución de normas comunitarias. Tal con-

(179) *Vid.*, J. M. DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, p. 157.

(180) *Vid.*, J. M. DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, p. 158.

(181) *Vid.*, J. M. DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, pp. 158-159.

(182) Así, en Alemania se establecieron diversos procedimientos de información y control en relación con las funciones públicas influidas por las decisiones de los órganos comunitarios, procedimientos que se residenciaban en el Consejo Federal Alemán. (*Vid.*, B. J. S. HOETJES, "El papel de los *länder* alemanes en la política agraria común", *R.D.A.A.*, núm. 18, 1992, pp. 54-56)

cepto ha ido cambiando en los últimos años, pero la esfera de la autonomía regional sigue siendo restringida (183). No

(183) Señala A. FIORITTO, para Italia, que, si bien las leyes de 9 de mayo de 1975, y de 10 de mayo de 1976, que recibían formalmente las directivas socioestructurales reconocían la competencia regional para ejecutar directivas a título legislativo y administrativo, la esfera de autonomía regional aparece muy restringida, bien porque el régimen de asistencia se regula detalladamente, bien porque la C.E.E., a la que se someten por la Presidencia del Consejo de Ministros las disposiciones adoptadas por las regiones, tienen facultades de control previo y sucesivo. La Ley de 22 de julio de 1975 y el d.p.r. de 24 de julio de 1977, confirmaron las transferencias a las regiones de funciones administrativas de aplicación de reglamentos y ejecución de directivas que el Estado "haya hecho suyas por ley". La formulación de la norma parece indicar que, en cuanto a las directivas, es necesaria una ley formal del Estado y, en consecuencia, no pueden entre tanto las regiones promulgar disposición alguna. Se prevé también un poder sustitutivo del Gobierno en caso de inejecución de las regiones. (*Vid., loc. cit.*, p. 36); Y. LEJEUNE, en Bélgica, señala como la Ley especial de reformas institucionales prevé una participación de los ejecutivos regionales, como asociados en las negociaciones de acuerdos internacionales en materias de su competencia; por su parte, la reforma de 8 de agosto de 1988, en su artículo 6.3.7.º obliga en adelante a la autoridad nacional a organizar una colaboración estructurada con los Ejecutivos interesados "para la preparación de las negociaciones y de las decisiones así como el seguimiento de los trabajos de las instituciones europeas relativos a las materias de competencia regional y a la política agrícola". Sin embargo, a diferencia de los ejecutivos comunitarios, los ejecutivos regionales no han podido nunca participar en reunión alguna del Consejo de las Comunidades europeas. Sin duda, la situación evolucionará -a juicio del autor- en los campos de la investigación científica y de la protección del medio ambiente en los que las responsabilidades políticas de las regiones belgas son importantes. En cambio, el centro de gravedad de la política continúa siendo nacional, de modo que la participación de los Ejecutivos regionales en un Consejo de "agricultura" no es pensable en el estado actual del reparto de poderes en Bélgica. (*Vid.*, "El papel de las regiones belgas en la P.A.C.", *R.D.A.A.*, núm. 18, 1992, pp. 51-52); En Alemania, a pesar de su posición en la Constitución, los *Länder* no existen en el plano jurídico internacional. Los tratados internacionales se basan siempre en la noción de la soberanía indivisible de los gobiernos nacionales. Los Tratados de Roma, como los demás Tratados, consideran a los gobiernos signatarios como representantes exclusivos y monolíticos de los Estados miembros, la división de poderes en los países, la descentralización o el federalismo, carecen de importancia formal para el estatuto del tratado: es asunto interno de los Estados y su soberanía se respeta en el Derecho internacional. Pese a ello, el poder formal constitucional del *Bundesrat* en la preparación de la posición alemana en la U.E. y el desarrollo de las políticas de la Unión es muy modesto, pero no completamente inexistente: es informado de todas las propuestas de la Comisión europea antes de ser asumidas por el Consejo de Ministros y existen mecanismos informales para reforzar la participación del *Bundesrat* en las políticas europeas. Con todo, los *länder* individuales tienen cada vez un mayor deseo de reforzar su posición, especialmente en circunstancias de rivalidad y conflicto de intereses entre ellos. (*Vid.*, B. J. S. HOETJES, *loc. cit.*, p. 55).

es mucho lo que las Regiones pueden hacer por sí solas; en materia de política no se admite una parcelación territorial de las medidas públicas de ordenación y promoción de la economía que tengan cierta importancia (184).

La doctrina jurídica se ha preguntado si la competencia en materia internacional del Estado predomina sobre la competencia agrícola de las regiones; en este sentido es básico partir de que es el Estado el que garantiza la ejecución de las obligaciones derivadas de la pertenencia a la Unión Europea (185). Sin embargo, no puede interpretarse el artículo 149.1.3.º C.E. —que atribuye al Estado la competencia en materia de relaciones internacionales—, en el sentido de que cualquier actividad de ejecución o desarrollo de las decisiones comunitarias forma parte de la materia de las “relaciones internacionales”, ya que por esta vía los órdenes competenciales de materias autonómicas podrían quedar absolutamente viciados en vía interpretativa. Por el contrario, debe entenderse, en una interpretación flexible del artículo 149.1.3.º C.E. y ambivalente del término “Estado”, que pueden distinguirse dos situaciones diferentes:

199

1.º Admitir la avocación al Estado de las competencias normativas y ejecutivas previstas en el Tratado de Adhesión, como consecuencia de ser el Estado el sujeto pasivo de las obligaciones asumidas en el plano internacional.

2.º Permanencia de dichas competencias en la esfera autonómica, si bien que las Comunidades Autónomas quedan sujetas al vínculo de no emitir normas que vulneren dichas obligaciones internacionales, así como la de actuar positivamente para dar pleno cumplimiento a las obligaciones internacionales (186).

(184) *Vid.*, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, *loc. cit.*, p. 40.

(185) *Vid.*, F. CHAUVIN, “La participación de las regiones francesas en la elaboración y ejecución de la política agrícola común europea”, *R.D.A.A.*, núm. 18, 1992, p. 31.

(186) *Vid.*, J. M. DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, pp. 153 ss.

En nuestro país, la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas no tiene que entenderse modificado por causa de la integración de España en la Comunidad; las CC.AA. siguen ostentando, formalmente, las mismas competencias que les correspondían en virtud de sus respectivos Estatutos (187). Pero el hecho de que en determinadas materias una gran parte de las decisiones que antes correspondían al Estado ahora hayan pasado a la Unión Europea no deja de tener una gran relevancia (188).

Merece destacarse en este sentido la acción del Derecho comunitario en materia de mejora de la eficacia de las estructuras agrarias. El Reglamento (C.E.E.) 797/85, del Consejo, de 12 de marzo de 1985, relativo a las mejoras de la eficacia de las estructuras agrarias, estableció objetivos para que los Estados Miembros, basándose en concepciones y criterios comunitarios, llevaran a cabo la acción común a través de sus propios medios legales, reglamentarias y administrativos, con objeto de contribuir a la mejora de las explotaciones agrarias mediante su modernización técnico-económica y la reorganización de sus estructuras, así como a la conservación del medio y de los recursos naturales de la agricultura.

Este Reglamento comunitario fue desarrollado, para su aplicación en España, por el Real Decreto 808/1987, de 19 de junio. Posteriormente, el Reglamento (C.E.E.) 797/85, del Consejo, fue modificado por el Reglamento (C.E.E.) 3808/89, del Consejo, lo que hizo necesario modificar también el Real Decreto 808/1987, que se llevó a cabo por el Real Decreto 376/1991, de 22 de marzo.

(187) *Vid.*, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *loc. cit.*, p. 43.

(188) Señala B. J. S. HOETJES, que los *länder* alemanes han visto el Acta Única como una "venta" de sus poderes por el Gobierno federal a las instituciones europeas, y sobre todo al Consejo Europeo (*vid.*, *loc. cit.*, p. 56); En España se planteó si el ingreso en la C.E.E. podía ser aprovechado por el Estado central para restar competencias e importancia a las CC.AA. (*vid.*, *R.D.A.A.*, núm. 8, 1987, p. 90).

Con posterioridad, el Reglamento (C.E.E.) 2328/91, del Consejo, de 15 de julio de 1991, ha derogado el Reglamento (C.E.E.) 797/85, y refundido en un único texto las normas y modificaciones introducidas en el mismo. En desarrollo de este Reglamento, para su aplicación en España, se dictó el Real Decreto 1887/1991, de 30 de diciembre. En este R.D. se muestra, se da una notable importancia al papel de las Comunidades Autónomas en todo lo referente a la determinación de las ayudas, en un notable esfuerzo de incrementar el papel de éstas, sin detrimento del ámbito competencial del Estado a fin de lograr los objetivos del Reglamento comunitario que se desarrolla (189).

Pese al papel todavía incipiente de las Comunidades Autónomas en el panorama comunitario, se prevé, en el futuro, una gran esfera de autonomía para las regiones (190), especialmente orientada hacia la consecución de la máxima eficacia de la actuación administrativa (191).

201

(189) *Vid.*, en este sentido, los artículos 5.b) y d); 6.2 párrafo 2.º; 8.2.º; 9.7.º; 10.1.º, párrafo 2.º; 13.3.º; 15.6.º; 16.2.º; 19.3.º y 4.º, *in fine*; 21.1.º; 22; 23; 24; 25.2.º y 3.º; 26.3.º, 4.º y 7.º; 27.5.º; 34.2.º; 35; 37-39; así como las DD.AA. 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª y 7.ª; y las DD.TT. 1.ª y 3.ª, del R.D. 1887/1991 de 30 de diciembre, sobre mejoras de la eficacia de las estructuras agrarias, en relación con la intervención de las Comunidades autónomas.

(190) La idea de una hipotética Cámara europea de las Regiones que viene impulsándose en algunos medios y especialmente por parte de los *Länder* alemanes, querría ser el medio de participación orgánica que todas las regiones de los Estados europeos en todas las grandes decisiones de la Unión Europea, como una tercera cámara, al lado de la de los Estados —el actual Consejo— y al lado de la de los pueblos de esos Estados —el Parlamento europeo—. Ese cauce participativo vendría a intentar recuperar al nivel europeo lo perdido, en su caso, a nivel de cada Estado, pero no podría evitar aquella reducción del peso representativo de cada región o el conjunto de las de cada Estado, como consecuencia evidente del elevado número de regiones que habrían de estar representadas en semejante Cámara. (*Vid.*, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *loc. cit.*, p. 44).

(191) *Vid.*, A. FIORITTO, *loc. cit.*, pp. 36-37; F. CHAUVIN, *loc. cit.*, p. 33; Señalando J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, que las competencias de ejercicio directo y autónomo por parte de las Comunidades autónomas en la ordenación y promoción económica de la agricultura no pueden ser sino de escasa consideración en el orden de la gran política, aunque tengan su importancia en el orden —no ajeno a la política— de la eficacia ejecutiva o de la administración, como, en efecto, lo viene poniendo de relieve la práctica. (*Vid.*, *loc. cit.*, p. 40).

VI. Superposición de conflictos de leyes en el espacio y en el tiempo: especial referencia al problema de la determinación de las unidades mínimas de cultivo

Tradicionalmente, cuando se han abordado los problemas de eficacia de las leyes se han tratado, separadamente, las cuestiones de los problemas de colisión de leyes en el espacio y en el tiempo; pero no puede desconocerse la posibilidad de que ambos conflictos se superpongan: sobre una misma institución jurídica pueden existir dudas sobre si es competente el Estado o las Comunidades Autónomas para regular la totalidad de la materia o algunas de sus cuestiones conexas; puede también suscitarse la duda si en defecto de normativa autonómica rige la estatal o nos hallamos en situación de vacío normativo, siendo inaplicable la institución en sí, mientras no haya normativa autonómica; cabe también que la determinación concreta de la institución en cuestión estuviera, en alguno de los ordenamientos, dictada al amparo de determinada normativa posteriormente derogada, dándose el caso de que la normativa posterior que regula la materia no hace declaración expresa sobre la vigencia o derogación de las disposiciones dictadas al amparo de una norma anterior que declara derogada, y se limita a reenviar a otro cuerpo normativo del mismo ordenamiento, o al otro ordenamiento su determinación o régimen jurídico.

Tal es la problemática que se ha producido en nuestro país en relación con el régimen de las unidades mínimas de cultivo.

Las unidades mínimas de cultivo vinieron definidas en España por el artículo primero de la Ley de 15 de julio de 1954 como aquéllas cuya extensión en secano sea la suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, y en cuanto a las de regadío situadas en zonas pluviosas, estableciendo que su límite mínimo sería el equivalente al señalado para el huerto familiar.

Con posterioridad a dicha Ley se dictó el Decreto de 25 de marzo de 1955, por el que se fijaron los límites máximos y mínimos entre los cuales deberían fijarse ulteriormente las citadas unidades, y la orden del Ministerio de Agricultura de 27 de mayo de 1958, por la que se señalaron por provincias y respectivos municipios las superficies de las unidades mínimas de cultivo en secano y regadío. La vigencia de esta orden —única normativa estatal que ha establecido la superficie de las unidades mínimas de cultivo hasta la fecha— fue expresamente declarada por la Ley de 14 de abril de 1962 sobre explotaciones familiares, que preveía la sustitución de estas unidades por las unidades mínimas de explotaciones familiares, que no llegaron nunca a determinarse; esta Ley fue derogada por la de 21 de julio de 1971, creadora del IRYDA.

La regulación de las unidades mínimas de cultivo ha estado siempre vinculada a determinados aspectos notariales y registrales, a fin de garantizar su efectivo cumplimiento y evitar los fraccionamientos por debajo de su extensión. Así, el Decreto de 22 de septiembre de 1955, establecía en su artículo 2 que los Notarios y Registradores de la propiedad harían constar en el título y en la inscripción, respectivamente, el derecho de adquisición preferente en favor de los colindantes cuando autorizasen o inscribiesen segregaciones o divisiones de fincas que resultasen inferiores a la unidad mínima de cultivo. La Ley de Concentración Parcelaria de 8 de noviembre de 1962 perpetuó, para las fincas concentradas, la nulidad radical y absoluta de los actos y contratos que dieran lugar a fincas inferiores a la unidad mínima establecida, prohibiendo expresamente a los Notarios autorizar documentos que pudieran contener tales divisiones.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario da nueva regulación al régimen de las unidades mínimas de cultivo en el título tercero del libro segundo, artículos 43 a 48; conforme al número primero del artículo 43 se establecía que: “Por Decreto del Gobierno, dictado a propuesta del Ministerio de

Agricultura, previo proyecto del Instituto, elaborado a la vista de los informes de la Delegación Provincial de Agricultura y de la Cámara Oficial Sindical Agraria, se señalará y revisará la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y para el regadío de las distintas zonas o comarcas de cada provincia” (192). Sin embargo, tal Decreto nunca se dictó y se planteó la duda de si el artículo 43 L.R.D.A. había querido derogar la Orden de 27 de mayo de 1958, originándose entonces un vacío normativo o, por el contrario, continuaba vigente.

La Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, de 4 de julio de 1995, deroga el régimen de las unidades mínimas de cultivo contenido en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y establece en su título segundo –arts. 23 a 27– el régimen vigente de unidades mínimas de cultivo. El artículo 23, determina la unidad mínima de cultivo como la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la

(192) El artículo 44 establecía que la división o segregación de una finca rústica sólo sería válida cuando no diera lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. Excepcionalmente, se permitía la división o segregación: 1.º Si se trataba de cualquier clase de disposición en favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación no resultara un mayor número de predios inferiores a la unidad mínima de cultivo. 2.º Si la porción segregada se destinaba de modo efectivo, dentro del año siguiente, a cualquier género de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario. 3.º Si los predios inferiores a la unidad mínima de cultivo que resultaran de la división o segregación se destinaban a huertos familiares de las características que se determinaran reglamentariamente. El artículo 45 establecía en su punto primero que, cuando de algún modo se infringiera lo prevenido en el artículo anterior, los dueños de las fincas colindantes con las parcelas que resultaran de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo tendrían el derecho de adquirirlas, cualquier que fuera su poseedor, y a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, por el justo precio que, a falta de acuerdo, se determinara judicialmente. El artículo 47.1 establecía que en toda inscripción de finca rústica se expresaría entre circunstancias, que sólo podía ser susceptible de división o segregación respetando la unidad mínima de cultivo.

comarca o zona, señala en su párrafo segundo que: “Corresponde a las Comunidades Autónomas determinar la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y para regadío en los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial” (193).

Esta normativa debe complementarse con el artículo 16.1 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, conforme al cual: “En las transferencias de propiedad, divisiones y segregaciones de terrenos en esta clase de suelo [no urbanizable] no podrán efectuarse fraccionamientos en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, o en otra aplicable, para la consecución de sus correspondientes fines”.

La norma tiene por finalidad mantener la vinculación del suelo no urbanizable a la función que se le entiende asignada, esto es, a la explotación natural de sus recursos, manteniéndola al margen de la actividad urbanizadora. A tal efecto se realiza una remisión en bloque a la legislación agraria, como legislación especial, que se estima competente para regular los requisitos de idoneidad que han de cubrir

(193) El artículo 24.2 sanciona con la nulidad y la falta de producción de efectos los actos y negocios que impliquen divisiones o segregaciones de fincas rústicas que den lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. El artículo 25 establece cuatro excepciones a estas divisiones o segregaciones: 1.º Si se trata de cualquier clase de disposición en favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación, tanto la finca que se divide o segrega como la colindante no resulte de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. 2.º Si la porción segregada se destina de modo efectivo, dentro del año siguiente a cualquier tipo de edificación o construcción permanente a fines industriales o a otros de carácter no agrario, siempre que se haya obtenido la licencia prevista en la legislación urbanística y posteriormente se acredite la finalización de la edificación o construcción en el plazo que se establezca en la correspondiente licencia, de conformidad con dicha legislación. 3.º Si es consecuencia del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad establecido en la legislación especial de arrendamientos rústicos. 4.º Si se produce por causa de expropiación forzosa de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa. El artículo 26 establece que en toda inscripción de finca rústica en el Registro de la Propiedad se expresará, entre otras circunstancias, que sólo puede ser susceptible de división o segregación respetando la extensión de la unidad mínima de cultivo.

los predios para su adecuada explotación. Pero, desde un punto de vista práctico, si de lo que realmente se trata es de prohibir parcelaciones rústicas que contradigan la legislación agraria, a los fines de ésta, no hacía falta declaración alguna al efecto, puesto que para que las leyes sean observadas no son necesarias otras que así lo digan (194).

No tiene mucho sentido esta remisión normativa; el artículo 16.1 de la Ley del Suelo no viene a añadir una sanción más enérgica a la que establece la legislación agraria, puesto que la técnica remisoria seguida por la Ley del Suelo conduce a que debe aplicarse la sanción prevista por la legislación agraria como ley especial. Podía interpretarse que la disposición del artículo 16.1 de la Ley del Suelo tiene la virtualidad de impedir o dificultar que con arreglo a la legislación urbanística puedan practicarse divisiones de terrenos por debajo de las unidades mínimas de cultivo; pero la remisión que la Ley del Suelo hace en este punto a la Legislación Agraria da lugar a un “reenvío de retorno”, que hace inoperante el efecto que se propone; en efecto, una de las excepciones establecidas en el artículo 25 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias a la prohibición de realizar divisiones o segregaciones de una finca rústica cuando den lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo es que la porción segregada se destine de modo efectivo dentro del año siguiente a cualquier tipo de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario, siempre que haya obtenido la licencia prevista en la legislación urbanística y posteriormente se acredite la finalización de la edificación o construcción, en el plazo que se establezca en la correspondiente licencia, en conformidad con la legislación urbanística. Añadiéndose que: “A los efectos del artículo 16 del Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se

(194) *Vid.*, C. G. LÓPEZ-MULLER Y GÓMEZ, “Ordenación y uso del suelo rústico”, *R.D.A.A.*, núm. 25, 1994, p. 19.

aprueba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, no se entenderá vulnerada la legislación agraria, cuando la transmisión de la propiedad, división o segregación tenga el destino previsto en este apartado”.

La técnica legislativa no puede ser más defectuosa: la Legislación urbanística remite a la agraria en lo referente a los fraccionamientos en suelo rústico; a su vez la Legislación agraria establece como excepción a la prohibición de fraccionamientos que den lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, lo dispuesto en la legislación urbanística en lo relativo a la obtención de licencia y acreditación de la finalización de la edificación o construcción a que debe destinarse la porción segregada dentro del año siguiente. Es evidente que así planteada, la efectividad de la remisión del artículo 16.1 de la Ley del Suelo, en su finalidad de evitar actividades inmobiliarias frustradas o de dudosa realización que pudiesen tener como efecto intencionado el surgimiento de fincas rústicas inferiores a las unidades mínimas de cultivo, es muy remota (195).

207

Pero no es éste el único problema que plantea el régimen de las unidades mínimas de cultivo. El artículo 23 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias dispone que corresponde a las CC.AA. determinar la extensión de la unidad mínima de cultivo. Ya antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley hubo Comunidades autónomas que legislaron sobre el tema, algunas de las cuales establecieron la extensión de la unidad mínima de cultivo.

Si bien pueden acogerse las Comunidades autónomas al artículo 148.1 regla 3.^a que les atribuye competencia exclusiva para la ordenación de su territorio, para regular la extensión de la unidad mínima de cultivo en su territorio, no es tan claro que puedan regular otros aspectos que se refieran no ya a la determinación de la extensión sino al régi-

(195) *Vid.*, C. G. LÓPEZ-MULLER Y GÓMEZ, *loc. cit.*, p. 20.

men jurídico de las unidades mínimas de cultivo; es decir, a cuestiones como los supuestos excepcionales en que se admiten divisiones o segregaciones que dé lugar a parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo, la sanción que conlleva la realización de tales fraccionamientos prohibidos, o los aspectos notariales y registrales tendentes a asegurar la efectividad de tales prohibiciones; todas estas cuestiones atañen a aspectos de legislación civil que es competencia exclusiva del Estado, especialmente lo referente a la ordenación de los registros e instrumentos públicos (196).

