



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

JULIO~SEPTIEMBRE 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

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

REVISTA
JURÍDICA
DEL
NOTARIADO
DEL SEPTIEMBRE 1996

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

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

SUMARIO

Estudios

- 9 CERDÁ GIMENO, José: "En torno a un tema clásico: Donaciones entre cónyuges".
- 12 FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo: "Acotaciones a una delimitación de la Naturaleza jurídica y la vinculación contractual de las partes contratantes en la compraventa a plazos con reserva de dominio".
- 149 PRADA GONZÁLEZ, José María de: "Patrimonios adscritos a fines".

Jurisprudencia

Tribunal Supremo

- 215 BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: "Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: Aplicación jurisprudencial de la Directiva 93/13".

Actualidad jurídica

A) Informes y comunicaciones

- 255 — FERNÁNDEZ HERRERA, Mario: "De la heterocomposición a la autocomposición de los conflictos. Los equivalentes jurisdiccionales y la conciliación notarial".
- 257 — SABATER, Antonio: "La investigación de la paternidad y las pruebas biológicas".

B) Notas bibliográficas

- 321 — VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms.: "Metodología de la determinación del Derecho, II (Parte Sistemática), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.-Consejo General del Notariado. Madrid, 1996, 1603 págs.

EN TORNO A UN TEMA CLASICO: DONACIONES ENTRE CONYUGES (*)

JOSÉ CERDÁ GIMENO

Notario

9

SUMARIO: **I.** BASE DE PARTIDA. **II.** ELECCIÓN DE ALGUNOS SUPUESTOS EN EL PASADO. **III.** REFLEXIONES EN TORNO A LA NORMATIVA ACTUAL. *QUID IURIS.* *QUID CONCEPTUS:* Presupuestos subjetivos. Presupuestos objetivos. Presupuestos formales. Presupuestos circunstanciales. *QUID REI:* Punto de vista de la ESTRUCTURA. Punto de vista del FUNCIONAMIENTO. UNA RECAPITULACIÓN PRIMERA. **IV.** ENSAYO EN ORDEN A LA VALORACIÓN DEL TEMA. **1.** Legitimidad de la norma y valoración. **2.** Los criterios posibles a utilizar. **3.** Problemas específicos. **4.** Presupuesto. **V.** SELECCIÓN DE PROBLEMAS PARA EL ANÁLISIS: **1.** Eficacia (efectividad) de la norma del artícu-

(*) Conferencia en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia el día 16 de febrero de 1995, en el *Ciclo de Conferencias sobre Derecho de Familia* organizado por dicho Colegio (se respeta el contenido y estructura de la misma, en su integridad).

lo 1.323 C.c. 2. Problemas seleccionados de aplicación de la norma. A) *Convivencia*. B) *Cese de la convivencia*. C) *Revocación*. D) *Frustración del fin de la donación*. 3. Casos decididos por la jurisprudencia. UNA RECAPITULACIÓN SEGUNDA. VI. TEMAS PARA LA PRAXIS (EN ORDEN A LAS RELACIONES ENTRE LAS MASAS PATRIMONIALES CONYUGALES Y LOS TERCEROS). VII. REFLEXIONES FINALES.

I. Base de partida (*)

10

Buen comienzo para este trabajo parece puede ser el de la presentación en paralelo de dos posiciones casi antagónicas en la forma de contemplar la situación de los cónyuges dentro de la vertiente *patrimonial* en un matrimonio.

“En el ordenamiento jurídico español, la contratación entre cónyuges no precisaría de ningún tratamiento especial, ni sería motivo de la atención de la doctrina, si no fuera por el sistema ganancial ... una comunidad instantánea y actual, que intercalada como cuerpo extraño, interfiere y confunde gran parte de las relaciones jurídicas entre los esposos, en las que de

“Preliminar: presupuesto fáctico. La proliferación, desde mayo de 1975, de capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen de gananciales por virtud de las cuales se instauran regímenes separatistas con el propósito, más o menos meridiano, de defraudar las expectativas patrimoniales de los terceros acreedores ... ha ocasionado una amplia litigiosidad y, ló-

(*) ADVERTENCIA: Las citas que aparecen seguidamente van referidas en su mayor parte a las obras seleccionadas que figuran en la BIBLIOGRAFÍA al final de este trabajo, presentada en un orden alfabético, y a donde remito.

otra forma, desaparecida la pretendida comunidad ganancial, existiría una normalidad absoluta en la contratación interconyugal ... sería, por regla general idéntico al de dos personas extrañas, entre las que no hubiera vínculo matrimonial” (S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA) (1).

gicamente, una nutrida doctrina jurisprudencial, que, además, en aplicación de la misma normativa, se ha revelado oscilante e, incluso, contradictoria ... (tema) que, posiblemente, en el ámbito del régimen económico del matrimonio, es el que más asiduamente se ha suscitado en la práctica forense” (D. BELLO JANEIRO) (2).

Es ciertamente curioso que las dos posiciones aquí presentadas correspondan, respectivamente, a un práctico del derecho (notario de amplia experiencia) y a un teórico del derecho. Quede aquí meramente aludido, sin más: como dos maneras de ver un mismo fenómeno jurídico.

Reseñar aquí, por mi parte, *la importancia teórica y práctica del tema de análisis* parece, en verdad, conveniente. *De una parte*, por la importancia en sí del mismo DERECHO DE FAMILIA actual, negada tanto desde posiciones maximalistas (bien de tipo marxista-materialista ‘científico’, bien de tipo capitalista-economicista) que pretenden la *exclusión* de las disciplinas del DERECHO DE FAMILIA y del DERECHO DE SUCESIONES en los futuros ‘Planes de Estudios’ de las Facultades de Derecho (3), como desde actitudes de una posición moderada que sobrevalora la importancia práctica de otras ramas del DERECHO, *v. gr.*, el DERECHO DE OBLIGACIONES (4).

(1) V. “La contratación entre cónyuges ...”, citada, págs. 213-214.

(2) V. “Los acreedores y la modificación del régimen ...”, citada, pág. 34.

(3) Me pregunto y pregunto a quien corresponda:

– Si nadie va a enseñar una y otra disciplinas, ¿cómo van a poder ser conocidas?

– Si no son conocidas, ¿cómo van a ser aplicadas en la vida diaria?

(4) Así, L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, dos volúmenes, editorial Civitas, 4.^a edición, Madrid, 1992 y 1993; PREFACIO a la 4.^a edición, pág. 32:

Y de otra parte, porque –dentro de ese sector del Derecho Privado que es el DERECHO DE FAMILIA actual– nada aparece tan atrayente como el movimiento de las relaciones patrimoniales interconyugales, en su día bautizado como *la dinámica entre masas patrimoniales conyugales* y analizado con rigor y agudeza por J. L. LACRUZ BERDEJO (5).

En esta dinámica de las relaciones patrimoniales conyugales es conveniente la distinción entre los regímenes de comunidad en general y los regímenes de separación de bienes. A ello he dedicado amplias consideraciones en otro lugar y allí remito (6).

Situado el intérprete ante tales relaciones patrimoniales interconyugales, es posible observar cómo en este especial sector del DERECHO DE FAMILIA actual se proyecta la incidencia de *los cambios sociales*. A la interrelación ‘cambio social-cambio jurídico’ dedicó tiempo atrás páginas sugestivas L. Díez-PICAZO (7), aludiendo a los distintos tipos de *cambios sociales* (ideológico, político o constitucional, legislativo, tecnológico, de la dinámica económica) y a su *incidencia* en el ordenamiento jurídico, que se hace eco del cambio social y lo refleja. Uno de los ejemplos prototípicos de esa doble interrelación a que L. Díez-PICAZO se refería es precisamente este tema de *las donaciones entre cónyuges*, y de ahí el

“... El Derecho de Obligaciones ... ha seguido un curso ascendente. Siempre he creído que es la parte más dinámica del Derecho Privado y aquella que posee una mayor importancia práctica.” ...

Vide mi crítica personal, con matizaciones a dicha postura por la ‘minusvalía’ asignada al DERECHO DE FAMILIA, en: “Un repaso selectivo a un texto clásico (una relectura de los ‘fundamentos del derecho civil patrimonial’” de LUIS Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN ...), en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (Número conmemorativo de los 50 años de la reforma hipotecaria de 1944), Año LXX, Nov.-Dic., 1994, n.º 625, págs. 2686-2718.

(5) V. *Derecho de Familia* ..., 1963, págs. 235 y sigs.

“El libro visto por su autor” A.D.C., 1964, T. XVII-III, págs. 656 y sigs.

(6) V. *Unas reflexiones acerca de la comparación* ..., ed. del C.E.R., Madrid, 1993, págs. 145 y sigs.: *en especial*, págs. 196 y sigs.

(7) V. L. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3.ª edición corregida y puesta al día, ed. Ariel, Barcelona, septiembre 1993, págs. 295 y sigs., *en especial* 302 y sigs.

interés que al intérprete suscita la materia a que el tema se refiere.

Hace muy pocos meses que J. VALLET se refería a la actitud de Don A. HERNÁNDEZ GIL, que distinguía —entre los cultivadores de la Ciencia del Derecho que pretenden superar el positivismo y la dogmática conceptualista—:

“de un lado, los resignados, que aceptan la carencia de posibilidades científicas del derecho, sus límites angostos; y de otro, los insatisfechos y disconformes, que imputan las deficiencias científicas a la falta de rigor del conocimiento, en lugar de acondicionamientos impuestos por la materia, y, por esto, luchan en busca del progreso y de la transformación.” (8)

Por supuesto, el desaparecido A. HERNÁNDEZ GIL figuraba entre los componentes del *segundo* grupo: y, por supuesto, esa misma pretensión es la del firmante de este trabajo (9).

Intimamente relacionada con lo que se acaba de indicar es la alusión al denominado pensamiento *tópico o problemático*, precisamente usado como tipo de argumentación adecuado en orden a las vacilaciones que suscitan las *res dubiae* (10). Y no cabe duda que si un tema ha producido, produce y producirá vacilaciones, es el referente al de las ‘donaciones entre cónyuges’.

Tópico conveniente, en consecuencia, va a ser el relativo a la *metodología* de que parte este conferenciante. Más allá del aspecto *formal* de la manera de hacer prototípica del

13

(8) V. “El Excmo. Sr. Don Antonio Hernández Gil ...”, DISCURSO ..., cit., pág. 66.

(9) Una aproximación muy similar, en orden a la manera de concebir o de pensar un libro y de situarse frente a él —tomada de A. TOYNBEE— que son la rabínica o hebrea, y la helénica, puede verse en L. Díez-PICAZO, PRÓLOGO a *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 1.ª edición, ed. Tecnos, Madrid, 1970, pág. 35.

(10) V. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos* ... citada, PREFACIO a la 4.ª edición, Madrid, 1992, pág. 31.

Sobre el pensamiento *problemático*, v. THEODOR VIEHWEG:

—*Tópica y jurisprudencia* (traducción de L. Díez-PICAZO), ed. Taurus, Madrid, 1964.

—*Tópica y filosofía del derecho* (traducción de J. M. SEÑA, y revisión de E. GARZÓN VALDÉS y R. ZIMMERLING), editorial Gedisa, 1.ª edición, Barcelona, 1991, págs. 15 y sigs., 99 y sigs., 114 y sigs., 141 y sigs., 150 y sigs., 163 y sigs. 176 y sigs. y 196 y sigs.

autor —a la que me he referido *in extenso* en otros lugares, y allí remito— en orden a las dimensiones fáctica, normativa y valorativa de todo fenómeno jurídico, importa aludir al aspecto *material o presupuesto antropológico, ontológico y ético* de mi tratamiento de la materia. Me refiero, en concreto, al *principio de dignidad de la persona humana* (11) *como presupuesto o punto de partida de este trabajo*.

Buen planteamiento coadyuvante a este punto de partida es el de la doctrina italiana —M. PARADISO (12)—, que pone de relieve cómo en el punto de la ‘comunidad familiar’ existe una variada gama de posiciones de los autores, en un arco muy amplio que oscila entre la que llama ‘utopía periódicamente riaffiorante’ (la *negación* de la ‘juridificación’ de las relaciones familiares) y la que llama ‘utopia della fallatia naturalistica’ (la *trasposición* directa desde el plano *descriptivo* de los fenómenos familiares hacia el plano *prescriptivo* de la exigencia ética y de la norma de conducta o comportamiento).

14

A la hora de perfilar las reflexiones subsiguientes, entiendo que —desde una perspectiva *ex constitutione*— es perfectamente asumible y compartible la posición de dicha doctrina italiana, que postula un perfil de “desenvolvimiento de la personalidad individual” *dentro* de la norma constitucional de protección de la familia y que dicho perfil responde a *una fórmula genérica o larga* capaz de comprender dentro de sí los múltiples requerimientos que llevan al individuo a ingresar en una comunidad (13).

(11) V. HERNÁNDEZ GIL, en VALLET, *op. cit. en nota 8*, págs. 45 y sigs.

(12) V. M. PARADISO, *La comunità familiare* (Publicaciones de Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Catania, vol. 104), editorial A. Giuffrè, Milano, 1984, págs. 36 y sigs. y 56 y sigs.

(13) V. M. PARADISO, *op. cit. en nota 12* precedente, págs. 56 y sigs. y 63 y sigs. El autor plantea, *como alternativa o disyuntiva* a la citada fórmula genérica, la de *una fórmula concreta y propia*: lo cual llevaría, o debería llevar, a una especie de ‘liberación permanente’, esto es, *lo que en verdad y realmente importa NO ES el hecho de la liberación en sí (libertà di), sino EL MOMENTO MISMO (il farsi) de la liberación* (Entiéndase ‘liberación’ como igual a “desenvolvimiento de la personalidad individual dentro de la familia”).

Relacionando este *presupuesto o punto de partida* con la institución o tema en análisis, cabe anotar la exactitud de las observaciones de G. VISMARA:

“... no es posible estudiar históricamente *un instituto* como desarraigado del contenido y del objeto, que el mismo viene poco a poco asumiendo en la práctica en función de la voluntad y de las intenciones del sujeto ...= Ni se ha podido prescindir de la estructura diplomática del *documento* y del examen de los formularios” (14).

“La Historia del Derecho no puede ser reconstruida, en primer lugar, más que sobre las fuentes normativas, sobre la jurisprudencia y, más todavía, sobre aquel cúmulo de cada uno de los *testimonios* de actos y negocios, infinito y a veces desalentador, en el cual, más allá del velo de las rituales fórmulas repetidas, es dado vislumbrar directamente la vida jurídica y social del pasado ... Es, sin duda, indispensable un conocimiento de los pormenores que resultan de *los documentos*, ya que sólo de la multiplicidad de los datos se puede llegar a la unidad de la reconstrucción histórica ...” (15).

Ahora es el momento de comenzar mi análisis con el planteamiento de una serie de *interrogantes* en orden al tema en examen, como son:

— La denominación “DONACIÓN ENTRE CONYUGES” ¿es correcta y exacta, u obedece a una mera convención del lenguaje habitual? (16).

— ¿Qué cosa es exactamente aquello que llamamos “Donación entre cónyuges”?

— ¿Qué valoración cabe dar a tales actos?

— ¿Cuál será la posición adecuada en orden a la praxis?

(14) V. VISMARA, *Storia dei patti successori*, citada, págs. 758-759 (Subrayados míos: J. C. G.).

(15) V. VISMARA, G., “La norma e lo spirito nella storia del diritto successorio”, en el volumen *Famiglia e successioni nella storia del diritto*, Edizioni Studium-Roma, 1975, 3ª ristampa 1978, págs. 80 y sigs. (Subrayados míos: J. C. G.).

(16) Me refiero aquí a la ‘*vexata quaestio*’ de si existe una corrección natural en los nombres de las cosas y si hay una relación correcta entre los nombres y la realidad: a ello dedicó en su día PLATÓN (CRATILO) argumentación suficiente, en torno a la contraposición entre *φύσει* y *θέσει*. Para PLATÓN, “la verdad o corrección de un nombre depende de que revele la *naturaleza* de su objeto”.

Sobre este tema, modernamente, v. la obra de W. K. C. GUTHRIE, *Historia de la filosofía griega*. Tomo V. Platón. Segunda Epoca y la Academia (versión española de ALBERTO MEDINA GONZÁLEZ), Editorial Gredos, Madrid, 1992, págs. 16 y sigs.

Es toda esta serie de *cuestiones* la que de verdad exige una respuesta clara, y a ellas voy a intentar responder en la medida de mis posibilidades en esta exposición.

La exposición que subsigue pretende, por tanto, presentar –como al principio he sugerido– una serie de *balizas* que orienten la singladura del intérprete ante las dificultades que el tema le presente en la praxis.

II. Elección de algunos supuestos en el pasado

1. Generalidades.

Observó en su día J. A. RUBIO SACRISTÁN con agudeza que

16

“No deja de ser sorprendente el hecho de que el empleo del *documento* –instrumento eminentemente jurídico, según su estricta significación diplomática– sea relativamente reciente en la investigación del Derecho privado histórico. La hegemonía absoluta de la ley en la vida del Derecho durante los últimos siglos sirve tal vez a explicar, en su aspecto jurídico, este curioso fenómeno: se da por sentado que el documento no hará más que reflejar fielmente el Derecho contenido en la ley, pensándose, por ende, que no aportará ningún dato nuevo para el conocimiento del derecho en general” (17).

Habrà que advertir, en consecuencia, que la importancia del *documento* es mucho mayor para aquellas épocas en que la formación del Derecho está encomendada al pueblo de un modo casi exclusivo. Tal es el caso durante toda la Alta Edad Media, en que la rudimentaria organización del Estado no ha extendido aún sus funciones a la actividad legislativa (18). A ello me refiero más adelante.

Habrà que determinar, de otra parte, si *la denominación* en el documento utilizada revela la naturaleza del acto que

(17) V. RUBIO SACRISTÁN, J. A., *op. cit.*, págs. 2-3.

(18) V. RUBIO SACRISTÁN, *op. cit.*, pág. 3.

corresponde, en el sentido platónico antes indicado (19). Esta determinación del nombre utilizado (el QUID NOMINIS) puede ser extraordinariamente compleja, casuística y dificultosa, dadas la variedad de épocas posibles a examinar —esto es, el examen DIACRÓNICO del tema analizado—, la confluencia de legislaciones (particularmente, en ESPAÑA) y la enorme abundancia de documentos y cartularios, especialmente los medievales.

Importa, por tanto, hacer por mi parte *una consideración inicial*, referida exclusivamente a *los HECHOS* de que tengamos constancia cierta:

“IM ANFANG WAR DIE TAT” (20).

Me voy a atener en especial a aquellos **textos legislativos** conocidos y a los comentarios doctrinales más autorizados, en su caso. Por supuesto, que no pretendo hacer aquí y ahora un estudio exhaustivo, que quedará para mejor momento.

17

2. Textos legales:

— CÓDIGO DE HAMMURABI (1753 a. C.), párrafos 150-151 (21) (22):

(19) Me remito a la *nota 16* precedente.

(20) V. JOHAN WOLFGANG VON GOETHE, *Fausto* (Primera Parte. Gabinete de Estudio), ediciones Océano, S.A., Barcelona, 1982, págs. 40-41, cuando trata de traducir a su “amada lengua alemana” el texto de la BIBLIA:

“Escrito está: ‘En el principio era la Palabra’. Aquí me detengo ya perplejo. ...= De improviso veo la solución, y escribo confiado: ‘EN EL PRINCIPIO ERA LA ACCION’”...

En un sentido paralelo, pero no similar, v. Díez-PICAZO, *Experiencias ...*, cit., pág. 225: ... “en el principio ha existido siempre un caso”.

(21) V. FEDERICO LARA PEINADO, *Código de Hammurabi*, Editora Nacional, Madrid, 1982, págs. 107-108.

El comentario del autor *sobre el párrafo 150* es: “... Era corriente que el marido, en vida, hiciera alguna donación o presente a la esposa. Para acreditar la propiedad real de estos regalos o donaciones se necesitaba un contrato, KU-NU-UK-KAM ...” (v. pág. 219). Sobre estas *donaciones*, v. págs. 67 ss.

Sobre el párrafo 151 dice (v. pág. 219-220) que “trata de las deudas contraídas por los esposos con anterioridad al matrimonio ...”.

P. 150: "Si un señor ha donado a su esposa un campo, un huerto, una casa o un bien mueble y le ha librado un documento sellado, después (de la muerte) de su marido sus hijos no podrán reivindicarlos para ellos. La madre dará a su muerte su herencia a su hijo preferido; (pero) no puede dejar(la) a un extraño".

P. 151: "Si una mujer que vive en la casa de un señor ha obligado a su marido a entregar(le) una tablilla mediante la cual un acreedor de su marido no pueda embargarla (a ella), si ese señor tuvo una deuda antes de que tomase a esa mujer (en matrimonio), su acreedor no podrá (de ninguna manera) embargar a su esposa; (asimismo) si esa mujer tuvo una deuda antes de que entrase en la casa del señor, su acreedor no podrá (de ninguna manera) embargar a su marido".

— CÓDIGO (LEYES) DE MANU (1280 a. C.), Libro 9.º, Leyes 191, 195, 199 (23):

L. 191: "*El bien separado de una mujer es de seis especies, a saber: el que le ha sido donado ante el fuego nupcial; el que le ha sido donado en el momento de su salida hacia la casa de su marido; el que le ha sido donado como signo de afecto; el que ella ha recibido de su hermano, de su madre o de su padre*".

L. 195: "*Los presentes que ella ha recibido después de su matrimonio, de la familia de su marido, o de su propia familia, o los que su marido le ha hecho por amistad deben pertenecer después de su muerte a sus hijos, aun viviendo su esposo*".

L. 199: "Una mujer no puede apartar nada para ella, de los bienes de la familia que sean comunes a ella y a varios otros parientes, tampoco de la fortuna de su marido, sin su permiso".

(22) Para VISMARA -v. op. cit., págs. 16 y sigs., siguiendo a la doctrina alemana (KOSCHAKER), la figura del 'NUDUNNU', donación hecha por el marido a la mujer después de los esponsales, o durante el matrimonio, con el propósito de asegurarle los medios para una decorosa existencia en la hipótesis de que el marido le premuriere, viene a representar un anticipo de herencia y constituye un ejemplo de sucesión contractual.

(23) V. A. LOISELEUR-DESLONGCHAMPS, *Lois de manu (manavadharma sastra)*, Editions D'Aujourd'hui, L'Imprimerie de Provence, Plan de la TOUR (VAR), 1.º Trimestre 1976, Hnos. Garnier editores, París, págs. 281 y sigs.

Una visión actualizada genérica, en ENRICO DELL'AQUILA, *El dharma (en el Derecho tradicional de la India)*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1.ª edición, Abril 1994.

...DIGESTO, 24.1.32.27 (ULP. 33 ad Sab.): "Si alguien se hubiera casado con una prometida con la que no era lícito contraer matrimonio, cabe preguntarse si valdrán las donaciones como si fueran entre prometidos por esponsales. JULIANO trata esta cuestión a propósito de la menor de doce años que fue llevada a casa de su prometido como si fuese su mujer, a pesar de la inmadurez; y dice que sí es prometida aunque no sea mujer legítima, pero es más cierta la opinión de LABEON, que aprueba PAPINIANO, 10 quaest., y aprobamos también nosotros, según la cual, si es que se contrajeron anteriormente, perduran los esponsales, a pesar de que él la creyera ya su mujer; y si no contrajeron anteriormente, no hay ni esponsales, pues no los hubo, ni matrimonio, porque no podía haberlo. Así, pues, si precedieron los esponsales, es válida la donación, si no, es nula, pues no se hizo como se haría a una extraña sino como si fuera a la mujer, y por eso tampoco tiene lugar la propuesta imperial ante el Senado" (24).

...DIGESTO, 42.8.18 (PAP. 26 quaest.): "Aunque (cuando) un marido devuelve una prenda a su mujer, o ésta a su marido, es más cierta la opinión de los que creen que no se hace una donación, sin embargo, si esto se hace en fraude de acreedores, sin duda se podrá revocar por la acción útil; lo mismo ocurre si cualquier deudor hubiera perdido un derecho de prenda en fraude de acreedores" (25).

—Para SANTI DI PAOLA (26) los dos casos presentados del DIGESTO son los únicos en las fuentes en que se habla

(24) V. en A. D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESSECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano* (Tomo II, Libros 20-36), Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972, pág. 158.

(25) V. obra citada en nota 24 precedente: Tomo III (libros 37-50), Editorial Aranzadi, Pamplona, 1975, pág. 375.

(26) V. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966, en especial el capítulo 3.º (Inexistencia y nulidad), epígrafes 8 y sigs., págs. 101-118.

de 'donatio nulla' y en ambos casos son patentes los indicios de interpolación. Entiende que *no son nulas* las donaciones entre cónyuges, sino que se trata de negocios '*pro infectis*', esto es, que el negocio es *ineficaz*: los romanos no conocieron el concepto de *nulidad* tal como hoy se entiende en la técnica jurídica.

—La doctrina mayoritaria sostuvo que la prohibición de las 'donaciones entre cónyuges' tenía origen legislativo, sancionada por la *Lex Iulia et Papia Poppea*, en tanto que otros estudiosos entendieron que tenía un origen consuetudinario.

—La justificación dada por los autores a la prohibición ofrece razones muy discutibles y de escaso valor. Por ello pudo decir BIONDI (27) que, conectada la prohibición con la incapacidad sucesoria, una vez desaparecida la incapacidad, la prohibición no tiene ninguna razón de ser.

20 La prohibición se ha mantenido secularmente, pasando a los Códigos modernos, más por la fuerza de la tradición que por una plausible consideración.

—En orden a la interpretación de la Oratio o Senado Consulto de año 206, y a la posible *asimilación* entre las donaciones entre cónyuges y la donación 'mortis causa', remito aquí a la brillante aportación de J. VALLET (28).

—DERECHO ROMANO VULGAR.

... *En general.*

Para el estudio del denominado 'Derecho Romano vulgar', o derecho romano-tardío de Occidente, remito a la excelente exposición de F. SAMPER POLO (29). Considera que,

(27) V. BIONDO BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*, cuarta edizione ampliata ed aggiornata, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1965, *parágrafo* 217, págs. 763 y sigs.

(28) V. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre donaciones*, citada, págs. 218 y sigs. y 432 y sigs., 307 y sigs.

(29) V. FRANCISCO SAMPER POLO, *op. cit.*, págs. 88-94, y en especial 155 y sigs.

por virtud de un criterio de extensión de la eficacia de las donaciones (*'favor donationis'*) se llega al efecto práctico de convertir a éstas en disposiciones *revocables* cuya eficacia es deferida para después de la muerte. Se observa frecuentemente en las fuentes postclásicas el trato conjunto de donaciones *'mortis causa'* y donaciones entre cónyuges: de tal manera que las donaciones entre cónyuges terminan configurándose como típicas donaciones *'mortis causa'*, esto es, revocables por el donante en vida, y confirmadas por el hecho de la no revocación.

Considera, en resumen, SAMPER que las donaciones entre cónyuges parecen estar configuradas en el Derecho Romano vulgar según la línea trazada por la *'Oratio divi Severi'* como una donación *mortis causa ex sola cogitatione mortalitatis*, vale decir, como una donación *revocable*.

Se pregunta con razón SAMPER: "¿Cuál es la razón por la que, después de abrirse un camino a la validez de las donaciones entre cónyuges a través de la *'Oratio divi Severi'*, se insiste en la prohibición no sólo manteniéndola, sino incluso centrando, diríase que en forma deliberada, la atención en ella? ...= *La razón no ha de ser otra que el conseguir, mediante el efecto combinado de la prohibición y la 'Oratio divi Severi', que las donaciones entre cónyuges sean revocables, para proteger de este modo las eventuales expectativas sucesorias de los hijos comunes, las cuales se podían ver perjudicadas por efecto de un pacto sucesorio precipitado. Hay interés en evitar que los cónyuges se hagan donaciones irrevocables justamente para permitir que cualquiera de los padres, durante el matrimonio, puedan preferir los hijos al cónyuge. Cuando, más tarde, en las fórmulas visigóticas, se establecen donaciones irrevocables entre cónyuges, se hacen siempre en el supuesto de que no hay hijos comunes, y con una cláusula de revocación para el caso de que nazcan en el futuro (FORM. 23 y 24)*" (30).

(30) V. F. SAMPER POLO, *op. cit.*, pág. 162 (subrayados míos: J. C. G.).

... Las denominadas “fórmulas visigóticas”.

Consideradas por la doctrina mayoritaria como obra de un notario cordobés elaborada en el reinado de SISEBUTO (615-620), modernamente se cree que tal formulario procede de una época muy posterior (31).

En la famosa FORM. 23 –bajo la rúbrica ‘*Donatio inter virum et uxorem*’– parece contenerse una ‘donatio mortis causa’ recíproca o un testamento conjunto. Las palabras utilizadas en el documento suponen una verdadera *datio hereditatis* ordenada para el caso de no existir hijos del matrimonio, por la cual la esposa, después del fallecimiento del marido, recibirá todos los bienes de éste en pleno dominio. Esta fórmula –al igual que la FORM-24– viene a ser, a juicio de J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, una disposición testamentaria conjunta y recíproca, en pleno dominio, ordenada en un mismo acto por los cónyuges que carecen de hijos: fórmula que responde a una práctica más del Derecho romano-vulgar que Derecho romano-visigodo (32).

— DERECHO VISIGODO.

... *Derecho visigodo vulgar.*

Es el que GARCÍA GALLO denomina como “el derecho aplicado en la práctica” (33): en él las *donaciones mortis causa* se hacen cada vez más frecuentes, y esto trasciende a

(31) V. sobre el tema, la excelente síntesis de JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, en “*Domna et domina* ...”, citada, págs. 124 y sigs., y allí las referencias a la doctrina especializada sobre el tema: MARTÍN MINGUEZ, VON SCHWERIN, GARCÍA GALLO, A. D’ORS, JUAN GIL, M. ALONSO LAMBÁN, M. M. PÉREZ DE BENAVIDES, etc.

(32) Así, en GARCÍA-GRANERO, *op. cit.* en nota 31 precedente, págs. 125-127. El autor entiende que se trata de un ‘*ius liberorum*’, ya reconocido en el Derecho romano imperial, y remite a la *Lex Romana Visigothorum*, 3.4.1. *Interpretatio*. Opina GARCÍA-GRANERO que las citadas FÓRMULAS VISIGÓTICAS 23 y 24 presentan una notable coincidencia con la regulación del ‘testamento de hermandad’ en el Fuero General de Navarra (2.4.4; y 3.20.8).

(33) V. A. GARCÍA GALLO, *op. cit.*, págs. 462 y sigs. y 468 y sigs.

los tiempos alto medievales, en los que en todas las regiones de la Península aparecen como el tipo más generalizado de disposición sucesoria, con una identidad de características que denota su origen visigodo. Considera GARCÍA GALLO que con CHINDASVINTO (a mediados del siglo VII) se distingue en las donaciones dos formas de reserva de usufructo: una *propia*, cuando es el donante quien la establece como modo de la donación, y otra *impropia*, cuando es el donatario quien se la concede a aquél; en cambio, no habla para nada del tipo de donación *aplazada post mortem del donante*, acaso porque la misma se confunde con la *hecha con reserva de usufructo vitalicio*.

La existencia de estos distintos tipos de donación sucesoria y su generalización en todas partes en los primeros siglos de la Edad Media, tanto en España como fuera de ella, revelan claramente su arraigo ya en los últimos tiempos del Imperio romano (34).

Los más frecuentes tipos de donación fueron las efectuadas *reservato usufructo* por el propio donante con *traditio* de presente de la cosa, no siempre fácilmente distinguibles del tipo de donaciones *post obitum*: me remito a la brillante exposición de J. A. RUBIO SACRISTÁN y a las precisiones de F. DE ARVIZU (35). Regulados ambos tipos en el LIBER IUDICUM, V. 2.6. (atribuida a CHINDASVINTO).