Sin embargo, las leyes autonómicas han regulado todos estos aspectos difícilmente encuadrables en el ámbito de su competencia exclusiva. En la Comunidad de Madrid, la Ley sobre Medidas de Disciplina Urbanística de 10 de febrero de 1984 establece en su artículo 14 la sanción de nulidad de pleno derecho de las parcelaciones rústicas que se realicen sin autorización y las que no se acomoden a lo dispuesto en la Legislación agraria, en la propia Ley de Disciplina y demás disposiciones aplicables; se establece además, como excepción, que sólo se permite la autorización de parcelaciones rústicas por debajo de la unidad mínima de cultivo cuando así lo permite un instrumento de planeamiento referido al medio físico y se establece que Notarios y Registradores no podrán autorizar e inscribir respectivamente escrituras de parcelación de terrenos sin que se acredite

(196) Señala F. LÓPEZ RAMÓN, que la única mención directa de la ordenación del territorio se encuentra en el artículo 148.1.3 C.E. dentro de la lista de competencias que podían asumir todas las Comunidades autónomas. Ningún Estatuto de autonomía ha dejado de utilizar esta posibilidad y de caracterizar la correspondiente competencia en términos de exclusividad; esto significaría que todos los poderes legislativos, reglamentarios y ejecutivos, relativos a la ordenación del territorio pertenecerían a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, parece evidente, el juicio del autor, que las Comunidades Autónomas no disponen de la totalidad de las competencias en materia de ordenación del territorio, si esta función pública debe tener un alcance tan amplio como el previsto en las leyes autonómicas. Desde diversas perspectivas doctrinales se ha subrayado la incidencia sobre las competencias autonómicas de ordenación del territorio de diversas competencias del Estado, conforme al listado del artículo 149.1 de la Constitución. (Vid., *Estudios jurídicos sobre ordenación del territorio*, 1995, pp. 41-42).

previamente el otorgamiento de licencia que los primeros deberán testimoniar en el documento.

La superficie de las unidades mínimas de cultivo fue establecida por el Decreto 65/1989 de 11 de mayo; se añade, además, como requisito para que puedan autorizarse las parcelaciones rústicas que las parcelas resultantes, no sólo no sean inferiores a la unidad mínima de cultivo, sino que se destinen a fines agrícolas, forestales o ganaderos. Se permiten no obstante las segregaciones inferiores a la unidad mínima de cultivo en casos de agrupación simultánea a finca colindante o resultante de expropiación forzosa. Posteriormente, la orden de 9 de marzo de 1992 ha venido a desarrollar el Decreto estableciendo que únicamente tendrá la consideración de finca independiente, la inscrita bajo un sólo número en el Registro de la Propiedad, aunque esté constituida por varias parcelas, colindantes o no, conforme al artículo 8 de la Ley Hipotecaria. Asimismo, se establece que los Notarios y Registradores podrán autorizar e inscribir, respectivamente, las escrituras de división de terrenos, sin que se acredite la licencia de parcelación, en aquellos supuestos que conste fehacientemente que la fecha de la parcelación fue anterior al 1 de marzo de 1984.

209

En Cataluña, de acuerdo con el Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, sobre legislación urbanística, en las transferencias de propiedad, divisiones y segregaciones de terrenos rústicos no podrán efectuarse fraccionamientos en contra de lo dispuesto en la Legislación Agraria y Forestal. Las unidades mínimas de cultivo fueron reguladas mediante Decreto de la Generalidad 169/83, de 12 de abril, modificado por el Decreto de 21 de marzo de 1985, y por el Decreto de 27 de julio de 1988; el Decreto de 23 de enero de 1990 fija la unidad mínima forestal.

En el Principado de Asturias, de acuerdo con los artículos 98 a 101 de la Ley 4/89, de 21 de julio, sobre Ordenación Agraria y Desarrollo Rural, se regula el régimen de las unidades mínimas de cultivo, cuya fijación se hace por De-

creto 84/1992, de 30 de diciembre, que determina la unidad mínima de cultivo agrícola y forestal. La infracción del régimen de unidades mínimas de cultivo origina un derecho de adquisición preferente en favor de los colindantes.

Para Cantabria rige la Ley 4/90, de 23 de marzo, reguladora de la concentración parcelaria, conservación de obras, unidades mínimas de cultivo y fomento de explotaciones rentables. Esta norma fija la superficie de las unidades mínimas de cultivo en secano y en regadío, para los distintos términos municipales de la Comunidad. También se establecen normas sobre procedimiento para su revisión.

En Canarias, las parcelas mínimas a efectos de segregaciones y divisiones se establecieron con carácter provisional por orden de 9 de junio de 1987; en la actualidad vienen determinadas por el Decreto 58/1994, de 22 de abril.

210

En Castilla-León, la Ley 14/1990, de 28 de noviembre, regula la concentración parcelaria de nuestra Comunidad. En materia de unidades mínimas de cultivo, establece dicha norma que no será válida la segregación o división que no respete su régimen, añadiéndose que no producirán efecto entre las partes, ni respecto a terceros, los actos o contratos por cuya virtud se efectúen dichas divisiones. Se impone, asimismo, la obligación del notario de abstenerse de autorizar el documento si la división o segregación resultase ilegal (197). La extensión de las unidades mínimas de cultivo se fijó en el Decreto 76/84, de 16 de agosto.

Ninguna otra Comunidad ha regulado, hasta el momento, la extensión de la unidad mínima de cultivo en su territorio (198), ¿se entenderá aplicable entonces la normativa estatal

(197) *Vid.*, artículos 9 a 15 de la Ley 14/1990 de 28 de noviembre.

(198) En Galicia, la Ley 10/85, de 14 de agosto, sobre Concentración Parcelaria, establece en su artículo 3.2 la indivisibilidad de las parcelas de extensión inferior al doble de la indicada como mínima en el acuerdo de concentración; el artículo 51 de la Ley 11/85, de 22 de agosto, de Adaptación de la Ley del Suelo a Galicia establece la invalidez de las segregaciones o divisiones inferiores a la unidad mínima de cultivo una vez finalizada la concentración. En Valencia, la Ley 4/90, de 5 de junio, señala los supuestos en los que no cabe realizar ni autorizar divisiones o segregaciones

como supletoria o se entenderá que no existe normativa que restrinja la libertad para efectuar cualquier tipo de división o segregación en suelo rústico? (199). El problema pasa por determinar si existe normativa estatal vigente.

En favor de la vigencia de la orden de 27 de mayo de 1958, se ha dicho, que la disposición derogatoria de la Ley

de fincas, entre los que se incluyen aquellos que pudieran dar lugar a la creación de un mayor número de fincas que sean inferiores a la unidad mínima de cultivo establecida reglamentariamente, o, a falta de esta previsión, se creen un mayor número de fincas inferiores a la parcela mínima fijada para la realización de usos y aprovechamientos previstos por la Ley. El artículo 10 de esta Ley exige una superficie mínima de una hectárea por vivienda para la parcela que se fije el planeamiento, en relación con las viviendas unifamiliares que puedan realizarse en suelo no urbanizable. En Baleares, el artículo 27 de la Ley 10/90, de 23 de octubre, sobre Disciplina Urbanística tipifica entre las infracciones urbanísticas los cierres de parcelas en suelo no urbanizable cuando la división o segregación se hubiere efectuado en contra de lo que disponga la Legislación Agraria en materia de unidades mínimas de cultivo o del planeamiento urbanístico. En Andalucía, de acuerdo con el artículo 5.4 de la Ley de Reforma Agraria, corresponde al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía fijar la extensión de las unidades mínimas de cultivo para la comarca, a propuesta del Consejero de Agricultura y Pesca, previo informe del Instituto Andaluz de Reforma Agraria. El reglamento para la ejecución de dicha Ley prevé que en los Decretos de actuación comarcal de reforma agraria se contenga, en su caso, la fijación de unidades mínimas de cultivo y de montes. En Navarra, el Decreto 191/88, de 23 de junio, sobre medidas complementarias para la protección de la legalidad urbanística preceptúa la necesidad de licencia municipal o concejil para las segregaciones y divisiones de parcelas situadas en suelo no urbanizable o urbanizable no programado, admitiéndose que puedan concederse aun por debajo de las unidades mínimas de cultivo cuando lo permita el planeamiento vigente. No se permiten, sin embargo, parcelaciones en suelo no urbanizable de alta productividad agrícola o ganadera que den lugar a parcelas inferiores a las unidades mínimas de cultivo. En Murcia, la Ley 12/86, de 20 de diciembre, de medidas para la protección de la legalidad urbanística, para el suelo no urbanizable, el artículo 6.4 contempla el supuesto de otorgamiento de escrituras que contengan divisiones o segregaciones de fincas situadas en suelo no urbanizable o realizadas en contra de lo dispuesto en la Legislación agraria estableciendo que el notario, al autorizarlas, hará las advertencias expresas correspondientes; asimismo el artículo 7.2 prevé la práctica de nota marginal en el registro para hacer constar esta circunstancia. (*Vid.*, C. G. LÓPEZ-MULLER Y GÓMEZ, *loc. cit.*, pp. 24-26).

(199) En Aragón, las órdenes por las que se aprueban las normas subsidiarias y complementarias de los municipios sin plan de Zaragoza, Huesca y Teruel exigen licencia para la división o segregación de fincas rústicas, fijando la superficie de la unidad mínima de cultivo por remisión a la orden del Ministerio de Agricultura de 27 de mayo de 1958. Sin embargo, señala C. G. LÓPEZ-MULLER Y GÓMEZ, que estas disposiciones, por la vía que se establecen, resultan de más que dudosa aplicabilidad. (*Vid.*, *loc. cit.*, p. 25).

de Reforma y Desarrollo Agrario sólo se extiende a aquellas normas referentes a estructuras agrarias de carácter general y con rango de Ley, pero no a las complementarias de rango inferior, lo que hubiera originado un vacío normativo que resultaría contrario al principio de conservación de las normas. Esta solución fue la establecida en la *S.T.S. de 10 de marzo de 1986* que expresamente estimó la vigencia de la orden “por no quedar comprendida en la derogación prevista en 1971 y operada en 1973 y que afecta únicamente a las disposiciones con rango de Ley relativas a la colonización, ordenación rural o concentración parcelaria, mas no a las disposiciones de rango inferior [...]” (200).

Por el contrario, se manifiestan contrarias a la aplicabilidad de la orden de 1958 las *SS.T.S. de 10 de mayo de 1980* y *11 de mayo de 1988*. En la primera considera el T.S. que la Orden Ministerial se publicó como consecuencia de la primitiva Ley de unidades mínimas de cultivo de 1954, por lo que al haber sido ésta expresamente derogada por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 tal derogación ha de llevar consigo necesariamente la de la orden de 1958 “pues sabido es que el espíritu derogatorio de una Ley ha de alcanzar, si la nueva ley no dijese expresamente lo contrario, a las disposiciones de inferior rango dependientes de la derogada, como lo son las aclaratorias, complementarias o dictadas para la ejecución de las mismas, y esta condición tiene la Orden Ministerial de 1958 en relación con la Ley de 1954”. A esta misma conclusión lleva la segunda sentencia, al establecer que: “por el juego derogativo resultante de la incidencia de la Ley de 12 de enero de 1973 sobre la de 15 de julio de 1954 y la orden de 27 de mayo de 1954 [...]”.

(200) F. CORRAL DUEÑAS se manifiesta favorable a esta interpretación del Tribunal Supremo y entiende que la legislación de unidades mínimas de cultivo cuenta con las precisas disposiciones legales y reglamentarias en pleno vigor y suficientes como para hacer posible su eficacia. (*Vid.*, “Las unidades de cultivo ante el Tribunal Supremo”, *R.C.D.I.*, núm. 572, 1986, p. 815).

La disposición derogatoria de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario se limita a recoger, en su número uno, una serie de Leyes y Decretos-Leyes que expresamente se declaran derogados, y a añadir, en su número dos, como fórmula de cierre que quedan igualmente derogadas las disposiciones de carácter general con rango de ley relativas a la colonización, ordenación rural o concentración parcelaria. En ningún momento se dice que sólo o exclusivamente queden derogadas las normas con rango de Ley que se aluden; pero frente a la opinión de que la derogación alcanzará también a cuanto en cualesquiera otras leyes anteriores resulte incompatible, así como a las disposiciones de rango inferior a Ley que traigan causa de las derogadas (201), es necesario señalar que estas disposiciones de rango inferior dictadas al amparo de normativa derogada sólo pueden entenderse derogadas cuando sean contrarias a la norma legal posterior (202).

213

No ha sido en absoluto infrecuente en los cambios legislativos en materia civil que, dictada una nueva ley que derogaba a una anterior en la materia no se establecía, sin embargo, el reglamento de aplicación de dicha ley, de modo que, salvo incompatibilidad con la nueva regulación, se entendía subsistente el reglamento aplicativo de la ley derogada.

(201) *Vid.*, C. G. LÓPEZ-MULLER Y GÓMEZ, *loc. cit.*, p. 22; en contra, para F. CORRAL DUEÑAS, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario sólo derogó las disposiciones de rango legal, *vid.*, *loc. cit.*, p. 816.

(202) Es necesario también tener en cuenta, que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 es un texto refundido, que incorpora, en sus artículos 43-48 el contenido de la Ley de 1954, operación que no puede afectar a la vigencia de los reglamentos de desarrollo de dicha ley. En contra, señala C. G. LÓPEZ-MULLER Y GÓMEZ, que la propia Ley reconoce expresamente no haberse conformado con la simple refundición de textos legales y prevé su propio desarrollo en la materia mediante la promulgación de un Decreto del Gobierno, por el que debía señalarse y revisarse la extensión de las unidades mínimas de cultivo, fijando distintas condiciones para su elaboración (*vid.*, *loc. cit.*, p. 22); Pero, lo cierto es que ese Decreto no llegó a dictarse y la única normativa que fija la extensión de las unidades mínimas de cultivo viene constituida por la orden de 1958, que no puede considerarse incompatible con la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Se hace necesario distinguir entre las disposiciones de rango inferior que por ser interpretativas o complementarias de una disposición derogada no pueden subsistir a la norma que les sirve de fundamento y aquellas otras de carácter aplicativo que pueden independizarse de su norma originaria y servir a la efectividad de una norma posterior, cuando ésta carece de desarrollo normativo y no sería aplicable sin su subsistencia. Es el caso de la orden de 1958, sin la cual no puede ser aplicable el régimen de unidades mínimas de cultivo contenido en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, ni el establecido en la reciente Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, al ser la única norma estatal que determina la extensión de las unidades mínimas de cultivo. La alternativa es inaplicar toda la institución de las unidades mínimas, con las perjudiciales consecuencias que podía tener para la agricultura la libre división o segregación del suelo rústico.

Tampoco puede alegarse la falta de vigencia de la orden de 1958 por un problema de insuficiencia de rango, al exigir el artículo 43.1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario la promulgación de un Decreto para el señalamiento de la extensión de las unidades mínimas de cultivo (203), ya que la orden de 1958 fue dictada en desarrollo del Decreto de 25 de marzo de 1955 (204), norma que podría entenderse vigente en defecto de regulación posterior y que serviría de cobertura normativa suficiente a la Orden de 1958 (205).

(203) Vid., C. G. LÓPEZ-MULLER Y GÓMEZ, *loc. cit.*, p. 22.

(204) Esta norma fijaba unos límites mínimos y máximos entre los que estaría comprendida la extensión de las unidades mínimas de cultivo en las distintas provincias de secano. En terrenos de regadío la extensión de la unidad mínima de cultivo debía estar comprendida, en todo el territorio español, dentro de los límites de cero coma veinte hectáreas y una hectárea.

(205) Conforme al artículo 6 del R.D. de 25 de marzo de 1955: "Se faculta a los Ministerios de Justicia y Agricultura para que dentro de su respectiva esfera de competencia dicten las disposiciones complementarias necesarias para el cumplimiento de lo que se dispone en el presente Decreto".

Si puede ser razonable la crítica que señala la falta de actualidad de los criterios que tuvo en cuenta la orden de 1958 para fijar la unidad mínima de cultivo (206), pero la solución debe venir por una nueva determinación normativa de la extensión y no por la inaplicación de una norma, que, aplicando criterios razonables de teoría general de la norma jurídica en materia derogatoria, puede considerarse subsistente (207).

(206) *Vid.*, C. G. LÓPEZ-MULLER Y GÓMEZ, *loc. cit.*, p. 22.

(207) En contra, señala C. G. LÓPEZ-MULLER Y GÓMEZ, que, faltando determinación de la extensión de las unidades mínimas de cultivo, el régimen se muestra carente de efectividad. Residualmente, será aplicable en aquellas autonomías que de acuerdo con la Ley aplicable en la Comunidad establezcan la medida de dichas unidades. (*Vid.*, *loc. cit.*, p. 22).

A) Informes y comunicaciones

LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN EL PRESTAMO Y CREDITO BANCARIOS

JOSÉ MANUEL RAPOSO FERNÁNDEZ

*Juez de Primera Instancia e Instrucción
Doctorando*

219

SUMARIO: **I.** DELIMITACIÓN DE LOS CONTRATOS OBJETO DE ANÁLISIS. **II.** LEGISLACIÓN APLICABLE. **A)** Normativa general. **B)** Normativa especial. **1)** *Disposiciones que imponen límites y obligaciones a las Entidades de Crédito.* **2)** *Disposiciones que garantizan los derechos de los consumidores y usuarios.* **III.** CONTROL DE LEGALIDAD. **A)** El comportamiento precontractual. **1)** *Publicidad veraz, información previa transparente y oferta vinculante.* **2)** *El ejemplo representativo.* **3)** *La libre elección de Notario.* **4)** *Asesoramiento notarial y proyecto de escritura.* **B)** Las cláusulas abusivas. **1)** *Cláusulas que afectan al contenido obligacional del préstamo.* **2)** *Cláusulas que afectan al elemento real del contrato hipotecario.* **3)** *Cláusulas que operan sobre las garantías procesales.* **4)** *Cláusulas que inciden en obligaciones*

accesorias de la principal inherente al préstamo. 5) Cláusulas de efecto exorbitante al contrato. C) Otras técnicas contractuales defraudatorias. 1) La llamada "venta en garantía" en sustitución de la hipoteca. 2) El pagaré cambiario en sustitución del contrato. IV. LA IMPUGNACIÓN DEL CONTRATO ABUSIVO. V. CONCLUSIONES.— Nota bibliográfica.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

a) *Normativa:*

- A.C.G.Ct.: Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación (segunda redacción propuesta por la Comisión General de Codificación) de 3 de noviembre de 1987.
 C.C.: Código Civil de 24 de julio de 1889.
 C.E.: Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
 C.Cm.: Código de Comercio de 22 de agosto de 1885.
 C.C.P.R.: Código Civil de Puerto Rico de 18 de agosto de 1930.
 C.P.: Código Penal de 14 de septiembre de 1973.
 L.C.Cs.: Ley de Crédito al Consumo de 23 de marzo de 1995.
 L.D.I.E.C.: Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 29 de julio de 1988.
 L.E.C.: Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.
 L.G.D.C.U.: Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984.
 L.G.P.: Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988.
 L.H.: Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946.
 L.R.U.: Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908.
 L.S.M.P.H.: Ley sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios de 30 de marzo de 1994.
 O.T.P.H.: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios.
 R.N.: Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944.
 R.H.: Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947.

b) *Publicaciones:*

- B.I.M.J.: Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
 B.O.E.: Boletín Oficial del Estado.
 R.D.B.B.: Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
 R.D.N.: Revista de Derecho Notarial.
 R.J.N.: Revista Jurídica del Notariado.

c) *Organismos:*

- C.G.Cd.: Comisión General de Codificación.
 C.G.N.: Consejo General del Notariado.
 D.G.R.N.: Dirección General de los Registros y del Notariado.
 T.C.: Tribunal Constitucional.
 T.S.: Tribunal Supremo.
 U.I.M.P.: Universidad Internacional Menéndez y Pelayo.

I. Delimitación de los contratos objeto de análisis

Centramos nuestro examen en aquellos contratos por los que un Banco o Entidad de Crédito presta una determinada cantidad de dinero, asumiendo el prestatario la obligación de su restitución, una vez vencido el plazo pactado, y con la obligación accesoria de abonar los intereses convenidos. Esta modalidad del préstamo presenta los caracteres de ser un contrato de adhesión escrito, real, unilateral, traslativo del dominio, de tracto único y oneroso. Se documenta en escritura pública autorizada por Notario, en la que, simultáneamente, se constituye hipoteca en garantía de la obligación, aunque también es frecuente (si se trata de un préstamo "personal", normalmente de menor duración e importancia económica) que se documente en póliza intervenida por Corredor de Comercio en la que suelen prestar garantía avalistas o fiadores solidarios del deudor. En cualquier caso, el hecho de que el prestamista sea un Banco otorga al contrato naturaleza mercantil, como ha declarado el T.S. en su Sentencia de 9 de mayo de 1944, en contra de lo que absurdamente se puede deducir del artículo 311 C.Cm. en el supuesto de que el prestatario no destine el dinero recibido a actos de comercio. En consecuencia, diremos, con RODRIGO URÍA (1), que siempre que el concedente sea un Banco u otra Compañía de Crédito el préstamo es mercantil, sea o no empresario el prestatario y destine o no el dinero a operaciones comerciales o industriales, con la consecuencia de resultarle aplicable lo dispuesto, acerca del préstamo mercantil, en los artículos 312 y siguientes del mencionado Cuerpo Legal.

En los mismos términos que al contrato de préstamo también nos referiremos aquí al contrato de apertura de crédito, que URÍA (2) define como "aquél por el que el

(1) *Vid. Derecho Mercantil*, 14.^a Ed., Madrid, 1987, pág. 654.

(2) *Vid. Ob. cit.*, pág. 669.

Banco concede crédito al cliente (acreditado) por un cierto plazo y hasta una suma determinada, obligándose, a cambio del percibo de una comisión, a poner a disposición de dicho cliente, dentro de ese límite, las cantidades que le reclame en el plazo fijado". Esta modalidad contractual casi siempre adopta la forma de cuenta corriente, debiendo el Banco contabilizar los cargos y abonos y asumiendo el deudor, fenecido el contrato, la obligación de restituir a aquél el saldo positivo que resulte a su favor. La apertura de crédito, a diferencia del préstamo, se caracteriza por ser un contrato unitario y regido por los usos bancarios, consensual, bilateral, oneroso, generalmente de tracto sucesivo, *intuitu personae* y normalmente asegurado con garantía personal o real, pero ambos contratos, que son las operaciones activas más frecuentes en la práctica bancaria, presentan diversos puntos de contacto (en cuanto a intereses, descubiertos, vencimiento anticipado, comisiones, garantías, etc.) por lo que, en lo sucesivo, aludiremos indistintamente a uno y otro.

II. Legislación aplicable

A) Normativa general.

La primera norma aplicable a las operaciones crediticias descritas es, naturalmente, la C.E., que en su artículo 51.1 sienta el principio general de "defensa de los consumidores y usuarios y de protección de sus legítimos intereses económicos". Este es un principio que nuestra Norma Fundamental contiene dentro del capítulo relativo a los "principios rectores de la política social y económica" y que, por ello, como dice su artículo 53.3, ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Esto significa, en palabras del profesor DE OTTO

PARDO (3), que “ha de ser tenido en cuenta por todos los Tribunales –el Constitucional y los restantes– como criterio interpretativo tanto de la C.E. como de la legislación ordinaria”, lo que no es más que una manifestación del más amplio principio manejado por la doctrina (GARCÍA DE ENTERRÍA (4), DE OTTO PARDO (5), etc.) de “interpretación de todo el Ordenamiento Jurídico conforme a la C.E.”. Y como todo contrato es “ley” inter partes, según se deduce del artículo 1.091 C.C., es decir, norma privada que integra el Ordenamiento, estos principios constitucionales conllevan una importante consecuencia práctica: si la cláusula de alguna escritura o póliza de préstamo es dudosa la interpretación que debe prevalecer es la que otorgue un mayor nivel de protección al consumidor del crédito y un más alto grado de protección de sus intereses económicos, conclusión a la que también se llega en aplicación de los artículos 1.288 C.C. y 59 C.Cm., según los cuales la interpretación nunca ha de favorecer al Banco, único responsable de las cláusulas oscuras, ambiguas o dudosas al imponer a la otra parte, unilateralmente, la redacción del contrato.

223

Sin perder la referencia permanente a los citados preceptos de la Carta Constitucional, también son de aplicación a los préstamos de las Entidades de Crédito los artículos 311 a 319 C.Cm., debido a la condición mercantil de estos contratos, ya aludida, articulado cuyas lagunas habrán de integrarse, como ordenan los artículos 50 y 2 de dicho Código, con las normas del préstamo en general contenidas en los artículos 1.740 a 1.757 C.C. en la escasa medida en que, en estos casos, puedan resultar de aplicación supletoria.

(3) *Vid. Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 2.^a Ed., 1.^o Reim., Barcelona, 1989, pág. 49.

(4) *Vid. Curso de Derecho Administrativo I*, 3.^a Ed., 1.^a Reim., Madrid, 1980, págs. 112 a 119.

(5) *Vid. Lecciones de Derecho Constitucional. Introducción*, Oviedo, 1980, págs. 158 a 162.

B) Normativa especial.

Dentro del conjunto de normas especiales a tener en cuenta hemos de distinguir dos grupos: las que se significan por los límites y obligaciones que exigen a las Entidades Crediticias, reflejo de la intervención administrativa que se va extendiendo en esta materia, y las que forman parte del Derecho de Consumo, como disciplina jurídica que aspira a neutralizar los desequilibrios contractuales y crear una eficaz barrera de protección que ampare a los consumidores y usuarios frente a ciertos empresarios, como los Bancos, que hacen del abuso una técnica de contratación en masa. Veamos ambos tipos de normas.

1) Disposiciones que imponen límites y obligaciones a las Entidades de Crédito.

224

Dentro de este sector hay que mencionar la Ley de 29 de julio de 1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en cuanto que atribuye al Banco de España una facultad reguladora de la Banca y una potestad sancionadora para hacer cumplir las normas dictadas en el ejercicio de la citada facultad de regulación, y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades Crediticias.

2) Disposiciones que garantizan los derechos de los consumidores y usuarios.

En el ámbito del Derecho Comunitario se deben mencionar las siguientes Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas: La Directiva 84/450/CEE, de 19 de septiembre de 1984, en materia de publicidad engañosa y comparativa, la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, sobre

crédito al consumo, modificada por la n.º 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990, en cuanto que contienen la descripción de una completa información cualificada que ha de recibir el consumidor y que sería aplicable al préstamo bancario intervenido por Corredor de Comercio, siempre que su importe esté comprendido dentro de los límites, de moderada cuantía económica, que señala el texto legal, puesto que estas dos directivas sólo excluyen los créditos destinados a adquirir inmuebles, los que no devengan interés y los autenticados por Notario o Juez, sin excluir expresamente los préstamos concedidos por Establecimientos de Crédito ni los que estén intervenidos por Corredor, siempre que se trate de operaciones que no sobrepasen los aludidos límites; y, sobre todo, la decisiva Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dotada de un Anexo con una lista indicativa, y no exhaustiva, de diecisiete cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, siendo de destacar las siguientes: “Prever un compromiso en firme del consumidor, mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad”; “autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad”; “autorizar al profesional a modificar unilateralmente, sin motivos válidos especificados en el contrato, los términos del mismo”; “obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas” y “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos, por parte del consumidor... limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a la otra parte contratante”. Y aunque se ha agotado el plazo de que disponía el Estado español para transponer esta Directiva a nuestro Derecho interno, consideramos, con PEDREIRA ANDRADE, que, por su detalle, podrá aplicarse directamente.

Visto el Derecho Comunitario, en el Derecho interno hay que mencionar la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, si bien, como se expondrá más adelante, la Jurisprudencia se muestra muy reacia a aplicar esta ley a los préstamos bancarios; la Ley de 19 de julio de 1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que es, sin duda, la más importante disposición en esta materia; la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988, en cuanto que prohíbe la publicidad engañosa y garantiza el derecho del consumidor a una publicidad veraz; la Ley de 30 de marzo de 1994, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, en cuanto que limita la comisión a percibir por la amortización anticipada del crédito subrogado, además de otorgar rango legal a la obligación de dar publicidad oficial a los tipos de interés de referencia que pueden usar las Entidades de Crédito en los préstamos a interés variable, especialmente en caso de préstamos hipotecarios, y a la obligación de comunicar al deudor el tipo de interés aplicable en cada período, cuando se pactan tipos de referencia distintos de los oficiales; la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios; la Circular del Banco de España de 7 de septiembre de 1990, modificada por la de 22 de julio de 1994, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela; la Circular de 16 de julio de 1994, del Consejo General del Notariado, dando instrucciones sobre la aplicación de la última Orden mencionada, y, finalmente, la Ley de 23 de marzo de 1995, de Crédito al Consumo, cuyo Capítulo III, que trata de la oferta vinculante, la publicidad sobre ofertas de crédito, el coste total del mismo, la tasa anual equivalente y la información al consumidor sobre los anticipos en descubiertos, es de aplicación a los Bancos y demás Entidades y Establecimientos Financieros de Crédito, a falta de normativa sectorial específica.

III. Control de legalidad.

La serie de disposiciones que se acaban de enumerar, de variado contenido y rango normativo, delimita el marco legal dentro del cual todo Banco debe funcionar en la concesión de préstamos a sus clientes. La información previa, clara y transparente, que ha de presidir los tratos precontractuales debe servir para que el particular elija el producto financiero ofertado por aquella Sociedad de Crédito que vulnere en menor medida el marco legal. Elegir libremente el contrato de préstamo menos antijurídico, entre las numerosas y diferentes ofertas de crédito, en un mercado cada vez más duro y competitivo como es el del dinero, constituye un primer control de legalidad. Superada la fase precontractual y ubicados ya en el proceso de formalización del contrato, la intervención en su otorgamiento de un Corredor de Comercio o de un Notario ha de suponer un segundo control de adecuación legal, a buen seguro el más severo y riguroso (por lo menos en teoría), dado el alto nivel de formación jurídica de estos profesionales, debiendo Corredores y Notarios denegar la autorización del documento, en todo o en parte, cuando la redacción que se pretende dar a sus estipulaciones es total o parcialmente abusiva e ilegal, y ello aunque Banco y futuro prestatario estén conformes, pues las leyes que protegen al consumidor, en contra incluso de su voluntad, son imperativas o de orden público, no siendo, por tanto, derogables por iniciativa de los particulares. Autorizado el documento, en algunos casos éste ha de pasar todavía por otro filtro jurídico: El del Registro de la Propiedad, cuando, como es frecuente, se constituye hipoteca en garantía de la devolución del préstamo. No hay que olvidar, a tenor del artículo 1.875, párrafo primero, C.C., que la hipoteca es un derecho real de garantía de constitución registral y que sin la inscripción este derecho no puede existir. Por ello, siempre que la escritura de préstamo contenga hipoteca habrá de ser necesariamente "calificada" por

el Registrador, en los términos que establece el artículo 18 L.H., que al decir, entre otros extremos, que estos funcionarios calificarán “la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”, obliga a todo Registrador, como afirma ROCA SASTRE (6) “a comprobar si el acto jurídico en sí, o sea, el contenido de la escritura pública, es válido o nulo, tanto como tal como en sus condiciones”, añadiendo que “aquí es donde ámbito de la función calificadora es amplísimo”. Por consiguiente, y aunque existen opiniones en contra, como la de FERNÁNDEZ-CID (7), entendemos que es competencia y deber del Registrador analizar, por ejemplo, si el interés pactado es superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias escrituradas del caso, pudiendo denegar la inscripción de la cláusula correspondiente por defecto insubsanable, con fundamento en la L.R.U., o examinar si las estipulaciones del contrato perjudican de modo no equitativo al deudor, que ostente el status legal de consumidor, o encierran “condiciones abusivas de crédito”, pudiendo igualmente denegar la inscripción de todo el contrato o de alguna o algunas de sus cláusulas, por defecto insubsanable, con base en el artículo 10.1 L.G.D.C.U. Por último, no obstante el otorgamiento e inscripción, en su caso, del préstamo, en el proceso de su ejecución puede restar un último control de legalidad, cual es, como no podía ser de otro modo, el de los Tribunales de Justicia. Pasemos a continuación al estudio de las fases o aspectos señalados.

(6) Vid. ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, Tomo II, 7.ª Ed., Barcelona, 1979, pág. 270.

(7) “La seguridad jurídica en la contratación de créditos y préstamos bancarios”, en BOLÁS ALFONSO, Juan y otros, *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, 1.ª Ed., Madrid, 1993, pág. 154.

A) El comportamiento precontractual.

1) *Publicidad veraz, información previa transparente y oferta vinculante.*

La L.G.P., desarrollando los criterios de la Directiva del Consejo 84/450/CEE, considera en su artículo 4 que “es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor”, y, asimismo, afirma que también es engañosa “la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios”. A la vista de esto, lo primero que ha de exigirse a una Entidad de Crédito es una publicidad veraz de sus productos, de suerte que, si por medio de anuncios en televisión, folletos o de cualquiera otra forma, ofrece préstamos con tipos de interés o condiciones más ventajosos que otras ofertas, el consumidor tiene derecho a que dichos interés o condiciones se plasmen en el contrato en los mismos términos publicitados y sean mantenidos a lo largo de toda su ejecución, sin introducir modificaciones o cláusulas no anunciadas, perjudiciales para él. Pero, como es notorio y conocido de todos, muchas veces la publicidad va por un lado y la realidad de las cosas por otro bien distinto. ¿Qué sucede entonces cuando una persona obtiene un préstamo y en lugar de pagar el tipo del 8% anunciado resulta que paga en la práctica un interés del 11% o ha de satisfacer ciertas comisiones o reunir ciertos requisitos omitidos en los anuncios? Como sostiene MORALES MORENO, la L.G.P. no corrige los efectos dañosos concretos provocados por la publicidad en el consumidor que contrata bajo su influencia, de ahí que éste deba emplear el artículo 8.1 L.G.D.C.U., al amparo del cual podrá exigir las prestaciones, condiciones y garantías ofrecidas “aun cuando no figuren expresamente en el

contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”, sin perjuicio de poder exigir además la indemnización del daño causado, de conformidad con el artículo 1.902 C.C., cuya aplicación también sugiere el citado autor.

Ahora bien, en la actualidad, la información previa que obligatoriamente han de suministrar al público los Bancos ha de poner al corriente al eventual solicitante de un crédito de la falta de sintonía entre lo anunciado y la realidad, evitando que se consume el efecto perjudicial de la publicidad engañosa. Las Circulares del Banco de España de 7 de septiembre de 1990 y de 22 de julio de 1994, la O.T.P.H. y los artículos 17 y 18 L.C.Cs., imponen a las Entidades Crediticias varias obligaciones de información que exponemos acto seguido.

230 1.^a) Toda oficina bancaria ha de publicar permanentemente en sitio visible y fácilmente accesible al público, un anuncio incluyendo el tipo de interés preferencial (que es el que se concede a los clientes más solventes en operaciones de crédito a corto plazo y de importante cuantía), el tipo o tipos que se apliquen en los descubiertos en cuenta corriente, el tipo o tipos que se apliquen en los excedidos en cuenta de crédito y el coste total de un préstamo para el consumidor, consignando la “Tasa Anual Equivalente” (T.A.E.) explicada con un ejemplo representativo. Bien entendido que estas *inserciones en los “tablones de anuncios”* de las oficinas bancarias ni son publicidad en sentido legal, como afirma RAFAEL ILLESCAS, al no destinarse a la promoción de productos financieros sino a facilitar una información mínima y precisa al contratante “débil”, ni constituyen oferta contractual al no concurrir aquí, como observa dicho autor, los requisitos tradicionalmente exigidos por la doctrina y jurisprudencia para apreciar la existencia de una genuina oferta de contrato.

2.^a) Asimismo, todos los Bancos deben confeccionar y conservar un *folleto general de tarifas*, a modo de documento informativo precontractual, con el siguiente contenido: “Co-

misiones, condiciones y gastos repercutibles por ellos a su clientela por las operaciones o servicios realizados, y las reglas de valoración y liquidación que apliquen". En consecuencia, el folleto debe proporcionar al público información precisa sobre el precio final a satisfacer por todo préstamo que se concierte por la oficina donde tal documento se encuentre e, igualmente, idénticos datos sobre su plazo de ejecución. Además, la información suministrada no puede ser genérica sino circunscrita a las operaciones que la Sociedad de Crédito realice habitualmente. En todo caso, si se trata de crédito en cuenta corriente hay que entender que la información contendrá el límite del crédito, si lo hubiese, el tipo de interés anual y gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato, así como las condiciones en las que podrán modificarse, y el procedimiento para la resolución contractual (8).

A fin de que pueda ser consultado por la clientela, un ejemplar de este folleto general ha de estar disponible en todas las oficinas de la Entidad. En sus tableros de anuncios debe hacerse referencia expresa a su existencia y disponibilidad. Como complemento, y con carácter potestativo, el Banco puede confeccionar un folleto parcial acerca de una o varias operaciones afines en relación con las cuales hará constar tarifas, condiciones, comisiones, gastos repercutibles y reglas de valoración y liquidación. Pero en ambos casos el folleto propiamente dicho no tiene que estar expuesto, sino meramente disponible a petición de los interesados, aunque creemos, con RAFAEL ILLESCAS, que una mejor tutela del contratante débil hubiera requerido la exposición material del folleto en su totalidad. Por otro lado, para el caso específico de que se solicite un préstamo de 25.000.000 ptas. o menos, en que el solicitante sea una persona física y en que se constituya en garantía hipoteca sobre una vivienda, el Banco entregará obligatoriamente al prestatario

(8) Así se dispone en el artículo 19 L.C.Cs.

un folleto especial que debe hacer referencia a los siguientes extremos: Identificación del préstamo, su plazo, tipo de interés, comisiones, y gastos a cargo del prestatario. Sin embargo esta información no es vinculante para la Entidad, excepto en lo relativo a comisiones y gastos de tasación del inmueble, aspecto sobre el que habrá de indicarse la identidad de los profesionales o sociedades seleccionadas, debiendo incluso recibir el cliente, en ciertos casos, las tarifas de honorarios aplicables.

3.^a) Además del anuncio y folletos vistos, el comportamiento precontractual se completa para el Banco con la denominada “oferta vinculante”. Una vez tasado el inmueble que va a ser hipotecado y, hechas las comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la Entidad está obligada a realizar por escrito una oferta vinculante al cliente o bien a notificarle la denegación del préstamo. La oferta contendrá las cláusulas financieras del contrato y tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles, “salvo circunstancias extraordinarias o no imputables al Banco”, término que se cuenta desde la fecha de su entrega al futuro deudor. La oferta ha de ser firmada por un representante de la Sociedad de Crédito y su fecha de entrega se acredita consignándola en el “recibí” que ha de firmar el cliente.

Por otra parte, indicaremos que esta oferta vinculante, que no sólo rige en caso de concesión de un préstamo, sino que también es preceptiva en las subrogaciones de préstamos hipotecarios reguladas por la L.S.M.P.H., puede plantear algunos problemas de los que dejamos constancia a continuación, siguiendo a GARCÍA MÁS: ¿Qué ha de entenderse por la expresión legal “circunstancias de carácter extraordinario o no imputables a la Entidad? (9). Según este autor, da la impresión de que el Legislador está permitiendo no

(9) Expresión utilizada por la O.T.P.H., ya aludida, que regula con cierto detalle esta oferta, y que se reproduce literalmente en el artículo 16 L.C.Cs.

mantener la oferta en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor. En otro orden de cosas, ¿qué grado de responsabilidad asume el futuro prestatario al aceptar la oferta si posteriormente desiste de celebrar el contrato sin una causa justificada, como lo es la discordancia entre la oferta y el proyecto de escritura?, cuestión que sólo dejamos planteada.

2) *El ejemplo representativo.*

Se trata de una novedad en la información precontractual que arranca de la Directiva 87/102/CEE, cuyo artículo 3, *in fine*, dispone que “todo anuncio o toda oferta exhibida en locales comerciales por la que una persona ofrezca un crédito... y en la que estén indicados el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del mismo, deberá asimismo indicar el porcentaje anual de cargas financieras, mediante un ejemplo representativo, cuando se carezca de otros medios idóneos”. Este sistema, como indica RAFAEL ILLESCAS, era muy superior, en su momento, al sistema de veracidad informativa imperante en nuestro Derecho, pues el ejemplo es fácilmente accesible al gran público y al no profesional. La mera imputación a una cifra de principal redonda y pequeña ~1.000, por ejemplo— del tipo de interés aplicable a la operación de que se trate, así como la imputación complementaria de las restantes cargas financieras aplicables, permiten al consumidor tener una representación que, proyectada sobre las particulares magnitudes de la operación que le convenga concertar, le ofrece transparencia, veracidad y exactitud acerca de las condiciones del contrato y de las cantidades a cuya devolución, en su virtud, se obliga. Compartimos plenamente esta idea de ejemplo sencillo y asequible que el citado profesor extrae de la norma comunitaria. Pero no parece que el Legislador español haya optado por la sencillez. La Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo (B.O.E. de 25 de marzo de 1995), encargada de incorporar al Ordenamiento interno

la Directiva Comunitaria, define con detalle en su artículo 18 las partidas que integran el “coste total del crédito”, concepto fundamental al que ha de entenderse conectada la llamada “Tasa Anual Equivalente” (T.A.E.) descrita en el último párrafo del mencionado artículo. Ahora bien, el Anexo de la Ley al explicar como se obtiene el tanto por ciento T.A.E. emplea una fórmula que, si bien en principio está integrada por cinco signos matemáticos, al ser desarrollada para poder ser aplicada se convierte en una fórmula con nada menos que catorce signos, es decir, una ecuación totalmente ininteligible a menos que se tenga algún conocimiento de Cálculo Financiero. El Anexo recoge a continuación cuatro ejemplos en que se calcula el porcentaje T.A.E., pero la complejidad es tanta que el propio Legislador cometió equivocaciones de expresión en la fórmula de desarrollo y en el primero de los ejemplos, que tuvo que subsanar mediante una “corrección de errores” al texto de la L.C.Cs., publicada en el B.O.E. del día 12 de mayo de 1995. Con esto se demuestra que un ejemplo representativo que en el Derecho Comunitario sirve para ilustrar y clarificar, en nuestro Derecho sólo sirve para confundir y obliga a todo consumidor que desee conocer cuál es realmente el coste económico de su préstamo a asesorarse por medio de algún especialista en el tema.