El problema concreto consiste en que la posibilidad de hacer donaciones *post obitum* o *reservato usufructo* supone la existencia en el haber hereditario de una parte de libre disposición, lo cual estaba en franca contradicción con los principios del Derecho Germánico más antiguo. La Iglesia fomentó poderosamente el quebrantamiento de este princi-

(34) V. J. A. RUBIO SACRISTÁN, "Donaciones post obitum ..." citada, págs. 4 y sigs.

F. DE ARVIZU y GALARRAGA, *La disposición 'mortis causa'* ..., citada, págs. 145 y sigs., y 187 y sigs.

(35) V. obras citadas en nota 34 precedente.

pio, que significaba ya la admisión en la antigüedad germánica de una '*pars mortui*' o '*Tontenteil*', transformada —después de la conversión al cristianismo— en una '*seelgerät*' o '*donatio pro anima*', denegando la confesión y absolución a todo el que muriese sin haber hecho donación en favor de la Iglesia de alguna parte de sus bienes (36). Precisamente fueron las '*donationes post obitum*' y las '*donationes reservato usufructo*' las formas jurídicas de realizar tales *donationes pro anima*.

... *Derecho visigodo tardío.*

Observó GARCÍA GALLO (37) que “Al igual que Teodosio II y Valentiniano III reaccionan frente al vulgarismo jurídico dominante en su tiempo ordenando la sucesión voluntaria, Chindasvinto, y en especial Revesvinto y Ervigio, reaccionan frente al Derecho vulgar de su época dictando leyes que en esencia suponen restaurar el régimen establecido por aquellos emperadores. Estas leyes se recogen en el **Liber iudicum** y nos muestran cuál es el Derecho oficial desde mediados del siglo VII. Con la desaparición del reino visigodo la vigencia del **Liber** sufre un duro quebranto, aunque la mantienen los cristianos sometidos al dominio musulmán ...”.

En el **Forum (LIBER) IUDICUM** (38) aparecen dos notables precedentes en relación con nuestro tema de análisis:

— *Lib. III, Tít. I, Ley 6.ª*: “Doncas, si el marido después que un anno oviese que es casado, por amor ó por grado quisier dar alguna cosa a la mugier, puédelo fazer libremiente. Mas ante que el

(36) Sobre el tema, en especial, v. J. A. RUBIO SACRISTÁN, *op. cit.*, págs. 5-6 y nota 6, y allí la remisión a las obras de H. BRUNNER y de A. SCHULTZE.

V. también, J. L. MURGA, *op. cit.*, págs. 36 y sigs., y el papel juzgado por S. JUAN CRISÓSTOMO y S. AGUSTÍN en la evolución de la '*cuota pro anima*'.

(37) V. *op. cit.*, págs. 468 y sigs.

(38) V. la edición del FUERO JUZGO en latín y castellano, *Cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, de la Real Academia Española, por Ibarra Impresor de Cámara de S. M., Madrid, 1815: en especial, págs. 34 (columna 2) y 65 (columna 2) de la versión latina, y págs. 48 y 84 de la versión castellana.

anno sea passado, ni el marido á la mugier ni la mugier al marido, non puede dar más de las arras assi cuemo es de susso dicho, fueras ende si lo fiziesse por grand enfermedad ó por grand pavor de muerte”.

— *Lib. V., Tít. II. Ley 7.^a (De lo que dá el marido á la muier ó la muier al marido)*. “Si el marido diere alguna cosa á la muier, faga scripto por su mano daquello quel diere ante dos testimonios o ante tres. E si la muier diere alguna cosa al marido, faga otro tal; e todavía que ie lo non faga fazer el marido por fuerza. E sea fecha en tal manera, que segund la donación, la buena de cada uno sea asmada assi cuemo manda la ley”.

— CÓDIGO DE LAS SIETE PARTIDAS.

La *Cuarta Partida*, *Título XI, Leyes 4.^a, 5.^a y 6.^a* regulan minuciosamente este punto de las donaciones entre cónyuges. Por sobradamente conocidas, obvio su cita y remito a la brillante exposición de J. VALLET DE GOYTISOLO, con amplio recorrido por todos y cada uno de los comentaristas del *Derecho Castellano* (39).

Entiende F. CALASSO (40) que el permanente sustrato latino y la homogeneidad de la vida jurídica que deriva de la legislación visigoda (Recesvinto) prepararon el camino para la penetración de las doctrinas de la Escuela de Bolonia. El particularismo jurídico, fuertemente acentuado por la floración de costumbres locales en la reconquista, provocó que la reacción popular contra el Código de las Partidas fuera muy fuerte y tan sólo pudo entrar en vigor el siglo siguiente (1348) como derecho subsidiario con el ‘Ordenamiento de Alcalá’. Pero esto significaba —a juicio de CALASSO— la introducción y el triunfo del ‘derecho común’.

(39) V. J. VALLET, *Estudios sobre Donaciones*, citada, págs. 448 y sigs. y 480 y sigs.

(40) V. F. CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, citada, cap. VIII, ep. 4, págs. 614 y sigs.

La situación jurídica-económica de la mujer casada en los 'Fueros de Valencia' ha sido estudiada con solvencia y brillantez por M. A. BELDA SOLER, a cuyo trabajo aquí remito (41).

1. Estudia la regulación de la materia de *las donaciones entre cónyuges constante matrimonio* —Fuero I, 4.5.; Fuero II, 4.5.—, que era como sigue:

... *Fuero I* (Jaime I): "Las donaciones entre cónyuges constante matrimonio, no tienen valor si no son confirmadas en última voluntad, expresamente de palabra o en testamento y aunque tal donación no hiciera a uno más rico y al otro más pobre".

... *Fuero II* (Martín I): Ordena —corroborando lo anterior— que "tal donación sea nula aunque sea jurada, salvo si en testamento u otra última voluntad no fuera expresamente confirmada".

26

Para la autora citada, de la interpretación literal de los 'Fueros' parece deducirse que sólo producían efecto a la muerte del donante (*donationes mortis causa*): por tanto, perdían su naturaleza y se convertían en auténticos **legados**, hechos por un cónyuge a favor del otro.

Considera, por otra parte, que, examinada una buena cantidad de *documentos notariales*, con variadísimas *fórmulas*, no ha encontrado rastro alguno ni fórmula de donaciones entre cónyuges constante matrimonio. De lo cual deduce debieron tener muy escasa importancia práctica, considerado el régimen restrictivo en esta materia que introducen los 'Furs'.

2. En cuanto al *régimen matrimonial propiamente dicho*, organizado en los 'Furs' bajo la impronta romana (42), **que-**

(41) V. MARÍA ANGELES BELDA SOLER, *El régimen matrimonial de bienes ...*, citada, págs. 37 y sigs., 45 y sigs. y 105 y sigs.: *en especial*, pág. 97 y sigs.

V. también E. TAULET, *op. cit.*, págs. 43 y sigs.

(42) V. ANA M.^a BARRERO GARCÍA, "El Derecho Romano en ...", citada, págs. 643 y sigs., y 648: "La influencia del derecho romano en los fueros valencianos no se da de forma preferente en una institución o grupo de instituciones determinado,

da configurado bajo el régimen de separación de bienes y dejando a salvo la libertad de los cónyuges para pactar un régimen distinto. Considera M. A. BELDA SOLER que este sistema venía a representar una regresión o salto atrás en la evolución seguida por los sistemas económicos matrimoniales e iniciada en la reconquista.

La autora citada considera que *la situación jurídico-patrimonial de la mujer casada valenciana* bajo el régimen de separación tenía claras ventajas cuando la mujer disponía de bienes propios —lo que la dotaba de una enorme autonomía—, pero que la mujer casada pobre tenía peor condición y podía llegar a ser muy dura a la muerte del marido (43).

Al examinar *las causas históricas* que contribuyeron a la gran aceptación y difusión del régimen de separación de bienes en el matrimonio foral valenciano, considera M. A. BELDA SOLER (44) la incidencia de los numerosos cambios sociales, económicos y de todo tipo en la Valencia del siglo XIV. Concluye de lo expuesto con la alusión a *una realidad*: “la de que la mujer en la Valencia foral gozaba de una importancia y consideración social y familiar muy superior a la jurídica que implicaba la simple letra de los ‘Furs’”.

27

— CODIFICACIÓN DEL SIGLO XIX.

Sabido es que nuestros jurisconsultos y codificadores del siglo XIX se decantaron por los precedentes históricos, romanos, *de un lado*, y por la legislación de Partidas, *de otro*

sino que afecta por igual a todo el Código sin que pueda caracterizarse una parte de él como especialmente romana” (subrayados míos: J. C. G.).

Para la equivalencia entre los ‘Fori’ y el Derecho Romano, cita la autora —en tema ‘de donationibus inter virum et uxorem’— la regla del DIGESTO 24.1.9 -2, 10 y 11.

(43) Para una ampliación del tema de la disposición testamentaria a favor de la mujer instituyéndola ‘senyora y poderosa’, v. por todos, J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 228 y sigs., y allí la cita de los autores valencianos, en lo pertinente.

(44) V. *op. cit.*, págs. 42 y sigs.

V. también E. TAULET, *op. cit.*, págs. 46 y sigs.: allí, la referencia a HONORIO GARCÍA y al Fuero, libro V, rúbr. IV, fuero 3 - fuero 2.

lado. Confluyeron los criterios en una *posición prohibitiva y restrictiva* de las donaciones entre cónyuges, que eran sancionadas con la nulidad absoluta.

Presento aquí algunas *muestras de textos*, al efecto:

— INSTITUTA DE JUSTINIANO: *Libro 2.º, tít. VII (De las donaciones)*, 1.3: “... et nusquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat” (45).

— PROYECTO DE C.C. DE 1851 (46):

— *Art. 1259*: “Toda donación de un cónyuge a otro durante el matrimonio será nula.—No se comprenden en esta regla los regalos módicos que los cónyuges acostumbran a hacerse en ocasiones de regocijo para la familia”.

Cita GARCÍA GOYENA como *precedentes* —además de los ya conocidos del Derecho Romano, Partidas y Fuero Juzgo— los artículos 1096 del C.c. francés, 1051 del napolitano, 1742 de la Luisiana y 1186 del Sardo.—Alude a la libertad civil entre los cónyuges en ARAGÓN.—Y cierra parte del comentario con esta lapidaria frase: “La sociedad legal de ganancias corta hoy esta cuestión: lo que cada uno de los esposos no pruebe ser suyo propio, se reputará ganancia social”.

— *Art. 1262*: “Se presume simulada, y, por consiguiente, nula la donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o a las personas de quienes éste sea heredero presuntivo en el tiempo de la donación”.

(45) V. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA. *Curso histórico exegético del Derecho Romano comparado con el Español*, Tomo Primero, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1850, págs. 330 y sigs.

El Autor desarrolla los argumentos de la doctrina tradicional en sentido **prohibitivo** (pág. 332) y enumera algunas que son válidas. Es la misma argumentación que recogerá más adelante MANRESA.

(46) V. FLORENCIO GARCÍA GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Tomos III-IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfica —Editorial, de F. Abienzo, Madrid, 1852—. Edición de Editorial Base, Barcelona, 1973, págs. 273 y sigs.

Cita GARCÍA GOYENA como *precedentes* —además del Derecho Romano y de las alusiones a la *simulación* como vicio del contrato— los artículos 1100 del C.c. francés, 239 del holandés y 1054 del napolitano.

—Sabido es por todos que *estos dos artículos* del Proyecto de C.c. de 1851 pasaron a ser *los artículos 1.334 y 1.335 del C.c. de 1889*. No entro en su cita, comentario y crítica, por sabido de todos. Remito aquí, una vez más, a la brillante construcción de J. VALLET (47) en orden a la “conversión jurídica material” de tales donaciones prohibidas en **donaciones mortis causa**.

—DERECHOS FORALES HISTÓRICOS.

Sabido es que la codificación civil en ESPAÑA no fue completa, al quedar excluidas las legislaciones forales de ARAGÓN, BALEARES, CATALUÑA, NAVARRA y VIZCAYA. No todas estas regiones tenían textos legislativos relativos al tema de las ‘donaciones entre cónyuges’. Aquí voy a hacer una remisión específica a los respectivos tratadistas y autores de cada territorio foral, y selecciono tan sólo los textos legales concretos, en cada caso (48).

... ARAGÓN.

Decía MARCELIANO ISÁBAL (49) que “*Esta es una de las materias en que más resplandece el espíritu de libertad civil, en que se inspira el Derecho aragonés*, por lo mismo que es muy general, en las legislaciones antiguas y modernas, la prohibición de *estas donaciones entre cónyuges, por él admitidas*.— No hay, en rigor, fuero que expresamente las auto-

(47) V. *op. cit.*, en nota 39, págs. 480 y sigs.

(48) V., por todos, la obra de J. CASTÁN TOBEÑAS, citada, 12.ª ed., Madrid, 1994, págs. 652 y sigs.

(49) V. *op. cit.*, pág. 597 (subrayados míos: J. C. G.).

rice. No es necesario; basta que haya una regla general que las comprenda, y no exista disposición que las prohíba.— Aparte del **principio general** que admite como permitido todo aquello que la ley no prohíbe, está la libertad de pacto, **el Standum est chartae ...**".

Recogía allí ISÁBAL la famosísima cita de JOAQUÍN COSTA (50):

"Dos cosas han llegado á donde podrían llegar, y no pasarán de allí, salvo en los detalles: la Escultura en Grecia y la libertad civil en Aragón ... *Yo no he de deciros dónde se ha instituído el matrimonio sobre un pie de absoluta igualdad entre los dos esposos: dónde la mujer puede contratar con su marido y salir por él fiadora, dotarle e hipotecar en bienes propios los aportados por él, con hipoteca idéntica a la hipoteca legal en favor de la mujer* cuando por las condiciones especiales del matrimonio se hace necesaria esta garantía; dónde los esposos pueden otorgar capitulaciones matrimoniales en cualquier tiempo, antes o después de casados; y dónde ejerció siempre la viuda derechos equivalentes a la patria potestad, o mas bien tutela paterna, que la novísima ley de matrimonio civil introdujo o restableció en Castilla, **porque teneis presentes los Fueros 'De jure dotium' y 'De contractibus conyugum' ...**".

30

El legislador aragonés no dio valor a la tradicional prohibición romana y de Partidas de las donaciones entre cónyuges: se entendió que tal principio prohibitivo era opuesto a la esencia del matrimonio y al respeto a la integridad del derecho personal.

La capacidad de los cónyuges para hacerse donaciones era, además, una consecuencia de su capacidad para otorgar contratos entre sí. En Aragón, esa capacidad general ha sido siempre reconocida.

Del conjunto de disposiciones que señalaba ISÁBAL dedujo éste la **capacidad de donarse bienes los cónyuges**, aunque —dadas la irrupción del art. 12 C.c. (redacción de 1889) y

(50) Alude a su Conferencia en la 'Academia Matritense de Legislación y Jurisprudencia', inserta en el volumen *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses* (cita en M. ISÁBAL, *op. cit.*, págs. 597-598).

las decisiones jurisprudenciales— temía que su opinión no prosperara (“... poco esperanzados de que oficialmente pueda hacerse valer ésta, dadas las corrientes que se observan”).

No prevaleció su pesimismo, dado que el APÉNDICE FORAL de ARAGÓN de 1925 en su artículo 52 mantuvo el principio permisivo tradicional. Lo mismo entendió el T.S. en una Sentencia de 4 diciembre 1931.

... BALEARES.

A menudo ignorado por tratadistas y comentaristas, en este territorio la vigencia de los principios romanos se ha mantenido constante hasta nuestros días. En esta materia de ‘donaciones entre cónyuges’ no aparece un texto legislativo concreto que las prohíba. La vigencia de la *prohibición* romana se ha venido sosteniendo en las Islas con el carácter de *regla consuetudinaria* (51), tanto en las islas baleares propiamente dichas (o sea, Mallorca y Menorca) como en las islas pitiusas (Ibiza y Formentera).

31

... CATALUÑA.

Escribió ISÁBAL: “No hay en el antiguo Principado disposiciones propiamente forales que regulen la materia que nos ocupa.— Son el Derecho Canónico y el romano, por este orden, y antes que el Código Civil, supletorios del foral del antiguo Principado, y a las disposiciones de aquellas legislaciones hay que recurrir ...” (52).

(51) V. la obra ANÓNIMA *Derecho Civil vigente en Mallorca (Legislación Foral de España)*, Madrid, 1.888: no contiene ninguna referencia a este punto.

Una mera alusión a que “ha sido natural que subsistiese todo el rigor de las antiguas leyes ...” en P. RIPOLL PALAU, *Memoria de las instituciones del Derecho Civil de las Baleares*, Palma, 1885, pág. 28.

(52) V. ISÁBAL, *op. cit.*, págs. 595 y sigs.

... NAVARRA.

No contiene su Derecho Foral disposiciones que regulen la materia. Rige, como supletorio, el Derecho Romano (53).

... VIZCAYA.

Ninguna disposición foral aparece en esta materia.

III. Reflexiones en torno a la normativa actual

32

Al principio había planteado una serie de *interrogantes* acerca de nuestro tema en análisis. Corresponde ahora en este lugar pasar a ocuparme de la cuestión referida a *qué cosa sea exactamente aquello que llamamos 'Donaciones entre cónyuges'*. O, de otra manera expuesta la cuestión, lo que interesa conocer es cuál es la normativa actual, cuál es la delimitación conceptual vigente del tema analizado y cuál es la esencia de la institución. A todas estas cuestiones voy a intentar dar cumplida respuesta, y lo hago con la distinción de tres grandes apartados, relativos al QUID IURIS, QUID CONCEPTUS, QUID REI.

QUID IURIS.

En el epígrafe II precedente se efectuaba una revisión panorámica *en forma diacrónica* de algunos textos legislativos atinentes a la materia aquí tratada. Ahora debemos ocuparnos de una *visión sincrónica* de la normativa vigente,

(53) Así, en ISÁBAL, *op. et loc. cit.*

No obstante, **se citan algunos precedentes**, tales como: Fuero de Estella 2.43; los de Viguera y Val de Funes, 50, 235 y 313; y el Fuero Reducido, 3.2.2., v. **en la obra colectiva** *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Derecho Histórico. Concordancias, Jurisprudencia*, Pamplona, 1988, págs. 141 y sigs.

contenida como bien es sabido **en el artículo 1.323 C.c.**, introducido por la reforma *en 1981* del C.c., que establece

“El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.

Concordantes con este precepto son los siguientes:

- En el C.c.: Artículos 1.336, 1.338, 1.458 y 1.677.
- En COMPILACIÓN DE ARAGÓN: Artículo 24.
- En COMPILACIÓN DE BALEARES: Artículos 4.3 y 67.
- En COMPILACIÓN DE CATALUÑA (LEY 8/1993, de 30 de septiembre): Artículos 12, 20, 21 y 22.
- En COMPILACIÓN (FUERO NUEVO) DE NAVARRA (LEY FORAL 5/1987 de 1 de abril): Ley 76.1.

Comentarios doctrinales a la reforma de 1981, y en particular a este **nuevo** artículo 1.323 C.c., los hay de todas clases y calidad, de manera que aquí no voy a desarrollar un comentario más que poco puede aportar a lo ya dicho por los grandes tratadistas y los especialistas, a cuyas obras aquí remito (54).

El tratamiento doctrinal de esta materia se resiente, claro es, de la tradicional visión de las relaciones patrimoniales inter-conyugales, visión que sufrió un brusco giro con la nueva perspectiva presentada en su día por J. L. LACRUZ BERDEJO al analizar la que llamó **dinámica de las relaciones patrimoniales conyugales** (55).

33

(54) De entre los **comentarios a la reforma de 1981**, selecciono aquí:

— **Genéricos:**

- CASTÁN TOBEÑAS, 12.^a ed., citada, págs. 646 y sigs.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, ed. 1983, págs. 289 y sigs.

— **Específicos:**

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *op. cit.*, págs. 559-563.
 - DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: *op. cit.*, págs. 169 y sigs.
 - DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *op. cit.*, págs. 152 y sigs.
 - DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *op. cit.* (Com. Tecnos), págs. 1510 y sigs.
 - ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S.: “La contratación entre cónyuges ...” (Libro-Homenaje a J. VALLET), cit., págs. 287 y sigs.
 - HERRERO GARCÍA, M. J.: *op. cit.* (Com. M. Just.), págs. 596 y sigs.
 - PUIG FERRIOL, L.: *Contratación entre cónyuges*, cit. (folio 17 y sigs.).
- (55) Me remito a la *nota 5 precedente*.

Dentro ya de esas específicas e individualizadas *relaciones patrimoniales interconyugales*, es dable observar cómo la realidad social circundante y la agobiante presión fiscal influyen decisivamente en esa *dinámica*, de tal forma que en los últimos años ha habido una ‘floración’ de nuevos tipos de negocios patrimoniales interconyugales antaño impensables. Aquí, y en un orden de mayor a menor calidad transmisiva (56), cabe citar, *v. gr.*:

- Compraventa directa de un cónyuge al otro cónyuge.
- Pacto bilateral interconyugal de atribución o calificación de privatividad.
- Confesión unilateral de privatividad.
- Contrato de ‘comunicación’ de bienes (57).
- **Donación** (58).

A la hora de proceder a *la delimitación conceptual* del tema en análisis, **he de precisar que no voy a ocuparme de los primeros tipos contractuales** de la cadena o escalonamiento que acabo de presentar, **quedando reducido mi análisis exclusivamente a la figura de la DONACIÓN ENTRE CÓN- YUGES**. Al hacerlo así, quiero tener presentes —una vez más— unas clarificadoras palabras de A. HERNÁNDEZ GIL.

“... La investigación jurídica no puede quedar circunscrita al análisis de las normas preestablecidas, y ello sin necesidad de hacer sociología. *Porque lo específicamente jurídico no se identifica con lo previamente normativizado*, sino que se extiende por todo el campo de la problematicidad de la justicia.— ..= Una reflexión última: no por estar de vuelta de muchos excesos especulativos hay que renunciar al rigor intelectual, y no por ahondar en la base empírica del derecho puede omitirse la teorización” (59).

(56) V. en forma parecida a la mía, en ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S.: *op. cit. en nota 54 precedente*, pág. 289.

(57) V., sobre el tema, por todos, la obra de MARÍA ISABEL TRUJILLO CALZADO, citada, en especial, págs. 85 y sigs.

(58) No aparece muy definida la pretendida distinción que efectúa M. I. NÚÑEZ PAZ (*op. cit.*, pág. 248):

“**Esposo donante al otro esposo.**—Es necesario distinguir estas donaciones de las donaciones entre cónyuges que se comprenden en el art. 1.323” (sic).

(59) V. J. VALLET, *op. cit. en nota 8 precedente*, págs. 35 y 37.

Si las consideraciones y argumentaciones de *la doctrina* han sido numerosas y diversificadas, no parece que a la hora de detectar una pretendida mayor conflictividad o litigiosidad, derivada de las 'donaciones entre cónyuges', se observe un espectacular aumento de casos resueltos por nuestro TRIBUNAL SUPREMO —o, en su caso, por los respectivos Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio (antaoño 'foral')—. A los escasos supuestos litigiosos que se produjeron en estos últimos años hago referencia más adelante.

Para proceder a *una visión realista* de nuestro tema habrá que partir de *los presupuestos* que al principio habíamos señalado y, muy en especial, de la perspectiva o punto de vista '*ex constitutione*'. Es tremendamente ilustrativa la cita que hace L. PUIG FERRIOL (60)

"El anterior art. 781 del C.c. italiano establecía también un criterio prohibitivo con respecto a las donaciones entre cónyuges, pero el **Tribunal Constitucional Italiano en Sentencia 91/1973 declara ilegal esta prohibición** con base a las actuales exigencias familiares, la realidad económica y social de nuestro tiempo, y que hace surgir situaciones injustas y moralmente aberrantes en contraste con los principios en que se inspira el propio Código Civil. Y, apoyándose en los arts. 2 y 29 de la Constitución Italiana, proclama que la prohibición de donaciones entre cónyuges *es contraria* al principio de igualdad de todos los hombres, pues discrimina a las parejas casadas con respecto a los restantes ciudadanos, *a la par que crea una presunción absoluta* de que el matrimonio crea entre los cónyuges un estado recíproco de desigualdad y de inferioridad, en méritos del cual uno de ellos podría ser siempre seducido u obligado por el otro a despojarse a favor de éste de sus bienes".

35

Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, la respuesta al QUID IURIS exige la concreción de los dos *elementos* integrantes del *supuesto de hecho*: uno, la donación; otro, los cónyuges. A ellos me refiero seguidamente.

(60) V. L. PUIG FERRIOL, *Contratación entre cónyuges*, citada (folio 7): los subrayados son míos (J. C. G.).

La configuración **gráfica** de la norma jurídica –en opinión de KARL LARENZ– vendría a ser “**Si es S, debe ser P**”, correspondiendo **S** al supuesto de hecho (donación hecha a un cónyuge) y **P** a la consecuencia jurídica (validez plena del acto). Esta configuración derivada de la ‘lógica jurídica’ nos va a ayudar luego para situar la norma **sistemáticamente** en un ordenamiento jurídico concreto. A mi modo de ver, se trata de una norma de las llamadas ‘**de conducta**’, y **de derecho dispositivo**.

Las normas aplicables a los elementos del supuesto de hecho son las generales: para los cónyuges, la capacidad general para disponer, y las consiguientes limitaciones que puedan surgir o bien de un vicio de la voluntad o bien de un motivo que dé lugar a la rescisión del acto; para *la donación*, las reglas generales del C.c., o sea, artículos 618 a 656. En ambos aspectos del supuesto de hecho (**S**), la trascendencia de la aplicación de tales reglas a uno u otro elemento nos va a llevar a su examen, al proceder a una personal *selección de problemas* para el análisis, lo que nos llevará a la consecuencia jurídica (**P**).

La interpretación global de la nueva normativa hoy aplicable, a la luz de los principios constitucionales, permite aportar un punto de vista quizá no novedoso pero sí realista: dado que se trata de una normativa innovadora, dada la multiplicidad de supuestos fácticos posibles, dada la valoración permisiva imperante, es evidente que toda la nueva problemática va a exigir *criterios nuevos* en el intérprete. *Criterios* quizá inexistentes en algunos casos, pero que cabrá inducir de las nuevas líneas de un nuevo DERECHO DE FAMILIA: como puso de relieve K. LARENZ, toda norma jurídica **es parte** de una regulación más amplia, y **la elaboración de la referencia de sentido que resulta de atribuir el significado de la norma** es una de las principales tareas de la jurisprudencia. *Criterios* que no siempre van a responder a las visiones tradicionales en la resolución de las situaciones conflictivas, e incluso a veces podrán provocar nuevos conflictos

de intereses. A la búsqueda *de esos posibles nuevos criterios* van dedicadas las reflexiones que subsiguen.

QUID CONCEPTUS.

Si en el apartado precedente examinaba el perfil *sincrónico* de la normativa actualmente vigente, en el presente trato de efectuar una delimitación conceptual del tema analizado, procediendo a los convenientes distinguos en función *de los presupuestos constitutivos de la figura* en examen: subjetivos, objetivos, formales y circunstanciales.

— PRESUPUESTOS SUBJETIVOS.

Evidentemente, debe tratarse de un negocio lucrativo (DONACIÓN) efectuado por UN cónyuge a favor del OTRO cónyuge. O, lo que es igual, deben ser los dos sujetos del acto *casados* y el acto celebrado *constante* el matrimonio.

37

Lo expuesto **excluye** los supuestos de hecho siguientes:

- Los casos de donaciones entre prometidos.
- Los casos en que quiebra el matrimonio, y se origina una separación de hecho.
- Los casos de quiebra definitiva del matrimonio por separación judicial o divorcio.
- Los casos de nulidad del matrimonio: sin perjuicio de la aplicación del artículo 79 C.c. respecto del cónyuge que ha actuado de buena fe.
- Los casos de las llamadas “parejas de hecho” o “parejas no casadas”.
- Los casos antaño incluidos en el artículo 1.335 C.c. (versión originaria de 1889), de donaciones efectuadas por un cónyuge a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio.

También, evidentemente, el acto transmisivo debe ser una DONACIÓN. Anteriormente he dejado **excluidos** los negocios transmisivos **de los que no me voy a ocupar**. Lo expuesto equivale a decir que debe tratarse de un negocio jurídico *intervivos* a título lucrativo o de una donación *mortis causa*. En orden a si es un acto (tesis de VALLET), o un contrato (tesis de ALBALADEJO), me remito a sus autorizadas argumentaciones.

Para la determinación de cuál sea *la causa* (onerosa, lucrativa, remuneratoria) del acto, habrá que estar a lo prevenido en el artículo 1.274 C.c.

Para la configuración del momento de la *perfección* de la donación se exige la **aceptación** del donatario y que el donante la conozca (arts. 618, 623 C.c.). Remito aquí de nuevo a los tratadistas (ALBALADEJO, VALLET, etc.).

38

Si la donación estuviere sujeta al cumplimiento de una condición o un término suspensivos, parece posible decir que el acto es ya perfecto desde su constitución, y que será plenamente eficaz en un momento posterior cuando desaparezcan las limitaciones voluntariamente puestas para la producción de los efectos del acto.

Dado que en nuestro Derecho *la transmisión* de la propiedad y demás derechos reales sobre las cosas se produce en virtud de la concurrencia de los dos elementos tradicionales (título + modo) —arts. 609 y 1.095 C.c.—, *la adquisición* se producirá cuando se haya producido la tradición. Esto es,

— Si el bien es MUEBLE (art. 632): por la entrega de la posesión.

— Si el bien es INMUEBLE (art. 633): por el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Para ALBALADEJO la forma lo es *del contrato*, no de la entrega de lo donado: la escritura ha de ser de donación, no cabe la de venta simulada (VALLET, en contra).

Una vez precisados los requisitos necesarios para que se produzca *la transmisión* a favor de un cónyuge, parece conveniente detenernos un momento para hablar de las *formas de adquisición*: directas e indirectas.

— *Adquisiciones directas procedentes del otro cónyuge (por vía de donación).*

Son las provenientes de *uno* de los cónyuges *a favor del otro cónyuge*. Se aplican las consideraciones anteriores, que acabo de efectuar.

— *Adquisiciones directas procedentes de un tercero (por compra).*

Desde el punto de vista '*ex constitutione*' en el que nos movemos, no parece que el hecho del matrimonio debiera tener alguna transcendencia en el ámbito de las relaciones patrimoniales de cada uno de los cónyuges. Este **hecho**, que es muy claro *desde la perspectiva del régimen de separación de bienes* (61), aparece menos claro desde la perspectiva de un régimen de comunidad limitada (v. gr. el de gananciales) (62). Sin embargo, tanto bajo un régimen como bajo otro distinto, *no cabe*, por principio, teorizar afirmando que toda adquisición *privativa* de un cónyuge —**en concreto, de la mujer casada**— deba llevar implícita la **cuestión** de si cabe reputar que la adquisición se hizo con dinero o con contraprestación a cargo del marido (63). Tal planteamiento es

39

(61) V. en mis obras: "La prueba de las titularidades ...", citada, págs. 623 y sigs.; "Comentarios al art. 66 ..." citada, págs. 107 y sigs., y allí las referencias bibliográficas a los autores catalanes.

(62) Me remito a la *nota 1 precedente*.

(63) La referencia, inevitable, se hace a la consabida *presunción Muciana*: v. en mi obra "Comentarios ...", citada, pág. 107 y nota 185.

Sobre el tema, v. por todos, A. PARA MARTÍN, *Presunción Muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges en Cataluña*, ed. Bosch, Barcelona, 1981.