3) *La libre elección de Notario.*

Sabemos que no todos los Notarios son iguales y que no todos se comportan de la misma manera. De ahí que deba reconocerse al futuro prestatario el derecho mínimo de elegir al funcionario en que tenga depositada su confianza para que desempeñe la decisiva tarea de asesorarle en el acto de otorgamiento de la escritura. El R.N. garantiza este derecho, pudiendo el cliente elegir al fedatario público que desee con el solo requisito de tener alguna conexión con los elementos personales o reales del contrato a formalizar, a no ser

que el deudor pretenda elegir al Notario de un territorio determinado, sin conexión con su domicilio fiscal ni vínculo espacial con la finca que va a ser hipotecada con el fin de buscar una bonificación artificiosa en la cuota gradual del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados pues, como es sabido, ésta no es igual en todas las Comunidades Autónomas. En este caso, sólo podrá optar por Notario del territorio donde esté ubicado el inmueble o bien (si el prestatario es persona física) por Notario del territorio de su domicilio fiscal. Ahora bien, lo cierto es que en la mayoría de los casos el Banco no informa al consumidor de que le asiste este derecho. Aquél se limita a señalarle el “hecho consumado” de la notaría en la cual se formalizará el préstamo o del día en que habrá de acudir a la oficina bancaria para “la firma”, oficina en la cual es frecuente que se persone el fedatario que trabaja habitualmente con la Entidad Financiera, haciendo uso de una práctica que consideramos, cuando menos, antirreglamentaria.

Frente a esto, el artículo 142 R.N., en su redacción por los Reales Decretos de 8 de junio de 1984 y 7 de mayo de 1993, consagra lo que rotula expresamente como “Derecho a la elección de Notario”, precepto del que destacamos las siguientes prevenciones: “Los Notarios en aras de su deber de imparcialidad cuidarán de que se respete el derecho de libre elección de Notario”; “... en las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por quien se dedique a ello habitualmente o bajo condiciones generales de contratación, el derecho de elección de Notario corresponderá al adquirente...”; “los Notarios se abstendrán de facilitar toda práctica que implique la imposición de Notario por una de las partes con abuso de derecho o de modo antisocial o contrario a las exigencias de la buena fe contractual” (10).

Con posterioridad, el artículo 7.1 O.T.P.H. ha vuelto a recordar este derecho al establecer que “en materia de elec-

(10) Cfr. artículo 7 C.C.

ción de Notario se estará a lo dispuesto en el R.N. y demás disposiciones aplicables”, recordatorio que sólo tiene sentido, como dice GARCÍA MÁS, desde el reconocimiento de que en la práctica este derecho no se viene respetando. El primer borrador de la Orden ampliaba el precepto previendo que si el Notario autorizante hubiera sido puesto en el folleto informativo por la Entidad Prestamista y aceptado por el prestatario, debería consignarse expresamente en la escritura dicha aceptación, y añadiendo que el acto de otorgamiento de la escritura no debería tener lugar en las oficinas de la Entidad, salvo causa justificada. Estas dos previsiones que, sin duda, hubieran contribuido a garantizar el respeto al derecho que comentamos, lamentablemente, no pudieron ser llevadas al texto definitivo por las presiones de la Confederación Española de Cajas de Ahorro y La Asociación Española de la Banca Privada. En cualquier caso, si la Entidad de Crédito antes del otorgamiento del contrato hace firmar al cliente alguna cláusula por la que renuncie a su derecho de libre elección de Notario, entendemos que dicha cláusula será nula y deberá ser tenida por no puesta, de conformidad con el Apartado 4 en relación con el Apartado 1 c), inciso inicial, ambos del artículo 10 L.G.D.C.U.

4) *Asesoramiento notarial y proyecto de escritura.*

El artículo 147 R.N. dispone que “el Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al Ordenamiento Jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción. Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado. Sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. En el texto del do-

cumento el Notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y, si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación". Este deber de asesoramiento, como juiciosamente manifiesta RODRÍGUEZ ADRADOS (11), dota a la imparcialidad que debe presidir el quehacer profesional del Notario de un contenido "sustancial" tendente a corregir la inferioridad del llamado contratante débil (débil en medios económicos, en experiencia, en conocimientos y asesores jurídicos) para situarle en condiciones de defender sus propios intereses. Esto significa que, por regla general y aunque siempre hay que ponderar las circunstancias del caso, cuando el que solicita un crédito es una multinacional o un empresario con potencial económico o una buena estructura organizativa, sobra el asesoramiento porque, como observa RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (12), no hay un contratante necesitado de una especial protección y ni siquiera un consumidor en sentido legal (13). Por el contrario, cuando el cliente del Banco es una persona física que pide un préstamo de menos de 25.000.000 ptas., para lo que hipoteca una vivienda (noción de "consumidor-tipo" que, como hemos visto, utiliza la O.T.P.H.) el asesoramiento notarial cobra una gran relevancia, y si hay que llevar el artículo 147 R.N. a sus últimas consecuencias para que sea eficaz, opinamos que dicha actividad del Notario ha de desarrollarse siempre, aunque el deudor no diga nada y no haya pedido asesoramiento, aclaración o consejo alguno o crea erróneamente que no lo necesita. Sólo así podrá considerarse al Notariado como verdadera "magistratura de la paz", en palabras del

(11) Vid. "La Reforma de 1984 y el Instrumento Público", en *Reglamento Notarial*, Ed. del Consejo General del Notariado, Madrid, 1984.

(12) Vid. "Problemas jurídicos del leasing inmobiliario", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXVII, Madrid, 1985, pág. 106.

(13) Así se deduce del artículo 1.3 L.G.D.C.U., que asume los criterios del artículo 24 de la modélica Ley alemana de Condiciones Generales de 12 de noviembre de 1976.

maestro CASTÁN TOBEÑAS (14), de suerte que la misión asegurativa de derechos para eliminar eventuales litigios futuros, es decir, la función preventiva del Notariado, tan defendida por la doctrina -AVILA ALVAREZ (15), LÓPEZ BURNIOL (16), BOLÁS ALFONSO (17), MEZQUITA DEL CACHO (18), BURIÉL HERNÁNDEZ (19), VALLET DE GOYTISOLO (20), etc.- no sea sólo un bonito propósito y constituya una realidad tangible. Este es un deseo justificado ya que, como antes se insinuó, hoy por hoy el artículo 147 R.N. no se está cumpliendo en las notarías. LÓPEZ BURNIOL (21) denuncia este hecho en un sincero ejercicio de autocrítica con afirmaciones tan rotundas como estas: “Mal puede asesorar, por falta del tiempo preciso, el apresurado Notario plusmarquista de autorizaciones en serie que, en más de una ocasión, tal vez hayamos sido” o, “por falta de voluntad, quien agote servil y obsequiosamente su capacidad de consejo con el cliente poderoso que le ha elegido y del que depende”; y -añade- “mal se conforma la voluntad de los otorgantes si en la contratación en masa los Notarios nos limitamos a leer sin pestañear todo tipo de textos minutados, en los que se entremezclan ocasionalmente cláusulas nulas con otras

(14) *Vid. Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, Ed. Reus, 1946.

(15) *Vid. Derecho Notarial*, 6.ª Ed., Barcelona, 1986, págs. 17 y 18.

(16) *Vid. “Función notarial y documento: Exigencia en torno al mismo de la función asesora y del control de legalidad”, en el libro de Ponencias del V Congreso Notarial Español*, Granada, 1993, pág. 163.

(17) *Vid. “La documentación pública como factor de certeza y protección de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil”, en La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, seminario organizado por el C.G.N. en la U.I.M.P., 1.ª Ed., Madrid, 1993, pág. 44.

(18) *Vid. “Libertad y equilibrio en el contrato”, en R.J.N.*, n.º 1, Enero-Marzo, 1992, pág. 253.

(19) *Vid. “Posición jurídica de los profesionales, maestros, juristas y Notarios hacia la contratación equilibrada y justa”, en R.D.N.*, n.º 141-142, Julio-Diciembre, 1988, pág. 363.

(20) *Vid. “La seguridad jurídica en los negocios dispositivos de bienes”, en R.D.N.*, n.º 108, 1980, pág. 223.

(21) *Vid. Ob. cit.*, págs. 191 y 192.

que sólo son abusivas o ineficaces, conviven repeticiones inútiles con medias verdades y afirmaciones curiosas, y se introducen con deliberación habilidades oblicuas y, a veces, textos abiertamente torticeros”, lo que, añadimos nosotros, es una descripción exacta de lo que está sucediendo en la contratación bancaria de préstamos y créditos. De ahí que la O.T.P.H. intente “forzar” el asesoramiento del contratante débil, creando la obligación de elaborar un “proyecto de escritura” que ha de ponerse a disposición de dicho contratante.

Dice, en efecto, el artículo 7.2 de la repetida Orden que “el prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario, en el despacho del Notario, al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El prestatario podrá renunciar expresamente ante el Notario autorizante al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría”. De la dicción de este precepto extraemos, con GARCÍA MÁS, el principio general de que la escritura podrá autorizarse o bien en el despacho del Notario o en el domicilio de la Entidad de Crédito, alternativa que nos merece severas críticas pues además de atentar contra el equilibrio contractual choca con lo que resulta del R.N., rectamente interpretado (22). Al lado de este elemento negativo el precepto introduce, como plausible novedad, un período de reflexión (más bien breve) para que el consumidor pueda decidir, con un sosiego que quizás no pueda lograr en el acto del otorgamiento, y a la vista del clausulado que se propone, si le conviene o no acceder al

(22) Del conjunto de los artículos 42 (2.º párrafo), 43 (párrafo 3.º), 71 (párrafo 1.º), 142, 147, 152, 168-3.ª, 172-1.º, 197, 202, 207, 229, 234, 279, 280-1.ª, 280-f y 314-2 del texto reglamentario, interpretados unos u otros de forma sistemática, lógica, a *sensu contrario* o atendiendo “al espíritu de la norma”, todo ello con sujeción al artículo 3.1 C.C., se deduce que la autorización en la oficina bancaria no es lícita, pues el Reglamento, exceptuados los casos taxativamente permitidos, prohíbe el “Notario a domicilio”.

préstamo. La Circular del C.G.N. de 16 de julio de 1994, al interpretar extensivamente la disposición que comentamos, afirma que “el derecho a examinar el proyecto de escritura supone, como es natural, el de solicitar las aclaraciones y explicaciones oportunas, que el Notario efectuará en el ámbito de su obligación legal de asesoramiento”. En cuanto a la posibilidad de renuncia, hay que advertir que sólo está permitido renunciar al plazo de tres días cuando el documento se va a firmar en el despacho notarial, debiendo hacerse la renuncia ante el Notario autorizante y debiéndose dejar constancia de ella en la escritura, como propone GARCÍA MÁS. La renuncia previa y escrita ante la Entidad de Crédito del derecho mismo al examen del proyecto de escritura estimamos que sería nula, por contrariar el artículo 10 L.G.D.C.U., ya aludido.

B) Las cláusulas abusivas.

A nuestros efectos podemos definirlas, en sentido amplio, como “aquellas cláusulas que siendo redactadas previa y unilateralmente por la Entidad Bancaria para aplicarlas a todos los contratos de préstamo o apertura de crédito que celebre, y no pudiendo evitar el cliente la aplicación de las mismas siempre que quiera obtener el dinero, presentan una redacción que es inconcreta, oscura o compleja, sin posibilidad de comprensión directa, contraria a la buena fe, o perjudicial de manera desproporcionada o no equitativa para el prestatario, o se trata de cláusulas que son abusivas de crédito o comportan en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de ambas partes, en perjuicio del deudor”. Este concepto, ajustado al repetido artículo 10 L.G.D.C.U. se nutre de ingredientes objetivos, pero no se puede negar que para apreciar el componente abusivo de una cláusula también hay que considerar el elemento subjetivo, es decir, que el deudor sea consumidor en el sentido legal de destinatario final del dinero, sin invertir-

lo en “procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros” (23).

Según esto, sí sería consumidor el particular que pide el crédito para costear los estudios de sus hijos, o una operación quirúrgica, para pagar la reparación de su casa o para extinguir una deuda anterior ya vencida; y no sería consumidor el industrial que pide el dinero para poner en marcha en su fábrica una nueva planta de producción, ni el Letrado que solicita el préstamo para informatizar su despacho. Lo que en el primer caso puede ser abusivo, en el segundo puede no serlo. Es más, en la hipótesis de que el contratante sea un profesional o empresa, muchas veces con un buen respaldo patrimonial y con excelentes equipos de expertos y asesores, es él quien acepta y busca en el Banco esas condiciones generales de contratación duras, al considerar que tales condiciones de financiación se ven compensadas sobradamente con las ventajas fiscales, contables o de decisión acerca de la inversión a realizar.

241

Hecha esta puntualización, enumeramos en los apartados que siguen, de forma sistematizada, una extensa serie de estipulaciones que juzgamos abusivas, entresacadas de los formularios impresos que se convierten en las pólizas que son intervenidas por los Corredores de Comercio, o de las escrituras autorizadas por Notario según minuta presentada por los asesores jurídicos de los Bancos. La facilidad para encontrar tanto pacto ilícito se debe, por una parte, a que las Entidades de Crédito, como ha detectado PEMÁN MEDINA, todavía no han adaptado sus modelos a la legalidad vigente, quizás a la espera de su desarrollo reglamentario, y, por otra, a que los Corredores no pasan de ejercer como meros autenticadores de fecha y firma, desenvolviendo una función asesora nula, mientras que los Notarios parecen desconocer el deber contenido en el artículo 145, párrafo 2.º, R.N., de denegar su ministerio “cuando el contrato en todo o en

(23) Cfr. artículo 1 L.G.D.C.U.

parte es contrario a la Ley". De modo que, comprobada la sincronía entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras de la escritura, comprobado si las no financieras conllevan comisiones a gastos para el deudor, comprobadas las reglas de reembolso anticipado, comprobados los incrementos que se pueden generar en los tipos o índices y sus límites, si el préstamo es a interés variable, y comprobado, finalmente, el coste económico total de la operación, comparando el resultado de aplicar la fórmula T.A.E. con la suma que le resulta al Banco por el mismo procedimiento, el Notario debería denegar su autorización a la más mínima sospecha de ilegalidad, si no se pasa por la oportuna rectificación del contrato, como con insistencia recuerda la doctrina —RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (24), LÓPEZ BURNIOL (25), AVILA ALVAREZ (26), MEZQUITA DEL CACHO (27), etc.—.

1) Cláusulas que afectan al contenido obligacional del préstamo.

a) *Interés retributivo y moratorio; normal, usurario y abusivo; el préstamo a interés variable.*

Dentro de la noción de interés hemos de distinguir, como hizo la D.G.R.N. en su Resolución de 26 de octubre de 1987, entre "interés retributivo o remuneratorio", que es el convenido en retribución del préstamo y nace del contrato mismo, venciendo inexorablemente según vencen los plazos pactados, e "interés moratorio", que es el producido por no cumplirse a su tiempo la obligación de devolver la can-

(24) *Vid.* Ob. cit., pág. 108.

(25) *Vid.* Ob. cit., pág. 207.

(26) *Vid.* Ob. cit., págs. 126, 127, 406 y 407.

(27) *Vid.* "La función notarial en la prevención de la seguridad jurídica privada", en MEZQUITA DEL CACHO, José L. y LÓPEZ MÉDEL, Jesús: *El Notariado y los Registros. Orientación vocacional y de estudios*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pág. 104.

tividad prestada, no derivando directamente del contrato sino de la conducta (incumplimiento por mora) ulterior del deudor. Debe advertirse, aunque ya resulta de la definición, que el interés moratorio se crea por retraso en la amortización del principal, pero nunca por retraso en el pago del interés retributivo. Cualquier cláusula en contrario sería nula por contravenir el artículo 317, inciso 1.º, C.Cm., que, según URÍA (28), prohíbe el anatocismo (intereses moratorios de los intereses) y constituir una cláusula “abusiva de crédito” rechazada por el artículo 10.1 c), ordinal 4.º, L.G.D.C.U. Toda escritura de préstamo o póliza de crédito ha de expresar con claridad el tipo que corresponde a una y otra clase de interés, el momento en que comienza el devengo de uno y otro, y las reglas de liquidación para la concreción de lo debido por uno y otro concepto. Y si existe hipoteca y se quiere que los intereses moratorios también queden garantizados, deben precisarse separadamente en la escritura, como una obligación futura y distinta a garantizar, con las circunstancias que la identificarán y la cifra máxima de responsabilidad. Además, la cifra por intereses moratorios ni puede englobarse en la hipoteca por costas y gastos, como declaró la D.G.R.N. en su Resolución de 29 de octubre de 1984, ni puede englobarse tampoco en la cifra por intereses retributivos del préstamo. Toda cláusula que incumpla cualquiera de los requisitos anteriores no puede ni debe ser admitida a inscripción en el Registro de la Propiedad, al conculcar el principio de especialidad consagrado en los artículos 9 y 12 L.H.

243

Pero es posible que el problema que más interese al consumidor en esta materia sea dilucidar en qué casos el interés pactado (tanto retributivo como moratorio) puede considerarse “normal” (no originando, por consiguiente, derecho a reclamar) y en qué casos puede considerarse “usurario” o, cuando menos, “abusivo”, con la consecuente posibilidad de

(28) *Vid.* Ob. cit., págs. 656 y 657.

impugnar la estipulación que lo contenga, viciada de nulidad, con el efecto de quedar el préstamo convertido en gratuito. Por lo pronto, como hemos expuesto en otro lugar (29), el T.S. ha dado al concepto de interés usurario un contenido variable, dependiente de las circunstancias concretas del caso, cuya apreciación queda reservada al prudente arbitrio judicial. Nunca ha trazado una frontera objetiva clara entre el interés normal y el desproporcionado, aunque en ocasiones el injusto desequilibrio es tan evidente que la delimitación de fronteras no es necesaria. Así, por ejemplo, el Alto Tribunal juzgó usurario el interés del 34 al 56% en su Sentencia de 30 de junio de 1964, y del 50% en su Sentencia de 17 de mayo de 1967. Pero la ausencia en el Derecho Positivo de un índice de interés usurario tasado y la indefinición de la Jurisprudencia para integrar la laguna legal, unido a que las sentencias que estiman demandas contra los Bancos por usura son prácticamente inexistentes, han hecho del interés usurario algo muerto, más propio del siglo xvii y del "Avaro" de Molière que de la sociedad actual tan penetrada por la contratación en masa. De ahí que el concepto deba ser reconvertido acudiendo a la noción de "interés abusivo" propia del moderno y pujante Derecho de Consumo, para cuya determinación sí encontramos algunos referentes en nuestro Derecho Positivo, aunque sería de desear una norma tan clara como, por poner un ejemplo, la establecida en la Sección 4.591 del vigente C.C.P.R., que fija lo que llama "interés ilegal o usurario" en el que sobrepase el 9% anual, cuando el capital objeto del préstamo no excede de 3.000 dólares, y en el que sobrepase el 8% anual cuando el capital excede de dicha cantidad (30).

(29) Vid. nuestro trabajo "Incidencia de la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, en la praxis bancaria", en el Libro del *I Congreso Jurídico de Asturias*. Oviedo, 1987, pág. 558.

(30) El Código Civil de Puerto Rico, transcripción literal del Código civil español, incorpora desde 1933 un capítulo titulado "Fijación del interés legal", que consta de 9 secciones o artículos (que en el C.C. español irían a continuación del art. 1.757) que tasan el interés exigible en todo préstamo, crédito u obligación -con la sola

En nuestro Derecho Positivo, encontramos en el artículo 19.4 L.C.Cs. la primera restricción contundente a la autonomía de la voluntad de los Bancos en este punto, si bien utiliza un método indirecto y se refiere al supuesto concreto de créditos en cuenta corriente que no sea una cuenta de tarjeta de crédito. Dice, en efecto, dicho artículo que “en ningún caso se podrán aplicar a los descubiertos en las cuentas de crédito aludidas, un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2’5 veces el interés legal del dinero”, lo que hoy supondría un 22’5%. A nuestro juicio, existen razones de analogía y equidad para extrapolar esta norma a todo contrato de préstamo o crédito. Si el Legislador prohíbe que el interés penalizado por descubiertos en cuenta de crédito sea superior al que origina un porcentaje T.A.E. por encima del 22’5%, con mayor razón habrá de rechazar un tipo retributivo o básico del contrato (fijo o variable) por encima de este límite. Razón por la que podemos considerar como un dato normativo cierto que todo interés convenido que origine más de un 22’5% T.A.E. es abusivo. Concierne a los Notarios el controlar, según este baremo, si el tipo que el Banco propone en su minuta es “normal” o no. Para ello, se han de iniciar en la Matemática Financiera, examinando si el interés que se pretende genera una Tasa Anual Equivalente que rebasa el máximo legal. Han de calcular el “coste total del crédito”, concepto que incluye, además de los intereses, todos los gastos y cargas que el consumidor está obligado a pagar, comprendidos los seguros de amortización por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del prestatario que sean exigidos por la Entidad, coste total que deben obtener utilizando la complicada fórmula T.A.E. prevista en la L.C.Cs. Y si el tipo propuesto arroja como resultado una tasa por encima del 22’5%,

excepción de intervenir un prestamista matriculado o “corporación”. *Vid. Código Civil de Puerto Rico comentado*, Ed. revisada, Equity Publishing Corporation, Oxford (New Hampshire), USA, 1984, págs. 722 a 727.

deberán sugerir al Banco que corrija la minuta modificando a la baja el interés, bajo advertencia de denegar la autorización. Además, el Notario nunca ha de fiarse del índice T.A.E. calculado por la Entidad Financiera pues, como pone de relieve GARCÍA MÁS, ya se han detectado discrepancias entre dichos cálculos y los hechos por los fedatarios. No obstante, si se llega a una autorización indebida de una cláusula de interés abusivo, según lo dicho, tal autorización ha de recibir la censura del Registrador, que podrá justificar la denegación de la inscripción con el expresado argumento legal, al que se llega no sólo por procedimientos hermenéuticos (analogía y equidad) sino también por estar tajantemente prohibidas las estipulaciones “abusivas de crédito”.

Una mención especial dentro del capítulo relativo al interés es el denominado préstamo a interés variable, modalidad introducida en España a principios de los años 80 a instancia de la Banca extranjera, y que SEGURA ZURBANO define como “préstamo en el que existe un interés inicial, fijado en el momento de contratar, y una posibilidad abierta de que durante la vida pactada del préstamo dicho interés pueda cambiar con cierta cadencia, cambios que se realizarán automáticamente según normas preestablecidas”; de cuya caracterización se deduce que no se puede confundir ni con el préstamo prorrogado ni con el concertado a tipo de interés revisable, variantes que no admiten el automatismo y requieren pacto *inter partes* para precisar el interés de los nuevos períodos. Es de esencia en este contrato la determinación de los períodos de interés, que podrá ser diario, mensual, trimestral, etc., y la concreción del interés de cada período, que se realiza, sin nuevo protagonismo de la voluntad de las partes, por la suma del “interés de referencia”, que ha de ser público, objetivo y neutral, y el “interés diferencial”, fijado, como su nombre indica, por una diferencia en puntos sobre el primero.

En la práctica, los intereses de referencia que más se usan son el M.I.B.O.R. (abreviatura de “Madrid Interbank

Offered Rate) que es el interés que existe en el mercado interbancario madrileño, mercado restringido en que los diferentes Bancos se prestan dinero unos a otros, y el “interés preferencial” que, como sabemos, es al que una Entidad de Crédito está dispuesta a prestar, a ciertos plazos, a sus mejores clientes. Cuando se elige la referencia M.I.B.O.R. no se plantean problemas pues este índice cumple los citados requisitos de publicidad, objetividad y neutralidad. El problema nace, sin perjuicio de otros que veremos, cuando la referencia elegida es el interés preferencial, y más concretamente cuando se trata del promedio de diferenciales de diversas Entidades de Crédito entre las que se incluye la prestamista y, sobre todo, cuando se elige como preferencial exclusivo el de esta última. En estos casos es evidente que falta la nota de la neutralidad, pues la fijación del interés va a quedar a criterio exclusivo del Banco, en contra de lo dispuesto en el artículo 1.256 C.C., lo que hace que cláusulas de esta naturaleza deban desterrarse de pólizas y escrituras por ilícitas.

247

Por otra parte, también se deben rechazar aquellas estipulaciones que precisan un tipo de interés para el período inicial inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable convenido para períodos posteriores. Se trata de la hipótesis, bastante habitual, en que el Banco ofrece, por ejemplo, durante los seis primeros meses de vigencia del préstamo un interés muy atractivo por ser muy bajo, aplicando, vencido dicho plazo, un tipo superior en exceso, como puede ser el M.I.B.O.R. más 6 puntos. El deudor se encuentra con que, si bien en los seis primeros meses ha de pagar, pongamos por caso un 6%, transcurrido este término el interés se le transforma en algo más del doble, pudiendo alcanzar los 14 puntos o 14 puntos y medio.

En la misma dirección, también es reprochable toda cláusula en que los límites señalados a la variación del interés no sean semejantes al alza y a la baja. Es muy frecuente

hallar minutas en que se fijan, por ejemplo, 4 puntos de tope de variación al alza, determinando en cambio sólo 2 puntos de tope de fluctuación a la baja, con lo que se crea una situación de desequilibrio no equitativa e injusta en perjuicio del consumidor.

A la vista de todo lo anterior, en la materia relativa a capital e intereses, toda póliza o escritura de préstamo o crédito, en su versión más común, habrá de reflejar los siguientes extremos, con la debida separación y claridad, para que no merezca, técnicamente hablando, reproche alguno:

1.º) Capital: Importe del préstamo o de la suma disponible, forma de entrega y cuenta corriente en que se han de contabilizar ingresos, cargos y abonos.

2.º) Amortización: Tabla de pagos, discriminando en cada cuota periódica lo que corresponde a la amortización del principal y al pago de interés retributivo. En su caso, fecha de cancelación de la cuenta y de restitución del saldo deudor, con especificación clara del procedimiento para concretar este saldo; fechas del primer y último pago, número y periodicidad de los pagos, y condiciones o facultades para el reembolso o cancelación anticipada.

3.º) Interés remuneratorio: Fijación del tipo y del porcentaje T.A.E., fecha de inicio del devengo de intereses y n.º de días al año para el cálculo. Si se trata de interés variable, se debe consignar su concepto, la identificación del interés inicial, la identificación del interés de referencia, las reglas para aplicar los puntos diferenciales y ajustar el tipo a las fluctuaciones en los diferentes períodos, el límite máximo y mínimo de variación, y la obligación de comunicar al deudor el tipo de interés aplicable en cada período. Y

4.º) Interés de demora: Tipo real por mora o descubier-to, comienzo, periodicidad y cese del devengo, reglas detalladas para el cálculo, prueba y liquidación, y mención expresa de que sólo genera interés moratorio el retraso en el pago de las cuotas de principal, pero no el retraso en el pago de las cuotas relativas a interés retributivo.

Para concluir este apartado, abandonamos por un momento el plano teórico y nos introducimos, con PEMÁN MEDINA, en el terreno de la casuística, enumerando un catálogo de cláusulas que nunca deberían acceder a los contratos, tomadas de las pólizas que se están utilizando:

a) “En el supuesto de que el tipo de interés preferencial aplicable por el banco para créditos al plazo de tres años hubiera experimentado alguna variación... el tipo de interés se determinará mediante la adición de dos puntos porcentuales al tipo básico de referencia”, estipulación que perjudica al usuario al facultar a la Entidad Financiera a elevar el interés discrecionalmente, lo que excluye la buena fe, vulnera el justo equilibrio de las contraprestaciones y constituye un abuso contra lo dispuesto en el inciso inicial y apartado 3.º del artículo 10.1 c) L.G.D.C.U.

b) “El tipo de interés pactado variará cuando por disposición legal o reglamentaria se establezca un tipo distinto para esta clase de operaciones”, cláusula que, al no concretar cuál sea la disposición aludida, excluye la buena fe y se puede considerar como abusiva, vulnerando los mismos preceptos citados.

c) “El tipo de interés será modificado automáticamente si aumentan por disposiciones oficiales los tipos de interés señalados actualmente a las cuentas de pasivos”, estipulación que, al estar viciada de imprecisión o falta de claridad en la redacción y someterse a textos o documentos que no se suelen facilitar al cliente, además de incurrir en los defectos de los pactos precedentes, vulnera el Apartado a) del citado artículo 10.1.

d) Modificación del tipo de interés “con arreglo a las variaciones que experimente el tipo básico del Banco de España”, sin señalar este último en el momento de otorgarse el contrato, cláusula de remisión inconcreta, que también incumple lo dispuesto en el citado artículo 10.1, en su Apartado a).

e) “En caso de tener que pagar la Caja avalista, podrá exigir intereses al tipo máximo anual establecido y publica-

do en el B.O.E., para operaciones activas a más de un año”, cláusula que, al igual que sucede con todo interés moratorio manifiestamente excesivo, supone una indemnización o interés penalizado que no corresponde, fuera de la posición jurídica de avalista o acreedor, a prestación adicional alguna y que pueda ser aceptada o rechazada en cada caso, por lo que esta estipulación es contraria a la buena fe y quebranta lo dispuesto en el ordinal 5.º del Apartado c) del mencionado artículo 10.1.

f) Finalmente, mencionamos todos los pactos que expresan el interés de modo confuso o difícil de comprender o que, incluso, lo omiten, indicando simplemente una cuota que comprende amortización e intereses, estipulaciones que por su oscuridad son contrarias a lo dispuesto en el Apartado a) del tan reiterado artículo 10.1.

b) *Las comisiones y sus límites.*

La comisión es una cantidad fija o un porcentaje que el Banco retiene, cobra, carga o deduce por los más variados conceptos. Así, existen comisiones por estudio, por gestión o tramitación, de apertura (por ejemplo, 2'5 por mil trimestral sobre el capital prestado, 1 por ciento al año, 0'5 por una sola vez, etc.), por mantenimiento, por administración, por amortización anticipada, por vencimiento anticipado, por mora, por descubierto, etc. Estas sumas deben tenerse en cuenta para el cálculo del coste económico total del préstamo o crédito, coste expresado en la cifra T.A.E. que, como dijimos, debe figurar en el contrato. Y aunque normalmente se trata de importes o porcentajes de pequeña cuantía, su efecto puede ser decisivo para medir la carestía de un préstamo a lo largo de todo su proceso de ejecución. Porque puede suceder que un crédito a interés bajo, pero muy gravado por las abundantes comisiones sea más caro para el consumidor que aquel otro con un interés superior, pero en que las comisiones son escasas o no existen. Detrás de todo interés nominal, en que los Bancos vienen basando su publi-

cidad, existe el interés real que se paga, constituido por la adición a aquél de las correspondientes comisiones, que pueden traer consigo un encarecimiento del coste económico del préstamo nada despreciable. No se debe olvidar que toda comisión, en pura técnica jurídica, es interés, pues el artículo 315 C.Cm., en su 2.º párrafo, imperativamente expresa que se reputará tal “toda prestación pactada a favor del acreedor”.

Es un hecho cierto que se producen excesos y abusos en este tema y el Legislador, consciente de los mismos, tasa el importe máximo de ciertas comisiones. Así ocurre cuando el prestatario subroga a su Banco por otra Entidad de Crédito que le facilita condiciones más beneficiosas en el tipo de interés ordinario o de demora, inicialmente pactado o vigente, de su préstamo hipotecario, que por ello va a restituir anticipadamente. En este caso, el artículo 3 L.S.M.P.H. advierte lo siguiente: “Cuando se haya pactado amortización sin fijar comisión, no habrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto”; “si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 1% la comisión a percibir será la pactada”; “en los demás casos, la Entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1% cualquiera que sea la que se hubiese pactado”.

251

Pasando ya al campo de la casuística enumeramos ahora algunas cláusulas ilegales sobre comisiones, por no respetar la norma imperativa del artículo 10 L.G.D.C.U. Consignamos en cada caso el apartado concreto de este artículo que se infringe.

a) “En caso de modificación legal o por el propio Banco de las comisiones máximas autorizadas, las convenidas se equiparán a los nuevos tipos establecidos, sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes”. Toda cláusula similar a ésta hace depender la variación de una disposición legal que no se concreta y también faculta al acreedor para realizar dicha variación unilateral y discrecionalmente, de modo que

se crea un injusto y abusivo desequilibrio en los derechos y deberes de las partes, siempre en perjuicio del deudor, con lo que quedan quebrantados los Apartados 1 a), 1 c), inciso inicial, y 1 c), ordinal 3.º

b) “Se aplicará además cualquier nuevo tipo de comisión que las disposiciones legales o la autoridad competente permita”, cláusula que incurre en falta de claridad en su redacción al contener remisiones indefinidas y contemplar sólo el aumento pero no la disminución de comisiones, excluyendo la buena fe y atentando al equilibrio contractual, contra lo dispuesto en los Apartados 1 a) y 1 c), inciso inicial.

252

c) “El prestatario abonará las comisiones o gastos de estudio y gestión o mantenimiento establecidos”. Aquí nos encontramos con hipotéticas prestaciones del Banco que el consumidor no puede aceptar o rechazar en cada caso. Es más, en lo que respecta a la comisión de mantenimiento, la Entidad Financiera cobra por nada. ¿Qué significa mantener la cuenta de crédito? Parece que lo que se retribuye es la renuncia a un supuesto derecho de no mantener o resolver unilateral y arbitrariamente el contrato, lo que, naturalmente, no es admisible. La realidad es que la llamada “comisión de mantenimiento” carece de causa; no responde a actividad jurídica, económica, contable o administrativa alguna. De ahí que estipulaciones como las que comentamos sean ilegales, debido a que violan lo preceptuado en el Apartado 1 c), ordinal 5.º

c) *Causas de vencimiento anticipado de la obligación.*

Es en este sector donde los Bancos han llevado su afán cautelar hasta los extremos más insospechados diseñando una extensa y variada gama de cláusulas ilícitas, al ser indudable que están inmersas en la sinrazón y en la mala fe y son manifiestamente abusivas para el consumidor. Las pólizas y escrituras muestran estipulaciones en que la Entidad de Crédito puede dar por vencida la obligación antes del vencimiento del plazo contractual en casos como los siguientes:

1) “Cuando sin consentimiento expreso del Banco el deudor venda o enajene por cualquier título la finca hipotecada, constituya sobre ella segunda o ulterior hipoteca, ceda su posesión mediante la constitución de usufructo, uso, habitación, superficie, servidumbre, derechos de vuelo, sobre o subedificación, anticresis o cualesquiera otros derechos reales o personales, sean o no inscribibles”. Casos en los que se aprecia una facultad resolutoria unilateral y discrecional para el acreedor rechazada por el reiterado artículo 10.1 c), ordinal 2.º, inciso 1.º, no siendo, además, ninguno de tales pactos inscribible pues es doctrina consolidada de la D.G.R.N. que los mismos atacan más allá de lo necesario el goce y libre disponibilidad del hipotecante sobre su propiedad inmueble y obstaculizan el destino y función social connaturales a esa propiedad, con la circunstancia agravante de vulnerar también el artículo 27 L.H., que establece la ineficacia registral de las prohibiciones de disponer por actos a título oneroso.

253

2) “Cuando el deudor arriende el inmueble hipotecado sin consentimiento del acreedor”, estipulación que atenta duramente contra el Derecho de Consumo, pudiendo repetirse aquí los argumentos legales que sirven para los casos anteriores, y que, a la vista de nuestro Derecho Positivo actual, puede decirse que “carece de toda justificación”, por emplear la misma expresión que usó la Resolución de la D.G.R.N. de 27 de enero de 1986, para denegar su inscripción en el Registro. En efecto, carece de todo sentido privar hoy al deudor de la facultad de arrendar porque el arrendamiento, en cualquiera de sus modalidades, ya no es una “carga” para la propiedad al extinguirse de forma más o menos automática tras el procedimiento de ejecución hipotecaria. Si se trata de un arrendamiento sometido al Derecho Común, esté o no inscrito, el adquirente del inmueble hipotecado y subastado puede dar por terminado el arriendo, según resulta del artículo 1.571, párrafo 1.º C.C. en relación con su artículo 1.549 y con los artículos 2.5.º y 131,

Regla 17, ambos de la L.H., pronunciándose en este sentido las Sentencias del T.S. de 22 de diciembre de 1945 y de 22 de mayo de 1963 y autores como GINOT DE LLOBATERAS, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE y MARÍN LÓPEZ (31).

Si se trata de un arrendamiento rústico, se deduce de los artículos 13 y 78 de su Ley reguladora de 31 de diciembre de 1980 que también se resuelve el derecho del arrendador, sin intervención de su voluntad y por necesidad jurídica —como es la ejecución hipotecaria— con la puntualización de que mientras el artículo 13 reconoce la extinción automática, el artículo 78 sólo faculta al que resulte propietario a instar judicialmente la resolución.

254

Y, por último, si se trata de un arrendamiento urbano sometido a la Ley especial de 24 de noviembre de 1994, su artículo 13.1 establece también, como regla general, la resolución automática a causa de la ejecución hipotecaria o, a lo sumo, un retraso de cinco años en la toma de posesión de la vivienda por parte del adjudicatario, con la única excepción de que se trate de un arrendamiento inscrito con anterioridad a la hipoteca, caso en que no se extinguirá hasta que se cumplan la duración pactada, excepción que, obviamente, no rige para los arriendos contratados después de otorgarse el préstamo hipotecario, que son de los que ahora estamos hablando. Por tanto, la prohibición de arrendar no es admisible y en el supuesto de que la inscripción de hipoteca publique un pacto de este tipo la injusticia que conlleva es tanta que los Registradores, como sostiene CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (32), no se pueden negar a inscribir un eventual arrendamiento otorgado sin respetar la prohibición.

3) “Cuando, a la libre apreciación del Banco, haya sufrido menoscabo la solvencia del prestatario, “aprecie aquél

(31) Vid. MARÍN LÓPEZ, Enrique: “El arrendamiento y la ejecución hipotecaria”, en *R.J.N.*, n.º 1, Enero-Marzo, 1992, pág. 187.

(32) Vid. “Problemas de Derecho Privado y sus dictámenes”, en la Separata n.º 15 del *Boletín Informativo del Colegio Notarial de Granada*, noviembre, 1989, pág. 75.

discrecionalmente suficientes razones”, “no haya un movimiento adecuado en cuenta”, “se produzca el incumplimiento por hecho determinable, en todo caso, por el acreedor” y, como ejemplo de resolución anticipada parcial, “cuando se faculte a la Entidad prestamista para reducir el límite de disponibilidad del crédito a la cantidad dispuesta en un momento determinado”. La antijuridicidad en todos estos pactos reside en permitir que el Banco goce de una discrecionalidad directa para resolver el contrato, aunque también se pueden citar casos en que, con idéntico reproche de antijuridicidad, el acreedor retiene esta potestad resolutoria discrecional por vía indirecta. Por ejemplo, si se prevé el vencimiento “cuando acontecimientos de índole social, política, financiera o económica u otras causas que alteren el precio del dinero, dificulten la continuación del préstamo”, o cuando “el prestatario realice actos que pongan en peligro o disminuyan su solvencia”. Es palpable, en estos últimos casos, además, que existe total indeterminación, falta de criterio objetivo y se ataca el principio de especialidad, por lo que, según FERNÁNDEZ-CID, no se pueden inscribir tales cláusulas en el Registro.

255

4) “Cuando incumpliere el prestatario la obligación de pagar intereses, aunque excedan del máximo asegurado hipotecariamente, la de pagar los impuestos que gravan la operación, la de pagar el Impuesto de Bienes Inmuebles de la finca hipotecada, la de pagar las cuotas de la comunidad de propietarios y demás gastos que se debe satisfacer por dicha finca, la de exhibir recibos, la de concertar seguros, la de guardar fidelidad a los datos que han servido de base a la concesión o vigencia del crédito o al contenido de los documentos presentados a este fin, o cualquiera otra de las obligaciones contraídas en virtud del préstamo contrato”. Esta cláusula es rechazable porque no se puede hacer depender el vencimiento de cualquier tipo de comportamiento del deudor distinto del incumplimiento mismo de la obligación específicamente garantizada, pues de la única conducta

del deudor de que ha de responder el inmueble hipotecado es del incumplimiento a su tiempo de la obligación directamente garantizada con la hipoteca. Y cláusulas de esta naturaleza no se pueden inscribir porque involucran en la obligación garantizada otras múltiples obligaciones que suelen figurar en el contrato con injustificado detrimento del claro perfil que el orden público y la Economía exigen a los derechos reales, tesis esgrimida por la D.G.R.N. en sus Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987.

5) “Cuando se produjere la quiebra, concurso o suspensión de pagos del deudor o se libre mandamiento de embargo o ejecución contra la finca hipotecada”. Las razones en que, en esta ocasión, se apoyó dicho centro directivo para rechazar la inscripción son las siguientes: Este pacto contradice la esencia y finalidad mismas del derecho real de hipoteca, al cual, al recaer directamente sobre el bien gravado, le resulta indiferente quién sea el titular de éste y cuáles las vicisitudes patrimoniales del deudor; no añade ninguna garantía nueva a la ya estipulada, no aporta utilidades adicionales apreciables al acreedor, amplía de manera desorbitada e injustificada sus facultades en detrimento de los demás acreedores del deudor y, sobre todo, en detrimento de este último, al provocarle el vencimiento de sus deudas cuando mayor es su interés en obtener una espera o más agobiantes son sus necesidades de liquidez, y, por último, menoscaba de modo evidente la aptitud circulatoria y crediticia del bien gravado (Resoluciones de 27 de enero de 1986 y 5 de junio de 1987).

6) “Cuando la finca hipotecada se deprecie, por cualquier causa, en más del porcentaje fijado en la escritura, según comprobación de perito elegido por el Banco”, pacto que no se puede admitir, pues el rigor de los efectos del derecho de hipoteca no autoriza que pueda acceder al Registro una cláusula en que la justificación de la disminución de valor, desencadenante del vencimiento del préstamo, pueda hacerse depender del informe de un técnico tan parcial-

mente designado (Resoluciones de la D.G.R.N. de 4 de julio de 1984, 23 de octubre de 1987 y 26 de octubre de 1987). Y

7) “Cuando se denegare la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad”, convención que descarga sobre el consumidor las consecuencias jurídicas negativas del comportamiento abusivo del Banco, efecto que no es de recibo según lo dispuesto en el Apartado 7.º del artículo 10.1 c) L.G.D.C.U.

d) *Facultades de la Entidad de Crédito sobre el pago y su imputación.*

En este punto se pueden catalogar como abusivas cláusulas como las dos siguientes, francamente habituales en la práctica bancaria:

1) “En caso de entrega parcial, se dejará consignada sin devengo de interés ni ser objeto de compensación con el principal”, lo que contraviene el justo equilibrio de las contraprestaciones y, según PEMÁN MEDINA, va contra el principio general de compensación de deudas. Y

2) “El deudor no podrá alegar como forma de pago el simple ingreso de cantidad o la existencia de saldo en cualquier tipo de cuenta a su nombre, y para que tenga efecto liberatorio hará falta el consentimiento expreso del Banco”, pacto que no funciona a la recíproca pues éste casi siempre está autorizado para cobrarse discrecionalmente con cargo a los saldos.