También, M. MASOT MIQUEL, "La prohibición de donaciones ...", citada, en especial, págs. 104 y sigs.

Ultimamente (JORNADAS DE TOSSA, Septiembre 1994), v. la PONENCIA del Dr. L. PUIG FERRIOL *La protecció del dret de credit ...*, citada, epígrafe 3.2.

evidentemente **discriminatorio** y, por tanto, **anticonstitucional** (arts. 14, 32 y 39 C.E., y 66 C.c.).

Un planteamiento como el **presentado teóricamente** es de hecho adoptado por numerosos sectores de nuestra doctrina. Ello me lleva a plantar una *disyuntiva*, cual es la de qué es preferente ante el intérprete ¿el hecho del matrimonio y el principio de no discriminación? ¿el titular –acreedor– de uno o de ambos cónyuges? De ello me ocupo después.

Consecuentemente, en principio, parece que *toda* mujer casada que adquiere a título oneroso de un tercero, adquiere válida y legalmente. Esta afirmación parece sólida en relación con las situaciones **normales** de un matrimonio dado.

Ahora bien, de darse una situación **anormal** en un concreto matrimonio –en especial, el hecho de hallarse declarado uno o ambos cónyuges en suspensión de pagos o quiebra–, lo que está sucediendo es una incidencia de *una variable* (**factor “K”**) que modifica la norma jurídica inicial **“Si es S, debe ser P”**. O, de otro modo dicho, parece que el terreno ya no es el exclusivamente civil, sino que pertenece al *ámbito mercantil*, y en concreto el de las situaciones concursales y preconcursales (64).

Por consiguiente, a la vista de lo expuesto, mantengo que una adquisición onerosa de la mujer casada constante matrimonio no puede ser tachada como proveniente de donación del marido –ni aun indirecta–, y quien afirme lo contrario debe pechar con la carga de la prueba (art. 1.214 C.c.).

— *Adquisiciones indirectas de un cónyuge (a título oneroso).*

Es lo que gráficamente se expresa como **situación jurídica de “bienes puestos a nombre de la mujer” (BPNM)**,

El planteamiento de la *Presunción Muciana* como norma de cierre del régimen de separación de bienes y de su articulación como sistema de determinación de las titularidades dudosas de bienes conyugales no impide al Ponente plantear con lucidez la cuestión acerca del *porqué* del mantenimiento de la institución en nuestros días.

(64) V. el *Anteproyecto de Ley Concursal*, Edita Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.

fenómeno social muy frecuente en Cataluña y en Baleares y, en general, en todas aquellos territorios donde rige el sistema de separación de bienes (65).

Esta situación jurídica, producida *dentro* de las circunstancias *normales* de un matrimonio, puede ser asimilada a una *donación* del marido y, por ende, válida. Luego veremos la conexión con el régimen matrimonial pertinente, desde la perspectiva del Derecho vigente.

Esta situación jurídica, en circunstancias *anormales* de un matrimonio, llevará a un cambio de perspectiva en función de la situación (preconcurso, concurso) del cónyuge deudor.

— PRESUPUESTOS FORMALES.

La DONACIÓN es siempre un acto solemne y puede revestir, según los casos, tres formas: la escritura pública, si lo que se dona es inmueble; escritura pública o forma escrita privada o bien la entrega de lo donado, si es bien mueble.

41

En cuanto a si la escritura ha de ser de DONACIÓN o si es válida la escritura de COMPRAVENTA SIMULADA (DONACIÓN OCULTA), son contrapuestas las actuales posiciones de la doctrina: por una parte, VALLET DE GOYTISOLO, y por otra, ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (66). A sus autorizadas opiniones remito en este lugar.

(65) V. en mis obras: "Comentarios ...", págs. 116 y sigs., y con mayor detalle, en mi PONENCIA al Congreso Vasco de 1991, citada, págs. 197 y sigs. y allí los gráficos del ANEXO.

(66) V. J. VALLET, "Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en el volumen *Estudios sobre Donaciones*, citado, págs. 591 y sigs.

M. ALBALADEJO, "Comentario a los arts. 632-633", en la obra colectiva por él mismo dirigida *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, en el volumen 2.º del Tomo VIII (arts. 618-656), edit. Edersa, Madrid, 1986, págs. 172 y sigs., en especial 176 y sigs.

S. DÍAZ ALABART, "La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo la compraventa de los mismos en escritura pública", en la revista *R.D.P.*, 1980, págs. 1106 y sigs.

Anteriormente: F. DE CASTRO, "La simulación y el requisito de la forma en la donación de cosa inmueble", en *A.D.C.*, 1953, págs. 1003 y sigs.; "El negocio jurídico", *I.N.E.J.*, Madrid, 1971, págs. 353 y sigs.

Entiendo que en las situaciones *normales* de un matrimonio, parece muy duro negar la validez de una donación encubierta a favor de un cónyuge cuando no aparece un perjuicio a terceros. Otra cosa será si *en situaciones preconcursales* se trata de una simulación con finalidad ilícita o defraudatoria.

— *PRESUPUESTOS CIRCUNSTANCIALES.*

Aquí se introducen **—dentro** de la norma jurídica analizada (**“Si es S, debe ser P”**)— una serie de **variables**, que actúan *en función* de los datos o coordenadas de TIEMPO y ESPACIO:

... *Factor TIEMPO.*

42

Acabamos de hacer un breve repaso en DIACRONIA, que nos muestra la variabilidad de las formas de donación entre cónyuges, **en función de** que la legislación existente en cada momento histórico fuera más o menos prohibitiva. Con gran precisión expone JOSEF ESSER que “la interpretación de textos regulativos transmitidos históricamente no ha de cargarse al método histórico, que no puede simplemente proporcionar el sentido del encargo ordenador para el presente” ... (Cita aquí ESSER a G. HUSSERL: “El tiempo no está quieto y la norma jurídica, por así decir, le acompaña” - “DIE ZEIT STEHT NICHT STILL, UND DIE RECHTSNORM GEHT SOZUSAGEN”).

Ese factor TIEMPO, que en el Derecho histórico de Castilla *ha sido casi una constante (factor K.)* desde 1212 hasta 1981, ha originado *formas* de donaciones ‘disimuladas’ que en unos casos han sido aceptadas y en otros rechazadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por otra parte, **incide en orden a la convivencia entre los esposos**, ya que, la problemática puede ser distinta según la donación sea anterior o posterior a la convivencia.

... *Factor* ESPACIO.

El factor ESPACIO alude a la conveniencia de una ojeada **comparatista**, tanto en el ámbito externo como en el interno.

— En el ámbito **externo**, el recurso a los datos del DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO nos puede llevar muy lejos. Sería osado por mi parte aventurarme en este campo, cuando teneis entre vosotros a uno de los más relevantes comparatistas españoles y europeos: V. L. SIMÓ SANTONJA.

— En el ámbito **interno**, el remedio de la visión comparatista nos lleva al campo del DERECHO INTERREGIONAL, también cultivado por V. L. SIMÓ SANTONJA, y en el que yo tan sólo soy un primerizo ignorante (67).

A mi manera de ver, lo decisivo e importante *no es sólo* la contraposición entre el Derecho Común o de Castilla (C.c.) y el de las antiguas regiones forales, *sino que* lo trascendente es la repercusión o incidencia que sobre *el hecho* 'matrimonio' tiene **el factor variable (factor R.) del 'régimen económico-matrimonial'**. Se explican así las posturas antagónicas que, a modo de **pórtico**, colocaba al principio de este análisis.

Por lo tanto, dado que esta **variable (factor R.)** se refiere al **funcionamiento** o perspectiva *dinámica* de las relaciones inter-conyugales, la analizo más adelante.

QUID REI.

En el apartado precedente trataba de efectuar una delimitación conceptual de la figura analizada. En este lugar voy a tratar de determinar **qué cosa sea la esencia —QUID REI— de la institución.**

Para proceder con una cierta corrección, voy a deslindar las dimensiones *estática* (ESTRUCTURA) y *dinámica* (FUNCIONAMIENTO) de la figura aquí analizada.

(67) V. MI PONENCIA al Congreso Vasco de 1991, citada, en especial págs. 173 y sigs.

De una parte, en orden a la configuración de **la estructura lógico-jurídica de la norma**, remito aquí a las consideraciones de KARL LARENZ que gráficamente he expuesto en páginas anteriores.

De otra parte, si se toma como presupuesto del análisis **la perspectiva estructuralista de ARNAUD**, se trata de configurar **un punto de partida** como sigue: la finalidad del C.c. es establecer una regla de juego para *los cambios* entre los individuos, que en la base de todo cambio está *el juego*, y que **la regla** para este juego concierne a un tipo de cambio limitativo y **constituye una respuesta a un problema humano de todos los tiempos**.

44

Desde una tal perspectiva, *cada tipo de acto o contrato tiene una estructura especial*. En concreto, para las **relaciones interconyugales** distingue ARNAUD varios **supuestos** posibles. En nuestro caso, distingue ARNAUD:

— En cuanto a *las relaciones entre los cónyuges* por vía de DONACIÓN: se tratará de una relación *simétrica*, pero *eventual*.

Es una relación *simétrica*, caracterizada por ser una *simetría doblemente imperfecta*, porque: 1.º no aparece la contraposición del binomio o pareja DATION-DATION (DATION: *en el sentido* de transmisión de propiedad); 2.º La *aceptación* es un acto puramente voluntario y sin ningún valor económico directo, mientras que lo que el autor llama DATION supone una cosa y la otra. Para ARNAUD —**desde el punto de vista del análisis estructural**— la **aceptación** viene a significar a modo de una ‘obligación de hacer’ (SERVICE), esto es, de recibir la donación, aun con las cargas correspondientes.

Es también, por otra parte, una relación caracterizada por lo que llama ‘no transitividad’. A la prestación inicial

(68) V. para la estructura lógica de la norma jurídica, K. LARENZ, *Metodología* ..., cit. (ed. 1994), págs. 242 y sigs., *espc.* 248 y ss.

V. para ARNAUD, su *Essai d'analyse* ... citada, págs. 19 sigs., 59 sigs., 80 sigs., y *en especial* págs. 92, 98, 108, 115 y 135.

(DONANTE) de un 'dare' no se contrapone otro 'DARE' (*otra contraprestación*) en el donatario, sino lo que llama un 'SERVICE' u obligación de hacer (aceptar la donación).

— En cuanto a *las relaciones con los terceros*: distingue *dos hipótesis*, según que las relaciones con los terceros provengan, ya de los bienes propios o privativos de cada uno de los cónyuges, ya de los bienes comunes.

Desde una tal perspectiva, **no cabe** la mezcla de estructura y de contenido del acto de DONACIÓN. Lo que sí procede es deslindar —dentro de la *estructura*— los *perfiles formal y material* de la misma:

— *Estructura formal*. Vendrá a corresponderse con la denominación dada al correspondiente *documento otorgado*. De ello hubo ejemplos notables, en la visión diacrónica, en el pasado. De la interpretación del documento derivarán los caracteres técnicos del negocio pretendido.

— *Estructura material*. Normalmente vendrá determinada por la variada presentación de los *pactos* consignados en la escritura. O, de otro modo dicho, la determinación del *contenido* estará en función de la configuración de la DONACIÓN, o propiamente dicha, o disimulada, oculta o indirecta.

— *Contenido típico*:

Donación, con los pactos o *reservas* tradicionales (de usufructo, de uso ...).

Donación onerosa o con cargas.

Donación remuneratoria de determinados servicios.

Negocio mixto 'cum donacione'.

— *Contenido atípico*:

Compraventa propiamente dicha (vendedor es un cónyuge).

Compraventa indirecta (vendedor es un tercero).

Compraventa 'con pacto de sobrevivencia' (CATALUÑA y BALEARES).

Cesión de un derecho de opción.

Pago por un cónyuge de deudas del otro.

Obras y mejoras hechas por un cónyuge en una finca del otro.

Entrega de obligaciones hipotecarias de que es titular un cónyuge, a favor del otro cónyuge.

Repudiación de una herencia por un cónyuge, que motiva el que la adquiriera el otro cónyuge.

Contratos gratuitos: mutuo, mandato, comodato, depósito, prestación de servicios por parte de un cónyuge al otro.

Prestación de garantías: fianza, prenda, hipoteca (o posición de hipoteca, o renuncia de la mujer a la hipoteca legal en garantía de dote ya inscrita), aval en pólizas de crédito, aval cambiario.

Constitución de un seguro de vida por un cónyuge en beneficio del otro.

Constitución de una renta vitalicia por un cónyuge a favor del otro, o por ambos a favor del sobreviviente.

Negocios *declarativos* o *de fijación*, v. gr.: la determinación del inventario de los patrimonios privativos conyugales (con o sin subrogación real, en su caso); la imputación de los créditos y de las deudas correspondientes a cada cónyuge, etc.

... PUNTO DE VISTA DEL FUNCIONAMIENTO.

1. Una visión *funcional* del tema analizado nos lleva a la cuestión de cómo determinar los criterios posibles que nos ayuden en la perspectiva ‘dinámica’ de la figura (69).

Aquí voy a prescindir del uso de otros posibles criterios y voy a remitir —una vez más— al criterio innovador de J. L. LACRUZ BERDEJO (70) en orden a la *dinámica de masas patrimoniales conyugales*: su descripción de los movimientos de tales ‘masas’, la eventual ‘comunicación’ entre las masas privativas y la consiguiente aparición de relaciones **internas** de obligación, la distinción sutil —**dentro de** la noción de ‘deudas de los cónyuges’— de las ideas de pasivo

(69) V. *mi PONENCIA* al Congreso Vasco de 1991, citada, págs. 192 y sigs.

(70) V. su *Derecho de Familia*, citada, 1963, págs. 235 y sigs.

provisional (obligación por la deuda) y pasivo definitivo (contribución a la deuda), etc., etc.

2. Por otra parte, conviene también recordar aquí **un punto clave, que es el de la trascendencia de la determinación de los patrimonios conyugales**. Agudamente se ha podido decir acerca de este punto que

“... La cuestión de la determinación de los patrimonios tendrá una cierta trascendencia a la hora de fijar la proporción necesaria para la contribución a las cargas del matrimonio ..., *pero este es un efecto propio del matrimonio y no específicamente del régimen económico-matrimonial*” (71).

3. *La interrelación* entre los patrimonios privativos conyugales como consecuencia de una DONACIÓN –propia, o impropia o irregular– lo que va a originar es una serie de posibles *créditos* a favor o en contra, créditos que en su día habrá que saldar en el momento de la *liquidación* del régimen matrimonial.

Lo anterior equivale a decir que, desde esta perspectiva *dinámica*, de la aparición de una figura de DONACIÓN entre cónyuges cabrá deducir unas relaciones **internas** (*inter partes*, interconyugales) y unas relaciones **externas** (frente a terceros).

De momento nos hemos concretado a las relaciones *internas* o interconyugales, dejando las relaciones *externas* para su examen en el epígrafe IV subsiguiente.

4. Finalmente, esta perspectiva *dinámica* puede verse notablemente alterada o influida por la *repercusión fiscal* consiguiente al otorgamiento del acto escriturado. Aquí remito a los notables comentarios doctrinales de los compañeros notarios que se ocuparon de estas cuestiones (72). Me limi-

(71) V. L. PUIG FERRIOL y E. ROCA TRÍAS, *Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, ed. Bosch, Barcelona, 1987, págs. 279 y sigs. (subrayados míos: J. C. G.).

Esta afirmación, hecha desde la perspectiva del régimen de separación de bienes, parece también valedera para toda clase de régimen económico-matrimonial.

(72) Me refiero a las aportaciones, publicadas todas ellas en el BOLETÍN DE INFORMACIÓN del ilustre Colegio Notarial de Granada del año 1994, obra de los nota-

to a hacer constar que, en la situación actualmente vigente (normativa fiscal de los Impuestos de la Renta de las Personas Físicas y del Patrimonio), no hay tanta diferencia como antaño en los tipos impositivos para los conceptos tributarios ‘venta’ o ‘donación’, siempre que se cumplan las *dos condiciones* de ser contribuyentes con patrimonios bajos y de bases imponibles no elevadas. No dándose tales condiciones, la enorme casuística posible y las repercusiones *por plusvalías* –en su caso–, juegan *en contra* de la adquisición onerosa.

Para mis compañeros notarios estudiosos de la incidencia de la temática fiscal sobre los desplazamientos patrimoniales interconyugales, lo importante es proceder a la interpretación **acerca de la pervivencia o no del artículo 45. 1.B. n.º 3** del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que mantiene el Reglamento del Impuesto aprobado por el R.D. de 23 septiembre 1993, que declara **exentas**

“Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y a las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales”.

Una precisión fundamental la plantea CANO REVERTE (73), –que incide en nuestro tema– y es la de que

“... **actualmente se pueden producir situaciones de agravio comparativo** al aplicar un tratamiento fiscal distinto a casos o situaciones similares que se dan en el seno de los matrimonios. Si tan *patrimonio separado* es el ganancial como el privativo de cada uno de los cónyuges, ¿por qué van a estar exentas las aportaciones al primero y no las que los cónyuges se hagan al de cada uno de ellos? ...”

rios M. SIGNES PASCUAL, E. J. PÉREZ POLO, J. DELGADO RAMOS y J. M. CANO REVERTE, citadas en la relación bibliográfica final.

En este lugar, selecciono *ratione materiae* las de J. DELGADO RAMOS y J. M. CANO REVERTE.

(73) V. *op. cit.*, pág. 2130.

Otra precisión que apunta el mismo CANO REVERTE es la de cuestionar el porqué van a estar mejor vistas —léase EXENTAS— las aportaciones realizadas a título *oneroso* que las realizadas a título *lucrativo*, si es que de verdad se pretende favorecer al matrimonio y a la sociedad conyugal. **Argumenta el autor en favor de la identidad de trato legislativo para unos y otros supuestos** en base a (74): que la responsabilidad y afección del patrimonio privativo de ambos cónyuges la consagra el artículo 1.318 C.c., sin diferencias en orden a régimen matrimonial aplicado entre los cónyuges; que la misma ‘affectio’ —o aun mayor— existe en las aportaciones realizadas a la comunidad que las hechas al patrimonio privativo del otro cónyuge; y que precisamente es en las aportaciones a título *lucrativo* donde existe verdadera y propia ‘affectio’.

Concluye CANO REVERTE diciendo que “no debe quedar en peor situación la aportación que uno de los cónyuges realice al patrimonio privativo del otro, *eso sí, siempre que tal aportación tenga por objeto precisamente evitar reembolsos en el momento de la liquidación de la sociedad conyugal*, lo que habrá de cuidarse muy bien de especificar en el documento que al efecto se otorgue ...”.

— UNA RECAPITULACIÓN PRIMERA.

Teniendo en cuenta las consideraciones iniciales precedentes, parece conveniente un primer alto en el recorrido expositivo, que nos conduzca a *una primera recapitulación* de alguna de las *ideas* más relevantes antes presentadas, lo que hago en la forma que sigue:

1.º Base de partida de este trabajo ha sido el poner de relieve la importancia teórica y práctica del tema analizado, la incidencia de los cambios sociales en la dinámica entre

(74) V. *op. cit.*, págs. 2135 y sigs.

las masas patrimoniales conyugales, la pretensión del autor de proceder a un planteamiento problemático (tópico) de la materia, **el presupuesto** del principio de dignidad de la persona humana en su perfil constitucional y la necesidad de acudir al examen de los documentos para conocer el contenido de una institución.

2.º Reflexiones subsiguientes sobre la importancia y denominación de los documentos han permitido una cuidada selección de textos legislativos concretos, en una visión *en diacronía* de ‘hechos’ del pasado, visión que nos ha llevado prácticamente hasta la reforma del C.c. en 1981.

3.º Situado el autor ante el abanico de interrogantes acerca del tema en análisis, ha tratado de llegar a la determinación de qué cosa sea exactamente aquello que llamamos ‘Donaciones entre cónyuges’, pasando a examinar las cuestiones del QUID IURIS, QUID CONCEPTUS y QUID REL.

50 4.º Tomando como dato previo **la normativa vigente (art. 1.323 C.c.)**, la precisión en orden al QUID IURIS pasaba por la delimitación de la normativa actual dicha y sus correlaciones y concordancias, la concreción en la norma jurídica “**Si es S, debe ser P**”, con la consiguiente aplicación a cada parte de la norma jurídica citada de las reglas generales apropiadas.

5.º Una delimitación conceptual del tema analizado –QUID CONCEPTUS– ha llevado a la configuración de los presupuestos constitutivos de la figura.

Los *presupuestos subjetivos* aluden a que un elemento esencial del supuesto de hecho es que se trate de dos cónyuges y que el acto sea realizado constante el matrimonio.

Los *presupuestos objetivos* exigen que el acto transmisivo sea precisamente una donación, a cuyo acto se han aplicado las reglas generales de interpretación habituales en orden a la causa, la perfección, el sistema de transmisión y las diversas formas de la adquisición (directas, indirectas).

Los *presupuestos formales* implican la característica de ser el acto de donación esencialmente solemne.

Los *presupuestos circunstanciales* aluden a la inserción, **dentro del supuesto de hecho determinado (Si es S, debe ser P)**, de una serie de **variables** en función de las coordenadas de *tiempo* (factor K.) y de *espacio* (ámbito comparatista, externo e interno).

6.º Respecto del apartado dedicado a determinar el QUID REI, o qué cosa sea la esencia de la institución, se ha procedido a la diferenciación entre la perspectiva *estructural* (**estática**) y la perspectiva *funcional* (**dinámica**) de la figura analizada.

Desde la *perspectiva estructural* se ha deslindado entre los perfiles *formal* y *material* del acto de donación. La importancia de la estructura material (*contenido* del acto) va determinada por la variadísima presentación de pactos típicos o atípicos, que configuran la presentación de la figura en la realidad social.

7.º El hecho de reiterar en este lugar **el criterio de la “dinámica de masas patrimoniales conyugales” de J. L. LA-CRUZ BERDEJO** —en cuanto a la *perspectiva funcional* de la figura— lleva al importante tema de la determinación concreta de los patrimonios conyugales y a su posible interrelación.

Esta perspectiva *dinámica* habría quedado incompleta sin una referencia puntual a las *inevitables repercusiones fiscales* de los actos escriturados y a la interpretación novísima —notarial, claro es— de la vigente *exención* prevista en el artículo 45.1.B. n.º 3 del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

IV. Ensayo en orden a la valoración del tema

1. Legitimidad de la norma y valoración.

Hablaba al principio de este trabajo de la existencia de una serie *de interrogantes* que exigían una respuesta adecuada. Uno de estos interrogantes –el **QUID VALORIS**– alude a cuál sea el tipo de valoración que hay que dar al tema ‘DONACIONES ENTRE CÓNYUGES’. Anteriormente hemos podido comprobar en la visión retrospectiva *diacrónica* la diferenciación de criterios imperantes en cada momento histórico, la incidencia de los factores económicos, sociales y religiosos, **el factor de arrastre de la tradición** ... Todo lo cual conllevaba una *minusvaloración* del papel ejercido en la sociedad por la mujer, especialmente la mujer casada.

52

Actualmente nos encontramos en un momento histórico muy determinado, influido esencialmente por el impacto sufrido por la sociedad después de las transformaciones económico-sociales del presente siglo. Impacto mayormente sentido en ESPAÑA, después del paso de un régimen autocrático, cerrado, monolítico y confesional a un régimen democrático, abierto, pluralista y de libertad religiosa: **todo ello plasmado en una nueva serie de valores, consagrados fundamentalmente en los artículos primeros de la Constitución de 1978.**

Reflexiones las de *este epígrafe*, subtítulo como “ensayo”, alusivas a todo el gran tema de *la legitimidad de las normas*, subyacente como gran *cuestión básica* planteada con claridad por R. DE ANGEL YAGÜEZ

“¿Cuál es el fundamento, la razón de ser de la obligatoriedad de las leyes? ...= ¿De dónde procede la fuerza obligatoria de tales mandatos?” (75).

(75) V. RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ, *Una teoría del Derecho (Una introducción al estudio del Derecho)*, 6.^a edición, 1.^a edición en Editorial Civitas, Madrid, 1993, págs. 97 y sigs.

Esta pregunta relativa a la determinación de **si una norma jurídica dada —en nuestro caso, el art. 1.323 C.c. en conexión con las DONACIONES ENTRE CÓNYUGES— está o no intrínsecamente justificada** implica una tarea de investigación en orden a que, de entre las diversas posibilidades de conducta elegidas por el legislador, éstas lo son por resultar **preferidas** a otras. De otra manera dicho, esta preferencia se funda en una **valoración** (76).

Tema éste el de la *valoración* —también conocido con los nombres de ESTIMATIVA JURÍDICA, AÍOLOGÍA, DERECHO NATURAL, DERECHO ALTERNATIVO ...— que es inagotable, a causa de las inevitables repercusiones sociopolíticas derivadas de la contraposición ‘positivismo-iusnaturalismo’ o de la incidencia ética implícita en el dilema ‘personalismo (Humanismo)-transpersonalismo’.

Se ha descrito este tema por L. Díez-PICAZO diciendo que **el problema aludido constituye una auténtica aporía**, esto es, un problema que se perpetúa como problema (77). Para Díez-PICAZO “*la decisión de un problema jurídico se ha realizado probablemente, siempre —y todavía hoy se realiza— dentro de y con arreglo a un conjunto de creencias, convicciones, sentimientos y prejuicios, en los que el material normativo se inscribe.— ...= La razón de validez del orden jurídico se encuentra, por consiguiente, en el conjunto de las creencias, de las estimativas y de las convicciones del grupo social: las normas que responden a ellas son legítimas, pues su legitimidad deriva en definitiva del consensus de la base social ...*”.

Cita allí R. DE ANGEL (v. págs. 99-100) el pasaje de la ‘ANTIGONA’ de SOFOCLES en el que la protagonista —a la que se ha prohibido enterrar el cadáver de su hermano— increpa al tirano Creonte.

“No, yo no he debido creer que tus órdenes tengan fuerza suficiente contra las leyes no escritas de los dioses ... Esas leyes no son de hoy ni de ayer. Ellas han existido siempre y siempre existirán y nadie sabe cuándo surgieron ...”.

(76) V. LUIS RECASENS SICHES, *Introducción al estudio del Derecho*, ed. Porrúa, S.A., México, 1.ª edición, 1970, págs. 279 y sigs.

(77) V. LUIS Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Experiencias jurídicas ...*, citada, págs. 202 y sigs.

Hechas estas precisiones introductorias, parece que **lo que al conferenciante se le pide es una interpretación**, a modo de una labor de reconstrucción de la normativa vigente en su aplicación a la realidad diaria. **Es ésta —la interpretación— una operación jurídica básica** —ha indicado Díez-PICAZO—, que “conduce al intérprete a una serie de variantes o de opciones. La distinción de estas variantes o de estas opciones es siempre **una decisión**. Cuando existen puntos de vista unánimes o mayoritariamente aceptados, es esa unanimidad o esa mayoría lo que da la pauta. En los demás casos, hay que moverse, siempre, en torno de puras probabilidades”. En orden a la interpretación entiende JOSEF ESSER que:

“Las expectativas de ulteriores intereses ya reconocidos de otros sujetos que buscan el Derecho, en su situación de conflicto con las expectativas contrarias, constituyen **un horizonte de expectativas** para quien aplica el derecho, del cual no puede salirse. Este **horizonte** de expectativa no es subjetivo, sino **general**; representa la comprensión del Derecho de enteros grupos sociales, con la que el Juez ha de enfrentarse en su interpretación.” ...= De donde J. ESSER llega a la consideración última del **papel del intérprete** “como mediador entre la conciencia social y la tradición ordenadora dogmática en el sistema de su Derecho, lo que determine su voluntad y el acceso a la comprensión del texto. **La anticipación del sentido**, que guía su comprensión del texto, **es determinada en base a una relación con lo transmitido**, que no es la suya personal, sino aquélla que se manifiesta también a su conciencia como la relación de la ‘colectividad’ social y que, en consecuencia, “es concebida en constante formación con ésta” (78).

(78) En la doctrina alemana, v. JOSEF ESSER, “La interpretación” (constituye el **CAPÍTULO V** de su libro *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970: en la versión *española* de MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO), en la revista *ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO*, citada, págs. 41 y sigs., 53 y sigs., 58 y sigs., y *especialmente* 67 y sigs. (Subrayados míos: J. C. G.).

. En la doctrina española, v. por todos, L. Díez-PICAZO, *op. cit. en nota precedente*, págs. 246 y sigs.

El mejor camino para comprender la labor interpretativa y detectar la enorme dificultad de *la tarea de elegir las posibles opciones del intérprete viene a ser el de los ejemplos ...*

Al final de toda interpretación hay, por lo menos, una serie de variantes o de opciones entre los cuales el intérprete debe decidir. En nuestro caso concreto del tema en examen —DONACIONES ENTRE CÓNYUGES—, ¿cuáles deben ser estos criterios, variantes o cánones? Se intenta, por mi parte, aludir a unos posibles criterios utilizables, a unos problemas específicos derivados y a un presupuesto final.

2. Los criterios posibles a utilizar.

A la hora de escoger esas variantes o criterios, hay que recordar aquí y ahora el uso que anteriormente he efectuado de *los cánones o criterios* histórico, positivista, literal, lógico-jurídico (79), estructural y retórico-argumentativo.

Corresponde aquí añadir alguna referencia a *otro tipo* de criterios o cánones, dando por supuesto que en los mismos conceptos o palabras aquí utilizados está operando —como ya apuntara VIEHWEG (80)— una tópica oculta, pero no menos actuante que la tópica argumentativa o del razonamiento jurídico (81).

Hablaré aquí, por consiguiente, de *los criterios* relativos a los aspectos económico, teleológico, sistemático, constitucional, de la concurrencia de valores y de la justicia.

(79) V. Díez-PICAZO, *op. cit. en nota precedente*, págs. 262 y sigs., en especial, 269 y sigs.: Parece tener razón el autor cuando dice que “la mayor parte de los conceptos jurídicos son **conceptos históricos**, en la medida en que describen instituciones que poseen una existencia histórica.— ...= Pero, además, aun suponiendo una cierta permanencia de las instituciones, la realidad escueta puede ser en cada momento diferente.— = En rigor, las instituciones no son otra cosa que una serie de problemas sociales típicos juntamente con una serie de respuestas. Por ello, los conceptos utilizados en el campo del Derecho no pueden nunca desvincularse de esta problematización que les ha hecho nacer.— ...”.

Añade Díez-PICAZO que **los conceptos estrictamente jurídicos**, o bien expresan un problema o serie de problemas típicos o institucionalizados, o bien enuncian las soluciones posibles que tales problemas pueden recibir.

(80) V. T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, citada, págs. 119 y sigs.

(81) Así, en Díez-PICAZO, *op. citada en nota 77 precedente*, pág. 271.

El aspecto **económico (QUANTUM)** puede tener decisiva relevancia, en función de los respectivos patrimonios privativos conyugales. De tal manera que *la ecuación* podría ser equivalente a “cuanto menor es el patrimonio afectado por la donación (donante) *menor* cuantía debe tener la donación”, puesto que en caso contrario se produciría un notable desequilibrio afectante al donante y a su responsabilidad patrimonial. A la inversa no parece tan seguro el afirmar que “a mayor patrimonio, mayor cuantía de la donación”, puesto que la responsabilidad patrimonial de un donante en tales supuestos (v. gr. sujeto a las *Escalas superiores* en Renta y Patrimonio) es muchísimo mayor y también es mayor la posibilidad de que la seguridad jurídica derivada de las actividades en el tráfico del presunto donante pueda verse alterada por la incidencia de riesgos sobrevenidos a consecuencia de tales actividades. Parece, por tanto, un criterio insatisfactorio y un tanto simplista, que no aporta especiales respuestas.