2) *Cláusulas que afectan al elemento real del contrato hipotecario.*

Nos referimos aquí a las estipulaciones que operan sobre la extensión objetiva de la hipoteca y la responsabilidad hipotecaria. Su carácter abusivo procede, unas veces, del injusto mecanismo en que se basan, otras de la falta de acomodación a principios hipotecarios fundamentales, y otras de su

simple coincidencia con otras ya expuestas o que exponremos, por su efecto de contribuir al desequilibrio contractual. Veámos los casos más frecuentes.

a) *Valoración unilateral y a la baja de la finca hipotecada.*

Ya hemos aludido al hecho de que la valoración se efectúa por peritos en cuya designación no interviene el prestatario, con las consecuencias que ya quedan expuestas y que no vamos a reiterar. Interesa ahora destacar el abusivo método de tasación del inmueble hipotecado. En todo proceso de gestión para la concesión de un préstamo concurren dos valoraciones. La primera se efectúa para calcular si se puede o no conceder la cantidad pedida por el cliente. Como la normativa reguladora del mercado hipotecario suele situar entre el 60 y el 80% del valor del bien hipotecado el capital máximo que se puede prestar, existe una conexión legal entre valor peritado y la suma tope a prestar, por lo que, cuando al Banco no le conviene conceder todo lo que solicita el cliente, por los motivos que sea, basta hacer descender dicho tope manipulando a la baja la base sobre la que se calcula, es decir, el valor de la finca. Esta tasación que, al menos teóricamente, debe coincidir con el precio de mercado, debería servir para concretar el tipo de subasta que, según el artículo 130, párrafo 1.º, L.H., es preceptivo señalar en la escritura a efectos del procedimiento judicial sumario. Sin embargo, no sucede así. La Entidad de Crédito se limita a comprobar que el valor real de la finca excede con creces de la suma del capital a prestar incrementada con los intereses que habrán de pagarse, y señala la cifra resultante como precio del inmueble a efectos del procedimiento judicial sumario. Esta segunda valoración marca agudas diferencias entre el “precio de subasta” y el “precio de mercado” y que no resisten la más leve crítica. Hemos denunciado en otro lugar (33) las graves injusticias y perjuicios que para el

(33) *Vid. Ob. cit.*, págs. 555 y 556.

deudor comportan tales diferencias, hasta el punto de que un rematante hábil puede llegar a adquirir, por ejemplo, por sólo 9.000.000 ptas. un piso que vale 35.000.000 ptas., y además con una posibilidad de reventa inmediata en caso de gozar de una buena ubicación en la ciudad. Sólo hace falta que el rematante sea un auténtico “profesional” de las subastas y emplee las “técnicas”, más o menos sibilinas, para controlar la concurrencia de licitadores y la cuantía de las posturas, si bien es de prever que estas prácticas tan deleznales tiendan a disminuir en el futuro ya que el nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995, plausiblemente, las ha tipificado como delito en su artículo 262.

b) *Pactos acerca del alcance objetivo de la hipoteca y la delimitación de la responsabilidad hipotecaria.*

Distinguimos las categorías siguientes:

1) Pactos de ampliación.— Están permitidos por los artículos 110-1.º, 111 y 114 L.H., que autorizan a ampliar la hipoteca a construcciones donde antes no las había o muebles separables sin quebranto pero que están colocados permanentemente para adorno o comodidad de la finca hipotecada, y también a sus frutos, y a las rentas vencidas y no pagadas en el momento de exigirse la obligación garantizada, o permiten asegurar en perjuicio de tercero los intereses de tiempo que, como excepción, supere los dos últimos años y parte vencida de la anualidad corriente, que es la regla general. Todas estas estipulaciones son lícitas pero, como indicamos, pueden contribuir, en coincidencia con otras, a romper en exceso el equilibrio *inter partes* del contrato. No obstante, hay que advertir, en el punto relativo a las construcciones, que si la cláusula de ampliación extiende la hipoteca, sin distinción alguna, a edificaciones que en el futuro puedan construirse sobre el inmueble gravado, esta estipulación no sería inscribible por ir contra el artículo 112 L.H. y considerarlo así las Resoluciones de la D.G.R.N. de 23 y 26 de octubre de 1987.

2) Pactos que desdibujan los perfiles de la responsabilidad hipotecaria.— Los artículos 9 L.H. y 51 R.H. exigen que el derecho real de hipoteca se haga constar en el Registro con determinación clara de su extensión, principio de especialidad contra el que operan cláusulas como las siguientes, recogidas en la citada Resolución de 26 de octubre de 1987 y referidas a la hipoteca a interés variable:

i) Consignación de la responsabilidad hipotecaria sin expresar la cifra máxima de responsabilidad, expresión que, según ROCA SASTRE (34), debe existir siempre, por definición, ya que esta clase de hipotecas pertenece a la especie de hipotecas de máximo, dentro del género de hipotecas de seguridad. La omisión de dicho tope máximo impide la inscripción, pronunciándose también en este sentido las aludidas Resoluciones de 31 de octubre de 1984 y 23 de octubre de 1987.

260

ii) Consignar en la “cláusula de fluctuación de interés” el tipo inicial, expresando, a la hora de concretar la extensión de la garantía por interés del capital prestado, un tipo distinto, sin mencionar con toda claridad, que los intereses que la hipoteca garantiza no son otros que los variables que procedan según el contrato de préstamo.

iii) Consignar la suma global garantizada por intereses, sin más, omitiendo expresar separadamente la cifra máxima de intereses moratorios que se garantizan y la identificación de esta obligación futura, a modo de diferenciada hipoteca de seguridad. Y

iv) Mencionar una cifra conjunta de responsabilidad por costas y gastos, incluyendo, de modo general, además de las costas y gastos judiciales, cualquier gasto que, siendo de cargo del prestatario, haya sido satisfecho por la Entidad prestamista. Como esta fórmula genérica permite incluir gastos derivados de deberes asumidos por el deudor que, en puridad, nada tienen que ver con la obligación garantiza-

(34) *Vid.* Ob. cit., Tomo IV, vol. 2.º, pág. 789

da y la conservación y efectividad de la garantía, y como para garantizar los reembolsos por anticipos relativos a estas otras obligaciones no se crea una hipoteca separada y especial, con expresión de las circunstancias de cada deuda e importe máximo garantizado, esta estipulación debe ser rechazada.

3) El pacto de renuncia a la cancelación parcial.— Queremos dejar constancia en este apartado de la cláusula por la que “el deudor no podrá, en caso de pago parcial, liberar de la hipoteca ninguna de las fincas gravadas aunque dicho pago cubra el importe de la responsabilidad hipotecaria especial a que esté afecta alguna o algunas de ellas”, pacto por el que se impone al prestatario la renuncia a un derecho que le reconoce el artículo 124 L.H., renuncia que según la Resolución de 27 de enero de 1986, va contra el interés público por lo que no puede acceder al Registro.

261

3) *Cláusulas que operan sobre las garantías procesales.*

Se trata de todos aquellos pactos cuya reunión en un mismo contrato coloca al deudor en una posición jurídico-procesal muy debilitada frente a una eventual demanda ejecutiva del Banco, creando una innecesaria situación de desventaja que nuestro Derecho de Consumo pretende eliminar. En esta línea podemos citar:

— La renuncia al fuero propio del deudor, que PEMÁN MEDINA estima abusiva y desequilibradora porque el sometimiento a fuero distinto puede dificultar, a veces seriamente, su defensa. Además, el artículo 22 A.C.G.Ct. sanciona expresamente con la ineficacia este pacto, lo que pone de manifiesto la orientación del Legislador en este punto.

— La atribución al Banco de la facultad de elegir el proceso de reclamación.

— La renuncia del prestatario a cualquier reclamación que pueda determinar el pago de mensualidades, lo que excluye la buena fe.

— La atribución al acreedor, por la vía del artículo 131, Regla 6.^a, L.H., en caso de impago del deudor y abierto el procedimiento judicial sumario, de la administración o posesión de la finca hipotecada con percepción por aquél de frutos y rentas.

— La obligación del prestatario de abonar a la Entidad Financiera todo coste derivado de la intervención profesional de Abogados y Procuradores, aun cuando esta intervención no sea preceptiva, cláusula que puede ser fuente de grandes y costosos abusos y cuya redacción está animada por la idea de defraudar lo dispuesto en el artículo 424 L.E.C., que tasa las partidas que debe abonar el condenado en costas.

262

— El pacto por el que el Banco queda relevado de la obligación de notificar al fiador la falta de pago por el deudor principal, lo que además de chocar con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.435 L.E.C., puede suponer, en opinión de PEMÁN MEDINA, una cláusula de limitación de responsabilidad prohibida por el artículo 10-1 c), ordinal 6.º, L.G.D.C.U.

— Por último, también se puede incluir aquí todo pacto por el que la Entidad Crediticia se reserve en exclusiva el procedimiento para la determinación líquida de la deuda, sin posibilidad de participación para el prestatario, ya que esto representa una inversión de la carga de la prueba censurada por el artículo 10.1 c) señalado, en su ordinal 8.º En sintonía con esto, en un caso en que se había pactado que “la certificación bancaria sobre el saldo adeudado por el prestatario hará fe en juicio y fuera de él”, la D.G.R.N. consideró no inscribible semejante pacto al pugnar con lo dispuesto en los artículos 153 L.H. y 1.435 L.E.C. (Resolución de 19 de enero de 1996).

4) Cláusulas que inciden en las obligaciones accesorias de la principal inherente al préstamo.

Destacamos bajo este epígrafe las siguientes convenciones:

— Deber del cliente de pagar todos los derechos y honorarios generados en la notaría (o por la intervención del Corredor de Comercio) incluidos los gastos de la primera copia para el Banco, lo que es notoriamente injusto cuando éste, por su comodidad, origina gastos superfluos o que el cliente que los debe pagar no haría. Por ejemplo, cuando la Entidad de Crédito le pide al Notario que acuda a la oficina bancaria para autorizar la escritura o le encarga la gestión de la liquidación del Impuesto y la inscripción del documento en el Registro, actividades de gestión que el banco carga sobre el bolsillo de su cliente sin el más mínimo escrúpulo.

— Obligación del deudor de pagar el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados o cualquier otro que grave la operación.

— Obligación, igualmente, de pagar los gastos originados por la presentación del documento en el Registro de la Propiedad, incluso si el Registrador emite nota de calificación denegatoria por apreciar defectos que, evidentemente, sólo podrán ser imputables a la Entidad de Crédito, pacto que excepciona la regla general del artículo 614 R.H.

— Obligación de pagar todas las partidas hasta aquí relacionadas referidas a la escritura de cancelación de hipoteca, una vez extinguido el préstamo o crédito, con el mismo riesgo aludido, del momento de autorización de la escritura de préstamo hipotecario, de que el acreedor vuelva a “hinchar” abusivamente los honorarios notariales en perjuicio del deudor, que debe abonarlos.

— Obligación de asegurar la finca hipotecada contra pérdidas, daños o deterioros; deber de asegurar los riesgos de pérdida del puesto de trabajo, enfermedad o accidente que incapacite para trabajar y fallecimiento, designando, en este

último caso, como beneficiario del seguro de vida, al Banco, pacto que nos merece enérgica repulsa pues, en sentido figurado, parece que se está negociando con la muerte, que se está cediendo el propio cadáver. En todos estos supuestos la indemnización a percibir quedaría afecta a la hipoteca. Por otro lado, el cliente no es libre de elegir la compañía aseguradora que desee, sino que es la Sociedad de Crédito la que “sugiere” la compañía con la que se tiene que contratar.

— Finalmente, citamos la obligación de domiciliar en el Banco que concede el crédito la nómina o cualesquiera otro ingresos periódicos del prestatario, y el deber de los fiadores, en su caso, de vincularse solidariamente con el deudor principal con renuncia a los beneficios legales de excusión y división.

5) *Cláusulas de efecto exorbitante al contrato.*

Con esta expresión queremos aludir a todas aquellas convenciones que permiten que, tras el incumplimiento del deudor, pueda el acreedor adoptar ciertas medidas de garantía en la órbita de bienes, contratos, derechos u obligaciones que nada tienen que ver con el contenido esencial del préstamo o crédito que liga a ambas partes. Enumeramos los siguientes casos:

1.º) El Banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo cuando el cliente enajena cualquiera de sus bienes presentes o futuros sin previo consentimiento suyo, lo que contiene una obligación desproporcionada para el consumidor y que es particularmente abusiva cuando se trata de préstamos de pequeña cuantía en relación al patrimonio que posee, con infracción del artículo 10.1 c) L.G.D.C.U., en sus Apartados 2.º, inciso 1.º y 3.º, y quebrantamiento del principio de “libertad del tráfico inmobiliario”, circunstancia que impide el acceso al Registro a cláusulas de este género, como declaró la Resolución de la D.G.R.N. de 27 de enero de 1986.

2.º) El Establecimiento Financiero queda facultado para imputar a cualquier otro débito que tenga el prestatario, vencido o por vencer, cualquier cantidad que haya recibido del deudor para cobro de parte del principal o intereses, pacto que, como se puede observar, es abusivo en gran medida, ya que la Sociedad Crediticia queda libre para destinar dichas cantidades a amortizar otro préstamo de condiciones más favorables para el cliente, aun cuando no estuviera vencido.

3.º) “La Entidad Financiera podrá cobrarse, con cargo a la cuenta de crédito, cualquier cantidad de la que resultara acreedor con relación al deudor o los fiadores, aunque las deudas estuvieran representadas por documentos mercantiles no vencidos”, lo cual se acomoda mal a la prohibición de pacto comisorio y de realización arbitraria del propio derecho que rige en nuestro Ordenamiento.

4.º) “Se establece a favor del Banco un derecho de retención sobre el metálico y valores del prestatario o sus fiadores para el caso de pretender retirarlos sin su consentimiento”.

5.º) “En el supuesto de incumplimiento por el prestatario de cualquiera de las condiciones del contrato, quedaría vencida cualquier otra obligación pendiente entre la Sociedad de Crédito y el deudor... incluso letras giradas, avaladas, aceptadas o cedidas por éste y de las cuales aquélla sea tenedora”, estipulación que excluye la buena fe, al igual que la anterior, quebrantando además la prohibición de que una de las partes ostente una facultad resolutoria unilateral en perjuicio de la otra.

C) Otras técnicas contractuales defraudatorias.

En esa preocupación permanente de las Entidades de Crédito por optimizar sus garantías hay que sacar a relucir dos técnicas contractuales verdaderamente agresivas. Una busca un nivel de seguridad superior para el acreedor que el que ofrece el tradicional derecho real de hipoteca (supuesto de la de-

nominal "venta en garantía") y la otra busca una ejecución procesal fulminante, dejando inerte al deudor (supuesto del pagaré como sustitutivo de la póliza de préstamo). Veamos cada uno de estos dos procedimientos defraudatorios.

1) La llamada "venta en garantía" en sustitución de la hipoteca.

Se trata del siguiente caso: Una persona concierta un préstamo con un Banco y "en garantía" de la restitución del principal con los intereses correspondientes, le vende un bien inmueble, adquiriendo la Entidad de Crédito su propiedad con el compromiso de retrovenderlo al cliente, si la deuda que éste reconoce en el contrato resulta íntegramente satisfecha dentro del plazo pactado.

266

Este tipo de contrato encaja dentro de la figura del negocio fiduciario, estimado como un acto complejo y mixto, integrado por otros dos actos independientes de finalidad unitaria, uno de naturaleza real, por el que se transmite plenamente el dominio, y otro de carácter obligacional, que obliga a retransmitir por el pago oportuno del crédito cubierto, doctrina del doble negocio o del doble efecto en que las Entidades de Crédito suelen apoyarse para justificar su licitud y acceso al Registro de la Propiedad.

Ahora bien, nosotros nos sumamos a la corriente doctrinal más autorizada (DE CASTRO, ALBALADEJO, JORDANO BAREA, O'CALLAGHAN, etc.) para rechazar la validez del contrato descrito por adolecer de múltiples y sobresalientes defectos técnicos, como son:

a) El Registrador no puede inscribir la propiedad que se dice transmitir, cuando del mismo título resulta que el "comprador" no la adquiere en realidad. No olvidemos que el T.S. en su Sentencia de 19 de mayo de 1982, ha afirmado que en la *fiducia cum creditore* no hay "enajenación propiamente dicha sino garantía o afianzamiento del débito", lo que motiva "su limitada eficacia real".

b) Se usa una terminología impropia (“venta en garantía”) ya que no hay compraventa porque el precio no existe, no pudiendo considerarse tal la deuda que se reconoce.

c) Al sacrificio traslativo del deudor no corresponde ninguna promesa o prestación correlativa, a cargo del Banco, que lo equilibre, por lo que, según lo prescrito en el artículo 1.274 C.C., carece de causa, sin que la satisfacción de la exigencia de garantía que acompaña a la concesión del crédito a cubrir pueda merecer esa consideración.

d) No se puede admitir un negocio doble, en que sea factible dispensar un tratamiento diferenciado al aspecto real traslativo y al aspecto obligacional. Lo cierto es que existe un solo negocio con una sola causa que debe valorarse globalmente, no sólo por la intención unitaria que lo preside y le da cohesión, sino también por la finalidad práctica perseguida.

Y en esta dirección, y desde la óptica de la Entidad acreedora, la verdad es que tras la finalidad de garantía se esconde un choque frontal con la prohibición legal de pacto comisorio proclamada, entre otros preceptos, en los artículos 1.859 y 1.884 C.C. y, como observa CASTÁN TOBEÑAS (35), acaso la pretensión de dar virtualidad a un préstamo usurario, especialmente cuando se hace constar en la escritura una suma superior a la en verdad entregada, tesis que comparte RODRÍGUEZ-SÁINZ con fundamento en la Sentencia del T.S. de 14 de septiembre de 1992.

Las razones expresadas avalan el criterio de la doctrina (MORENO-LUQUE, por ejemplo) (36) de encuadrar todo negocio fiduciario dentro de la categoría de los “negocios indirectos”, siendo característico de su esencia “el perseguir un fin económico fuera de la Ley”. De ahí que la transmisión del

(35) Vid. *Derecho Civil Español Común y Foral, Derecho de Obligaciones*, Tomo IV, 11.^a Ed., Reus, Madrid, 1981, pág. 163.

(36) Vid. MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen y otros, *Lecciones del negocio jurídico*, Oviedo, 1987, pág. 36.

derecho de dominio ínsita en la *fiducia cum creditore*, en los términos que hemos expuesto, no pueda nunca acceder a los libros registrales, argumento defendido por la D.G.R.N. en su Resolución de 30 de junio de 1987.

2) *El pagaré cambiario en sustitución del contrato.*

En el quehacer cotidiano de las oficinas bancarias se está abriendo paso, cada vez con más insistencia, la práctica de formalizar los préstamos por medio de pólizas no intervenidas por Corredor de Comercio en las que se inserta una cláusula por la que se acuerda incorporar la deuda por capital, intereses, impuestos, comisiones y gastos, a un pagaré librado a la vista y no a la orden y que deja firmado en blanco el prestatario, a favor del Banco y en garantía del cumplimiento del préstamo y que, en caso de incumplimiento de las condiciones pactadas en la póliza, es completado unilateralmente por la propia Entidad de Crédito que, acto seguido, presenta el pagaré en el Juzgado, como título ejecutivo, instando su ejecución.

Operaciones de este género responden a una estrategia que pretende lograr los siguientes objetivos:

a) Eliminar el “molesto” control del Corredor de Comercio a la hora de liquidar la deuda, de suerte que el Banco pueda rellenar el pagaré con la cantidad que concrete a su antojo, sin necesidad de rendir cuentas a nadie si hace la liquidación de modo distinto al pactado en el contrato y el saldo resultante es superior al que aparece en la cuenta abierta al deudor, quedando así defraudado el artículo 1.435, párrafo 4.º, L.E.C.

b) Ahorrar dar explicaciones al deudor (o fiadores) pues la Entidad Financiera no tiene por qué notificarles previamente el importe de la cantidad exigible, quedando así defraudado el artículo 1.435 citado, en su último párrafo.

c) Romper el equilibrio del contrato e invertir la carga de la prueba en perjuicio del prestatario, límites que

la L.G.D.C.U. impone a la autonomía de la voluntad del Banco y que éste viola impunemente.

d) Dar al pagaré cambiario un uso que no estaba previsto en la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985, cuando diseñó esta institución en los artículos 94 a 97, pero que reporta sustanciosos beneficios económicos.

Se trata, pues, de una práctica repugnante que hiere al más elemental sentido de la justicia, y cuya única meta es el fraude a la Ley, argumentos sobrados para que todo Juez de Primera Instancia al que se le presente uno de estos pagarés, tras indagar el contenido del contrato subyacente, deniegue el despacho de la ejecución con fundamento en el artículo 1.440 L.E.C., convenientemente interpretado por la Sentencia del T.C. de 10 de octubre de 1992, en relación con el artículo 1.467-1.º de dicha Ley Procesal. No se puede dudar que cualquier pagaré de esta naturaleza es nulo por ser nula también la estipulación del contrato privado de la que nace, convirtiéndose en un título ejecutivo viciado con idéntica nulidad.

Esta teoría comienza ya a ser respaldada por nuestros Tribunales, y excelente prueba de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 7 de diciembre de 1994 y un Auto de idéntica fecha, que la acogen en su integridad.

269

IV. La impugnación del contrato abusivo

Dice la Biblia: “Si un hombre practica Derecho y justicia... si no presta con usura e interés... ese hombre es justo y vivirá”. “Y si éste tiene un hijo... que preste con usura e interés, este hijo no vivirá, porque ha cometido esta cosa horrible; morirá y su sangre recaerá sobre él” (Ezequiel-18, 8 y 13). Esta dura condena de la Iglesia Católica está dentro de la filosofía que inspiró la Ley Azcárate, de Represión de la Usura, de 23 de julio de 1908. Esta ley describe tres especies de préstamos usurarios: 1.º) Los que contienen

un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso (pensemos, por ejemplo, en aquellas operaciones en que el interés pactado —sea retributivo o moratorio— casi triplica el interés legal del dinero, hipótesis nada ajena a la realidad); 2.º) Los que estipulen condiciones leoninas o que concedan todas las ventajas al acreedor, habiendo motivos para creer que han sido aceptadas a consecuencia de su situación angustiosa, su inexperiencia o lo limitado de sus facultades mentales (pensemos, por ejemplo, en la persona de instrucción rudimentaria que, apremiado por la necesidad de dinero, pide un crédito por primera vez y firma un contrato en el que se pueden leer un buen número de las cláusulas que quedan expuestas en este trabajo, quedando despojado de toda defensa jurídica) y 3.º) Aquellos en que figure mayor cantidad recibida que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias (consideremos, por ejemplo, todos los casos en que se plasma en el contrato como entregada una cierta cantidad, y el prestatario recibe otra menor por efecto de las deducciones por comisiones de estudio, gestión o tramitación, apertura, etc.).

Por consiguiente, una primera vía de impugnación del contrato abusivo, que nosotros hemos defendido vivamente (37), es demandar la nulidad por usura, dentro del plazo general de prescripción de quince años que señala el artículo 1.964 C.C., y siempre que el préstamo esté pendiente de extinción o de total cumplimiento. La demanda se ha de sustanciar por los trámites del juicio declarativo ordinario que corresponda a su cuantía, y una eventual sentencia favorable, además de traer consigo la condena en costas para el Banco, ha de liberar al cliente del pago de todo interés (usurario o legítimo) de modo que si el cliente ya había comenzado a pagar principal e intereses vencidos y lo entregado excede ya de la suma recibida de la Entidad de Cré-

(37) *Vid. Ob. cit.*, págs. 557 a 561.

dito, ésta debe devolver la diferencia. Este beneficioso efecto, previsto en el artículo 3 de la Ley especial, creemos, no obstante, que se queda corto. Un efecto legal más severo gozaría de mayor grado de persuasión, como sucede, por citar un caso singular ya aludido, en el C.C.P.R. que, en su Sección 4.594, párrafo 2.º, deduce al acreedor, del capital que le ha de venir devuelto, una vez declarada la nulidad del contrato por “interés ilegal”, un 25% que se adjudica al Estado.

Ahora bien, aunque esta vía de impugnación es recomendable teóricamente, la experiencia demuestra que ha de abandonarse. Las demandas por usura que se registran en los Juzgados son escasas y más escasas aún las sentencias condenatorias. Esto se explica porque los clientes de los Bancos no desean seguir endeudándose para costear un proceso cuyas posibilidades de éxito son francamente inciertas. Hay que recordar que nos movemos en el ámbito del préstamo mercantil y que hasta principios de los años 40 el T.S. juzgó que la L.R.U. no era aplicable a los préstamos mercantiles. Después de dicha fecha rectificó su criterio pero con demasiadas restricciones, sobre la base de estimar que la Ley especial sólo es aplicable “cuando circunstancias extraordinarias y muy cualificadas revelan el carácter usurario del caso litigioso” (Sentencias de 13 de febrero de 1941, 1 de marzo de 1949, 2 de diciembre de 1957, 26 de noviembre de 1959, 11 de marzo de 1966, 17 de enero de 1970, etc.) insistiendo en esta dirección doctrinal la Jurisprudencia más reciente (Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 29 de mayo de 1981 y Sentencia del T.S. de 19 de mayo de 1995).

Puede afirmarse, en conclusión, que la Jurisprudencia ha dado muerte a la institución de la usura civil, hecho que posiblemente haya llevado al Legislador, por motivos de coherencia, a eliminar la usura también del ámbito penal. Los artículos 542 y siguientes C.P. tipifican como delito, entre otros supuestos, el dedicarse habitualmente al préstamo usu-

rario o el encubrirlo bajo otras formas contractuales, aunque no haya habitualidad. Como se puede apreciar, y resalta RODRÍGUEZ DEvesa (38), la descripción del tipo penal está en íntima conexión con la usura civil. Y si, como hemos visto, en la práctica el reproche civil a la usura casi ya no existe, malamente podrá subsistir el reproche penal. De ahí que el nuevo Código Penal de 23 de noviembre de 1995 haya optado por suprimir el delito, introduciendo en su lugar los delitos relativos al mercado y a los consumidores (cfr. art. 282), es decir, los cambios experimentados en el ámbito del Derecho Penal evidencian los síntomas de que el concepto casi decimonónico de contrato usurario se ha modernizado y reconvertido en el concepto de contrato abusivo, noción propia del Derecho de Consumo, donde tiene su sede una segunda vía de impugnación, que es la que hay que utilizar y que encontramos en la L.G.D.C.U. Su artículo 4 declara que son nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas que no cumplan los requisitos de la Ley. No obstante, cuando las estipulaciones subsistentes generen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo, siendo además nulo todo acto realizado en fraude de la Ley, como dispone su artículo 2.3.

La acción de nulidad, que no regula expresamente la L.G.D.C.U., está sujeta a la prescripción general de los quince años (aunque el A.C.G.Ct. fija en dos años el plazo de prescripción) y se ha de sustanciar por el procedimiento declarativo ordinario que corresponda a su cuantía, salvo que la cláusula impugnada no tenga contenido económico, en cuyo caso el proceso será el declarativo ordinario de menor cuantía (*ex* art. 434-4.º L.E.C.), trámite que establece para todos los casos el A.C.G.Ct.

(38) *Vid. Derecho Penal Español. Parte Especial*, 8.ª Ed., Madrid, 1980, págs. 563 y siguientes.

Por otro lado, el consumidor demandado en juicio ejecutivo por un Banco que pretenda hacer valer un contrato de préstamo abusivo, puede excepcionar la nulidad con fundamento en la L.G.D.C.U. y al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.467-1.º L.E.C.

Finalmente, destacaremos, con PEMÁN MEDINA, que la L.G.D.C.U. no dice qué es lo que ocurre cuando la sentencia condenatoria declare la nulidad de una cláusula que es parte integrante de las condiciones generales de contratación de la Entidad de Crédito (lo que habrá de suceder casi siempre). Ya sabemos en lo que atañe al prestatario que la estipulación será nula y se tendrá por no puesta, pero ¿podrá el Banco seguir usándola en el futuro? Parece que la respuesta necesariamente ha de ser afirmativa aunque, naturalmente, la Sociedad Financiera se arriesgará a recibir nuevos pronunciamientos condenatorios. La solución acertada a este problema es un futuro. La encontramos en el artículo 36 A.C.G.Ct. que, inspirándose en el Derecho Comparado, establece: “La sentencia firme que... declare la ineficacia de unas condiciones generales de la contratación, o de una parte de ellas, impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las que se declaren ineficaces y de abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Esta obligación afectará también a quienes se dediquen a la misma actividad que el demandado y utilicen en su contratación para circunstancias análogas cláusulas iguales a las declaradas ineficaces”.

273

V. Conclusiones

1.º) En esta obra se han recopilado más de treinta cláusulas de talante abusivo extraídas de las pólizas y escrituras que aun hoy circulan por Bancos, notarías y despachos de Corredores, lo que demuestra que el Derecho de Consumo va penetrando muy poco a poco en la praxis bancaria.

2.^a) Las Entidades de Crédito tratan de justificar sus abusivos métodos de contratación con la elevada morosidad que existe (en gran medida dolosa, según ellas), pero esto es una consecuencia de las fluctuaciones del mercado y la coyuntura económica, hecho que deben asumir sin descargar sus efectos sobre los consumidores por medio de políticas comerciales devastadoras y agresivas.

3.^a) Los juristas debemos mostrarnos rebeldes ante el dato de que, cada vez más, los derechos subjetivos sólo se miden e interesan por lo que valen en dinero, en puros términos económicos. Hay que intentar detener el asalto de que está siendo objeto el Derecho, y muy especialmente el Derecho Mercantil, por parte de la Economía, lo que es fuente permanente de desequilibrios y situaciones injustas.

274 4.^a) Ante este panorama, la respuesta de los Fedatarios Públicos, Registradores y Jueces sólo puede pasar por una aplicación firme de la Ley, desechando minutas y formularios escritos, denegando autorizaciones, inscripciones o la estimación de las demandas, dictando sentencias condenatorias contra las Sociedades Financieras, si con ello se puede evitar que la Banca siga imponiendo su peculiar sentido de la justicia por encima de la Ley y de los derechos de los consumidores que la C.E. garantiza. En este orden de cosas, sería bueno unificar criterios para que la respuesta de los funcionarios implicados sea tan firme como unánime. Por ejemplo, podría resultar eficaz que tanto el C.G.N. como el Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio elaborasen, para sus colegiados, instrucciones detalladas conteniendo un catálogo de modelos de cláusulas, clasificadas de acuerdo con la norma vulnerada: Las que van contra la buena fe, las que desequilibran el contrato, las oscuras o imprecisas, las que son “abusivas de crédito”, las que invierten la carga de la prueba en perjuicio del prestatario, las que concretan tipos de interés que deben considerarse

“anormales” o “desproporcionados”, etc... Por este procedimiento todos los fedatarios adoptarían una postura de censura uniforme ante las minutas y pólizas abusivas, de manera que los Bancos se verían obligados a acatar la Ley en todos los casos.

Nota bibliográfica

AMORÓS DORDA, F. J., “Directiva 87/102/CEE; protección al consumidor y crédito al consumo”, en *Revista de Derecho y Comercio*, n.º 1, 1987. AURIOLES MARTÍN, Adolfo, “La protección de los usuarios de servicios bancarios”, en *La Ley*, 23 de julio de 1991. BRICKS, Hélène, “Les Clauses Abusives”, *L.G.D.J.*, París, 1982. BURDIEL HERNÁNDEZ, Manuel, “Posición jurídica de los profesionales, maestros, juristas y Notarios hacia la contratación equilibrada y justa”, en *R.D.N.*, n.º 141-142, julio-diciembre, 1988. CABANILLAS SÁNCHEZ, “Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, págs. 1191 y siguientes. CEPAS PALANCA, Rafael, “La información cualificada del consumidor en la normativa de la C.E.E.”, en el libro *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Seminario organizado por el C.G.N. y la U.I.M.P., 1.ª Ed., Civitas, Madrid, 1993. CLAVERÍA GOSALVES, “El control de las condiciones generales de los contratos”, en *La Ley*, 11 de abril de 1989, págs. 1013 y siguientes. DÍAZ ALABART, Silvia, “Las cláusulas contractuales abusivas”, en *Cuadernos de Derecho Judicial VI, Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 41 a 75. ECHEVARRÍA PÉREZ, Alvaro, “Principales cláusulas empleadas en los contratos suscritos con Entidades de Crédito y artículo 10 L.G.D.C.U.”, en *Cuadernos de Derecho Judicial XXIII, Contratos bancarios y financieros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 271 a 306. FERNÁNDEZ-CID DE TEMES, Eduardo, “La seguridad jurídica de la contratación de créditos y préstamos bancarios: Clausulado y ejecución de estos contratos”, en el libro *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Seminario organizado por el C.G.N. y la U.I.M.P., 1.ª Ed., Civitas, Madrid, 1993. GARCÍA MÁS, Javier, “Breves notas a la Orden de 5 de Mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios”, en *Actua-*

lidad Civil, n.º 15/10, 16 de abril de 1995, págs. 283 a 299. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, "Contratación bancaria y consumo. Algunas consideraciones en torno al Art. 10 L.G.D.C.U.", en *R.D.B.B.*, n.º 30, junio, 1988. GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen, "Ineficacia de las condiciones generales abusivas", en *Cuadernos de Derecho Judicial VI, Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 79 a 114. ILLESCAS, Rafael, "Los contratos bancarios: Reglas de información, documentación y ejecución", en *R.D.B.B.*, n.º 34, abril-junio, 1989. LÓPEZ BURNIOL, Juan José, "Función notarial y documento: Exigencia en torno al mismo de la función asesora y del control de legalidad", en el *Libro de Ponencias del V Congreso Notarial Español*, Granada, 1993. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, "Libertad y equilibrio en el contrato", en *R.J.N.*, n.º 1, enero-marzo, 1992. MORALES MORENO, Antonio Manuel, "Información publicitaria y protección del consumidor", en el *Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VIII, C.G.N., Madrid, 1992. NIETO CAROL, Ubaldo, "Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios", en *Cuadernos de Derecho Judicial VI, Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 253 a 311. PAUMARD COLLADO, Fernando, "Ineficacia de las condiciones generales abusivas", en *Cuadernos de Derecho Judicial VI, Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 397 a 403. PEDREIRA ANDRADE, Antonio, "El derecho de los consumidores en la Constitución Española y en el Ordenamiento Jurídico Comunitario", en *Cuadernos de Derecho Judicial VI, Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 117 a 200, y "La Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Aplicabilidad a los contratos bancarios. Síntesis jurisprudencial sobre contratos bancarios", en *Cuadernos de Derecho Judicial XXIII, Contratos bancarios y financieros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 309 a 351. PEMÁN MEDINA, Juan G., "La protección del consumidor en el tráfico mercantil", en *B.I.M.J.*, año XLI, n.º 1.456, Madrid, 1987. POLO, Eduardo, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Cívitas, Madrid, 1990. RAPOSO FERNÁNDEZ, José Manuel, "Incidencia de la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, en la praxis bancaria", en el *Libro del I Congreso Jurídico de Asturias*,

Oviedo, 1987. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ricardo, "El completamiento de letras de cambio, cheques y pagarés como práctica irregular para la liquidación de operaciones bancarias y financieras", en *Cuadernos de Derecho Judicial XXIII, Contratos bancarios y financieros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 437 a 451. RODRÍGUEZ-SÁINZ GARCÍA, Alicia, "Préstamo usurario: Aplicación de sus requisitos y sanción de nulidad", en *Poder Judicial*, 2.^a Epoca, n.º 29, Consejo General del Poder Judicial, marzo, 1993, págs. 151 a 159. SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, 1986. SÁNCHEZ HERRERO, José Ramón, "Apertura de crédito en cuenta corriente. Intereses moratorios de descubierto y sobreexcedidos del límite pactado", en *Cuadernos de Derecho Judicial XXIII, Contratos bancarios y financieros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 425 a 433. SÁNCHEZ MIGUEL, María Candelas, "Modificación de las normas sobre condiciones de crédito y defensa del cliente en el Derecho español", en *R.D.B.B.*, n.º 34, 1989, y "El contrato de cuenta corriente bancaria como soporte de los contratos bancarios. Protección del cliente de las Entidades de Crédito", en *Cuadernos de Derecho Judicial XXIII, Contratos bancarios y financieros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 73 a 145. SEGURA ZURBANO, José María, "Los préstamos y el interés variable", en *R.D.N.*, n.º 139, enero-marzo, 1988. SARAZA JIMENA, Rafael, "Problemática de los contratos bancarios y financieros en relación a los consumidores y usuarios. Cuestiones prácticas que se presentan en la jurisdicción civil", en *Cuadernos de Derecho Judicial XXIII, Contratos bancarios y financieros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, págs. 223 y siguientes. TAPIA HERMIDA, Alberto, "La vigencia de la Ley de Usura como mecanismo de protección del consumidor a crédito", en *R.D.B.B.*, n.º 35, 1987.

B) Notas bibliográficas

“La fiducia sucesoria secreta”, CAMARA LAPUENTE, Sergio. Prólogo de Juan Bms. Vallet de Goytisolo. Universidad de Navarra. DYKINSON. Madrid, 1996, 1549 págs.

Este importante libro contiene la tesis doctoral del joven y destacadísimo jurista Sergio Cámara Lapuente, Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra; tesis, defendida en el Aula Magna de la Universidad, “impresionante” al decir del Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, nuestro compañero JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, quien presidió el Tribunal calificador, constituido, además, por los Catedráticos de Derecho Civil PUIG FERRIOL, GORDILLO, DORAL y SILVIA DÍAZ DE ALABART. El *cum laude* a la tesis fue tan evidente como indiscutible. Defendida y calificada la tesis el 16 de febrero de 1996, ha sido editada íntegramente seis meses después; lo que ratifica la importancia del trabajo del Doctor CÁMARA LAPUENTE en un aspecto del Derecho Sucesorio en el que los legisladores forales –Navarra y Cataluña– van muy por delante del Derecho del Código civil. No en balde prima en aquéllos el principio de libertad civil, coartado en el Derecho común. Una vez más se produce la paradoja –nada ilógica– de que el Derecho consuetudinario, tradicional, va por delante del –valga la redundancia– “Derecho legal” (liberal solamente de nombre, no de resultados prácticos). Así, este libro –que estudia exhaustivamente una institución jurídica casi preterida por el Código civil español– abrirá perspectivas nuevas en orden a la sugestiva institución de la *fiducia sucesoria secreta* o, más concretamente, al *heredero de confianza*.

Las instituciones confidenciales han sido tratadas por la doctrina española con referencia a las herencias de confianza, habiéndose marginado al resto de las manifestaciones de la fiducia sucesoria secreta, así como la concepción de ésta como una categoría autónoma. Es decir –la definición es del propio CÁMARA–, “como la institución de uno o varios herederos para que den a los bienes el destino que el disponente le haya encomendado con-

fidencialmente, ya de palabra, ya por escrito”; o, en síntesis acertada, como “una institución de heredero hecha por vía confidencial”.

Esta institución, cuya licitud fue en España indiscutible hasta la promulgación del Código civil, que la prohíbe en el artículo 785-4.º, subsiste en Cataluña y Navarra, con similar régimen; aunque con diferencias importantes (mayor amplitud en el Fuero Nuevo de Navarra que en el Código de sucesiones catalán).

La recensión de un trabajo tan minucioso como extenso –tal es el libro de CÁMARA– admite sólo síntesis apretadas del contenido. De su estructura, en primer lugar, que el autor divide en dos partes: Retrospectiva (origen e historia de la institución), Perspectiva: estática (posición jurídica del heredero y naturaleza jurídica de la herencia de confianza), dinámica (requisitos, constitución, contenido, ejecución y extinción de la institución confidencial) y, por último, tratamientos legislativos (Código civil, Derechos civiles forales, Derecho comparado: codificado y del *Common Law*). Cincuenta y siete conclusiones resumen admirablemente las extensas partes anteriores. Una Tabla de Sentencias y Resoluciones, la Bibliografía y el Índice General de materias, cierran el volumen. La edición está muy cuidada: buena impresión tipográfica y escasísimas erratas (solamente detecté, en las 1549 páginas del libro, 23; debidas por lo general a trasposiciones de letras).

280

La parte retrospectiva –señaló el Tribunal calificador del trabajo de CÁMARA LAPUENTE– “pudo haber constituido por sí sola una tesis doctoral de historia del derecho merecedora de encomiásticos elogios”. En cinco capítulos –483 págs.– se examinan los orígenes y fuentes de los Derechos romano, germánico, gótico romano vulgar, recepción romano-canónica, doctrina de glosadores, postglosadores, prácticos, fueros y compilaciones, Decretales, Codificación (en sistemas francés, italiano, alemán, chileno, español de Derecho común y de Derechos forales, catalán y navarro especialmente). Se llega, tras el pormenorizado estudio de orígenes y desarrollo de la institución, a la práctica conclusión de que la prohibición de la confianza secreta por el Código civil fue contraria a la tradición histórica española. El temor del legislador a los riesgos (posibilidad de fraude de ley) no debieran justificar la prohibición, sino regularlo para un buen funcionamiento, como lo harían los derechos catalán y navarro, que, sin coartar la libertad de testar, separan la herencia de confianza de la sustitución fideicomisaria y la acercan a la institución de heredero y a la ejecución testamentaria. Los notarios en Cataluña y en Navarra influyeron decisivamente, a través de la práctica, en el mantenimiento y regulación legal de la herencia de confianza. Su trabajo es un aspecto más de la determinación notarial del Derecho, tan destacada últimamente por VALLET en sus recientes y amplísimos trabajos sobre “Metodología” (I, 1994, y II, 1996).

En la Perspectiva –segunda parte del libro– se estudia, en primer lugar, la posición jurídica del heredero de confianza. El autor revisa críticamente las diversas teorías: La “monista”, que equipara al heredero de confianza como testigo cualificado o como intermediario, ejecutor, mandatario *post*

mortem, administrador, representante o como heredero puro y simple; y las teorías complejas que conjugan dos o tres elementos monistas resultando al heredero de confianza como parte de un negocio fiduciario.

La tesis de CÁMARA es que en los Derechos catalán y navarro la posición del heredero de confianza tiene un aspecto interno (funciones testificales, ejecutivas y administradoras; un encargo confidencial y una obligación legal de cumplirlo), y un aspecto externo consistente en una titularidad transitoria y funcional sobre el patrimonio hereditario destinado a fines reservados. La “confianza” o encargo confidencial es una parte constitutiva de la institución. Sin aquélla, ésta es ineficaz.

Aunque la naturaleza institucional de la herencia de confianza sea análoga al fideicomiso puro o al *trust* anglosajón, no cabe asimilarla a instituciones tales como la sustitución fideicomisaria, el fideicomiso de residuo, las liberalidades *sub modo*, las memorias testamentarias, etc. Es una institución autónoma y muy rica, en los derechos catalán y navarro, en aplicaciones prácticas. Los notarios que ejercen en Navarra y aplicando el Derecho foral navarro –pienso que sucederá igual en Cataluña y a los notarios allí ejercientes– saben muy bien la utilidad de la institución y de los testamentos en que, por regla general, se formaliza. La cláusula suele ser muy sencilla. “Instituye heredero(a) ..., con carácter de heredero(a) de confianza para que invierta los bienes (o parte de ellos) de la herencia en los fines que el testador(a) le comunique, verbalmente o por escrito, sin que por concepto alguno se obligue al heredero a manifestar la confianza en él (ella) depositada, ni impugnar su nombramiento, pues si eso sucede se le considerará nombrado heredero(a) absoluto (o puro y simple), sin ninguna obligación”.

La amplísima libertad sucesoria del Derecho navarro permite la institución, o designación de heredero de confianza, no sólo en testamentos sino en pactos o contratos sucesorios, y a través de donaciones mortis causa; así como designar legatario y albacea de confianza (incluso en Parientes Mayores). Sin embargo, esto es inusual. No lo es, en cambio, que se designe confidenciario a una persona jurídica (hoy prohibido en Cataluña) e, incluso es lícito nombrar a persona por razón de su cargo u oficio. En cuanto a la cláusula de conversión del fiduciario en heredero puro y simple suele ser frecuentísima, aunque raras veces se lleva a cabo puesto que –salvo en los supuestos de cónyuges, descendientes o ascendientes designados– la legislación fiscal resulta confiscatoria.