El aspecto **teleológico (QUIF FINIS)** puede tener relativa importancia y no es desdeñable. Parece que es una *finalidad* bien lícita y estimable la de hacer partícipe a uno de los cónyuges –habitualmente, *la esposa* que no *trabaja* fuera del hogar, sino *en la casa familiar*– de las ganancias y de los ahorros del matrimonio, retribuyendo por vía de donación el trabajo efectuado quizá a lo largo de muchos años en la casa familiar. La vía *formal* utilizada (venta, donación, etc.) parece no debe ser tomada en cuenta como dato previo insoslayable, en tanto en cuanto no exista un propósito defraudatorio de los acreedores del donante (82). A mi modo de ver, **el fin claramente re-distributivo** utilizado en nuestro caso sí justifica el medio empleado.

El aspecto **sistemático (criterio de la totalidad)** parece ayudar en el razonamiento. Se trata de determinar si del

(82) En iguales términos, MASOT MIQUEL, “La prohibición ...” citada, págs. 102-103.

propio *sistema* (ordenamiento jurídico) deriva una norma tácita complementaria o norma “de cierre” del sistema que abraza negativamente los casos no previstos (83). Esta determinación de la posible norma “de cierre” no parece posible efectuarla en tanto en cuanto no sepamos el régimen económico-matrimonial de los cónyuges afectados por la donación. De manera que pospongo el examen para más adelante.

El aspecto **constitucional** es, sin duda, prevalente y debe anteponerse a cualquier otro que le fuera discordante. Me refiero al principio constitucional de “no discriminación” (art. 14 C.E.) por razón de ningún hecho aparentemente diferenciador, sea el matrimonio, sea el régimen económico-matrimonial, sea la vecindad, etc. O, de otra manera expuesto, ¿la mujer casada *valenciana* en régimen de gananciales ha de sufrir una discriminación real en el cotejo con una mujer casada mallorquina o catalana en régimen de separación de bienes? Dejo la respuesta a ustedes.

57

Los aspectos relativos a **la concurrencia de valores y a la justicia** merecen un tratamiento diferenciado.

3. Problemas específicos.

El aspecto o perfil atinente a *la concurrencia de valores* exige parar la reflexión en una serie de problemas que anteriormente han sido aludidos y que aquí solamente cabe apuntar con brevedad. Me refiero a los *problemas* de la dependencia del régimen económico-matrimonial, de la protección de los acreedores del deudor donante y de las situaciones preconcursales.

(83) V., con detalle, en L. Díez-PICAZO, *op. cit. en nota 77 precedente*, págs. 278 y sigs.

a) *Dependencia del régimen económico-matrimonial.*

Al principio se aludía a la dinámica entre masas patrimoniales conyugales y a la necesaria distinción entre regímenes de *comunidad* y regímenes de *separación de bienes* (84).

Considera con razón un autor -J. DELGADO RAMOS (85)- que "los negocios patrimoniales entre cónyuges que tengan *su causa* en el régimen económico-matrimonial, **se diferencian** de los demás negocios jurídicos de contenido patrimonial **precisamente por la causa afectiva** (*affectio maritalis*, si se quiere expresar así), que no se da en los demás, **y que es una causa específica, o 'sui generis' ...**".

Pasando al examen de los diversos regímenes matrimoniales, *en conexión* con el tema de la DONACIÓN, **lo que hay que determinar con claridad es la naturaleza de las titularidades dudosas de los bienes conyugales**. Esta determinación, y esta naturaleza, irán lógicamente **en función** del régimen matrimonial de los cónyuges afectados. Así, en una escala *descendente*, de mayor a menor existencia de comunidad de bienes, cabe aludir a los siguientes **sistemas**:

58

1. *COMUNIDAD UNIVERSAL DE BIENES* (CONVENCIONAL, pactada en capítulos matrimoniales; LEGAL, prevenida: en art. 94 y sigs. de la LEY DE DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO de 1 de julio de 1992, en art. 60 de la COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE CATALUÑA según la LEY de 30 septiembre de 1993, en art. 60 y sigs. de la COMPILACIÓN DE D.C. DE ARAGÓN según la LEY 3/1985 de 21 de mayo, en los arts. 101-102 del FUERO NUEVO DE NAVARRA de 1973) (86).

(84) Me remito a la nota 6 precedente, y a mi PONENCIA al Congreso Vasco de 1991: y allí, una detenida **perspectiva comparatista** entre el régimen de comunidad universal de bienes y el régimen de separación de bienes.

(85) V. "Tratamiento fiscal ...", citada.

(86) V. un cotejo de todas estas normas en el *cuadro n.º 6 ANEXO* a mi Ponencia al Congreso Vasco, citada, en *mi libro*, págs. 374 y sigs.

Por principio, en este régimen tienen entrada en la masa común *todos* los bienes de los esposos, presentes y futuros, muebles e inmuebles, adquiridos a título oneroso o gratuito (87).

También en principio parece que no cabe hablar de DONACIONES ENTRE CÓNYUGES en este régimen matrimonial (88): parece que carece de sentido y que, más que nulas, *son inexistentes*, dado que no pueden operar su natural efecto de enriquecer al donatario en la misma medida en que se empobrece el donante.

Sin embargo, la *doctrina francesa* más reciente (89) ha advertido que **la mutabilidad** del régimen económico durante el matrimonio **abre nuevas perspectivas a la comunidad universal**, la cual, bajo los aspectos fiscales, puede llegar a ser, para muchos de los matrimonios bien avenidos, **a modo de un régimen de recambio** en el umbral de la tercera edad, **como régimen matrimonial 'mortis causa'**, no ya destinado a regular la vida activa en común de los cónyuges, sino a conceder ventajas matrimoniales y fiscales al que de ellos sobreviva.

59

2. COMUNIDAD PARCIAL O LIMITADA DE BIENES (CONVENCIONAL; LEGAL, en C.c., y NAVARRA).

De entre sus *variedades* posibles (90), la más usual y conocida *es la comunidad de adquisiciones a título oneroso* ('gananciales', arts. 1.344 y sigs. del Código civil: 'conquistas', Ley 82 y sigs. del Fuero Nuevo de NAVARRA de 1973), y la variante especial de ARAGÓN de la *comunidad de mue-*

(87) V. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, 12.^a edición, págs. 310 y sigs.

(88) V. J. RAMS ALBESA, en *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, dirección de J. L. LACRUZ, Tomo I, Zaragoza, 1988, págs. 614 y sigs.

(89) V. CORNU, *op. cit.*, págs. 496 y sigs.

(90) V. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, págs. 312 y sigs.

Una interesante distinción de **los diversos supuestos de comunidad conyugal** (de bienes, de ganancias, de cargas y gastos), en relación con la problemática fiscal de las aportaciones, en J. DELGADO RAMOS, *op. cit.*

bles y adquisiciones ('consorcio conyugal' o 'sociedad tácita', arts. 36 y sigs. COMPILACIÓN de 1967).

En lo referente a ARAGÓN, vimos ya cómo sus Fueros mantenían un sistema ampliamente permisivo de las 'donaciones entre cónyuges'. Este mismo sistema es el de la COMPILACIÓN de 1967 en su artículo 24, que no fue modificado en la reforma de 1985. RAMS ALBESA recuerda la norma del artículo 29 COMPILACIÓN, en cuanto a la donación recíproca de bienes muebles. Con excelente técnica, obviamente por la dirección impresa por J. L. LACRUZ BERDEJO, la COMPILACIÓN de 1967 procedió a una cuidada enumeración de *los bienes privativos* de cada cónyuge (art. 38), y a una detallada regulación de *los temas* de responsabilidades personales y deudas conyugales en los artículos 43 a 47 COMPILACIÓN.

En cuanto a la normativa del C.c. en tema de ganancias, la incidencia del sistema legal respecto de las DONACIONES ENTRE CÓNYUGES ha sido mucho mayor que en cualquier otro régimen. A los conocidos supuestos de negocios "de comunicación" o "de aportación", ya aludidos al principio (91), hay que añadir una inevitable referencia a las normas complementarias (arts. 1.355 y 1.359 C.c.) y a la norma "de cierre" del sistema ganancial (art. 1.361 C.c.) (92). Una visión meramente aproximativa a las cuestiones suscitadas

(91) V. las obras siguientes:

A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 561 y sigs.

J. M. CHICO ORTIZ, *op. et. loc. cit.*

J. DELGADO RAMOS, *op. cit.*

S. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, *op. et. loc. cit.*

E. J. PÉREZ POLO, *op. cit.*

R. M. ROCA SASTRE, *op. cit.*

M. SIGNES PASCUAL, *op. cit.*

M. I. TRUJILLO CALZADO, *op. et. loc. cit.*

(92) Me remito a los comentarios doctrinales pertinentes, en lo atinente al tema, v. gr.:

J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, *op. cit.*, Tomo XVIII, vol. 2.º, págs. 184 y sigs., 205 y sigs., y, *en especial*, 218 y sigs.

M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, Tomo II, págs. 667 y sigs., y 676 y sigs.

V. TORRALBA SORIANO, *op. cit.*, Tomo II, págs. 1629 y sigs., y 1645 y sigs.

por esas normas reseñadas excedería con mucho de los estrechos límites de este trabajo. Tampoco parece aquí oportuno añadir nada más al entrecruzado fuego de opiniones diversas en torno a la diversidad de aportaciones **de** los cónyuges **a** la sociedad conyugal.

Las distintas *variables* posibles oscilan entre los **supuestos** siguientes (93):

— Donación de un bien ganancial al otro cónyuge, continuando el bien *como ganancial* por pacto bilateral.

— Donación de un bien ganancial al otro cónyuge, quedando el bien *como privativo* del donatario (supuesto calificado por los autores como “normal”): bien con pacto bilateral de atribución o calificación de privatividad, bien por confesión unilateral de privatividad (art. 1.324 C.c.).

— Donación de un bien privativo de un cónyuge a favor del otro cónyuge, quedando *como bien privativo* del donatario (art. 1.346-2.º C.c.).

De estas variables posibles aquí únicamente interesa el último supuesto, centrado de lleno en nuestro tema en análisis. Conforme a las reglas generales del sistema (arts. 1.323 y 1.346-2.º C.c.), no parece existir ningún problema en cuanto a tal posibilidad. Consiguientemente, nos movemos **dentro del ámbito normativo** antes estudiado (en epígrafe III precedente).

3. SISTEMA DE SEPARACIÓN ABSOLUTA DE BIENES (CONVENCIONAL; LEGAL, en CATALUÑA y en BALEARES).

El artículo 18.1 (LEY 1993) en CATALUÑA y los artículos 4.3 y 67 (LEY 1990) en BALEARES, recogen la normativa permisiva del C.c. del artículo 1.323, quebrando una amplia trayectoria histórica en que predominaba y planeaba la sombra de la “presunción Muciana” sobre las adquisiciones a título oneroso por la mujer casada constante matrimonio. Son nor-

(93) V. ECHEVARRÍA, “La contratación entre cónyuges ...”, cit., págs. 287 y sigs. CABANILLAS, *op. cit.*, págs. 561 y sigs.

mas “de cierre” del sistema y resuelven el tema polémico de las titularidades dudosas de bienes conyugales: en el sentido de considerar pertenecen los bienes “a ambos cónyuges por mitad” (art. 21 - párr. final) en la Ley Catalana, y “por mitad y proindiviso a ambos cónyuges” (art. 3 - último párrafo) en la Ley Balear.

Merece señalarse la triple presunción *introducida* en la Ley de 1993 catalana en los artículos 18-ap. 1.º *in fine* y 21-ap. 2.º y 3.º: todas ellas presunciones *iuris tantum*, lo que permite demostrar lo contrario con los medios de prueba admisibles en derecho.

Mayor importancia tiene la *innovación* del artículo 18-ap. 2.º en la LEY catalana de 1993, objeto de detenida reflexión por la doctrina especializada (94).

62

En visión de conjunto, cabe observar que los principios generales del sistema de separación de bienes, que lleva aneja una amplia autonomía patrimonial para cada uno de los cónyuges, no implican obstáculo alguno a la posibilidad de DONACIONES ENTRE CÓNYUGES. Nos movemos, por tanto, **dentro del ámbito normativo precitado** (en epígrafe III precedente).

4. SISTEMA DE PARTICIPACIÓN (CONVENCIONAL).

En este sistema el régimen matrimonial **funciona** como uno de separación, pero *se liquida* como un régimen de comunidad.

Al *funcionar* como un sistema de separación, en el que cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes, permite el amplio desenvolvimiento de la iniciativa individual de los cónyuges y, en especial, de la capacidad de la mujer casada. Por lo tanto, **desde la perspectiva dinámica (funcional)** de las relaciones entre masas patrimoniales conyugales **nos seguimos moviendo como si fuera un**

(94) V., por todos, L. PUIG FERRIOL, *PONENCIA* a las ‘Jornadas de Derecho Catalán en Tossa’ de 1994, citada, *epígrafe* 3.

régimen de separación: se aplica, por consiguiente, lo dicho arriba en orden al **ámbito normativo** precitado.

Examinados los diferentes **sistemas o regímenes económico-matrimoniales** –a modo de ‘**factor R**’, incidiendo en la norma jurídica inicial (“**Si es S, debe ser P**”)–, lo que ocurre es que hay una **alteración** de los elementos integrantes del supuesto de hecho contemplado inicialmente **que conduce a una superposición o concurrencia de valoraciones**. O, de otro modo, **qué valor debe considerarse preferente**, ¿el derivado de los principios del sistema (**‘factor R’**)?, ¿el contemplado en la normativa general del artículo 1.323 C.c. (“**Si es S, debe ser P**”)?

b) Protección de los acreedores del deudor donante.

A este tema –dentro de la perspectiva del régimen de separación de bienes– ha dedicado notables argumentaciones L. PUIG FERRIOL (95). Poco cabe añadir por mi parte a la lucidez de sus reflexiones.

La doctrina catalana había discutido si la norma sobre la contratación entre cónyuges (art. 12 en la reforma de 1984) era una norma de régimen económico-matrimonial primario o más bien era una norma referida a la capacidad de los cónyuges (96).

Sin embargo, Díez-PICAZO había calificado en su día la norma del artículo 1.323 C.c. como *una norma de libertad*

“... es independiente de que el régimen económico existente entre los cónyuges sea de separación o de comunidad y que la comunidad sea más o menos amplia. Es independiente asimismo del hecho de que los bienes y derechos transmitidos y los actos celebrados pueden afectar a la comunidad existente entre los esposos.” (97).

(95) V. *op. cit.*, en nota 94 precedente, epígrafe 2.

(96) V. M. YSÀS SOLANES, *Comentaris a les reformes del Dret Civil de Catalunya*, ed. Bosch, Barcelona, 1987, vol. I, pág. 265.

(97) V. en “Comentarios ...”, ed. Tecnos, citada, pág. 1512.

Por consiguiente, la norma jurídica concreta del artículo 1.323 C.c. consagra un criterio legal, una *preferencia*, esto es, un *valor*.

¿Cómo cabe relacionar la protección legal dispensada a este criterio —en nuestro caso, una DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES— con la protección que deban tener los posibles acreedores del cónyuge donante? Ese es el gran tema, que aquí solamente apuntaré.

Siguiendo a la doctrina catalana más autorizada (PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS), habrá que hacerse la pregunta inicial: ¿qué acreedores deben ser protegidos: todos los acreedores de uno y otro cónyuge, o solamente aquellos que ya eran titulares de un derecho de crédito cuando los cónyuges otorgaron la donación? Parece que tan sólo podrán pretender la protección:

64 1. Quienes fueren titulares de un crédito de fecha *anterior* a la donación: lo que conllevará la remisión a las reglas generales sobre la prueba (arts. 1.218 y 1.227 C.c.).

2. Quienes conservaren su condición de acreedor *en el momento* de la transmisión por vía de DONACIÓN: lo que implica que los titulares de un derecho de crédito sujeto a condición suspensiva en la fase de pendencia de la condición también pueden ejercer su derecho (v. art. 1.121 C.c.).

En cualquier caso, quienes resultaren ser acreedores del cónyuge donante deben acreditar su derecho conforme a las reglas generales sobre la prueba (arts. 1.214 y sigs. C.c.) y que la donación les perjudica.

Se trata, en definitiva, de un ‘factor A’ sobreañadido a la norma jurídica inicial (“Si es S, debe ser P”), y que lleva a una nueva *conurrencia* de valores. Esto es, cuál es el valor preferente, ¿el derivado de la aparición del ‘factor A’ presuntamente perjudicado?, ¿el contemplado en la normativa general del artículo 1.323 C.c. (“Si es S, debe ser P”)?

c) *Protección de los acreedores del cónyuge deudor en situaciones concursales.*

Tema analizado con profundidad y rigor por L. PUIG FERRIOL (98), a cuyas agudas consideraciones remito en este lugar.

Anteriormente he hecho referencias a las distintas normas “de cierre” en los variados sistemas o regímenes económico-matrimoniales entre nosotros existentes.

Desaparecida la famosa “presunción Muciana” en todos los sistemas legislativos españoles, parece haber adquirido **una nueva versión modernizada en el nuevo artículo 1.442 C.c.**, explicitado por la doctrina con suficiencia y rigor, a cuyas consideraciones remito.

No deja de ser sintomático que el mismo L. PUIG FERRIOL –reflexionando sobre el nuevo art. 18.2 (LEY de 1993 catalana)– entienda “parece más realista plantearse la cuestión de si la presunción Muciana, tan tradicional como se quiera, ha de subsistir o no en el derecho civil catalán ...”, llegando a considerar si no sería preferible **la supresión** de esta nueva presunción, *sin perjuicio de las soluciones que en este punto puede adoptar el legislador mercantil* con unos criterios que sean aplicables a todos los ordenamientos jurídicos españoles (art. 149.1.6 C.E.).

Así las cosas, quienes resultaren ser acreedores –en la forma antes expuesta– deben justificar su derecho conforme a las reglas generales de prueba (art. 1.214 C.c.) y, además, se verán normalmente favorecidos por la aparición de **un nuevo factor**: el denominado “período sospechoso”, que retroactivamente fijará el órgano jurisdiccional competente.

Se trata de la incidencia de un ‘factor Ac.’ sobre la norma jurídica inicial (“**Si es S, debe ser P**”). En esta nueva *conurrencia* de valores, entre el derivado del ‘factor Ac.’ y el de la normativa general del artículo 1.323 C.c. (“**Si es S,**

(98) V. *op. cit.* en nota 94 precedente, epígrafe 3.

debe ser P”), parece será preferente el derivado del orden público económico *implícito* en la normativa *específica* sobre Concursos y Quiebras (99).

4. Presupuesto.

1. El punto de partida adoptado de *la perspectiva ‘ex constitutione’* nos impone recordar aquí cómo *el artículo 14 C.E.* prohíbe toda clase de discriminación por razón del sexo y que *el artículo 32 C.E.* preceptúa la plena igualdad jurídica (formal y material) de los cónyuges dentro del matrimonio. Ha podido decir, al respecto, DÍEZ-PICAZO que “la igualdad jurídica comporta una interdicción de *las discriminaciones* o, lo que es lo mismo, de *las diferencias de trato jurídico* que puedan establecerse *por vía normativa o de aplicación* del ordenamiento existente” (100). De la inserción del *principio de igualdad* entre los cónyuges *como un principio constitucional* DÍEZ-PICAZO deriva las siguientes **consecuencias**: *primera*, la de que este principio de igualdad jurídica conyugal funcione *como un elemento del orden público interno*, precisamente por tratarse del orden constitucional y, en consecuencia de ello, la correspondiente limitación de la autonomía privada; *segunda*, la de la posibilidad de celebración de toda clase de contratos entre cónyuges (art. 1.323), *incluidas* las donaciones, que estarán sometidas a los requisitos y a los límites generales (vicios de la voluntad, inoficiosidad, fraude de acreedores, etc.) (101).

66

(99) Me remito a la nota 64 precedente: v. ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL, citada, arts. 170 y sigs. (efectos del concurso sobre las relaciones jurídicas preexistentes), arts. 181 y sigs. (período de retroacción), **en especial arts. 186 y 188** en orden a los actos de disposición **a título gratuito** celebrados por el deudor o la persona que hubiere contratado con él.

(100) V. DÍEZ-PICAZO “La reforma de 1981 y el régimen económico conyugal”, citada, págs. 154 y sigs. (subrayados míos: J. C. G.).

(101) En sentido similar, concordante, v. M. de la CÁMARA ALVAREZ, op. citada, págs. 169 y sigs., *esp. p. 171*: “... Quiero decir que tanto el posible vicio del consentimiento, como los supuestos de simulación o acuerdos colusorios en perjuicio de los acreedores, *no pueden presumirse por el hecho de que se trate de un contrato entre cónyuges. Cosa distinta es que, ante un caso concreto, y vistas las circunstancias*

2. Una segunda *perspectiva 'ex constitutione'* nos lleva a las consideraciones iniciales en orden al *punto de partida* de este trabajo: *el principio de dignidad de la persona humana* (102), como núcleo central de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, principio general de derecho (art. 10.1 C.E.) que es fundamento jurídico del ordenamiento jurídico, orientación interpretativa del mismo y límite del ejercicio de los derechos. Entiende A. HERNÁNDEZ GIL que “la dignidad es consustancial con la persona y ha de ser respetada al margen de cuál sea el comportamiento.— ... aun a quien observa un comportamiento que pueda reputarse “indigno”, se le ha de reconocer por sí mismo una dignidad, *pues se trata de un valor ético absolutamente objetivo que no depende de que de hecho se dé, ni de la reciprocidad.* Esta es la grandeza moral de un principio que tanto *contribuye a construir la tesis del entendimiento de la persona como prius antropológico y ético, generadora de unos derechos fundamentales* que, lejos de ser ella consecuencia de ellos, son ellos consecuencia de ella” (103).

67

A esa exigencia ideal, verdadero imperativo de toda ‘estimativa’ o ‘axiología jurídica’, que impone el reconocimiento del *valor supremo de la dignidad de la persona humana* con su consiguiente **corolario** de la plena libertad o autonomía en el orden social, años atrás se refería ya RECASENS SICHES (104).

Corolario que nos lleva, una vez más, a postular la plena identificación de la situación jurídica *de toda mujer casada* con la de los requerimientos éticos insoslayables dirigidos al legislador, al juez y a los intérpretes del Derecho, para que le sea reconocido *ese valor ético supremo –constitucional–* de

de este caso, *el juez pueda estimar* la existencia de alguna de las irregularidades denunciadas y *que, a los efectos de tenerla por probada, pueda tener en cuenta la intimidad que el vínculo conyugal crea entre los esposos.*” ... (*Subrayados míos*: J. C. G.).

(102) Me remito a la *nota 11* precedente: A. HERNÁNDEZ GIL, en VALLET, *op. cit.*, págs. 45 y sigs.

(103) A. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.* en *nota 11* precedente, pág. 47.

(104) V. L. RECASENS SICHES, “Una introducción al Derecho”, citada, págs. 331 y sigs., esp. 333 y sigs.

su dignidad como persona humana dotada de amplia autonomía jurídica, pública y privada.

3. Si el Derecho cumple **la función de ser el instrumento humano de aplicación de la justicia** (R. DE ANGEL (105)), tanto desde la perspectiva **estática** (*valor formal* –equivalente a igualdad, equivalencia, proporcionalidad– y determinación de cuál sea la *jerarquía* de valores en orden a la equivalencia y la proporcionalidad en las relaciones interhumanas) como desde la perspectiva **dinámica** (previo análisis de los *valores supremos* inspiradores de todo Derecho, determinación de cuáles valores pueden y deben normar el Derecho y cuáles no, combinación e interferencia de valoraciones ...) (106), parece concorde la doctrina en reconocer *que el supremo fin del Derecho* es el de satisfacer las exigencias de la justicia y de los valores jurídicos a ella conexos. Ese *valor supremo* para el Derecho le hace cualitativamente diferente de los demás valores y, *a través de él, la persona humana es un fin*, no sólo frente a todas las cosas exteriores, sino también frente a los componentes *no personales* (físicos, biológicos y psíquicos) del propio ‘ser’ del hombre.

68

Conviene recordar aquí **aquellas palabras del maestro CASTÁN prácticamente concordantes con lo hasta aquí expuesto**, cuando decía que:

“Hemos de agradecer a la ‘axiología jurídica’ que considera a la justicia como *un valor ético; como un valor autónomo*, dentro de los valores éticos superiores, y *como un valor preeminente* en el cuadro de los valores jurídicos ...”.

... “Ya no parece ser la justicia el criterio jurídico por antonomasia –*la idea básica* que sirve de inspiración al Derecho *es ahora un criterio de valoración que entra en juego con otros valores*. El problema de la justicia resulta así subordinado a la determinación de cuáles sean los valores jurídicos y cuál haya de ser la jerarquía entre los mismos ...” (107).

(105) V. R. DE ANGEL, “Una introducción ...”, citada, págs. 84 y sigs.

(106) V. RECASENS, *op. cit.*, págs. 311 y sigs., en especial 317 y sigs.

(107) V. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de la justicia*, edit. Reus, Madrid, 1968.

4. Como un adecuado *corolario* en este punto, **parece conveniente postular estos criterios éticos:**

— Considerar a toda mujer casada que interviene en el tráfico jurídico **exactamente igual que si no estuviera casada** —en aplicación del principio constitucional de no discriminación—.

— Aplicar a los actos que otorgue toda mujer casada *la misma calificación* que si los otorgara un hombre casado —en aplicación del principio constitucional de igualdad jurídica conyugal—.

— Conceptuar lícitos y válidos los actos (incluidas DONACIONES a favor y COMPRAS por mujer casada) en que intervenga —en aplicación del principio constitucional de no discriminación por imputarle un fraude—.

— Reputar *legítimos* los actos realizados por mujer casada, por venir su *legitimidad* apoyada en una norma derivada del *consensus* de la base social y del nuevo planteamiento constitucional vigente.

— Considerar *eficaces* los actos realizados por mujer casada, como manifestación de la libre expresión de su personalidad individual —apoyada en el principio constitucional del respeto a la dignidad de la persona humana—.

69

V. Selección de problemas para el análisis

Hablaba al principio del planteamiento de una serie de *interrogantes* acerca del tema analizado. En anteriores epígrafes me he ocupado de las cuestiones alusivas al QUID NOMINIS, QUID IURIS, QUID CONCEPTUS, QUID REI y QUID VALORIS.

Ahora se trata de considerar la *cuestión* grave de cuál sea la posición adecuada de un intérprete del Derecho en orden a la práctica jurídica. O, de otro modo, planteo el punto del QUID EFFECTUS del tema en análisis.

1. Eficacia (o efectividad) de la norma del artículo 1.323 C.c.

Ha sido Díez-PICAZO quien puso de relieve entre nosotros la conveniencia de poner *en conexión* la idea de validez o legitimidad de las normas *con el problema* de su efectividad o de su eficacia, distinguiendo una y otra idea: *la eficacia* sería el logro de los propósitos perseguidos por el autor de la norma; *la efectividad* es la real consideración de la norma como tal norma por parte de sus destinatarios y su real aplicación (108).

70

Siguiendo a Kelsen, alude Díez-PICAZO a que la “efectividad” depende de *dos tipos de factores*: uno, en orden a los destinatarios de la norma, y otro, en cuanto a su aplicación por los tribunales. Matiza Díez-PICAZO dicha enunciación en este sentido: en cuanto al *punto primero*, habría que hablar de una espontánea absorción de la norma por la vida social y de una normal conformidad de los comportamientos individuales con ella; y en cuanto al *punto segundo*, más que de tribunales en sentido estricto, **habría que hablar de los órganos de aplicación en general** (109).

A mi modo de ver, en una adecuación de esta serie de factores aludidos por nuestra más autorizada doctrina, *en conexión con la inserción real del artículo 1.323 C.c. en nuestra sociedad*, habría que apuntar estas *consideraciones*:

1.^a El éxito *total* de adopción de la norma por sus destinatarios, y el ajuste de conductas consiguientes en una serie de comportamientos cuya ‘elaboración jurídica’ ha corrido a cargo de los prácticos del Derecho.

2.^a El éxito *casi total* en orden a la aplicación de la norma por los tribunales de justicia (los verdaderos órganos de aplicación del Derecho). La consideración de *otros* ‘órganos de aplicación’, en el sentido referido a **doctrina**

(108) V. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas ...*, citada, págs. 206 y sigs.

(109) V. Díez-PICAZO, *op. cit.*, en *nota 108* precedente, pág. 207.

y a **parte de los prácticos del Derecho**, que han mostrado discrepancias argumentativas un tanto ‘demodées’ y cuasi-inconstitucionales o que han prestado escasa atención y consideración a la norma dicha, impiden que la absorción real haya sido plena.

También ha planteado Díez-PICAZO la cuestión de si *la ineffectividad real* es un síntoma o un efecto de la falta de legitimidad, o bien si una y otra son fenómenos pertenecientes a planos diversos. Problema que encierra dentro de sí una serie de **hipótesis** de signo muy diverso: *en unos casos* la ineffectividad real sí puede ser un síntoma de la falta de validez y puede ser demostrativa de *un cambio social* que exija un nuevo ajuste de la norma a la realidad socialmente vivida; *en otros casos*, en cambio, la ineffectividad real lo único que denota es la extensión de las transgresiones de la norma y el carácter colectivo de la culpabilidad (110).

71

Me parece obvio, a la vista de lo expuesto, que **la efectividad real** de la norma del artículo 1.323 C.c. –y en su concreta versión de la viabilidad y legitimidad de las DONACIONES ENTRE CÓNYUGES– **es prácticamente plena**, pues se trata de **una norma vigente**, esto es, Derecho vivo, Derecho realizado, Derecho que obtiene **eficacia** y que, por lo tanto, constituye *una parte* de la cultura viva o actual de nuestro pueblo.

La otra cara de la moneda la constituye una pequeña minoría que pretende buscar los tres pies al gato, escudándose en argumentaciones propias del siglo pasado. En definitiva, son aquellos que no han aceptado *los presupuestos constitucionales* de este tema y para quienes el cambio jurídico y “los vendavales reformistas quebraron su paz octaviana y consuetudinaria” (111). De donde, apunta Díez-PICAZO, “la necesidad de reencontrar **los esquemas mentales** o, si se prefiere, **las marcas del camino o la línea de una nueva ha-**

(110) V. Díez-PICAZO, *op. cit. en nota 108*, págs. 207-208.

(111) Así, en Díez-PICAZO, “La reforma de 1981 ...” cit., pág. 152.

bituación: la ayuda para que el nuevo texto legal se haga al mismo tiempo consuetudinario” (112). Para aquellos a quienes estos cambios resultan angustiosos, conviene ayudar en la búsqueda de unas *claves* que les permitan una mejor sintonización con la reforma operada en 1981.

De la búsqueda de estas **claves** ha tratado, en parte, este modesto trabajo de investigación. Espero haber contribuido, en la medida y en la línea apuntada por Díez-PICAZO, a descubrir algunos *porqués* de las presuntas transgresiones ‘prácticas’ de la norma analizada, anomalías que tan sólo evidencian una falta de adecuación del intérprete con el modelo constitucional y con el momento histórico presente vivido.

2. Problemas seleccionados de aplicación de la norma.

72

A algunos problemas derivados de la aplicación de la norma del artículo 1.323 C.c. **en el momento del cese de la convivencia conyugal** me he referido muy recientemente en otro lugar, y remito allí al objeto de evitar innecesarias repeticiones (113).

Intentando *un símil médico* (un recorrido mediante el ‘SCANER’ por el cuerpo social vigente), si hacemos uso de un aparato que detecte en su recorrido puntual por la sociedad circundante algunos posibles puntos conflictivos *en torno al meridiano central* del cuerpo social (**las relaciones patrimoniales conyugales**), es evidente que encontraríamos más de un punto conflictivo posible. Y es evidente que no todos ellos pueden ser tratados, ni siquiera descritos en este lugar.