CÁMARA, después de repasar, minuciosamente, instituciones afines –ya antes aludidas–, tales como el fideicomiso, la sustitución fideicomisaria, el fideicomiso de residuo, el testamento *per relationem*, las memorias testamentarias, las instituciones *sub modo*, el albaceazgo, las disposiciones a favor del alma, los negocios fiduciarios, simulados o indirectos, y el *trust* anglosajón, se decanta por la singularidad de la institución dentro del Derecho sucesorio; aunque la regulación legal, donde la institución se conserva, no supone un límite a la interpretación, sino que, por el contrario, requiere in-

tegrar sus lagunas; frecuentes, toda vez que la institución es proteica y cambiante; o, al menos, así se nos muestra.

Dentro de una perspectiva dinámica de la herencia de confianza, el estudio discurre por la comunicación o encargo (elementos, clases, momento, requisitos subjetivos del confidente y del beneficiario), relaciones de la confianza con el instrumento (testamento, pacto sucesorio, etc.) que formalmente la contiene (problemas de inexistencia y nulidad) y, finalmente, del contenido posible relacionado, circunstanciadamente, por la Jurisprudencia. Los problemas prácticos, surgen en cada uno de los apartados. Y el autor del trabajo no los rehuye: los analiza y aporta posibles, y creíbles, soluciones. Lo mismo sucede, incluso más acentuadamente, con los siguientes capítulos de la perspectiva dinámica: el de la constitución, nacimiento y desarrollo de la institución hasta la revelación de la confianza (estudios sobre: el instrumento válido; capacidad para nombrar heredero de confianza; modalidades y apertura de la sucesión; capacidad para ser heredero; aceptación, repudiación y renuncia de la herencia de confianza; derechos y obligaciones del heredero; el beneficiario de la confianza; y los terceros interesados); el capítulo sobre el cumplimiento, revelación y ejecución de la confianza (con sus problemas respecto a: la prohibición de revelar y las excepciones; las formas y plazos de revelarlo; la interpretación o la impugnación de la confianza; y los efectos de la revelación); y finalmente el capítulo de la extinción de la institución (caducidad y sus causas en el Derecho catalán; ineficacia y sus causas en el Derecho navarro).

282

Tal vez sea esta parte (que ocupa desde la página 667 a la 1175 del libro), en la que el autor manifieste una preparación acusadísima de “práctico del Derecho”. De aquí, pues, la utilidad de un libro como el aquí mencionado para los juristas prácticos.

El estudio de la regulación legal de la fiducia sucesoria secreta es decir, la normativa en el Código civil, en los Derechos forales y en el Derecho comparado, constituye la parte última del trabajo de CÁMARA LAPUENTE; tratamiento, asimismo exhaustivo (páginas 1179 a 1429), pormenorizado (en el Derecho comparado se examinan 26 Códigos nada menos, a los que se añade la regulación del sistema del *Common Law*) y también sumamente práctico. No solamente por el examen de la diversa legalidad sino, asimismo, de los sistemas fiscales correspondientes; lo cual, atendiendo a una retrospectiva posible de la institución tal vez necesaria, en los sistemas de prohibición como el actual del Código civil español, pudiera ser de gran utilidad al legislador; tanto al del Derecho común como a los de los Derechos especiales, sean forales o autonómicos.

Todo ello se refleja, además, en las conclusiones (57 en total) del admirable trabajo de CÁMARA —no en balde forma parte del corto número de redactores de los *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, que continúa editando EDESA— que se significa todavía más por su adhesión a una institución —la herencia de confianza— que, con palabras del autor: “Ni vulnera el carácter personalísimo del testamento (tal como este

rasgo se formula legislativamente, asociado al arbitrio), ni deja indeterminada e indeterminable la identidad del favorecido, ni entraña necesariamente una interposición ilegal de persona para favorecer a incapaces”.

La utilidad, por otra parte, de la fiducia continuada, construcción genuina del Fuero Nuevo de Navarra, como figura intermedia entre la herencia de confianza y la fundación, basada asimismo en la confidencialidad, abre mucho campo a la práctica de servicios fiduciarios (a través de Bancos u otras entidades); y también para cubrir las finalidades propias de las fundaciones familiares y de interés particular. Claro está que el recelo del legislador para estas instituciones se ha traducido en un tratamiento fiscal menos cautelar que sancionador. Esto debiera ser también objeto de una revisión para que no obstaculizara lo que es ideal de un régimen jurídico plasmado, por ejemplo, en la Ley 7 del Fuero Nuevo de Navarra al establecer que la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público o vaya en perjuicio de tercero. Es decir, en ese principio de libertad civil en razón del cual las leyes se presumen dispositivas que conduce también a una “libertad de testar que muchos pueblos tuvieron y pocos fueron dignos de conservar”.

Las últimas páginas del estupendo libro de CÁMARA LAPUENTE, contienen: Una muy útil Tabla de Sentencias y Resoluciones (del Tribunal Supremo, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del Tribunal de Casación de Cataluña y de Audiencias Territoriales); la bibliografía de fuentes (125) y de doctrina (cita obras, si no he contado mal, de 713 autores); y el Índice General de materias, completísimo.

Obra, pues, aleccionadora e imprescindible en toda buena biblioteca jurídica.

J. Javier Nagore Yáñez
Notario

283

“El derecho agrario de la Unión Europea”, DELGADO DE MIGUEL, Juan-Francisco. Editorial The Book, 1996. Un tomo de 354 págs.

El Tratado de Roma por el que se constituyeron las Comunidades Europeas contenía dos disposiciones programáticas en materia agraria en las que se establecía que el mercado común abarcaría la agricultura y el comercio de los productos agrícolas y que el funcionamiento y desarrollo de ese mer-

rasgo se formula legislativamente, asociado al arbitrio), ni deja indeterminada e indeterminable la identidad del favorecido, ni entraña necesariamente una interposición ilegal de persona para favorecer a incapaces”.

La utilidad, por otra parte, de la fiducia continuada, construcción genuina del Fuero Nuevo de Navarra, como figura intermedia entre la herencia de confianza y la fundación, basada asimismo en la confidencialidad, abre mucho campo a la práctica de servicios fiduciarios (a través de Bancos u otras entidades); y también para cubrir las finalidades propias de las fundaciones familiares y de interés particular. Claro está que el recelo del legislador para estas instituciones se ha traducido en un tratamiento fiscal menos cautelar que sancionador. Esto debiera ser también objeto de una revisión para que no obstaculizara lo que es ideal de un régimen jurídico plasmado, por ejemplo, en la Ley 7 del Fuero Nuevo de Navarra al establecer que la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público o vaya en perjuicio de tercero. Es decir, en ese principio de libertad civil en razón del cual las leyes se presumen dispositivas que conduce también a una “libertad de testar que muchos pueblos tuvieron y pocos fueron dignos de conservar”.

Las últimas páginas del estupendo libro de CÁMARA LAPUENTE, contienen: Una muy útil Tabla de Sentencias y Resoluciones (del Tribunal Supremo, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del Tribunal de Casación de Cataluña y de Audiencias Territoriales); la bibliografía de fuentes (125) y de doctrina (cita obras, si no he contado mal, de 713 autores); y el Índice General de materias, completísimo.

Obra, pues, aleccionadora e imprescindible en toda buena biblioteca jurídica.

J. Javier Nagore Yáñez
Notario

283

“El derecho agrario de la Unión Europea”, DELGADO DE MIGUEL, Juan-Francisco. Editorial The Book, 1996. Un tomo de 354 págs.

El Tratado de Roma por el que se constituyeron las Comunidades Europeas contenía dos disposiciones programáticas en materia agraria en las que se establecía que el mercado común abarcaría la agricultura y el comercio de los productos agrícolas y que el funcionamiento y desarrollo de ese mer-

cado común deberían ir acompañados del establecimiento de una política agrícola común entre los Estados miembros.

Esa política agraria comunitaria, la célebre PAC, de la que todos hemos oído hablar y pocos conocen bien, ha experimentado varios procesos de reforma, desde el Plan Mansholt de 1969, pasando por el llamado Libro Verde de la Comisión de 1985, hasta la reforma de 1992, la "penúltima" por ahora.

En ésta se procedió a la fijación de los nuevos precios agrarios, se adoptaron al mismo tiempo una serie de medidas de carácter estructural, jubilaciones anticipadas, apoyo a los productos herbáceos y medidas forestales y fomento de los métodos de producción compatibles con la protección al medio ambiente.

Por supuesto, estas medidas son necesariamente coyunturales y cambiantes, para ponerse de acuerdo con las circunstancias económicas y políticas imperantes en cada momento y más si Europa, que no vive sola en el mundo, ha de acomodarse a los demás mercados mundiales, como se establece en los acuerdos de la GATT. Por eso decíamos lo de "penúltima".

El Notario JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, Doctor en Derecho y Profesor de la Universidad de Oviedo y, sobre todo, agrarista vocacional, nos ofrece con este libro una muestra más de su afán de investigar en el ámbito del Derecho Agrario con su acabado estudio de la normativa en la Unión Europea. Ya en otras ocasiones hemos comentado en esta misma Revista alguna de sus obras. En la que ahora presentamos nos confirma que estamos ante un gran estudioso en estas lides.

He recibido el libro con una afectuosa dedicatoria particular que agradezco. Pero la mejor dedicatoria es la impresa, la general de la obra, que va destinada "a los agricultores españoles, que esperan la sensatez de nuestros políticos como agua de mayo". Atinada expresión, muy campesina. Pero además, atentada. Porque hasta ahora, esa es la verdad, no se ha sabido o no se ha podido estar en condiciones de ponernos a la altura de las demás agriculturas de nuestros países vecinos y hemos seguido tan solo dando trompicones, conformándonos con seguir a trancas y barrancas las líneas de las Directivas, un tanto a ciegas y no siempre con acierto. ¿Vendrán por fin, como estas deseadas aguas de mayo, esos políticos que acierten a diagnosticar y curar los endémicos males de la agricultura patria?

Un paso inicial, valioso, será conocer en qué consiste la célebre PAC, para que podamos ponernos a su rueda. Un paso que intenta y consigue nuestro amigo y compañero DELGADO DE MIGUEL con este libro completo, donde nos explica el nuevo ámbito del Derecho Agrario según la normativa comunitaria con una información acabada.

En la introducción resalta el autor el progresivo intervencionismo del Derecho público en la esfera agraria, sobre todo en la fijación de los precios y en la orientación de los cultivos. En cualquiera de los Reglamentos comunitarios se observa una gran presencia de la norma administrativa por su contenido y su fin, como las disposiciones sobre mercados, jubilaciones,

retirada de tierras del cultivo, transformación y comercialización de productos agrarios y fondos estructurales. Sin embargo, la verdad es que el Derecho Agrario tiene por tradición un carácter marcadamente iusprivatista, pudiéndose encontrar en sus normas continuas referencias a las diferentes partes del Derecho civil, como en las personas, las obligaciones y contratos y en las sucesiones. De ahí deduce DELGADO DE MIGUEL la deseada conveniencia de una progresiva incorporación de civilistas agrarios que sepan resolver desde sus propios planteamientos los numerosos problemas de carácter jurídico privado que suscita la materia agraria.

Dado que considera al Derecho Agrario en conexión con el espacio rural, entiende que al relacionarlo con la Unión Europea se caracteriza por ser un Derecho con vocación de funcionalidad ya que en este caso trata de aplicar a nivel agrario los objetivos globales comunitarios tal y como figuran en el Tratado. Por ello, frente al natural inmovilismo tradicional del Derecho Agrario, aquí se observa un continuo desarrollo, una gran dinamización y una patente dispersión normativa, todo ello para ponerse de acuerdo con los propios cambios de la sociedad y la aparición de un consumo creciente y de nuevas técnicas de producción agraria.

Como consecuencia, el autor imagina el futuro del Derecho Agrario a base de una nueva configuración de las explotaciones familiares, una mayor importancia de la normativa ambiental, el fomento del fenómeno agroalimentario y de la agricultura a tiempo parcial, cada vez más frecuente.

Entrando en materia, en la primera parte del libro se ocupa de las fuentes normativas del Derecho agrario comunitario, empezando por decirnos como se enfoca la agricultura en el Tratado constitutivo de la Unión Europea, con los objetivos y principios de la PAC y que han desembocado últimamente en la reforma aprobada por el Consejo de Ministros de 21 de mayo de 1992. Se trata de eliminar los graves desequilibrios de los mercados agrícolas comunitarios mediante la implantación de un sistema de ayudas directas a los agricultores procedentes de los Fondos Estructurales.

En la parte segunda del libro se estudia la política de estructuras agrarias, donde el autor distingue tres etapas: hasta 1962 en que aparecen los primeros reglamentos; otra intermedia hasta 1984, donde se avanza en el intento de alcanzar los objetivos de la PAC y la tercera, a partir del Reglamento de 1991. La reforma de 1992 pretende unos objetivos concretos encaminados a conseguir una agricultura competitiva a nivel internacional y para ello se acude a varias medidas, unas básicas con el objetivo principal del mercado, otras específicas para controlar los precios de ciertos productos y otras medidas de acompañamiento que pretenden mejorar el ambiente y regular los usos del suelo.

En la tercera parte se aborda la política comunitaria de transformación, comercialización y mejora de los productos agrarios, en especial el régimen de ayudas y que desemboca en la parte cuarta, donde se detalla lo referente a los llamados Fondos Estructurales, que constituyen el instrumento preciso para que las organizaciones del mercado alcancen sus objetivos. Estos

Fondos tienen dos secciones, la de Garantía, que tiene por objeto la financiación de la restitución de lo que se exporta a terceros países, con intervención para regularizar los mercados agrícolas; la otra sección es de Orientación que sirve para financiar las acciones decididas con miras a alcanzar los objetivos comunitarios. El autor recoge y explica toda normativa referente a estas medidas.

La parte quinta se dedica al estudio de las organizaciones comunitarias de mercado y las agrupaciones de productores agrarios, con referencia al Reglamento base de cada una de ellas, recogiendo las modificaciones posteriores. En una cuidadosa labor de esclarecimiento de estas variables normas el autor empieza por explicarnos los varios conceptos básicos necesarios para mejor comprender la materia, tales como la tasa de corresponsabilidad, lo que son precios indicativos y de intervención, etc. Desde ahí nos muestra una exhaustiva lista de organizaciones comunitarias, según los productos a que se dedican, desde el algodón hasta el vino, en veinte apartados bien nutridos.

Y en la parte sexta y última no podía faltar una extensa alusión al Derecho agrario ambiental en la Unión Europea, ya que DELGADO DE MIGUEL es conocido especialista en la materia. Aquí aplica sus conocimientos al ámbito europeo y nos dice que más del 70 por ciento de la normativa de la Unión se dirige a la agricultura, originando una extraordinaria riqueza de instituciones. Esta parcela jurídica tiene como característica el ser un auténtico núcleo interdisciplinar, en cuanto que la defensa del medio ambiente interesa a múltiples y variados sectores. Nos hace el autor una amplia exposición de sus principios inspiradores y de los medios más convenientes para la protección del medio ambiente dentro de la esfera agrícola comunitaria.

En resumen, esta obra nos muestra de modo muy completo este entramado aparentemente difícil del Derecho Agrario europeo. Con este libro su autor contribuye de modo importante a que próximas generaciones de civilistas, entre ellos sus alumnos, se acerquen al Derecho Agrario y sean juristas que busquen en la naturaleza la razón última del sentido de sus normas. En efecto, si se busca un auténtico Derecho, en ningún sitio mejor que en las relaciones que se originan de la tierra que nos sustenta y nos da alimentos.

Tanto los agraristas en ciernes como los ya en activo y los profesionales que trabajan en el ámbito rural aprenderán con este libro. Tiene un contenido atrayente y novedoso.

Francisco Corral Dueñas
Registrador de la Propiedad

“El mutuo disenso”, NUÑEZ BOLUDA, María de los Desamparados. Mc Graw-Hill. Madrid, 1996. 202 págs.

Es ésta la primera monografía que nuestra doctrina dedica específicamente al mutuo disenso; en ella se hace un estudio original serio y profundo de la figura; aunque la modestia de la autora le haga decir que su intención no ha sido tanto resolver la problemática del tema, como llamar la atención sobre el mismo, los resultados desbordan con creces dicho propósito.

El mutuo disenso, o mejor el *contrarius consensus* es un nuevo contrato por el que las mismas partes que celebraron otro lo dejan sin efecto. No existen hasta aquí grandes discrepancias doctrinales que comienzan a aparecer cuando se trata de precisar si el primitivo contrato que ahora se quiere dejar sin efecto, ha de estar pendiente de consumación o si cabe también el mutuo disenso respecto de un contrato ya consumado en todo o en parte. Ello dará lugar a dos concepciones de mutuo disenso: la estricta, que lo refiere siempre a un contrato anterior no consumado, y la amplia, que extiende la figura a contratos ya consumados en todo o en parte; la autora se inclina por un concepto estricto del mutuo disenso, referido a contratos no consumados, cuya razón de ser se agota en la eliminación de la posibilidad de exigencia de las obligaciones derivadas del contrato inicial; si el contrato está consumado cree incorrecto hablar de mutuo disenso, pues no se puede volver a extinguir lo ya extinguido y lo correcto es pensar en un contrato inverso al inicial, si se quiere volver a la situación anterior.

Cualquiera que sea la posición que se adopte en la cuestión terminológica, la distinción entre las dos situaciones, contrato consumado o no, es fundamental para resolver las múltiples cuestiones que plantea la figura; la autora pone de manifiesto magistralmente a lo largo de toda la obra, las profundas diferencias en las soluciones, según nos estemos refiriendo a una u otra hipótesis, con amplio uso de la doctrina jurisprudencial nacional y extranjera, pero comprometiéndolo siempre su opinión personal.

Se examina detenidamente la naturaleza del mutuo disenso, como contrato extintivo, bilateral, oneroso y consensual y su diferencia con otras figuras, tales como la renuncia, la remisión, el desistimiento unilateral, la resolución, la novación y la rescisión, entre otras.

La autora analiza el consentimiento, objeto, causa y forma del mutuo disenso como elementos intrínsecos del mismo. Varios problemas plantea el consentimiento, fundamentalmente si tiene que ser expreso o si cabe un consentimiento tácito; tras un detenido examen de la jurisprudencia se concluye que el consentimiento puede ser tácito y resultar de las circunstancias de hecho, correspondiendo a la apreciación judicial si se ha producido o no el concurso de voluntades, expreso o tácito, constitutivo del mutuo disenso; si la apreciación es positiva desaparece toda posibilidad de alegar incumplimiento del primitivo contrato y no procede en consecuencia acción indemnizatoria por tal causa, aunque pueda exigirse la devolución de las prestaciones realizadas; muy ilustrativo es el análisis de la jurisprudencia, del que resulta la distinción entre mutuo disenso tácito y situaciones en las que hay un incumplimiento contractual de una parte, por lo que la otra resuelve unilateralmente y el incumplido se allana o admite dicha resolución, ya que aquí sí procede la acción indemnizatoria.

Se ha discutido si el mutuo disenso debe reunir los mismos requisitos de forma que el contrato primitivo; a favor se alega el "*principio de concordancia*" o de "*paralelismo de formas*", en contra se aduce la posibilidad de un mutuo disenso incluso tácito. La profesora NÚÑEZ BOLUDA distingue dos situaciones; si el contrato no ha sido consumado el mutuo disenso puede revestir cualquier forma, aunque el primitivo fuere un negocio formal, salvo en el caso de que las partes hubieran suscrito un contrato normativo por el que establecieran que cualquier acuerdo posterior entre ellas tendría que cumplir una forma determinada. Si se admite el mutuo disenso de un contrato consumado será preciso que se cumplan las mismas formas para la retransmisión de las adquisiciones ya realizadas.

Se ha señalado como principal efecto del mutuo disenso la extinción del contrato previo, discutiéndose si lo realmente extinguido es el contrato en sí, o la relación contractual, los efectos derivados del mismo. Para la autora no se suprime o extingue ontológicamente el contrato válido precedente, ya que borrar un hecho histórico queda fuera de la autonomía privada; lo que desaparece es la posibilidad de exigir el cumplimiento; se actúa sobre los efectos, no sobre el acto, que sólo queda despojado de eficacia.

¿Tiene efectos retroactivos el mutuo disenso? La autora, en uno de los capítulos más interesantes de la obra pone de manifiesto cómo bajo el tema de la retroactividad se han mezclado cuestiones distintas, que nada tienen que ver entre sí y con la pretensión de condicionar las soluciones de unas por las que se han sentado para otras. Hay que dejar clara una primera cuestión: el mutuo disenso, aunque las partes hayan querido que opere retroactivamente no puede perjudicar los derechos, sean reales u obligacionales, creados a favor de terceros en el período intermedio, a diferencia de lo que ocurre si el contrato inicial se declara nulo; los acreedores dispondrán de la acción rescisoria para hacer respetar su posición.

En la obra se pone de manifiesto como no se puede mezclar el problema de la retroactividad del mutuo disenso con el de su aplicación a contra-

tos consumados. Es cierto que si ninguna prestación ha sido realizada no cabe hablar de retroacción, pero ello no implica que si se ha realizado alguna prestación se produzcan efectos retroactivos. Lo decisivo será la voluntad de las partes, que podrán convenir en mantener o no las prestaciones ya realizadas; si las partes no han previsto nada estaremos ante un problema de interpretación o integración contractual. La autora, con base en la doctrina y jurisprudencia, mantiene que salvo pacto en contra, si el contrato era de tracto sucesivo y se habían realizado algunas prestaciones no hay retroacción y subsisten los efectos contractuales ya producidos. Si el contrato ya cumplido era de tracto único las partes sí se restituirán las recíprocas prestaciones.

Resulta interesante el análisis de la extinción del mutuo disenso por un mutuo disenso posterior; con lo que las partes hacen revivir el contrato inicial.

Ignacio Solís Villa
Notario