Me parece posible detectar *cuestiones* de varias *clases*: en unas, están interesados solamente los cónyuges; en otras, los

(112) Así, en *op. et loc. cit. en nota 111 precedente* (subrayados míos: J. C. G.).

(113) V. J. CERDÁ GIMENO, “Unas notas sobre un tema clásico (Relaciones patrimoniales entre cónyuges)”, en el *LIBRO-HOMENAJE a D. JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ* (EN PRENSA).

hijos del matrimonio; y en otras, los posibles acreedores de uno u otro cónyuge, o de ambos a la vez.

Varias de estas cuestiones están centradas en el eje o binomio 'convivencia-cese de convivencia', y otras varias aparecen en función de una posibilidad posterior de revocación de las DONACIONES ENTRE CÓNYUGES efectuadas.

Esta exposición, sucinta ya, estará basada en *la agrupación* de cuestiones o problemas posibles *en cuatro apartados*: uno, con la convivencia; dos, al cese de la convivencia; tres, al aparecer la posibilidad de revocación; cuatro, la posible incidencia de la doctrina de la 'frustración del fin' del contrato.

A) Problemática derivada de la convivencia (o efectos de las donaciones entre cónyuges constante matrimonio).

1. *Respecto de los cónyuges (donante-donatario).*

73

Las donaciones son legítimas y válidas, produciendo todos los efectos legales: régimen general de las donaciones (arts. 618-656 C.c.).

Por consiguiente, habrá que estar:

— A la no posibilidad de impugnación posterior ('actos propios'), a salvo lo que se dirá luego (A. 648-1.º).

— A la posibilidad de reducción por inoficiosidad, si se lesionan las legítimas.

— A la posibilidad de revocación por *ingratitude* (A. 648-1.º).

2. *Respecto de los hijos del matrimonio.*

Tendrán siempre a salvo su derecho a la reducción de la donación, por inoficiosidad, en su caso.

3. *Respecto de los hijos de un anterior matrimonio de un cónyuge (donatario).*

No parece posible la resurrección del remedio de la antigua LEY 'HAC EDICTALI'.

En todo caso, los hijos del *anterior* matrimonio del cónyuge *donante* tendrán las acciones tendentes a la protección de la legítima.

4. *Respecto de los acreedores del cónyuge deudor.*

1) *El problema* se plantea sobre todo en relación con la *situación concreta* de unos cónyuges sujetos al régimen de gananciales que otorgan capitulaciones matrimoniales adoptando el régimen de separación de bienes, *con disolución* de la sociedad de gananciales y *adjudicación* de los bienes más valiosos *al cónyuge no deudor*. **Problema, por tanto, en conexión con la mutabilidad del régimen matrimonial** y perfectamente descrito y estudiado por A. CABANILLAS SÁNCHEZ (114): aludido —como vimos anteriormente— en mi ‘**pórtico**’ **inicial** con las palabras de D. BELLO JANEIRO.

74

Respecto del “preliminar” o “presupuesto fáctico” de este último, lo más suave que cabe decir es que presenta un sofisma, de los denominados “de falsa generalización”. Esto es, ni todos los que otorgan capitulaciones matrimoniales pasando al régimen de separación de bienes las otorgan *con fines defraudatorios* (115), ni todas las capitulaciones de este estilo son *posteriores* a la deuda de un acreedor, ni todo cónyuge *no deudor* es cómplice en ese presunto fraude, etc.

En la exposición de A. CABANILLAS se distingue perfectamente —en cuanto *a la protección a los acreedores*— entre deudas **consorciales** y deudas **privativas** de un cónyuge (116): a su cuidada exposición remito aquí. De la misma me interesa hacer constar ahora:

—Que el principio permisivo del artículo 1.323 C.c. informa y constituye la razón de ser del artículo 1.355 (atri-

(114) V. A. CABANILLAS, “La mutabilidad ...” citada, *en especial* págs. 168 y sigs.

(115) Así, se otorgaron en ESPAÑA **durante el año 1991**: 20.606 capitulaciones matrimoniales en territorios de Derecho común y 5.030 capitulaciones en las regiones de Derecho Foral: así, en CABANILLAS, *op. cit.*, A.D.C., 1994, pág. 119.

(116) Así, en *op. cit. en nota 115 precedente*, págs. 168 y sigs., 172 y sigs., 183 y sigs. y 230 y sigs.

bución voluntaria de ganancialidad) y del artículo 1.324 (confesión de privatividad).

— Que el artículo 1.323 C.c. no ha establecido específicamente ningún tipo de límites a la libertad de contratación entre cónyuges.

— Que **por la vía indirecta de un contrato entre cónyuges no cabe modificar el régimen económico-matrimonial**, sin cumplir las normas de fondo y forma precisas para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

Centrando la cuestión, cabe decir, en mi opinión:

— Que *una cosa es* el tema de DONACIONES ENTRE CÓN- YUGES y *otra cosa es* el tema de la modificación o mutabilidad del régimen económico-matrimonial, que se mueven en planos diferentes aunque a veces se entrecruzan.

— Que *una cosa es* la modificación del régimen matrimonial y *otra cosa es* el fraude de acreedores, que operan en ámbitos sectoriales distintos, también a veces entrecruzados.

75

— Que *una cosa es lo que ha dicho* la Jurisprudencia del T.S., según las citas de los autores, y *otra cosa es la decisión del T.S. en función de la acción* ejercitada en cada caso en la demanda.

En cuanto a la problemática aquí atinente **—acreedor del cónyuge deudor (por deuda privativa)—**, tendrá frente a su deudor los remedios y acciones concedidos por la Ley, según vimos. Con lo que deberá demostrar que su *crédito es anterior* al otorgamiento de las capitulaciones precitadas y que las adjudicaciones se hicieron *en fraude de sus derechos* (117). Si su crédito es **posterior** a dicho otorgamiento, en la concurrencia de valoraciones, parece será preferente el derecho del cónyuge adjudicatario no deudor.

2) El acreedor del cónyuge deudor (por deuda privativa), *frente al cónyuge no deudor* no puede invocar el artícu-

(117) Sobre el tema, ampliamente, v. mi libro *La Protección del Crédito en la Jurisprudencia*, citado (EN PRENSA).

lo 1.317 C.c. y proceder al embargo de los bienes adjudicados al cónyuge no deudor (118).

3) No produciéndose la incidencia del *cambio* de régimen matrimonial, la situación entre cónyuge deudor (donante) y su acreedor se regirá por *las reglas generales* sobre DONACIONES y su posible RESCISIÓN por fraude.

4) Los acreedores *en las situaciones preconcursales* disponen del **remedio del nuevo artículo 1.442 C.c.**: con los condicionamientos de esta regla de tipo subjetivo, objetivo y temporal, y con la *salvedad* de la cesación de la convivencia. Me remito aquí a la doctrina de los tratadistas sobre el particular (119).

Ya vimos que, en la concurrencia de valoraciones, **parece preferible** la del acreedor concursal frente a la posición del cónyuge adquirente no deudor.

76

B) Problemática derivada del cese de la convivencia (o efectos de las donaciones entre cónyuges después del fin del matrimonio).

1. *Respecto de los ex-cónyuges.*

La cesación de la convivencia produce, entre otros, estos efectos:

— En caso de nulidad del matrimonio: aplicación del artículo 79 C.c. y, en su caso, de la posibilidad de revocación de la donación.

— En caso de divorcio o separación judicial: posibilidad de la revocación de la donación.

— *Disolución de la sociedad conyugal:*

— Si rige la *sociedad de gananciales*: aplicación de las reglas generales en orden a la liquidación y división (arts. 1.392 y sigs. C.c.).

(118) V. las sentencias por mí recogidas y anotadas, *en mi libro* precitado, en *nota 117* anterior.

(119) V. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil* ... cit., págs. 581 y sigs.

Ultimamente, v. por todos V. L. MONTÉS PENADÉS, en *Comentarios Ministerio de Justicia*, cit., Tomo II, págs. 1957 y sigs.

— Si rige el *régimen de separación* (y existe una *comunidad proindiviso* sobre algunos bienes): posibilidad de impugnación (por el donante), o de acción de división (por el donatario).

— ¿Quid en orden a las DONACIONES ENTRE CÓNYUGES que en el momento del otorgamiento eran **nulas** y en el momento de la disolución del matrimonio (divorcio, separación) aparecen como **válidas**? A este tema me he referido en otro lugar, y allí remito (120).

2. *Respecto de los hijos del matrimonio.*

Conservan su derecho a la reducción de la donación, por inoficiosidad, en su caso.

C) *Posibilidad de revocación de la donación.*

El tema ha sido estudiado en profundidad por los tratadistas y especialistas, a los que aquí remito (121), sin perjuicio de hacer algunas mínimas referencias al supuesto.

Las *causas posibles* de revocación aducidas se reducen a las siguientes: nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio, superveniencia o supervivencia de hijos, incumplimiento de cargas de la donación, ingratitud del donatario.

1. Nulidad del matrimonio.

Parece ineludible la aplicación del artículo 79 C.c., con los efectos relativos a la buena fe. Algún autor considera necesaria la concurrencia del requisito *subjetivo* —causa no imputable al cónyuge donatario— para que la DONACIÓN se mantenga (MASOT).

(120) V. *mi obra*, citada en *nota 113 precedente*, ep. V y sigs.

(121) V. M. MASOT MIQUEL, *op. cit.*, ep. V, págs. 111 y sigs.

L. PUIG FERRIOL, *Contratación entre cónyuges*, cit., ep. IV-B.

M. ALBALADEJO GARCÍA y SILVIA DÍAZ ALABART, *op. cit.*, T. VIII, vol. 2.º, págs. 303 y sigs., 369 y sigs., y 418 y sigs.

2. Separación judicial o divorcio. Para la *revocación* de la donación, además del presupuesto *objetivo* de la ruptura del vínculo conyugal, habrá de concurrir el presupuesto *subjetivo* de que el comportamiento del cónyuge donatario no haya dado lugar a tal situación.

3. Superveniencia de hijos (del donante).

... Considera MASOT MIQUEL **debe excluirse** tal posibilidad revocatoria (art. 644-1.º C.c.), dado que los efectos prácticos de la superveniencia (o supervivencia) de hijos del donante se limitarán a conceder al hijo –en su condición de *legitimario* del cónyuge donante– la posibilidad de instar el procedimiento de reducción de donaciones del artículo 654 y siguientes del C.c. (122).

78

... Para PUIG FERRIOL el tema sería pacífico, de no ser por la **incidencia** –sobre la normativa de las donaciones entre cónyuges (art. 1.323 C.c.)– del **principio constitucional de no discriminación por razón de filiación y de la equiparación de los hijos (art. 108-2 C.c.)**. Con lo cual, al haber sido reformado también el *artículo 644-1º C.c.*, **ahora el precepto** se orienta a la revocación por superveniencia de hijos y descendientes **contemplando cualquier categoría de ellos**: mientras que **en su redacción anterior** esta causa de revocación se establecía **tan sólo** en función de los hijos legítimos (y los equiparados a ellos) (123).

Considera PUIG FERRIOL que *una interpretación armónica de los artículos 1.323 y 644-1.º*, lleva al planteamiento de las siguientes **cuestiones**:

(122) V. *op. cit.*, pág. 113.

(123) V. PUIG FERRIOL, *op. cit.* en nota 121 precedente.

a) Donación de un cónyuge al otro, careciendo el matrimonio de descendencia, y posteriormente nacen uno o más hijos del matrimonio.

Ante la dicción literal del artículo 644-1.º (revocabilidad de *toda* donación ...), y de lo prevenido en el artículo 1.343-1.º (no revocabilidad de las donaciones *por razón de matrimonio* ...), y al no establecerse regla semejante para las DONACIONES ENTRE CÓNYUGES es porque se entiende que éstas últimas quedan sujetas al régimen general de la revocación (124).

Cree PUIG FERRIOL dudoso que fuera ésta la probable intención del legislador **y propone en una futura reforma del C.c. la supresión** de tal posibilidad de revocación: por la referencia a la condición de legitimarios del cónyuge donante y por no aparecer riesgos que justifiquen la revocación.

79

b) Donación de un cónyuge al otro, careciendo el matrimonio de descendencia, y posteriormente ambos adoptan conjuntamente uno o más hijos.

Valen las consideraciones del *apartado a)* precedente de acuerdo con lo prevenido en el artículo 108-2.º C.c.

c) Donación de un cónyuge al otro, careciendo de descendencia, y posteriormente sobreviene un hijo extramatrimonial.

Contempla el profesor PUIG FERRIOL este supuesto *desde una doble perspectiva*, según el hijo extramatrimonial fuere del donante o fuere del donatario.

(124) MASOT, *op. cit. en nota 122*. V. S. DÍAZ ALABART, "Comentarios al art. 644", cit. pág. 323.

a'. *HJO EXTRAMATRIMONIAL DEL DONANTE.*

Se produce una situación clara de un conflicto de intereses entre el cónyuge donatario y el hijo extramatrimonial del donante.

El conflicto es muy vidrioso, dado que existen argumentos *a favor* de la revocación (art. 644-1.º: *toda* donación, lo que engloba este supuesto) y *en contra* de la revocación (art. 1.323: la donación es válida y legítima, e irrevocable).

Parece que la mecánica aplicación del nuevo artículo 644-1.º C.c. a este supuesto conduce a unos *resultados poco satisfactorios*: *primero*, porque el cónyuge donatario ha adquirido en virtud de un título válido (donación: art. 1.323 C.c.); *segundo*, porque la causa de revocación ha surgido en virtud de una conducta del cónyuge donante contraria al deber de fidelidad entre esposos que sanciona el artículo 68 C.c.; y *tercero*, porque no parece tener justificación conceder al contraventor del deber de fidelidad la facultad de revocar la donación en este caso.

Como es duro *mantener el principio de revocación* en este supuesto en base a una interpretación literal del artículo 644-1.º, PUIG FERRIOL apunta la idea de una posible neutralización de sus efectos en perjuicio del cónyuge donatario **invocando a su favor** la doctrina del abuso del derecho que con carácter general reconoce el artículo 7.2 del C.c.

b'. *HJO EXTRAMATRIMONIAL DEL DONATARIO.*

La cuestión consiste en determinar si podrá el cónyuge donante solicitar la revocación de la donación, argumentando su pretensión **en la ingratitud del donatario**, al amparo del artículo 648-1.º C.c.

El *presupuesto de hecho* parte de la consideración de que el referido hijo ha sido concebido y ha nacido de unas relaciones 'extramatrimoniales', o sea, lo que antaño se llamaban "adulterinas". La LEY 22/1978 de 26 de mayo despe-

nalizó el tradicional *delito de adulterio*, que ya no figura como tal delito ‘contra la honra’ de uno de los cónyuges. Así las cosas, cabe mantener **dos posturas**:

— *Una (REVOCACIÓN)*: Es evidente que el adulterio del cónyuge donatario ha supuesto un atentado contra la *honra* del donante —en la consideración social pública y privada— (125), y, por ende, ha incurrido en causa de ingratitud (art. 648-1.º), de modo que procede la REVOCACIÓN.

— *Otra (NO REVOCACIÓN)*: Es obvio que desde 1978 el adulterio ya no es delito, que el artículo 648-1.º tan sólo habla de “delito”, y, por tanto, *el hecho* de que el cónyuge donatario tenga un hijo concebido en virtud de relaciones adulterinas parece que cae fuera de la previsión de las causas de revocación de donaciones por ingratitud.

Desde un punto de vista práctico, la primera consecuencia es la de aconsejar suma prudencia a todo cónyuge a la hora de hacer una donación a su consorte; y, seguidamente, el intentar una interpretación sistemática de la normativa legal, combinando los artículos 648-1.º y el 855-1.º en tema de DESHEREDACIÓN (el cónyuge puede HOY ser desheredado “por haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales”), puesto que si el adulterio puede —en ciertos casos— funcionar como causa de ‘desheredación’ de un cónyuge que ha incumplido el deber de fidelidad de forma más bien *cualificada*, parece que este mismo criterio podría y debería también funcionar como causa de ‘ingratitud’ para interpre-

(125) V., en sentido concordante, la breve nota de C. LASARTE ALVAREZ, “Adultera, pero hereda”, citada: “... Siendo cierto que el adulterio no es un pecado dantesco ..., también lo es que constituye una deslealtad para la pareja ...”. El autor considera que ... “con los presupuestos actuales sí afirmo contundentemente que la supresión del adulterio con el cónyuge del testador como causa de desheredación, al hilo de una reforma que pretende actualizar la equiparación entre los sexos, constituye un craso error tanto desde el punto de vista técnico, cuanto desde una valoración moral o axiológica”.

En un sentido similar al planteamiento de C. LASARTE, al considerar al *adulterio del donatario con la mujer del donante como causa de ingratitud respecto del donatario*: SILVIA DÍAZ ALABART, “Comentarios al art. 648”, citada, págs. 428 y 433.

tar el artículo 648-1.º a la hora de entender posible la REVOCACIÓN de donaciones por tal motivo.

4. Incumplimiento de las ‘condiciones’ de la donación (art. 647 C.c.).

Considera M. ALBALADEJO (126) que con la expresión ‘condiciones’ el C.c. *no* se refiere a *las condiciones en sentido estricto* bajo las que se puede hacer una donación, esto es, no se trata de una donación ‘condicional’, sino a un tipo de *donación hecha con carga, modo o gravamen* a lo que llama inexactamente ‘condición’. Se trata, por tanto, de una **donación modal**, que puede ser revocada si la carga, gravamen o modo impuesto no se cumple por el donatario. Es *un caso autónomo* de revocación de donaciones, a diferencia de algunos Derechos históricos (Derecho francés) en que se consideraba como *uno* de los supuestos típicos de **ingratitude** del donatario hacia el donante.

82

En opinión de ALBALADEJO este tipo de revocación tiene un papel disuasorio, para precisamente evitar se produzca el incumplimiento. Más que un caso de revocación, se trata —para ALBALADEJO— de **un supuesto de resolución**, al que le son aplicables muchas de las consideraciones que efectúa la doctrina acerca del artículo 1.124.

Para MASOT MIQUEL, “este concepto de ‘carga’ es de gran amplitud, cabiendo dentro del mismo cualesquiera que imponga el donante mientras sean lícitas y tengan un interés jurídico para el donante, ya que, obviamente, no pueden tener trascendencia jurídica las cargas que suponen meros caprichos del donante huérfanos de un interés efectivo.— ...”

En cuanto a las donaciones onerosas o ‘con cargas’, distingue ESPERT dos aspectos: **en lo que sea donación**, remite a las reglas generales que para las donaciones simples pre-

(126) V. M. ALBALADEJO, “Comentarios al art. 647”, citada, págs. 369 y sigs., en especial 374 y sigs., 379 y sigs., 410 y sigs. y 414.

senta en orden a la aplicación de la doctrina de la ‘frustración del fin del contrato’; **en la parte que sea onerosa (carga)**, se remite a los presupuestos generales de aplicación de la doctrina de la ‘frustración del fin’ en cuanto a los contratos en particular (127).

Parece que el *régimen jurídico* de esta revocación de una DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES será el prevenido de forma genérica en el artículo 647 C.c. y concordantes. Me remito a los comentarios de la doctrina especializada, citados.

5. Ingratitud del donatario (art. 648 C.c.).

En cuanto al fundamento de esta REVOCACIÓN, habla la doctrina de **una presunción de voluntad**, según la cual *hay que deducir que, de haber conocido el donante al tiempo de la donación la ingratitud del donatario, se habría abstenido de otorgar la misma*. Incluso alguno señala, como posible fundamento, *el juego de la cláusula ‘rebus sic stantibus’*, por dar lugar la ingratitud del donatario a un estado de cosas distinto del existente al tiempo de otorgarse la donación. Lo cierto es —señala MASOT (128)— que “cuando hay ingratitud del donatario, la donación se convierte en un contrato o negocio jurídico sin causa, ya que no aparece justificada en modo alguno la liberalidad del donante, razón por la cual el ordenamiento jurídico no tiene por qué mantener la existencia de un negocio donacional que subsiste sin base o fundamento alguno. Y, obviamente, tal ingratitud es aún más execrable cuando quien hace gala de la misma es el propio cónyuge del donante”.

Las *causas* de ingratitud las contempla el artículo 648 C.c. Se pregunta MASOT (129) **si la enumeración** de los tres supuestos que hace el C.c. **es taxativa o enunciativa**, y res-

(127) V. M. ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 378 y ss.; M. MASOT, *op. cit.*, págs. 113 y sigs.; ESPERT, *op. cit.*, pág. 239.

(128) V. M. MASOT, *op. cit.*, págs. 114 y sigs.

(129) V. MASOT, *op. et loc. cit.*

D) *Frustración del fin de la donación.*

Es aquí obligada la remisión a la excelente obra de V. ESPERT SANZ. El autor contempla el problema **centrándose en la perspectiva del donante** y procede a una serie de *distinciones*. Anteriormente se hizo alusión a su visión en orden al posible incumplimiento de *la donación 'con cargas'*.

En este lugar, y *en lo específicamente referido a las donaciones simples*, plantea con agudeza: ... “La donación pura casi siempre escapa al intérprete, y no suele producir más efectos que el desplazamiento patrimonial deseado, y no surge de ella ningún brote patológico.— Al intérprete, por contrario, le suele ser sometida la observación y diagnóstico de una amplia gama de donaciones que son **las donacio-**

(130) En idéntico sentido, J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 166-167: añade razones de equidad (art. 3.1. C.c.).

(131) V. SILVIA DÍAZ ALABART, “Comentario al art. 648”, citada, págs. 418 y sigs., en especial 422 y 427 y sigs.

nes **'hechas en vista de un fin determinado'** (CAPITANT). En estas donaciones, —que quizá sean las más frecuentes en la práctica—, la intención de gratificar no es el elemento decisivo ni principal. **El donante, al hacer la donación, se propone llegar a un resultado determinado.** La donación no lleva un fin en sí misma, sino que viene a ser un acto complejo en que la intención de gratificar se adhiere a otro fin del que es imposible separarla.— ...”.

Distingue ESPERT los **dos supuestos** siguientes: “a) *En el caso de que el donatario voluntariamente desvíe los bienes donados del fin para el que fueran donados, fin por él conocido y aceptado:* parece que será aplicable el artículo 647 C.c. Porque **tal fin actúa como una carga, al menos implícita**, que el donatario debe cumplir. Y, además, porque **este artículo es aplicable cuando el donatario incumple voluntariamente**, según se desprende del sentido general de la Jurisprudencia (véanse Sentencias del Tribunal Supremo de 19.1.1901; 3.11.1931; 3.12.1928; 11.2.1920; y 4.11.1908).— b) *Pero puede ocurrir que el fin en contemplación del que se ha efectuado la prestación devenga imposible, inútil, o se alcance por otros medios.* ¿Puede en este caso el donante invocar la doctrina de la “frustración del fin del contrato” para revocar la donación realizada? Creo que es un problema que los Tribunales tendrán que resolver contemplando **el caso concreto** y según **el criterio de la importancia del fin: si resultase que el donante no habría hecho la donación ante la falta del fin a alcanzar**, los Tribunales deberán ordenar la revocación de la donación. **Si el fin tiene un valor puramente secundario**, el donatario podrá conservar lo donado” (132).

(132) V. ESPERT SANZ, *op. cit.*, págs. 239-240 (subrayados míos: J. C. G.).

3. Casos decididos por la jurisprudencia.

En esta exposición voy a proceder muy esquemáticamente, con la indicación de la fecha de la sentencia y el motivo del *fondo* del asunto o 'causa petendi' en el caso.

Sobre la posible incidencia de normativas *autonómicas* (antes, 'forales') en nuestro tema, y ulteriores *decisiones* de sus respectivos 'Tribunales Superiores de Justicia', remito aquí a los comentarios especializados de la doctrina (también *especializada*) (133).

Hago aquí la referencia al **ámbito espacial**, con una diferenciación nítida entre la aplicación de la norma (art. 1.323 C.c.) *en régimen de comunidad* (gananciales, C.c.) por el TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, y *en régimen de separación de bienes* bien por el propio TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA bien por el respectivo TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA de la Comunidad Autónoma (CATALUÑA, BALEARES).

Importante es también aquí **la referencia temporal**, dado que solamente se recogen las sentencias **posteriores** a la reforma del C.c. de 1981.

— SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

1. S. DE 4 FEBRERO 1983.

Se trataba del ejercicio de *un derecho de uso*, en relación con una posible forma de 'donación entre cónyuges' en CATALUÑA (134). En escritura pública de 8.6.1868, el propietario de un inmueble *lo cedió en uso*, sin limitación de tiempo y bajo determinadas condiciones, *a un grupo de personas constituidas* en 'Sociedad de Señoras reunidas para la

(133) V., por todos, la muy reciente obra *COMPILACIONES Y LEYES CIVILES FORALES*, coordinación de F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.

(134) V. en la Sección de Jurisprudencia, en la revista *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, Tomo XXXVI-III, año 1983, pág. 1052: con exégesis y nota de G. GARCÍA CANTERO.

enseñanza de niñas', y a las que en tal cometido las sucedieran, siendo en la actualidad titulares de tal derecho las 'Religiosas Clarisas de la Divina Providencia'. El T.S. **acoge el recurso** de la parte actora, y entiende aplicable el C.c. (arts. 529 en relación con el 522 y el 515: por la remisión de la DISP. FINAL 2.^a, en relación con art. 1.^o COMP. DC. CAT. de 1960), que caracteriza al uso por *la temporalidad* ... por lo que, terminado el uso por el transcurso máximo del tiempo de su duración, se entregará al propietario la cosa dada para ser usada. El T.S. **rechaza** la tesis desorbitada y arbitraria de la sentencia de la Audiencia recurrida, que procede a *deducir* del contrafo referido *que éste disimulaba una donación de inmuebles y que no cumplió con los requisitos formales* que la legislación a la sazón vigente exigía para la validez de tal donación: dice el T.S. que "no hay circunstancia alguna objetiva que haya permitido tal deducción ..., ni la donación es deducible de unas circunstancias sociales confusas no expresamente referidas al supuesto concreto debatido, y *menos cuando la normativa actualmente aplicable lo ha de ser según* la realidad social de nuestro tiempo, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas a interpretar a tenor del artículo 3.1 C.c., *de las que deriva* la temporalidad del derecho de uso".

87

2. S. DE 14 FEBRERO 1986.

Se trataba de la *nulidad de unas capitulaciones matrimoniales en CATALUÑA*, por haber sido otorgadas *después* de haber sido promovido juicio de inhabilitación del marido por causa de prodigalidad, *sin* la asistencia de tutor y *con cesión de derechos sucesorios a su esposa*. Ante el vacío legal, el T.S. —en virtud de la DISPOSICIÓN FINAL 2.^a COMP. D.C. CAT. DE 1960— entiende aplicable la normativa del artículo 1.323 C.c. (*redacción de 1889!*) en vigor al tiempo de otorgarse las capitulaciones, de manera que no se da validez a las capitulaciones por no gozar el marido de capaci-

dad a efectos de disponer de los bienes. En cuanto a la *transmisión* de derechos sucesorios a la esposa, entiende existe un abuso de derecho y un manifiesto fraude de ley con la finalidad de desplazar a los bienes comprendidos en las capitulaciones de su normal destino (135).

3. S. DE 5 OCTUBRE 1987.

Se trataba de un caso de donación entre cónyuges en CATALUÑA, a través de *la forma de una compra de un yate por parte de ambos cónyuges* (136). En este caso el marido *solicitaba* en su demanda la nulidad de la donación efectuada a favor de su mujer, consistente en una parte indivisa de un yate, en base a la revocación expresa de dicha donación; en consecuencia, dado que pertenece dicho yate en propiedad al actor y a la demandada, en virtud de la *actio communi dividundo* procede la venta del yate en pública subasta, entregándose a cada uno de los copropietarios la parte que le corresponde del precio obtenido. El juez de Primera Instancia y la Audiencia *estimaron* la demanda.

El T.S. no acoge el recurso de casación de la demandada, con argumentos un tanto alambicados: “*no puede entenderse que el contenido del artículo 20 Comp. D.C. CAT. (redacción de 1960) pueda resultar contrario a ninguno de los preceptos de la Constitución, por lo que no puede concluirse su derogación por la Carta Constitucional –sic– (!!); tampoco puede predicarse la aplicación en el supuesto de autos de los artículos 1.323 y 1.324 del C.c., máxime cuando existía en el momento de la perfección de la donación un precepto foral especial, el del artículo 20 de la Comp. Catalana, aplicable al supuesto fáctico hoy contemplado ...*”.

(135) V. en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, año 1986, n.º marginal 680, págs. 660-663.

(136) V. en la Sección de Jurisprudencia, de la revista *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, T. XLI-III, 1988, págs. 942 y sigs.: exégesis y nota *sin referencias (al parecer obra de G. GARCÍA CANTERO)*. [Pero en fecha posterior a esta conferencia el autor citado no me confirmó su autoría.]

4. S. DE 4 ABRIL 1988.

Se trataba de *una donación entre cónyuges en MALLORCA, disimulada bajo la apariencia de una compraventa*. El T.S. considera aplicable *el artículo 4 CDC. BAL.* (redacción de 1961), en cuanto mantiene viva la prohibición de donaciones entre cónyuges (137).

5. S. DE 13 MARZO 1989 (138).

En el caso se trataba de un fideicomiso de residuo, en la variedad de 'si quid supererit', correctamente interpretado por la Sentencia de la Audiencia (F.J. 3.º). El heredero fideicomisario había efectuado *donaciones* a favor de su esposa, y en la cláusula del testamento de su padre **se facultaba la disposición intervivos**. La demanda había sido **desestimada** en ambas instancias, y **el T.S. rechaza el recurso de la parte actora**. En el F.J. 5.º el T.S. *rechaza* la argumentación de la recurrente, *alegando infracción, por aplicación indebida*, del artículo 1.323 C.c., de la D. T. 8.ª de la Ley de 13.5.1981 y de la doctrina de las sentencias de 30.4.1981, 6.4.1977 y 13.4.1984, e *infracción, por inaplicación*, de los artículos 9 C.E., 2-3 C.c. y D. T. 1 y 12 C.c.— **Considera el T.S. correcta la aplicación del artículo 1.323 C.c.** y —*en lo que a nuestro tema afecta*— dice que “no es posible equiparar el uso o ejercicio del derecho establecido en el actual artículo 1.323 C.c., con los presupuestos que comportan los actos realizados en fraude de ley”.

(137) V. en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, año 1988, n.º marginal 2648 (F.J. 3.º).

(138) V. en la Sección de Jurisprudencia de la revista *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, T. XLIII-II, 1990, págs. 663 y sigs.: *nota* de F. LLEDÓ YAGÜE.

V. también en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, año 1989, n.º marginal 2039, págs. 2270-2274.

6. S. DE 22 NOVIEMBRE 1990 (139).

En autos incidentales de un procedimiento de divorcio entre la esposa –aquí *demandada*– y su marido –administrador, y casi total propietario *de la compañía de seguros demandante*–, se había concedido provisionalmente la posesión de un chalet a la esposa e hijos del matrimonio. Posteriormente, la compañía demandante solicita la reivindicación del chalet. La esposa demandada, en reconvencción, solicitaba –entre otros puntos– la nulidad de la renuncia del esposo como arrendatario de dicha finca y la vigencia del contrato de arrendamiento. **El T.S. rechaza el recurso de la esposa:** porque la renuncia del marido como administrador de la sociedad conyugal se produjo en 1977 (vigente *entonces* el antiguo art. 1.413 C.c., en redacción de la LEY de 24.IV.1958, y **antes** de la vigencia del art. 1.320 C.c., en redacción de la LEY 13.V.1981); y porque la jurisprudencia tiene establecido que “**en las relaciones internas del matrimonio**, son válidas las actuaciones y contratos, pactos o convenios cualquiera que sea su forma, sin perjuicio de que sea aplicable el precepto que se dice vulnerado (art. 1.280-4.º C.c.), en lo atinente a la responsabilidad frente a terceros ...=... que incluso la liquidación de la sociedad de gananciales, es válida practicada privadamente entre los esposos vinculándoles entre sí, ...” (F.J. 5.º).

90

7. S. DE 24 ABRIL 1991 (140).

Situación *prototípica de donación entre cónyuges en CATALUÑA*, habiendo ambos cónyuges –casados bajo el régimen de separación de bienes– *adquirido constante matrimonio deter-*

(139) V. en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, año 1990, n.º marginal 9018, págs. 11480-11482.

(140) V. Exposición, comentario y notas de A. VAQUER ALOY, en la revista *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 26, Abril-Agosto 1991, n.º marginal 687, págs. 513-523.

minados bienes por mitades indivisas, declarando hacerlo respectivamente con dinero propio, aunque en la realidad el único cónyuge que aportaba ingresos familiares era el marido. Paralelamente a la demanda de separación, el marido demanda en 1980 la declaración de nulidad de las adquisiciones realizadas por la esposa por entender se trataba de donaciones (cuya prueba facilitaba la presunción muciana, entonces vigente, conforme a los arts. 20 y 23 COMP. D.C. CAT., redacción de 1960). La esposa contesta en mayo de 1984 (ya vigente la Ley catalana 13/1984 de 20 de marzo, modificativa de los preceptos dichos). El Juzgado desestima la demanda, que es acogida por la Audiencia en la apelación. El recurso de la esposa demandada es acogido por el T.S., cuya interpretación combinada de los preceptos en juego le lleva a la aplicación de la legislación más benigna.

8. S. DE 30 ABRIL 1991 (141).

91

Situación típica de *donación entre cónyuges en MALLORCA*, disimulada *bajo la apariencia de una compraventa*. El T.S. considera aplicable el artículo 4-3.º CDC. BAL. (redacción de 1961), dado que “en los actos y contratos a título oneroso entre los cónyuges incumbe la prueba del carácter oneroso a quien sostenga su naturaleza..., y no habiéndolo probado en autos la recurrente, son inválidos o nulos, por lo que el artículo 1.323 C.c. no puede tener aplicación ante una norma de la compilación tan rotunda como expresiva”.

9. S. DE 18 MAYO 1992 (142).

Tanto en capitulaciones matrimoniales como en el posterior convenio regulador de la separación conyugal, *la esposa*

(141) V. en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, año 1991, n.º marginal 3116 (F.J. 5.º).

(142) V. en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, año 1992, n.º marginal 4906, págs. 6447-6449.

demandante había reconocido que pertenecía en exclusiva al marido una vivienda adquirida constante matrimonio por precio aplazado y cuyo primer desembolso fue a cargo de la sociedad de gananciales. La esposa solicitaba, mediante acción declarativa de propiedad, que se declare le pertenecía, tanto a ella como al marido demandado, por mitad y en proindiviso, una vivienda y una plaza de garaje. El Juzgado de Primera Instancia **desestimó** la demanda, siendo **estimada** la apelación de la actora por la Audiencia. **El marido interpuso recurso de casación, que es acogido por el T.S.**, que estima todos y cada uno de los motivos del recurso: "... frente a la decisión de la sentencia recurrida ... han de oponerse los posteriores actos jurídicos y negociales de los cónyuges (capitulaciones y convenio regulador) ... y sobre todo, la aprobación del convenio regulador, a resultas de la sentencia de separación conyugal de 21.9.1987, que, como es sabido, opera como una auténtica liquidación de las resultas del Régimen Económico Matrimonial preexistente y en donde asimismo se reconoce, pues, que los inmuebles controvertidos corresponden y se adjudican al esposo ...=... cuando ... sobre los mismos (Bienes), se novó tal carácter (ganancial) a resultas de ejercicio duplicado del voluntarismo negocial, (sin que quepa oponer tampoco la presunción del art. 1.361 C.c., pues deben prevalecer las manifestaciones de las partes interesadas no solamente en cuanto a lo dispuesto en el art. 1.323 C.c., sino también en cuanto a la atribución del carácter privativo de los bienes por confesión de una de las partes, en virtud del art. 1.324 C.c.) ...".

10. S. DE 15 DICIEMBRE 1992 (143).

El demandante había actuado como intermediario en la compra de unos locales para su hermano y su cuñada, que

(143) V. en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, año 1992, n.º marginal 10507, págs. 13721-13723.

fueron escriturados a nombre de dicha señora. La demanda se dirigía *contra* la sociedad vendedora y contra la cuñada, solicitando se declare la nulidad de las escrituras públicas de venta por inexistencia de causa y, subsidiariamente, le indemnice la entidad vendedora del precio abonado por los locales y del valor del negocio de joyería en ellos instalado. La demanda **es rechazada** en primera y segunda instancia. **El T.S. no estima el recurso de casación de la parte actora**, y entiende que es válida la titulación de los inmuebles adquiridos a nombre de la esposa: ... “ los arreglos económicos entre cónyuges (capítulos, pactando el régimen de separación de bienes) ... en principio, como todo negocio jurídico, deben presumirse lícitos en tanto no contradigan una prohibición legal ... (F.J. 2.º).— ... La pretendida incommunicabilidad entre patrimonios de los respectivos consortes (es) claramente contraria a las previsiones conferidas legalmente por los artículos 1.458 C.c. (el marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente) y 1.323 C.c. (el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos)”.

93

11. S. DE 25 MAYO 1993 (144).

Se trataba en el caso de una pretensión de *disolución y liquidación de una sociedad civil irregular*. La demanda, **desestimada** por el Juzgado, **la estima** la Audiencia. **El T.S. no acoge el recurso de la parte demandada**. Considera el T.S. que no existe un litisconsorcio pasivo necesario en relación a la esposa del demandado, que no hay infracción de los artículos 1.375 y 1.377 C.c., y *que la existencia* de la sociedad es evidente como constituida por la voluntad de ambas partes y que tiene la naturaleza de un vínculo personal de quienes lo contrataban y por ello los derechos y deberes

(144) V. en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, año 1993, n.º marginal 3725, págs. 4756-4757.

dimanantes en contrato sólo pueden exigirse entre las partes (F.J. 2.º).

El T.S. *declara* (F.J. 2.º) que “El matrimonio no constituye limitación alguna a la capacidad de los contrayentes, sin perjuicio de que los actos personales de cualquiera de ellos puedan afectar al otro y éste tenga posibilidad de ejercitar la defensa de sus derechos”. La declaración del T.S. **parece un mero ‘obiter dicta’**, pese a la inclusión de esta sentencia *en las notas al artículo 1.323 C.c.*

— TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA.

Ha dictado este Tribunal varias sentencias muy interesantes, *todas ellas en relación estrecha con el tema de DONACIONES ENTRE CÓNYUGES*. A dichas sentencias me he referido en otro lugar, al que aquí remito, de manera que tan sólo cabe su estricta enumeración (145):

94

— Una recapitulación segunda.

Tomando ya como aparte y aclaradas las cuestiones aludidas en los epígrafes iniciales de este trabajo, parece también oportuno volver a hacer una detención en este iter argumentativo procediendo a **una segunda recapitulación**. Esta alude tan sólo a los perfiles del QUID VALORIS (epígrafe IV) y del QUID EFFECTUS (epígrafe V) precedentemente desarrollados, con las más relevantes **ideas**, en la forma siguiente:

1.º El tema subyacente de la legitimidad de la norma del artículo 1.323 C.c. alude a una preferencia, esto es, a una valoración.

La interpretación de la norma citada conduce a una serie de variantes o de opciones.

(145) V. en mi estudio “Unas notas sobre un tema clásico (Relaciones patrimoniales entre cónyuges)” citado. Me refiero a las **Sentencias de 16 JULIO 1992** (Ponente: L. PUIG FERRIOL), **de 10 MAYO 1993** (Ponente: J. CORBAL FERNÁNDEZ) y **de 28 DICIEMBRE 1993** (Ponente: L. M. DÍAZ VALCÁRCCEL).

2.º Los criterios posibles a utilizar por el intérprete son los relativos a los perfiles económico, teleológico, sistemático, constitucional, de la concurrencia de valores y de la justicia.

3.º El perfil relativo a la concurrencia de valores conlleva el examen de los problemas de la dependencia del régimen económico-conyugal, de la protección de los acreedores del donante y de las situaciones preconcursales.

4.º La dependencia del régimen económico-matrimonial nos lleva a la determinación de cuál sea la naturaleza de las titularidades dudosas de los bienes conyugales, lo que a su vez comporta un examen —aquí efectuado sintéticamente— de los distintos tipos posibles entre nosotros de regímenes matrimoniales, desde el de comunidad universal de bienes hasta el novísimo de participación.

5.º La protección de los acreedores del donante implica una colisión frontal con la valoración ‘*ex constitutione*’ conferida al artículo 1.323 C.c., y parece llevar a las reglas generales en materia de prueba.

6.º La protección de los acreedores en situaciones concursales parece conducir a soluciones —todavía hoy inexistentes— que debieran adoptarse *en sede de legislación mercantil*.

7.º El presupuesto adoptado de la perspectiva ‘*ex constitutione*’ lleva a la *interdicción* de toda discriminación respecto de la mujer casada —cualquiera que sea su régimen matrimonial— y a la toma en consideración del *principio* de dignidad de la persona humana.

8.º El Derecho tiene la *función* de ser el instrumento humano de aplicación de la justicia y de los valores jurídicos a ella conexos. Por consiguiente, el corolario subsiguiente de unos criterios *éticos* parece insoslayable.

9.º El tema de la eficacia o efectividad de la norma del artículo 1.323 C.c. nos lleva a los factores de su adopción por los presuntos destinatarios de la norma y de su real aplicación por los llamados “órganos de aplicación del Derecho”.

10.º **Algunos problemas derivados de la aplicación de la norma del artículo 1.323 C.c.** son –entre otros– los relativos a la problemática derivada de la convivencia conyugal (efectos *constante* matrimonio), del cese de la convivencia conyugal (efectos *post-disolución* del matrimonio), de la posibilidad de revocación de la donación y de la posible incidencia de la doctrina de la ‘frustración del fin’ del contrato.

11.º Las causas posibles de revocación de las DONACIONES ENTRE CÓNYUGES han sido analizadas brevemente, con una especial referencia al supuesto de la superveniencia de hijos del donante.

Especial reflexión ha merecido **el supuesto de la aparición de un hijo extramatrimonial de uno de los cónyuges**, con la necesaria distinción en orden a si el hijo lo fuere del donante o del donatario.

12.º Una selección cuidada de casos decididos por la jurisprudencia del TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, efectuada en forma esquemática, ha cerrado el apartado relativo a los EFECTOS de estas donaciones.

96

VI. Temas para la praxis (en orden a las relaciones entre las masas patrimoniales conyugales y los terceros)

1. Balizada nuestra singladura precedente y un tanto mejor orientado el intérprete ante las dificultades que el tema presenta en su aplicación a la vida diaria de la sociedad circundante, parece que el dicente –situado como está ante una gran mayoría de **juristas prácticos**– podría y debería venir obligado a finalizar su exposición con *unos cuantos argumentos de tipo práctico*.

Reflexionando sobre ello, pienso que al jurista práctico que me escucha se le presenta el supuesto de hecho en su complejidad real y se le exige una contestación o respuesta, esto es, **un dictum** (iuris-dictio). Y, conforme sea ese ‘dictum’, el cliente decidirá **si ejercita o no ejercita su legítima pretensión**.

El hecho evidente es que ante ustedes puede presentarse un cliente que

—o bien intenta plantear una DEMANDA contra alguien.

—o bien quiere efectuar una CONTESTACIÓN a una demanda contra él formulada, o una RECONVENCIÓN, en su caso.

2. Este planteamiento me lleva a los siguientes apuntes finales, que están **en función de quién sea** el demandante y el demandado.

• **DEMANDANTE:**

1) ACREEDORES (146).

A) POR DEUDAS CONSORCIALES.

—Por principio, NO CABE en régimen de separación de bienes.

—En régimen de gananciales, PUEDE ejercitar estas ACCIONES:

1. *Acción de simulación* (147). Dirigida a poner de relieve que no existe adecuación entre apariencia negocial y realidad. No parece muy apropiada para el supuesto prototípico de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales con adjudicación posterior a uno u otro cónyuge de los bienes antes comunes.

2. *Acción rescisoria*. De ejercicio procesal tremendamente complejo, requiere acreditar debidamente estos requisitos (148):

(146) V., por todos, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, "La mutabilidad ...", ADC, 1994, citada, págs. 172 y sigs., y 183 y sigs.

V. también el estudio exhaustivo, **en orden a la ACCIÓN RESCISORIA, en mi libro La Protección del Crédito en la Jurisprudencia**, citado (EN PRENSA).

(147) V., **por todos**, la obra de MARÍA CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación ...*, op. et loc. cit.

V. en mi libro citado en nota 146 precedente, las precisiones del T.S. en torno a la **diferenciación entre simulación y fraude**.

(148) V. más ampliamente, en mi libro citado en nota 146 precedente.

- Persecución de los bienes del deudor.
- No disponer de otro medio para satisfacer el crédito (*subsidiariedad*).
- Subsistencia del crédito.
- Probar el fraude.
- Probar el daño sufrido o perjuicio.
- Probar la complicidad en el fraude del tercero adquirente, en su caso.

3. *Acción de ileción* (art. 1.317 C.c.):

Requiere acreditar estos *requisitos*:

— Que su derecho es anterior a la modificación de las capitulaciones matrimoniales.

— Que tal modificación les causa perjuicio, objetivamente cuantificable (por la reducción del soporte objetivo de la responsabilidad patrimonial del cónyuge deudor).

98 4. *Acciones derivadas de la combinación de los artículos 1.317, 1.401 y 1.402 C.c. (en conexión, por analogía, con los arts. 1.082, 1.083 y 1.084 C.c.):*

Pueden los acreedores consorciales, *ante la disolución y liquidación de una sociedad de gananciales*, ejercitar estos derechos:

— *Oponerse* a que se lleve a efecto la división interconyugal hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos.

— *Intervenir* —a costa del cónyuge deudor suyo— en la liquidación de la sociedad conyugal, para evitar que ésta se haga en fraude y perjuicio de sus derechos.

— *Exigir* el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges —una vez efectuada la liquidación y consiguiente división de la sociedad conyugal—: *sin perjuicio de lo cual el demandado tendrá derecho* a hacer citar y emplazar al otro cónyuge, a menos que la deuda fuere personal suya.

— *Proceder al embargo de los bienes adjudicados al cónyuge no deudor*, y anotar preventivamente su embargo en el Registro de la Propiedad.

B) *POR DEUDAS PRIVATIVAS.*

— En principio, parece *indiferente* el régimen matrimonial.

— PUEDEN ejercitar las siguientes ACCIONES:

1. *Acción de simulación.* Vale lo dicho en el apartado A) en cuanto a las deudas consorciales.

2. *Acción rescisoria.* Valen también las consideraciones hechas en el apartado A) precedente.

Además, hay que hacer constar alguna particularidad en tema de *prueba*:

— *En cuanto a la deuda:* se reputa siempre privativa, dado que en nuestro Derecho **no existe una presunción de ganancialidad pasiva** (similar a la presunción de ganancialidad *activa* del art. 1.361 C.c.).

— *En cuanto al perjuicio:* debe acreditarse, además de la naturaleza privativa de la deuda, que **—en el caso típico de modificación de capitulaciones con liquidación de gananciales y adjudicación de bienes al cónyuge no deudor—** tal modificación capitular implica una alteración objetivamente cuantificable del sustrato patrimonial de la responsabilidad del cónyuge deudor.

99

No PUEDEN ejercitar:

— Ni la *acción de lesión ex artículo 1.317 C.c.* (vide Resoluciones de la D.G. de Registros y Notariado citadas por la doctrina (149)). Porque el acreedor de un cónyuge por deuda *privativa* no tiene ningún derecho sobre los bienes adjudicados al cónyuge de su deudor, tras la adopción de un régimen de separación de bienes (*en virtud de una modificación capitular del régimen matrimonial, o bien como régimen legal supletorio*).

— Ni el *embargo* de los bienes adjudicados al cónyuge de su deudor (arg. arts. 20 y 38 L.H.).

(149) V. en CABANILLAS, *op. cit. en nota 146*: Resoluciones de 16.2, 29.5, 18.9, 28.10, 6 y 12.11.1987, 5.1.1988 y 29.5.1989.

2) HIJOS DEL MATRIMONIO.

Prácticamente, los derechos se concretan en la protección de sus expectativas como *legitimarios* y, en tal sentido, pueden protegerse contra los actos del cónyuge **donante** que impliquen una posible *lesión* de la legítima (150), mediante las siguientes ACCIONES:

— *De reducción*: si se tratare de donación inoficiosa (arts. 636, 654 y 656 C.c.)

— *De simulación*. Me remito a las reglas generales.

— *De rescisión por fraude*: Vale lo dicho en apartados precedentes.

— *De suplemento de legítima* (151).

— *De revocación de donación por superveniencia*.

3) CÓNYUGE.

100

— Normalmente, *durante* la convivencia no habrá problemas.

— *Al cese* de la convivencia, la fractura de la pareja —sea por separación o por divorcio— provoca posibles incidencias litigiosas, en función de la posición que adopte uno y otro cónyuge:

•• **Cónyuge donante**. En los *supuestos típicos*, el donante —suele ser *el marido*— demanda la *nulidad* de la donación invocando las causas más diversas. Aquí concreto algunas *posibilidades*:

— Si el acto transmisivo es **anterior a 1981**: presenta mayor complejidad y existe un vacío normativo y jurispruden-

(150) V., por todos, J. VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Tomo I (Las legítimas)*, Edit. I.N.E.J., Madrid, 1974, dos volúmenes: en vol. II, págs. 1182 y sigs.

Hay que hacer notar que los remedios subsiguientes suelen utilizarse **muerto ya el donante**.

(151) V., por todos, J. VALLET, *op. cit. en nota 150 precedente*, vol. II, págs. 998 y sigs.; también, *el mismo*, "La 'actio ad supplendam legitimam' (Del Derecho Romano a la Compilación Catalana)", en la revista *La Notaría*, Barcelona, 1973, págs. 9 y sigs.

cial aplicable (152). Posiblemente los Tribunales no estimen la acción (simulación, fraude, etc.), en aplicación de la ley más benigna de hoy (art. 1.323 C.c.).

— Si el acto transmisivo **es posterior a 1981**:

— *Acción de división* ('*actio communi dividundo*'), si la adquisición figurase escriturada a nombre *de ambos* cónyuges.

— *Acción de enriquecimiento sin causa*, si consta la liberalidad, pero no subsiste la *causa* en la actualidad al haberse quebrado la convivencia y afecto conyugal ('*affectio maritalis*').

— *Acción de revocación*: por las causas precitadas.

•• **Cónyuge donatario.**

Normalmente se verá favorecido por *la interpretación* '*ex constitutione*' de la normativa aplicable (art. 1.323 C.c.) y por la *presunción* de ostentar una posesión de buena fe (y con título inscrito, si es inmueble, en el Registro de la Propiedad).

De ejercer sus pretensiones, puede hacer valer:

— *Acción de división*: precitada. Suele ser estimada siempre por los Tribunales.

— *Acción de declaración de propiedad*: similar a una reivindicatoria, haciendo constar adquisición, posesión, etc.

• **DEMANDADO.**

Normalmente será la demanda *contra uno u otro cónyuge, o ambos conjuntamente*.

1) AMBOS CÓNYUGES.

Únicamente procede en caso de *deudas consorciales*.

Pueden oponer las *excepciones* correspondientes, esto es:

— La de litisconsorcio pasivo necesario: si *sólo uno* de los cónyuges hubiere sido demandado.

(152) Pueden servir de **modelo** las sentencias del T.S.J. de Cataluña precitadas: en nota 145 precedente.

—Las correspondientes a la contraprueba, *por falta de* los requisitos usualmente prevenidos para el tipo de acción ejercitada: nulidad, simulación, rescisoria, lesión, varias de ellas, embargo, etc.

2) UNO DE LOS CÓNYUGES.

1. *DEUDOR POR DEUDA CONSORCIAL.*

Puede oponer las *excepciones* precitadas.

Derecho a citar y emplazar al otro cónyuge.

Acreditar que la deuda era privativa suya.

2. *DEUDOR POR DEUDA PRIVATIVA.*

Puede oponer las *excepciones* dichas.

Oponerse a la acción de lesión del artículo 1.317 C.c.

3. *NO DEUDOR.*

Los mismos derechos citados en puntos 1 y 2.

Oponerse al embargo de los bienes a él adjudicados.

3. DONANTE.

—*En vida*: no parece normal una reclamación de los hijos *por lesión* de la legítima. Aunque en algunos casos —*en supuestos de segundo matrimonio del padre*, por lo general— podría producirse alguna reclamación, en tal sentido.

—*Al cese* de la convivencia (**demanda del ex-cónyuge**):

—Frente a una posible *acción de división*: las *excepciones* consiguientes, y RECONVENCIÓN solicitando la declaración de pertenencia del bien como suyo.

—Frente a una *acción de declaración de propiedad*: las excepciones consiguientes, y argumentación en torno a la *posesión actual* del bien litigioso.

4. DONATARIO.

• **Demanda de los hijos**: excepciones aplicables según la acción; argumentación en torno a la *posesión actual*; principio ‘favor donationis’ y ‘favor mulieris’, en su caso.

• **Demanda del ex-cónyuge:**

— *Acción de revocación*: oposición, con las excepciones aplicables; argumentación en torno a la *posesión actual*; principios ‘favor donationis’ y ‘favor mulieris’.

— *Acción de enriquecimiento sin causa*: oposición, con las excepciones aplicables; acreditar existencia de la *causa* y que es lícita, válida, y protegible en Derecho.

— *Acción de división*: allanamiento; solicitar preferencia de adjudicación en la subasta, en su caso.

— *Si acto transmisivo es anterior a 1981*: oposición; excepciones posibles; solicitar aplicación en su favor de la ley más benigna de hoy vigente (art. 1.323 C.c.).

VII. Reflexiones finales

He ido presentando **unas recapitulaciones intermedias** a lo largo de esta exposición, lo que nos ha permitido tener una visión de conjunto de los aspectos más relevantes del tema tratado.

A la hora de hacer **un balance final** acerca de esta aproximación mía al tema calificado de ‘clásico’, me queda la duda de si habré acertado a darles **respuestas claras a aquella serie de interrogantes** que al principio les he planteado.

Así las cosas, parece necesario dar remate oportuno a este ya largo **recorrido argumentativo en torno a ese tema elegido**, de manera que *aquí presento a ustedes a modo de reflexiones finales* las siguientes **consideraciones**:

1.^a Una posición personal de insatisfacción y de lucha por el progreso ha hecho poner la mirada en este importantísimo sector del Derecho de Familia vigente, usando del pensamiento problemático para la aproximación a *una típica ‘res dubiae’* cual es el punto de las DONACIONES ENTRE CÓNYUGES.

Para ello **he tomado como punto de partida** el principio ético de dignidad de la persona humana —**en el caso, de la**

mujer casada— y su plasmación real a través del perfil ‘del desenvolvimiento de la personalidad individual’ dentro de la norma constitucional de protección a la familia.

2.^a Recogiendo el importante criterio de la importancia de los *documentos* a los efectos del intento de llegar a la unidad de la reconstrucción histórica, criterio un tanto dejado de lado por los especialistas, se ha abordado la tarea inacabable de la selección de **hechos concretos —facta—**, plasmados en textos legislativos que nos han llegado hasta hoy o bien documentados fielmente, mediante una perspectiva *diacrónica* de diferentes supuestos de hecho.

Algunos de los puntos aludidos —v. gr., donaciones entre cónyuges en Derecho romano, transformaciones de las donaciones en el Derecho romano-vulgar, formulaciones visigóticas, floración medieval de los tipos de donaciones *post obitum* o donaciones *reservato usufructo—*, **cada uno por sí solo** sería merecedor de una conferencia o exposición detallada. Lo cual excusa la pobreza de mis indicaciones, en su caso.

Unas precisiones sobre la Valencia medieval, como es lógico, han parecido necesarias.

Finalmente, una visión esquemática de algunos componentes de *nuestra codificación en el siglo XIX* y de particularidades notables de los *derechos históricos de los territorios ‘forales’*, ha cerrado este peculiar *epígrafe* en orden a los supuestos de hecho elegidos de entre el pasado.

3.^a Situado ante la problemática suscitada por *la normativa actual*, he presentado una visión *sincrónica* de los diferentes textos legislativos hoy vigentes en ESPAÑA, **remitiendo** a las conocidas interpretaciones doctrinales y **excluyendo** aquellos supuestos de negocios patrimoniales interconyugales de los que no iba a tratar.

Considerado el **QUID IURIS** como *una norma jurídica —gráficamente reducida* a “Si es S, debe ser P”—, a sus *elementos* habrá que aplicar las reglas generales pertinentes.

4.^a Teniendo a la vista el cómo proceder a la delimitación conceptual de nuestro tema en examen –**QUID CONCEPTUS**–, se han eliminado algunos supuestos de hecho desde el plano subjetivo, se han aplicado los criterios interpretativos en orden a la donación y desenvuelto algunas modalidades de las formas de adquisición, se ha precisado el carácter solemne del acto de donación y se ha aludido a la inserción de los factores o variables en función de tiempo y de espacio.

5.^a Una correcta determinación acerca de qué cosa sea la esencia –**QUID REI**– de la institución examinada pasaba por la diferenciación entre *los perfiles estático y dinámico* de la figura analizada.

Una perspectiva estructural evidencia que –ante el supuesto de hecho DONACIÓN ENTRE CÓNYUGES– nos encontramos con una figura encajable en el tipo de ‘contratos’, caracterizada por las notas de la no ‘transitividad’ y de la relación simétrica doblemente imperfecta. La estructura *formal* irá dada en función del documento empleado. La estructura *material* está determinada por la abundancia de los pactos (típicos, atípicos) que configuran el *contenido* del acto.

105

6.^a Referida **la perspectiva funcional** a la dinámica interrelación de los patrimonios conyugales, lo que conlleva la temática de la aclaración de las titularidades dudosas conyugales de bienes, se han recogido las consabidas repercusiones fiscales, en lo relativo a nuestro tema.

7.^a El hecho notable y característico de la concreción del **QUID VALORIS** nos ha llevado a **partir de la premisa de la legitimidad de la norma**, con sus repercusiones en orden a la ‘estimativa jurídica’, a la idea de *valoración* y a las opciones a elegir por el intérprete.

Los criterios utilizados a lo largo de la exposición han sido los *tradicionales* (histórico, positivista, literal, lógico-juri-

dico, estructural y retórico-argumentativo) y, además, los *especiales* relativos a los perfiles económico, teleológico, sistemático, constitucional, de la concurrencia de valores y de la justicia.

8.^a Atendiendo al aspecto de la concurrencia de valores, ha parecido conveniente aludir a la dependencia del régimen matrimonial e incidir en la problemática de las titularidades dudosas de bienes conyugales, lo que nos ha llevado a una visión *en perspectiva macroscópica* de las diferentes modalidades de regímenes matrimoniales. La selección se ha hecho partiendo desde la total comunidad de bienes y llegando a la total separación de bienes.

106

9.^a Atendiendo al aspecto derivado de la protección de los acreedores del donante, *de un lado*, y de la protección de los acreedores en situaciones concursales, *de otro lado*, ha parecido oportuno remitir a las reglas generales en materia de prueba y plantear crudamente el conflicto entre las dos distintas valoraciones. Todo ello, sin perjuicio de incidir posteriormente sobre estos puntos y con mayor amplitud.

10.^a Atendiendo, una vez más, al **punto de partida de la perspectiva 'ex constitutione'**, que lleva *al principio ético* del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de la inserción del principio de igualdad conyugal con carácter constitucional en todos los ámbitos jurídicos, se ha llegado a *la delimitación de la función especial del Derecho* de ser el instrumento humano de aplicación de la justicia (en todos sus perfiles) y de los valores jurídicos a ella conexos, presentando como resumen unos **criterios éticos** insoslayables.

11.^a Hecha la selección de problemas en cuanto a la *práctica jurídica*, se ha partido de la configuración del tema de la eficacia de la norma tanto en orden a sus destinata-

rios como en orden a su aplicación por los Tribunales de justicia e intérpretes ('operadores jurídicos') del derecho.

12.^a *Algunos problemas de aplicación de la norma aquí seleccionados* han ido oscilando desde la situación de *convivencia* (efectos constante matrimonio respecto de los cónyuges, de los hijos del matrimonio o de un matrimonio anterior de un cónyuge o de los acreedores del cónyuge deudor), *pasando por* la situación de *cese de la convivencia* (efectos respecto de los ex-cónyuges, y de los hijos del matrimonio) y de los supuestos de posibilidad de *revocación* de la donación (bien por nulidad, separación o divorcio, bien por superveniencia de hijos –con distintos matices diferenciadores–, bien por incumplimiento de las cargas de la donación, bien por ingratitud del donatario), y *llegando a plantear* la posibilidad de aplicación de la doctrina de la 'frustración del fin' a nuestro tema analizado.

107

13.^a *A los casos decididos por nuestra jurisprudencia –TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA–, convenientemente seleccionados por su específica conexión con el tema examinado y presentados muy esquemáticamente, ha aludido la parte última del iter expositivo.*

14.^a Respecto de *las relaciones entre las masas patrimoniales conyugales y los terceros*, se ha presentado a modo de cierre un conjunto de apuntes que permitan a los juristas prácticos tener claridad de planteamientos a la hora de formular una *demanda* o de *contestarla* o de *reconvenir*. Con los consabidos distinguos entre demandante y demandado, en función de quiénes sean éstos (acreedores, hijos, cónyuges).

Bibliografía (*)

AA. VV.:

- "Le langage du droit", Tomo XIX de los *Archives de Philosophie du droit*, publicación del C.N.R.S., ed. Sirey, París, 1974.
- "Reformes du droit de la famille", Tomo 20 de los *Archives de Philosophie du Droit*, publicación del C.N.R.S., edit. Sirey, París, 1975.

AGUSTÍN TORRES, Antonio-Carmelo:

- "Fiscalidad de algunas cesiones entre cónyuges. El art. 23 de la Compilación", en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 4, 1994, págs. 1009-1019.

ARNAUD, André-Jean:

- Essai d'analyse structurale du Code Civil Français (La règle du jeu dans la paix bourgeoise)*, Publicaciones de la L.G.D.J., edición de R. Pichon y R. Durand Auzias, París, 1973.

ARVIZU Y GALARRAGA, Fernando de:

- La disposición 'mortis causa' en el Derecho Español de la Alta Edad Media*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Pamplona, 1977.

BARRERO GARCÍA, Ana María:

- "El Derecho romano en los 'Furs' de Valencia de Jaime I", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XLI, Madrid, 1971, págs. 639 a 664.

BELDA SOLER, María Angeles:

- El régimen matrimonial de bienes en los "Furs de Valencia"* (Contribución al estudio de las instituciones del Derecho histórico valenciano), Editorial Cosmos, Valencia, 1966: en especial, págs. 97 y sigs.

BELLO JANEIRO, Domingo:

- "Los acreedores y la modificación del régimen económico-matrimonial", en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 7, Julio-Septiembre 1993, págs. 33-67.
- *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1993.

(*) Relación bibliográfica en orden alfabético sobre el tema de *Donaciones entre cónyuges* (al día 16 de febrero de 1995, fecha de la conferencia precitada).

BIONDI, Biondo:

Istituzioni di Diritto Romano, Cuarta edizione ampliata ed aggiornata, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1965, *en especial*, parágrafo 217, págs. 763 y sigs.

BLANQUER UBEROS, Roberto:

“La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones”, en *Revista de Derecho Notarial*, Enero-Marzo 1982, n.º 115, págs. 7 a 86, *en especial* págs. 36 y sigs. y 62 y sigs.

BLASCO GASCO, F.:

“Modificación de régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 C.c.”, en *A.D.C.*, Tomo XLVI, II, Abril-Junio 1993, págs. 599 y sigs.

BROSETA PONT, Manuel:

“La presunción Muciana y el Derecho de Quiebras”, en *Rev. de Der. Mercantil*, 1960 (págs. 299 y sigs.) y 1961 (págs. 77 y sigs.).

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio:

– “La contratación entre cónyuges”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVIII-Fasc. III, Octubre-Diciembre 1985, págs. 505 a 584: *en especial*, epígrafe X, págs. 559-563.

– “La mutabilidad del régimen económico matrimonial”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVII-Fasc. II, Abril-Junio 1994, págs. 115-235, *en especial* págs. 168 y sigs.

CALASSO, Francesco:

– *Medio Evo del Diritto. – I. Le Fonti*, edit. A. Giuffrè, Milano, 1954.

– “*Introduzione al diritto commune*”, edit. A. Giuffrè, Milano, 1970.

CÁMARA, Manuel de la:

“La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia”, ed. SEPARATA (n.º 9) del *BOLETÍN DE INFORMACIÓN* del ilustre Colegio Notarial de Granada, Imprenta Márquez, Granada, Mayo 1986: *en especial*, págs. 169 y sigs.

CANO REVERTE, José María:

“Las aportaciones entre cónyuges y a la sociedad conyugal: tributación y concordancia entre aspectos civiles y fiscales”, en *BOLETÍN DE INFORMACIÓN* del I.C.N. de Granada, n.º 166, Octubre 1994, págs. 2129 y sigs.

CÁRCABA FERNÁNDEZ, María:

La simulación en los negocios jurídicos, edit. Librería Bosch,

Barcelona, 1986, págs. 23 y sigs., 49 y sigs., *en especial* 84 y sigs., 111 y sigs. y 119 y sigs.

CERDÁ GIMENO, José:

– RECENSIÓN al volumen de S. DI PAOLA “Contributi ad una Teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano” (Ed. Giuffrè, Milano, 1966), publicada en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 477, Marzo-Abril 1970, págs. 596 a 602.

– “La prueba de las titularidades conyugales en el régimen de separación de bienes”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, año CXXVIII, 2.ª época, Tomo LXXIX, (247 Colección), n.º 6, Diciembre 1979, págs. 623 y sigs. **Ahora formando parte de mi libro** *Estudios sobre Derecho de Familia*, editorial Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, págs. 45-58.

– COMENTARIOS al artículo 66 de la CDC. BALEARES (**redacción de 1961**), en la colección dirigida por M. ALBALADEJO GARCÍA *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, volumen 2.º, ed. Edersa, Madrid, 1981, págs. 107 y sigs., *en especial* págs. 111-114.

– “De nuevo sobre la revisión del Derecho Civil de Baleares: en especial, del Libro III –IBIZA y FORMENTERA– de la Compilación de Derecho Civil de Baleares”, en *Revista Actualidad Civil*, Año 1989, T. I, págs. 265 y sigs., *en especial* págs. 279 y sigs.

– “Unas reflexiones acerca de la comparación de los regímenes económico-matrimoniales de VIZCAYA y de BALEARES”, PONENCIA OFICIAL para el Congreso de Derecho Vasco (Bilbao, 20-23 Febrero 1991), publicada **parcialmente** en *Estudios Deusto*, volumen 39/1, Enero-Junio 1991, Universidad de Deusto, págs. 125-217, y en el volumen *colectivo* titulado *Jornadas Internacionales sobre Instituciones Civiles Vascas*, Universidad de Deusto. Bilbao, 1991, edición a cargo de Juan Churrua y María González, Imprenta Artes Gráficas Rontegui, S.A.L., Erandio (Vizcaya), págs. 195-297.– Publicada **totalmente**, *constituyendo el epígrafe A.3 del Capítulo I (“Relaciones Familiares de iure”)*, **de mi libro titulado** *Estudios sobre Derecho de Familia*, con PRÓLOGO de D. Luis Puig Ferriol, Edición del ‘Centro de Estudios Registrales’ del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Imprenta J. San José, S.A., Madrid, 1993, págs. 145 a 411.

– “Unas notas sobre un tema clásico (Relaciones patrimoniales entre cónyuges)”, artículo para el *LIBRO-HOMENAJE a D. JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ (actualmente en prensa)*. (Con posterioridad a la conferencia, en Edición de Marcial Pons, Madrid, Octubre 1995, págs. 131-153).

– *La Protección del Crédito en la Jurisprudencia*: Edición a cargo del ‘Consejo General del Notariado’ (**actualmente en prensa**). (Con posterioridad a la conferencia, en Ed. citada, Madrid, Noviembre 1995).

CHICO ORTIZ, José María:

– “Bienes privativos convertidos en gananciales”, en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad*, n.º 43, Enero 1970.

– *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, edit. M. Pons, Madrid, 1981-1982, Tomo I, pág. 514, y Tomo II, págs. 278 y sigs.

– COMENTARIO a la Resolución de 10 de marzo de 1989 (BOE. de 13 de abril), publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 602, Enero-Febrero 1991, págs. 221-235.

– “La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma”, artículo en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 614, Enero-Febrero 1993, págs. 219-234.

– COMENTARIOS a la Resolución de 7 octubre 1992 (BOE 18 noviembre) y a la Resolución de 26 de octubre de 1992 (BOE. de 1 diciembre), publicados en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 616, Mayo-Junio 1993, págs. 1052-1061 y 1047-1052, respectivamente.

CORNU, Gérard:

Les régimes matrimoniaux, París, 1981.

DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús:

El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña, ed. Tecnos, Madrid, 1974.

DELGADO RAMOS, Joaquín:

“Tratamiento fiscal de los desplazamientos patrimoniales en el régimen económico-matrimonial”, artículo en el *Boletín de Información del ilustre Colegio Notarial de Granada*, n.º 161, Mayo 1994, págs. 1099 a 1117.

DI PAOLA, Santi:

– *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Edit. Giuffrè, Milano, 1966: en especial, capítulo II, págs. 39 y siguientes, y 101 y sigs.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis:

– “Comentarios al Código Civil” (art. 1.323), en la obra *colectiva Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ed. Tecnos, Madrid, 1984, Tomo II, págs. 1510 y sigs.

– “La reforma de 1981 y el régimen económico-conyugal”, en el volumen *Familia y Derecho*, ed. Civitas, 1.^a edición, Madrid, 1984, págs. 151 y sigs.

– *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.^a edición (corregida y puesta al día), Edit. Ariel, Barcelona, Septiembre, 1993.

ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, Santiago:

– “La dinámica patrimonial en la sociedad de gananciales”, en *Revista de Derecho Notarial*, Abril-Junio 1985, n.º 128, págs. 41 a 113.

– *La comunicación ganancial*, CONFERENCIA en la ‘Academia Sevillana del Notariado’ el día 15 de noviembre de 1986, publicada en el volumen *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo II, Editorial Edersa, Madrid, 1988, págs. 11-145.

– “La contratación entre cónyuges en el sistema ganancial”, **artículo** para el *LIBRO-HOMENAJE A JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO*, publicado en el **volumen I de dicha obra**, edición a cargo de la ‘Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España’, Madrid, 1988, págs. 213-294: *en especial, epígrafe IX.9, págs. 287-290.*

ESPERT SANZ, Vicente:

La frustración del fin del contrato, Editorial Tecnos, Madrid, 1968, págs. 239 y sigs.

ESSER, Josef:

“La interpretación” (traducción de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO), en *ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO*, I.N.E.J., Nueva Epoca, Tomo III, Madrid, 1986, págs. 41-73.

GARCÍA CANTERO, Gabriel:

– “Notas sobre el régimen patrimonial primario”, en *Documentación Jurídica*, n.º 33-36, Enero-Diciembre 1982, Tomo I, págs. 299 y sigs., *en especial, pág. 311.*

– “La comunicación foral como régimen supletorio en la Ley del Parlamento Vasco”, en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 16, Julio-Diciembre 1993, págs. 45-59.

– **Revisión** al “Derecho de Familia. Relaciones Conyugales” (Tomo V, vol. 1.º de la obra de J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, común y foral*), editorial Reus, Madrid:

10.^a edición, 1983, págs. 339 y 549 y sigs.

11.^a edición, 1987, págs. 357 y 592 y sigs.

12.^a edición, 1994, págs. 389 y 646 y sigs.

GARCÍA GALLO, Alfonso:

“Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XLVII, Madrid, 1977, págs. 425 a 497.

GARCÍA GARRIDO, Manuel:

– “El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el Derecho vulgar romano-visigótico”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1959, págs. 389-446 (**luego formó parte** de su obra posterior, que seguidamente se cita: págs. 135-189).

– *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil.- I. La tradición romanística*: publicación a cargo del ‘Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces’ (C.E.U.R.A.), editado por Ediciones CEAC, S.A., Barcelona, primera edición, Julio 1982.

GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan:

“Domna et domina, potens et usufructuaria”, en *Anuario de Derecho Foral*, Tomo II, editorial E. Gómez S.L., Pamplona, 1976-1977, págs. 97-322.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio:

– *La atribución voluntaria de ganancialidad*, edit. Montecorvo, Madrid, 1986.

– *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, ed. Tecnos, Madrid, 1987.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente:

“Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores”, en Colección *Jurisprudencia Práctica*, Ed. Tecnos, n.º 20, Madrid, 1991.

HEDEMANN, Justus Wilhelm:

Las presunciones en el Derecho (traducción de L. SANCHO SE-RAL), Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Serie B., volumen XVII, 1.^a edición, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931.

HERRERO GARCÍA, María José:

“Comentario del Código Civil” (art. 1.323), en la obra *colectiva Comentario del Código Civil*, ed. del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo II, págs. 596 y sigs.

HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo de:

Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Dere-

cho Civil, **Discurso** leído ante la 'Real Academia de Ciencias Morales y Políticas' el día 26 de mayo de 1907, en "OBRAS. Tomo II. Estudios de Investigación", Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Gráficas González, Madrid, 1955, págs. 343 a 385.

ISÁBAL, Marceliano:

– **VOZ** "Donación entre cónyuges", en *ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA* por Luis MOUTON Y OCAMPO, Lorenzo María ALIER Y CASSI, Enrique OLIVER RODRÍGUEZ y Juan TORRES BALLESTÉ, Tomo Duodécimo, Francisco Seix, Editor, Barcelona, s.f., págs. 593 a 600.

LACRUZ BERDEJO, José Luis:

– *Derecho de Familia (El matrimonio y su economía)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963, págs. 235 y sigs.

– "El libro visto por su autor", **Recensión** al 'Derecho de Familia' (citada), en *Anuario de Derecho Civil*, T. XVII, Fasc. III, págs. 643 y sigs., en especial págs. 656 y sigs.

– (y **SANCHO REBULLIDA, Francisco**):

– *Derecho de Familia*, T. I, 2.^a ed., edit. Bosch, Barcelona, 1974, págs. 153 y sigs.

– "Derecho de Familia (conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)", es el **volumen IV** de su obra *Elementos de Derecho Civil*, edit. Bosch, Barcelona, 1983, págs. 277 y sigs.

LARENZ, Karl:

Metodología de la Ciencia del Derecho:

– Traducción de la 1.^a edición alemana de 1960, a cargo de E. GIMBERNAT ORDEIG, Ed. Ariel, 1.^a edición, Barcelona, 1966.

– Traducción de la 4.^a edición alemana de 1979, con revisión y ampliación de la 2.^a edición española de 1980, a cargo de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, 1.^a edición en Ariel-Derecho, edit. Ariel, S.A., Barcelona, 1994.

LASARTE ALVAREZ, Carlos:

"Adultera, pero hereda" (NOTA sobre la Reforma del Código Civil por LEY/11 de 18 octubre 1990), en Revista *TAPIA*, Diciembre 1990, pág. 13.

MARTÍNEZ GIJÓN, José:

"El régimen económico del matrimonio y el proceso de redacción de los textos de la familia del Fuero de Cuenca", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XXIX, Madrid, 1959, págs. 45 a 151.

MASOT MIQUEL, Miguel:

- "COMENTARIOS al artículo 4 CDC. BALEARES" (**redacción de 1961**): en la colección dirigida por M. ALBALADEJO GARCÍA *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, volumen 1.º, ed. Edersa, Madrid, 1981, págs. 134-139.
- "La prohibición de donaciones entre cónyuges en el Derecho Civil de Mallorca" en la revista *Cuadernos de la Facultad de Derecho* -1-1982, Universidad de Palma de Mallorca, edita Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Imprime Jorvich, S.L., Industria Gráfica, Palma, 1982, págs. 91-118.

MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis:

- "Comentarios a los artículos 1.435-1.444", en la obra *colectiva* citada de Ed. Tecnos, Madrid, 1984, Tomo II, págs. 1914 y sigs.
- "La sociedad de gananciales (II. El activo ganancial)", en la obra *colectiva* por él coordinada, a cargo de A. M. LÓPEZ, V. L. MONTÉS, E. ROCA y M. R. VALPUERTA, editorial Tirant lo Blanch (Serie Derecho), Valencia, 1991, págs. 229 y sigs.
- "El régimen de separación de bienes", en la obra *colectiva* citada, págs. 274 y sigs.

115

MOZOS y DE LOS MOZOS, José Luis de los:

- "Comentarios al Código Civil (artículos 1.315-1.391)", en la obra colectiva dirigida por M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Ed. Edersa, Madrid, 2.ª edición, Tomo XVIII, vol. 1.º, págs. 151-169.
- "Comentarios al Código Civil" (artículos 1.344-1.410)", en obra citada, T. XVIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1984, págs. 184 y sigs., 205 y sigs., y 218 y sigs.

MURGA GENER, José Luis:

Donaciones y testamentos "in bonum animae" en el Derecho Romano tardío, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Pamplona, 1968.

NÚÑEZ PAZ, María Isabel:

"Estudio histórico en torno a la suerte de los bienes donados por razón de matrimonio al finalizar la sociedad conyugal. Desde el más antiguo Derecho Romano hasta la reforma de 1981, en el Código Civil actual", en *Revista de Derecho Notarial*, n.º 140, Abril-Junio 1988, págs. 205-259.

PARA MARTÍN, Antonio:

Presunción Muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges, ed. Bosch, Barcelona, 1981.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel:

– “Comentarios del Código Civil” (arts. 1.355 y 1.359), en la obra *colectiva* citada del Ministerio de Justicia, Tomo II, págs. 667 y sigs., y 676 y sigs.

– *Derecho de Familia*, Ed. Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1989.

PERELMAN, Ch.:

La lógica jurídica y la nueva retórica (traducción de L. Díez-PICAZO), edit. Civitas, Madrid, 1979.

– (y FORIERS, P.):

Les présomptions et les fictions en droit, Publicaciones del C.N.R.L., ed. Établissements Emile Bruylant, S.A., Bruxelles, 1974.

PÉREZ POLO, Enrique Javier:

“Breve consideración sobre los aspectos fiscales de la ‘aportación a gananciales’”, artículo en el *BOLETÍN DE INFORMACIÓN* del ilustre Colegio Notarial de Granada, n.º 163, Julio 1994, págs. 169 a 1716.

PINTÓ RUIZ, Juan José:

“Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho Civil de Cataluña”, en *Rev. Jur. Cat.*, 1970, págs. 175 y sigs., y **posteriormente** en *Estudios Durán y Bas*, Barcelona, 1971, págs. 69 y sigs.

PUIG FERRIOL, Luis:

– *Contratación entre cónyuges* (CONFERENCIA en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, pronunciada el día 3 junio 1982) (INÉDITA: manejada, por su amabilidad).

– “Dret de Família i Dret Català”, en *Rev. J. Cat.*, 1989, págs. 9 y sigs.

– “La protecció del dret de credit en el Dret Familiar Català”: PONENCIA OFICIAL a las VII Jornadas de Dret Català a Tossa de 1994 (INÉDITA: manejada por su amabilidad). (UNA PARTE de dicha PONENCIA, en versión castellana, aparece publicada con el título “La contratación entre cónyuges en el Derecho Civil de Cataluña”, en la Revista mensual de Derecho *Cuadernos Jurídicos*, n.º 25, Año 3 - Diciembre 1994, págs. 46-54).

PUIG PEÑA, Federico:

– “Compendio de Derecho Civil Español.–Tomo IV. Familia y Sucesiones, Volumen 1” (Capítulo CXVIII, epígrafe IV): Madrid, 1947, págs. 275 a 280.

— **Voz** “Donaciones por razón de matrimonio”, en *NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA*, Tomo VII (*preparado por Buenaventura PELLISE PRATS*), *dirección* de Carlos E. MASCAREÑAS, Francisco SEIX, Editor, Barcelona, 1955, epígrafe III-apartado C, págs. 809 a 819.

PUIG SALELLAS, Josep M.^a:

– “Les relacions econòmiques entre esposos en la societat catalana d’avui”, en *Rev. Jur. Cat.*, 1981, págs. 379 y sigs.

– “La reforma de la Compilació en materia de relacions econòmiques entre cónyuges”, en *Rev. Jur. Cat.*, 1983, págs. 541 y ss.

– “Incidencia del divorci en la Reforma de 1984 de la Compilació”, en *Rev. Jur. Cat.*, 1986, págs. 7 y sigs.

– “El dret de família a Catalunya i la realitat social”, en *Rev. Jur. Cat.*, 1990, págs. 875 y sigs.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe:

Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge, con PRÓLOGO de L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, edit. Tecnos, S.A., Madrid, 1987.

REBOLLEDO VARELA, Angel Luis:

Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil), edit. Montecorvo, Madrid, 1983.

ROCA SASTRE, Ramón María:

– “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho Sucesorio”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo I, edit. Reus, Madrid, 1945, págs. 331 y sigs.

– “Naturaleza jurídica de la aportación social”, **CONFERENCIA** en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia en 1946, *publicada* en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 179, Madrid, 1946, págs. 425 y sigs.

RUBIO SACRISTÁN, José Antonio:

“‘Donationes post obitum’ y ‘Donationes reservato usufructo’ en la Alta Edad Media de León y Castilla”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, ed. del ‘Centro de Estudios Históricos’ (Junta Para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas), Tomo IX, Madrid, Tipografía de Archivos, Olózaga, 1, 1932, págs. 1 a 32.

SAMPER POLO, Francisco:

“La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1968, T. 38, págs. 131 y ss.

SAVATIER, René:

– *La séparation de biens en droit français*, Ediciones Dalloz-Defrénois, Imprimerie Hérissey Évreux (EURE), París, 1973, en especial págs. 68 y 269 y sigs.

– “Des clauses de présomption de propriété dans le régime de séparation de biens”, en Repertorio *DEFRENOIS*, París, 1934, artículo 24.006, págs. 741 y sigs.

SIGNES PASCUAL, Mario:

“La tributación de las aportaciones de bienes privativos de los cónyuges a la sociedad de gananciales”, **artículo** en el *BOLETÍN DE INFORMACIÓN* del ilustre Colegio Notarial de Granada, n.º 161, Mayo 1994, págs. 1119 a 1129.

TARELLO, Giovanni:

L'interpretazione della legge, ed. A. Giuffré, Milano, 1980, esp. págs. 101 y sigs. y 153 y sigs.

TAULET Y RODRÍGUEZ-LUESO, Enrique:

“Derecho foral valenciano” (**Discurso** leído el 16 de mayo de 1950, y **Contestación** de D. JOAQUÍN DUALDE GÓMEZ), en Publicaciones de la *Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación*, ilustre Colegio de Abogados de Valencia, Cuaderno n.º 35, ed. de Talleres Gráficos Miguel Laguarda, Valencia, s.f. (1950?).

TORRALBA SORIANO, Vicente:

– “Comentarios del Código Civil (arts. 1.355 y 1.359)”, en la obra *colectiva* citada de Edit. Tecnos, Tomo II, págs. 1629 y sigs., y 1645 y sigs.

TORTORICI PASTOR, Cristina:

“En torno a la muciana moderna del artículo 1.442 del Código Civil”, en *A.D.C.*, T. XLIII-IV, 1990, págs. 1189 y sigs., en esp. 1197 y sigs.

TRUJILLO CALZADO, María Isabel:

La constitución convencional de comunidades: el contrato de comunicación de bienes, prólogo de M. ALBALADEJO, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.:

– *Estudios sobre Donaciones*, editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1978: **especialmente, Sección 3.ª** (Donaciones entre cónyuges), págs. 305 y sigs.; **Sección 4.ª, epígrafe IV** (La conversión jurídica material aplicada a las Donaciones entre esposos), págs. 431 y sigs.; y **Sección 6.ª** (Donaciones disimuladas), págs. 591 y sigs.

– “El Excmo. Sr. Don Antonio Hernández Gil, Numerario y Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”: **DISCURSO** leído el día 7 de noviembre de 1994 en la sesión inaugural del curso académico 1994-1995, Publicaciones de la *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, imprenta Aguirre, Madrid, 1994.

VIEHWEG, Theodor:

– *Tópica y jurisprudencia* (traducción de L. Díez-PICAZO), edit. Taurus, Madrid, 1964.

– *Tópica y filosofía del derecho* (traducción de J. M. SEÑA, y revisión de E. GARZÓN VALDÉS y R. ZIMMERLING), editorial Gedisa, 1.^a edición, Barcelona, 1991, págs. 15 y sigs., 99 y sigs., **114 y sigs.**, 141 y sigs., 150 y sigs., 163 y sigs., 176 y sigs. y 196 y sigs.

VISMARA, Giulio:

– “L’unità della famiglia nella storia del diritto italiano”, **en el volumen** *Famiglia e successioni nella storia del diritto*, Edizioni Studium, Roma, 1975.

– *Storia dei patti successori*, Dott. A. Giuffré, Milano, 1986.

– *Scritti di storia giuridica*.– 2. *La vita del diritto negli atti privati medievali*, Dott. A. Giuffré, Milano, 1987.

YSÀS SOLANES, María:

El divorcio y el Derecho Familiar Catalán, ed. Bosch, Barcelona, 1986.

ACOTACIONES A UNA DELIMITACION DE LA NATURALEZA JURIDICA Y LA VINCULACION CONTRACTUAL DE LAS PARTES CONTRATANTES EN LA COMPRAVENTA A PLAZOS CON RESERVA DE DOMINIO

121

GONZALO FERNÁNDEZ-ESPINAR

Abogado del I.C. de Madrid

Doctor en Derecho

SUMARIO: 1. LA RESERVA DE DOMINIO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ANTERIORES A LA LEY DE VENTAS A PLAZOS DE BIENES MUEBLES DE 17 DE JULIO DE 1965. 2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESERVA DE DOMINIO Y LA INVIABILIDAD DE ALCANZAR UNA SOLUCIÓN UNITARIA. 3. LA AUTONOMÍA DE LA RESERVA DE DOMINIO FRENTE A OTROS MEDIOS GARANTÍSTICOS. 4. EL CONTENIDO DE LA RELACIÓN JURÍDICA OBLIGACIONAL *INTER PARTES*. 4.1. El incumplimiento del comprador. 4.2. El incumplimiento del vendedor. 4.3. La asunción de riesgos y la atribución de los frutos. 5. LA NATURALEZA DE LA SITUACIÓN POSESORIA DE LAS PARTES. 6. LOS DERECHOS DE LOS TERCEROS CAUSAHABIENTES DE LOS CONTRATANTES.

1. La reserva de dominio en la doctrina y Jurisprudencia anteriores a la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 17 de julio de 1965

El estudio del *pactum reservati dominii* se ha corporeizado en nuestros días en una temática clásica del Derecho privado de gran aplicación práctica en el tráfico jurídico, si bien lastrada por una insuficiente regulación iuspositiva y una extraordinaria diatriba doctrinal en torno a la cimentación de su Naturaleza jurídica, lagunas y contenciosos objeto de detallada atención por la hermenéutica jurisprudencial en la materialización de su función complementadora del Ordenamiento Jurídico encomendada por el artículo 1.VI C.c.

122

Con anterioridad a la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles (LVP) 50/1965, de 17 de julio (1), la admisión de la presente cláusula aseguratoria del cobro del precio aplazado (2) suscitó enconadas controversias en la doctrina, especialmente circunscritas a la pretendida inmoralidad de determinados efectos anexos a la reserva de dominio y el aspecto o carácter real de la misma una vez extrapolada del ámbito exclusivamente obligacional.

Así, se criticó vivamente el sometimiento del comprador a las condiciones contractuales impuestas por el vendedor —más concretamente, la retención por éste de los plazos ya satisfechos antes del incumplimiento o la pérdida, por el comprador, del beneficio del aplazamiento del pago en el supuesto de retraso en la satisfacción de algún plazo—, y el

(1) Artículo 6.XII LVP 1965 (ARANZADI: Repertorio n.º 1.313): “Los contratos, además de los pactos y cláusulas que las partes libremente estipulen, contendrán con carácter obligatorio las circunstancias siguientes:

12.— La cláusula de reserva de dominio, si así se pactara ...”.

(2) De conformidad con la STS 1.ª de 10 de junio de 1958 —ARANZADI: Repertorio n.º 2.142—, la reserva “consiste en una estipulación expresa de las partes, por virtud de la que el dominio de la cosa no se transfiere al comprador mientras no se realice el pago total del precio, viniendo a constituir simplemente una garantía de pago”.

aspecto real –o “anverso de la moneda” (3)– que representa la reserva de dominio en su acepción clásica, en cuya virtud se modifica el sistema legal de transmisión de derechos reales consagrado en los artículos 609 y 1.095 C.c. (4), sustrayendo a la compraventa de su afección al sistema del título y modo e inmovilizando la transmisión del derecho real más pleno y perfecto –la propiedad o titularidad dominical– por la sola voluntad de las partes.

La Jurisprudencia del TS, sin embargo, admitió tempranamente la validez y licitud del pacto en su STS 1.^a de 16 de febrero de 1894 –ponente D. Enrique Lassús (5)–, doctrina proseguida en reiteradas sentencias (6) en base a una dualidad de razones: la inexistencia de contravención entre la reserva de dominio y la esencia del contrato de compraventa en el que se estipula, dado que el sistema español no obliga a la inmediata transmisión de la propiedad ven-

(3) L. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 1983, tomo II, p. 665. Análogamente, con anterioridad, P. CLARET MARTÍ: “El contrato de compraventa con reserva de dominio según la legislación y la jurisprudencia española”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1930, tomo 156, pp. 516-518 y, posteriormente, J. B. VALLET DE GOYTISOLO: *Estudio sobre derecho de cosas*. Tomo II: “La reivindicación mobiliaria”, 1986, p. 346.

(4) Artículo 609 C.c., párrafo II: “La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”. Artículo 1.095 C.c.: “El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada”.

(5) Colección Legislativa de España, *Jurisprudencia Civil*, 1910, vol. I, n.º 53, pp. 268-273.

(6) Verbigracia las SSTs 1.^a de 6 de marzo de 1906 –*Jurisprudencia Civil*, 1907, vol. I, n.º 85, pp. 539-545–; 30 de noviembre de 1915 –*Jurisprudencia Civil*, 1917, vol. III, n.º 119, pp. 770-775–; 14 de enero de 1929 –*Jurisprudencia Civil*, 1930, vol. I, n.º 36, pp. 198-205–; 6 de febrero de 1929 –*Jurisprudencia Civil*, 1930, vol. I, n.º 104, pp. 548-558–; 11 de marzo de 1929 –*Jurisprudencia Civil*, 1931, vol. II, n.º 59, pp. 311-318–; 20 de marzo de 1930 –ARAZADI: Repertorio n.º 781–; 10 de junio de 1958 –ARAZADI: Repertorio n.º 2.142–; 11 de julio de 1983 –ARAZADI: Repertorio n.º 4.208–; 19 de mayo de 1989 –ARAZADI: Repertorio n.º 3.778–; 23 de abril de 1990 –ARAZADI: Repertorio n.º 2.763–; 10 de mayo de 1990 –ARAZADI: Repertorio n.º 3.699–; 23 de octubre de 1991 –ARAZADI: Repertorio n.º 7.235–; 10 de diciembre de 1991 –ARAZADI: Repertorio n.º 8.926–; 21 de enero de 1992 –ARAZADI: Repertorio n.º 1.517– y 17 de junio de 1992 –ARAZADI: Repertorio n.º 5.318–.

dida (7), y el respeto que el pacto representa respecto de los límites de la autonomía de la voluntad estipulados ex artículo 1.255 C.c.

Inexistiendo, consecuentemente, rechazo jurisprudencial, desde antaño, a nuestra figura, el sentir doctrinal se ha caracterizado, por el contrario, por una enconada polémica, que si bien ha desaparecido en lo atinente a los bienes muebles sometidos a la LVP de 1965 (8), persiste respecto de la totalidad de los bienes inmuebles y, asimismo, los muebles excluidos del ámbito legislativo de la LVP, al adolecer el Ordenamiento Jurídico de regulación positiva (9).

Ello no obstante, es factible afirmar que la moderna doctrina se ha inclinado por una interpretación analógica del reconocimiento efectuado por el artículo 6.XII LVP (10), habiendo basculado en nuestros días el verdadero problema

(7) M. ALBALADEJO GARCÍA: "La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, vol. I, pp. 409-411; R. CASAS VALLÉS: "La reserva de dominio en la venta de inmuebles. Apuntes sobre su naturaleza jurídica a la vista de algunas sentencias del Tribunal Supremo", *Revista de Jurisprudencia Civil*, 1986, n.º 3, p. 623; E. GIMÉNEZ ROIG: *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*, 1991, pp. 170-174.

En contra del expresado planteamiento F. JORDANO FRAGA -"Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988", *Anuario de Derecho Civil*, 1989, n.º IV, pp. 1362-1364-, para quien la responsabilidad por evicción del vendedor constituye el indicador fundamental a los efectos de estimar su efectiva obligación de transmitir la propiedad.

(8) El artículo 1 LVP sancionó que "es objeto de la presente Ley la regulación de las ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles ...", dicción extensamente desarrollada por el artículo 1 del Decreto de 12 de mayo de 1966 (ARANZADI: Repertorio n.º 899), a su vez modificado por el Decreto 2163/1974, de 20 de julio (ARANZADI: Repertorio n.º 1.598) y los RRDD 3128/1978, de 1 de diciembre y 604/1984, de 8 de febrero (ARANZADI: Repertorio números 80, de 1979, y 866, respectivamente).

(9) Abstracción hecha de que, en el ámbito inmobiliario, la finalidad ejecutiva típica de la reserva de dominio -el aseguramiento del cobro del precio aplazado- es plenamente satisfecha por un consolidado sistema de garantías hipotecarias, cimentado en la eficacia del funcionamiento de las instituciones registrales, y la difusión disfrutada por la condición resolutoria explícita.

(10) R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su Naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, 1971, pp. 122-123; M. AMORÓS GUARDIOLA: "El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 1972, pp. 9-41; CASAS VALLÉS: "La reserva..." cit., pp. 641-643.

de fondo de la reserva de dominio hacia la necesidad de un replanteamiento global de su naturaleza y eficacia jurídica, aspectos que abordamos en el siguiente epígrafe de este trabajo de investigación.

2. La Naturaleza jurídica de la reserva de dominio y la inviabilidad de alcanzar una solución unitaria

La construcción, clásica y mayoritaria, que postula nuestra figura como condición suspensiva del efecto propio de la perfecta ejecución de la teoría del título y el modo —la adquisición de la propiedad—, tempranamente defendida en la doctrina italiana (11), adolece del error de considerar que la condición —elemento accidental, autolimitación o determinación accesoria de la voluntad definible como “la limitación puesta por el sujeto a su declaración de voluntad, en virtud de (la cual) los efectos jurídicos del negocio se hacen depender de un acontecimiento futuro e incierto” (12)— pueda hacer subordinar el perfeccionamiento de un negocio jurídico, al constituir en realidad un requisito de su eficacia (13).

125

(11) L. LORDI: *Le obbligazioni commerciali*, 1933, Nápoles, p. 149.

(12) M. ALBALADEJO: *El negocio jurídico*, 1958, p. 231.

(13) En este sentido las certeras palabras de DÍEZ-PICAZO —*Fundamentos...* cit., tomo I, pp. 542-543—, para quien “cabe discutir si la condición todavía no producida deja en suspenso el comienzo mismo de la relación obligatoria, de manera que se puede hablar de una ‘suspensión de la vigencia de la relación’ y es la aparición del evento condicionante lo que marca el comienzo de la vigencia de la obligación, o si, por el contrario, la condición suspende simplemente la eficacia, como dice el artículo 1.122 (C.c.), y fija por tanto la plena eficacia de una relación que, sin embargo, es ya existente. El problema no aparece nítidamente dibujado en nuestro Código Civil. Es verdad que en la fase de pendencia las partes no son todavía plenos titulares de los derechos previstos, ni se encuentran plenamente sujetos por los deberes que la relación impone. Sin embargo, no cabe negar que las partes han entrado ya en relación. Además ocurre que, como en el caso de producirse la condición, los derechos y los deberes van a alcanzar su plenitud, es necesario organizar una situación provisional de protección de los eventuales intereses de cada una de ellas. Por esto, la relación obligatoria condicional existe desde el momento de la celebración del negocio constitutivo, si bien atraviesa en un primer momento una fase interina de eficacia debilitada”.

En el marco de este planteamiento, la doctrina (14) y Jurisprudencia (15) mayoritarias, como se adelantó *supra*, han estimado la suspensión traslativa temporal del dominio (16), si bien no faltan argumentos contrarios a esta construcción, basamentados en una censura bimembre. Así, y en primer lugar, se critica que la realización de la condición originaría una adquisición *ex tunc*, con eficacia retroactiva, y no *ex nunc* como defiende la presente teórica (17), y, en segundo término, cabría imputar al vendedor, con base en esta doctrina, inexistencia de *animus* traslativo del dominio y, subsiguientemente, incumplimiento de sus obligaciones contractuales (18).

(14) Vgr. F. CANDIL CALVO: *Pactum reservati dominii*, 1915, pp. 72-79; J. GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, 1969, tomo II, p. 97, y C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ: *Las ventas a plazos de bienes muebles*, 1988, pp. 61-63.

(15) SSTs 1.ª de 6 de marzo de 1906, 30 de noviembre de 1915, 14 de enero de 1929, 6 de febrero de 1929, 11 de marzo de 1929, 15 de marzo de 1934, 10 de junio de 1958, 11 de julio de 1983, 19 de mayo de 1989, 10 de mayo de 1990 y 18 de diciembre de 1990, citadas todas "supra" en cita 6 salvo las de 15-III-1934 y 18-XII-1990 -ARANZADI: Repertorios números 461 y 10.283, respectivamente-.

(16) En el mismo sentido la Ley 483 de la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra -aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo (ARANZADI: Repertorio n.º 456)-, cuando afirma que "por el pacto de reserva de dominio el vendedor conserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea pagado por completo, y podrá ejercitar las tercerías de dominio y demás acciones en defensa de su derecho. El contrato queda perfeccionado desde su celebración, pero el efecto de transmisión de la cosa quedará diferido hasta el pago total. Mientras tanto, corresponde al comprador la posesión y disfrute de la cosa vendida, con las limitaciones pactadas en su caso, así como estará a su cargo el riesgo y todos los gastos inherentes a aquélla; el vendedor, por su parte, queda obligado a no disponer de la cosa.

Inscrita la venta en el Registro de la Propiedad u otro Registro, todo acto de disposición de la cosa por parte del vendedor será sin perjuicio del derecho del comprador". (...)

(17) Cumplida la condición, el efecto retroactivo acaece *ipso iure* ex artículos 1.120 *in limine* y 1.123.I C.c. -con las únicas excepciones recogidas en idéntico artículo 1.120 C.c. relativas a frutos e intereses-, retroactividad que, no obstante, el Prof. Díez-PICAZO, en postura conciliadora, gusta calificarla como exigencia lógica, *factio iuris* o fórmula normativa de reglamentación de intereses. Díez-PICAZO: *Fundamentos...* cit., tomo II, p. 679.

(18) En contra ALBALADEJO -"La obligación..." cit., p. 411-, para quien del C.c. no se infiere la obligatoriedad del vendedor de transmitir la propiedad, cumpliendo aquél, exclusivamente, con la traslación posesoria y el mantenimiento del comprador en el disfrute pacífico ex artículo 1.474.I C.c.

Otro sector doctrinal identifica la reserva de dominio con una condición resolutoria (19), postulado en cuya virtud la propiedad se trasladaría al comprador, con carácter inmediato, tras el perfeccionamiento contractual y ulterior *traditio*, lo que condujo a DE CASSO ROMERO a reprobar la contradicción consistente en coexistir una propiedad efectiva del comprador con una reserva de dominio en favor del vendedor, así como la desprotección de éste frente a terceros acreedores o subadquirentes de buena fe del comprador (20).

Una tercera arquitectura doctrinal identifica el pacto de reserva de dominio con una venta a término, tesis recusable al carecer el pago del precio de las características propias del término —*dies certus an certus quando*— así como, en lo atinente al contenido de la relación contractual *inter partes*, adquirir el comprador la propiedad, aun cuando no se haya satisfecho todavía la totalidad del precio, y soportar el vendedor los riesgos, zozobras que, precisamente acudiendo al instituto de la reserva, intentaba el vendedor conjurar.

Una cuarta teoría establece equivalencia entre la reserva y un derecho real de garantía. Tributaria de la epistemología jurídica de BLOMEYER (21) y abanderada en nuestro país por BERCOVITZ (22), este último autor aduce tres motivos en defensa de sus postulados: la adopción en nuestro Ordenamiento de la prenda sin traslación posesoria en virtud de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento

(19) V. MONTES PENADÉS: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 1989, tomo XV, vol. I, p. 1.034; CASAS VALLÉS: "La reserva..." cit., p. 607.

Más antiguamente, J. DE ANDUIZA formuló que la compraventa con reserva dominical es un contrato mixto de compraventa y arrendamiento, sujeto el primero a condición suspensiva y el segundo a condición resolutoria. J. DE ANDUIZA: *La venta a plazos con reserva de dominio*, 1934, pp. 55-56.

(20) I. DE CASSO ROMERO: *La compraventa a plazos con reserva de dominio*, 1942, p. 17. En definitiva —concluía el autor— no sobrevenía una verdadera reserva, llegándose en consecuencia a destruir, incluso, la razón técnico-jurídica del pacto.

(21) A. BLOMEYER: *Studien zur Bedingungslehre. II Teil: Über bedingte Verfügungsgeschäfte* (Estudios sobre la teoría de las condiciones. Parte segunda: Sobre el acto de disposición condicionado), 1939, Berlín.

(22) BERCOVITZ: *La cláusula...* cit.

de 16 de diciembre de 1954 (23); la estrecha interrelación existente entre la precitada disposición de 1954 y la LVP de 1965 y, finalmente, la creación de un Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer ex artículo 23 LVP 1965 (24) –posteriormente intitulado Registro de Venta a Plazos por la Orden de 8 de julio de 1966 (25)– satisfactorio de las demandas de publicidad.

La estudiada argumentación doctrinal ha sido, sin embargo, objeto de severos reproches y, así, se ha reprobado –desde la posición de las partes contractuales, fundamentalmente la vendedora (26)– la ausencia de manifestación expresa conducente a la creación de un derecho real de garantía, al tiempo que una posible indefensión de sus intereses.

Junto a las anteriores sistemáticas, otras teorías, manifiestamente minoritarias, equiparan nuestro instituto bien con una “adquisición progresiva de la propiedad” o “propiedad en tránsito” caracterizada por la existencia, a lo largo del decurso temporal, de cuotas variables de titularidad dominical (27); bien con una hipótesis de venta obligatoria conse-

(23) ARANZADI: Repertorio n.º 1.851.

(24) Artículo 23: “Para que sean oponibles a tercero las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro a que se refiere el párrafo siguiente.

El Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer se llevará por los Registradores mercantiles y se sujetará a las normas que dicte el Ministerio de Justicia”.

(25) ARANZADI: Repertorio n.º 1.294.

(26) Recuérdese en este sentido una reveladora aseveración de ROJO AJURIA: “Podemos admitir una afirmación de SCALFI, que en principio parece simplista: Objeto, causa, función, finalidad, criterio, propósito (...), todas estas nociones consideran el mismo acto desde distintos puntos de vista: los intereses de los contratantes; en este dato se basan, tanto los actos de los individuos que crean los contratos, como la consideración por el ordenamiento jurídico”. L. ROJO AJURIA: *Leasing mobiliario*, 1987, p. 237.

(27) M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA: “Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la sentencia de 19 de mayo de 1989)”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 1991, p. 41. Recuérdese sin embargo que, en contra del planteamiento del reseñado autor, en el Derecho privado español las titularidades compartidas se ubican en el terreno de la copropiedad, abstracción hecha de la confusa multipropiedad.

cuencia de la bilateralidad del contrato, integrado por un doble sinalagma: genético y funcional (28); bien finalmente, y por influencia de la dogmática germana, con un derecho de expectativa del comprador (29).

3. La autonomía de la reserva de dominio frente a otros medios garantísticos

La reserva, desde el punto de vista de la causa contractual, inquiera garantizar los intereses del vendedor desde una posición global —es decir, tanto frente al comprador como terceros acreedores de éste (30)—, surgiendo netas diferencias entre nuestro instituto y otros mecanismos de protección del crédito.

129

(28) D. RUBINO: *La compravendita*, 1950, Milán, p. 181; G. GAZZARA: *La vendita obbligatoria*, 1957, Milán, p. 222; R. LUZZATO: *La compravendita*, 1961, Turín, p. 519. El sinalagma genético existiría en el momento estático de la perfección contractual; el funcional, en cambio, se incardina en la ejecución, de tal suerte que la transmisión dominical se demora hasta el pago íntegro del precio, acaeciendo entonces una adquisición *ex nunc*.

Construcción netamente italiana —tanto en su alumbramiento como en su detracción—, ésta se cifra en la acusación de ser incapaz de explicar la posición del comprador, quien no es un mero titular de una pretensión obligatoria de transmisión de la propiedad, poseyendo derechos tanto frente al vendedor como terceros —G. BIANCA: *Trattato di Diritto Civile Italiano*, 1972, vol. VII, Turín, p. 524—, teoría que, en definitiva, es ineficaz en nuestro Derecho, donde la compraventa únicamente genera efectos obligacionales y la transmisión de los derechos reales exige título y modo.

(29) R. SERICK: *Garantías mobiliarias en el Derecho alemán* (trad. esp. por A. Carrasco Perera), 1990, Madrid, pp. 44-45. El comprador ostentaría así un derecho subjetivo peculiar, un derecho real-obligacional representado por el valor patrimonial en cuya virtud adquiriría el dominio pleno al cumplirse la condición.

Esta dogmática es inaplicable en nuestro sistema, donde no existe la aludida categoría intermedia de derecho real-obligacional. Estimada la expectativa como un derecho personal puro, pugnaría con el disfrute posesorio del comprador anterior a la transmisión de la propiedad. Por el contrario, entendido exclusivamente como un derecho real, conduciría a admitir con carácter excluyente y absoluto el postulado de *numerus apertus* en la creación de los mismos.

(30) J. A. TORRES LANA: "Notas críticas a la Ley de ventas de bienes muebles a plazos", *Revista de Derecho Privado*, 1975, p. 631; MARTÍNEZ DE AGUIRRE: *Las ventas...* cit., p. 110.

En primer término, la salvaguarda proporcionada por la responsabilidad patrimonial universal del obligado estatuida en el artículo 1.911 C.c. es manifiestamente deficitaria para el vendedor-acreedor, pues no sólo queda constreñida a los bienes existentes en el patrimonio del comprador-deudor en el momento de la ejecución sino que, asimismo, colocaría al vendedor en igualdad prelativa respecto del resto de acreedores, situación evitada con la reserva (31).

130

En segundo lugar, las garantías personales adolecen de su elevado costo y de una generalizada desconfianza del vendedor para con el fiador presentado por el comprador, en tanto las garantías reales, si bien es cierto que confieren a su titular poder inmediato sobre los bienes sometidos a afección y reipersecutoriedad —de lo que se deriva un auténtico crédito privilegiado, ex artículos 1.922.II y 1.923.III C.c., con su corolario de derogación del Principio General *par condicio creditorum* (32)—, carecen de la naturaleza de condición resolutoria explícita que, al menos en compraventa de inmuebles, toda reserva implica, ubicándose ésta en consecuencia en un plano garantístico superior, al no circunscribirse la reserva solamente —a diferencia de los meritos derechos reales de garantía— a representar un derecho de realización del bien vendido acompañado de una preferencia de cobro (33).

(31) En este sentido, J. E. BUSTOS PUECHE —“Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio”, *Anuario de Derecho Civil*, 1990, vol. II, p. 540—, cuando recuerda que “es cierto que en caso de una salida de bienes ilícita, cabe la posibilidad de reconstruir el patrimonio del deudor mediante las acciones revocatoria o pauliana y subrogatoria, pero aun así, por un lado, la carga procesal que el ejercicio de estas acciones implica para el acreedor y, por otro, la misma dificultad de su éxito, hacen que ni siquiera por estos medios la responsabilidad universal (...) se estime suficiente por el acreedor”.

(32) La *par condicio creditorum* representa la pérdida de las acciones individuales de los acreedores, agrupándose la globalidad de éstos en una masa y soportando modificaciones sustanciales en sus derechos, al objeto de intentar hacer prevalecer el principio de igualdad de trato. R. URÍA: *Derecho Mercantil*, 1987, p. 866.

(33) BIANCA: *Trattato...* cit., p. 525. El carácter de acreedor privilegiado del vendedor reservista se estipula en el artículo 19.I LVP, en cuya virtud “el acreedor, para el cobro de los créditos nacidos de contratos inscritos en el Registro a que se

Nuestro instituto debe delimitarse asimismo de la *fiducia cum creditore*, con la que presenta sustanciales coincidencias (34). Siendo meridiana la finalidad garantística de la *causa fiduciae* (35), las similitudes con la reserva se condensan, además, en los siguientes aspectos: son propietarios, no poseedores (36), en una primera instancia del bien transmitido tanto el fiduciario como el vendedor con reserva –si bien el primero ostenta una propiedad limitada, formal y no material (37)– y verificado el pago o *solutio* ambos pierden el dominio.

Las diferencias entre ambas figuras, por su parte, se resisdencian en una múltiple argumentación.

Así, mientras en la propiedad en garantía se detraen bienes ya existentes en el patrimonio del cedente, transmitente

refiere el artículo 23, gozará de la preferencia y prelación establecidos en los artículos 1.922, número 2, y 1.926, número 1, del Código Civil”.

(34) La *fiducia cum creditore* –definida por la STS 1.ª de 19 de mayo de 1982 (ARANZADI: Repertorio n.º 2.580) como “negocio en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de transmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido (*pactum fiduciae*)”–, es normativizada en el Ordenamiento español únicamente por la Ley 466 de la Compilación navarra, la cual dispone que “por la fiducia de garantía se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terceros. Cumplida la obligación garantizada, el transmitente podrá exigir del fiduciario la retransmisión de la propiedad o del derecho cedido; el fiduciario, en su caso, deberá restituir y responder con arreglo a lo establecido para el acreedor pignoraticio en la Ley 470. No obstante, si así se hubiere pactado, podrá el acreedor, en caso de mora del deudor, adquirir irrevocablemente la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho, y quedará extinguida la obligación garantizada”.

(35) En este sentido, la Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1987 –ARANZADI: Repertorio n.º 4.843 y comentada por A. CARRASCO PERERA en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1987, n.º 15, pp. 4929-4941– y las SSTs 1.ª de 8 de marzo de 1988, 30 de enero y 7 de mayo de 1991 –ARANZADI: Repertorio números 1.607, 349 y 3.583, respectivamente–.

Análogamente F. DE CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*, 1985, p. 433.

(36) Salvo establecimiento de una *constitutum possessorium*.

(37) Recuerda SERICK –*Garantías...* cit., p. 34– con indudable acierto que “la propiedad en garantía no es un dominio pleno ni incondicionado, sino una propiedad condicionada de modo fiduciario, a diferencia de la reserva de dominio, (la cual) no es una propiedad fiduciariamente condicionada, sino dominio pleno del vendedor reservista”.

o fiduciante a los efectos de la garantía de los acreedores, la reserva se circunscribe a precaver, con idéntica finalidad, un incremento en el patrimonio del comprador. La reserva afecta a un bien específico, en tanto la *fiducia cum creditore* es susceptible de incidir sobre la globalidad de un patrimonio concreto (38). La propiedad en garantía, al carecer de publicidad –a diferencia de las reservas de dominio, que deben ser inscritas en el Registro de Venta a Plazos de Bienes muebles, creado, causahabiente del artículo 23 LVP 1965, por la Orden de 8 de julio de 1966 y modificado por sus homónimas de 15 de noviembre de 1982 y 27 de enero de 1995 (39)– puede afectar a la seguridad del tráfico jurídico, ausencia de exteriorización pública de la relación fiduciaria que le priva de la naturaleza de crédito privilegiado que sí puede ostentar el del vendedor reservista. Por último, si bien –como se refirió *supra*– en ambos casos saldada la deuda reservista y fiduciario pierden la propiedad en favor, respectivamente, del comprador y el fiduciante, en los supuestos de reserva la traslación dominical es automática, en tanto en la venta en garantía, en cambio, el fiduciante únicamente ostenta frente al fiduciario una acción personal para reclamar la devolución (40).

Finalmente, la reserva dominical debe diferenciarse del “leasing” financiero mobiliario, definible como “la cesión onerosa del uso de determinados bienes durante un plazo, debiendo el usuario devolver dichos bienes a la sociedad ‘leasing’ cuando vence el plazo establecido a no ser que el usuario ejercite la opción de compra o solicite la celebración de un nuevo contrato de ‘leasing’ financiero. La socie-

(38) Vid. por las consideraciones expuestas hasta el momento BERCOVITZ: *La reserva...* cit., pp. 57-58.

(39) ARANZADI: Repertorios números 3.192 y 355, respectivamente.

(40) P. OERTMAN: “La reserva de dominio en la compraventa”, *Revista de Derecho Privado*, 1930, p. 258.

Prolija información adicional sobre la propiedad en garantía puede consultarse en C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO: “Consideraciones en torno al ‘pacto de fiducia cum creditore’”, *Revista Jurídica de Navarra*, 1991, n.º 12.

dad 'leasing' sólo pierde la propiedad de los bienes si el usuario ejerce la opción de compra" (41).

Principiando por las similitudes entre la reserva y el "leasing", aquéllas pueden ser analizadas desde una doble perspectiva: objetiva y subjetiva.

En razón del objeto, ambos institutos recaen sobre bienes semejantes —y ello dado que el artículo 1.III del Decreto 1193/1966, de 12 de mayo (42), somete a la LVP los bienes de equipo capital productivo, los cuales, a su vez, conforman el componente nuclear de las operaciones de "leasing"—, si bien la DA VII de la Ley de 29 de julio de 1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (43), al reseñar, en la temática del arrendamiento financiero, que "los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales", ha ocasionado la concepción de venta a plazos cuando los bienes se adscriban a un uso personal, y la caracterización de "leasing" si dicho destino es estrictamente profesional (44).

Desde el punto de vista subjetivo, por su parte, el vendedor reservista y la sociedad de "leasing" conservan la propiedad del bien vendido o arrendado, haciendo derivar el riesgo hacia el comprador o arrendador.

Las desemejanzas entre la reserva y el "leasing", sin embargo, no pueden preterirse. En primer lugar, su régimen legal es radicalmente dispar, pues la positivación del "leasing" se reconduce a normativa de Derecho tributario (45), difi-

(41) A. CABANILLAS SÁNCHEZ: "El leasing financiero y la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles", *Anuario de Derecho Civil*, 1980, pp. 763-764.

(42) ARANZADI: Repertorio n.º 899.

(43) ARANZADI: Repertorio n.º 1.656.

(44) L. ROJO AJURIA: "Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1989", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1989, n.º 20, p. 598.

(45) Fundamentalmente el Decreto-Ley 15/1977, de 25 de febrero; el Decreto 1669/1980, de 31 de julio, y la precitada Ley de 29 de julio de 1988 —ARANZADI: Repertorio números 418 y 1.915 respecto de los dos primeros—.

cultándose así en extremo la posible aplicación de la LVP a los contratos de “leasing” (46). En segundo término, el “leasing” destaca por su naturaleza consensual, frente al carácter real de la venta a plazos. Asimismo, la finalidad de ambos contratos difiere –pues el “leasing” no indaga, causalmente, la transmisión dominical (47)– y, finalmente, la posesión del usuario del bien objeto de “leasing” se ejerce a título de arrendatario, lo que no acontece en el comprador con reserva.

4. El contenido de la relación jurídica obligacional *inter partes*

Superado el ecuador del presente trabajo de investigación, procede acometer a continuación el estudio de las posibilidades de actuación de cada parte ante la vulneración por la contraria de sus obligaciones contractuales, ciñendo nuestro estudio en los dos últimos epígrafes a la situación posesoria de las partes en el estadio temporal que media

(46) En este sentido, son de interés las reflexiones de R. ILLESCAS ORTIZ –“El “leasing”: aproximación a los problemas planteados por un nuevo contrato”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1971, pp. 99-100–, cuando sanciona que la LVP es aplicable al arrendamiento financiero si la opción final de compra establecida en este último fuere bilateral.

Por su parte, y en sede de análisis del consentimiento en tanto elemento esencial común inherente a la validez de todo negocio jurídico, la hermenéutica de la STS 1.ª de 18 de noviembre de 1983 –ARANZADI: Repertorio n.º 6.487–, en lógica y rigurosa postura, admitió la aplicación de la LVP siempre que se pruebe un negocio simulado en donde el “leasing” opere como contrato aparente encubridor de una compraventa a plazos, pues en caso contrario habrá que excluir esta normativa (es decir, la LVP) “como ajena que es a la intención y querer de las partes”, doctrina proseguida en las SSTs 1.ª de 26 de junio de 1989 y 28 de mayo de 1990 –ARANZADI: Repertorios números 4.786 y 4.092, respectivamente–.

(47) SSTs 1.ª de 10 de abril de 1981, 18 de noviembre de 1983, 26 de junio de 1989, 28 de mayo de 1990 y 30 de abril de 1991 –ARANZADI: Repertorios números 1.531, 6.487, 4.786, 4.092 y 3.112, respectivamente–. A destacar la meritada sentencia de 1990, cuando refiere que un valor residual o precio de la opción de compra ínfimo –en el “leasing”– en relación al valor del bien, oculta en realidad una verdadera compraventa con reserva de dominio, “dado que un precio puramente nominal o simbólico de la opción de compra no cumple la función económica de un precio autónomo”.

entre la entrega del bien y el pago del último plazo del precio y los posibles contenciosos entre las partes y terceros.

4.1. El incumplimiento del comprador.

El incumplimiento del comprador habilita al vendedor reservista a decantarse entre el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato, presupuestos y efectos de esta última que se equiparan al ejercicio efectivo de la reserva.

Dicha acción resolutoria —prevista específicamente en el artículo 11.I LVP para los bienes objeto de la misma y en el artículo 1.124 C.c. con carácter general (48)— no requiere inscripción registral (49) ni previa concertación de una reserva dominical, ejercicio de la acción resolutoria que, pese a sus innegables concomitancias, presenta una diferencia capital con la reserva, pues ésta —desde una concepción estrictamente tradicional— se equipara con una acción reivindicatoria en donde el vendedor-propietario, para recuperar la posesión, debe acreditar su titularidad dominical, lo que no acaece en la resolución (50).

135

(48) Artículo 11.I LVP: “Si el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos el vendedor, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 13, podrá optar entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato”.

Artículo 1.124 C.c.: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”.

(49) STS 1.ª de 13 de mayo de 1982 —ARANZADI: Repertorio n.º 3.166—.

(50) Por otra parte, la posibilidad de retener, por el vendedor, la globalidad de los plazos satisfechos por el comprador hasta el incumplimiento de éste, fue calificada por DE CASSO ROMERO —*La compraventa...* cit., p. 13— como “pacto usurario”, y

Si, por el contrario, el vendedor escoge el cumplimiento coactivo, los principales escollos a analizar surgen ante la resistencia del comprador a acatar el contenido de la sentencia condenatoria, lo que conduciría a la ejecución forzosa. En ésta, la posible traba del bien objeto de reserva ha planteado multiplicidad de discusiones centradas en la viabilidad del embargo de cosa propia, es decir, del propio vendedor-propietario, lo que *prima facie* puede representar una aparente contradicción.

Si bien admitido en la práctica forense diaria de nuestros Tribunales (51), su justificación doctrinal dista de ser pacífica.

Recusada radicalmente por BERCOVITZ (52), los postulados favorables a su admisión son varios. Una primera corriente doctrinal arguye la innecesariedad de que la relación jurídica existente entre comprador ejecutado y vendedor ejecutante gire en torno a la propiedad del bien, bastando la ligazón posesoria (53), argumentación indefendible en nuestro sistema en base a la literalidad de los artículos 1.408 y 1.415 LEC, que exigen que la traba recaiga sobre bienes

precisamente para prevenir posibles abusos, el artículo 11.II LVP limitó el alcance de una estipulación en tal sentido, disponiendo que el vendedor, tras la restitución recíproca, únicamente puede deducir *ope legis* el 10% de los plazos pagados, “en concepto de indemnización por la tenencia de la cosa por el comprador”, y “una cantidad igual al desembolso inicial, por la depreciación comercial del objeto”.

A semejanza de la legislación italiana –en concreto el artículo 1.526 del “Codice Civile”, en vigor desde el 21 de abril de 1942–, la STS 1.ª de 23 de octubre de 1990 –ARANZADI: Repertorio n.º 8.035– conceptuó este pacto como una cláusula penal, al sancionar que “el precepto contenido en el artículo 1.154 del Código Civil, constituye un mandato para el Juez en el sentido de moderar equitativamente la pena voluntariamente pactada por los contratantes cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida”.

Esta cláusula, por último, debe ser inscrita en los Registros oportunos, de conformidad con la Resolución de la DGRN de 5 de febrero de 1990 –ARANZADI: Repertorio n.º 727–.

(51) *Vid.* verbigracia la STS 1.ª de 7 de noviembre de 1988 –ARANZADI: Repertorio n.º 8.421–.

(52) BERCOVITZ: *La cláusula...* cit., p. 97.

(53) M. FERRARA SANTAMARÍA: *La vendita a rate con riserva di proprietà*, 1938, Nápoles, pp. 129-130.

propiedad del deudor. Una segunda postura estima una tácita renuncia del vendedor a la propiedad del bien en el instante mismo de practicar el embargo, con lo que aquélla se trasladaría al comprador y no existiría, en consecuencia, embargo sobre cosa propia, teoría acusada de artificiosidad (54) en demérito de que el vendedor no puede, a su exclusivo libre albedrío, considerar la compraventa plenamente ejecutada, lo que acarrearía la elusión del sistema del título y modo y la contravención de la libre voluntad del comprador, con incumplimiento contractual del vendedor, quien transformaría las prerrogativas inherentes a todo derecho de propiedad en, exclusivamente, un derecho de realización de un valor, pudiendo dicho vendedor concurrir al procedimiento ejecutivo en inferioridad de condiciones respecto de acreedores privilegiados.

Es menester plantearse asimismo si acogida la opción del cumplimiento forzoso, ante su imposibilidad puede el vendedor ejercitar el *ius variandi* concedido por el artículo 1.124.II *in fine* C.c. y optar por la resolución, interrogante merecedor de respuesta afirmativa tanto por la doctrina mayoritaria como por la Jurisprudencia.

Así, doctrinalmente BERCOVITZ sanciona que el artículo 11 LVP engloba la condición resolutoria tácita tipificada en el artículo 1.124 C.c., siendo éste de aplicación supletoria a la LVP (55), en tanto MARTÍNEZ DE AGUIRRE gusta hacer referencia a una aplicación analógica (56).

(54) BERCOVITZ: *La cláusula...* cit., p. 97, y *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, n.º 18, p. 998; BIANCA: *Trattato...* cit., p. 546: "L'idea di una rinunzia del venditore alla proprietà del bene al momento dell'azione esecutiva é per altro manifestamente artificiosa".

(55) BERCOVITZ: "Las ventas a plazos de bienes muebles", *Anuario de Derecho Civil*, 1966, p. 170, y *Comentarios a la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles*, 1977, pp. 215-216.

(56) MARTÍNEZ DE AGUIRRE: *Las ventas...* cit., p. 87.

De los dos planteamientos expuestos -subsidiariedad del C.c. y analogía-, la STS 1.ª de 1 de marzo de 1990 -ARANZADI: Repertorio n.º 1.654- se decantó por el primero, al ascervar que "encontrándonos en un supuesto de venta a plazos de un bien mueble regulado por una Ley especial, la de 17 de julio de 1965, previéndose en la

Jurisdiccionalmente, a su vez, la STS 1.^a de 15 de julio de 1988 (57) proclamó la aplicación del artículo 1.124 C.c. a los aspectos no incluidos en la normación del artículo 11 LVP –vgr. el *ius variandi* o la solicitud de indemnización ante el deterioro de la cosa vendida–, excluyendo expresamente las indemnizaciones por daños y perjuicios, cuya cuantía se explicita en el meritado artículo 11 LVP.

4.2. El incumplimiento del vendedor.

La doble responsabilidad de entregar la cosa vendida y afrontar su saneamiento, obligaciones genéricas de todo vendedor estipuladas en el artículo 1.461 C.c., no es expresamente considerada en la LVP.

Respecto del primer supuesto, la falta de entrega de la cosa, en bienes sometidos a la LVP es factible afirmar que nos hallaríamos no ante un incumplimiento contractual sino frente a la inexistencia del contrato mismo, el cual carece de uno de los requisitos imprescindibles para su perfección ex artículo 2 LVP (58). Si, por el contrario, acaeciere la entrega de cosa distinta –*aliud pro alio*– devendría en direc-

misma la resolución contractual en caso de demora en el pago de los plazos y sus consecuencias, obligado era que el juzgador se atuviese a la misma y únicamente en caso de lagunas acudir como supletorio al Código Civil, mas siendo el caso de que respecto a la indemnización por daños y perjuicios está previsto en dicha Ley no tenía razón para acudir a dicho Código”.

En contra, por su parte, de la posibilidad de ejercitar el *ius variandi* –alegando el carácter real del contrato en cuya virtud la entrega del bien es requisito de nacimiento de aquél–, V. BALDO DEL CASTAÑO: *Régimen jurídico de la venta a plazos. Particular estudio de sus garantías*, 1974, p. 112.

(57) ARANZADI: Repertorio n.º 5.716.

(58) Como recuerda COSSÍO, “el carácter real de esta modalidad de la compraventa no supone más que un desvío de la regla general que recoge el artículo 1.258 del Código civil y que constituye un principio de rancia raigambre en nuestro Derecho, desde su primera formulación en el Ordenamiento de Alcalá (de 1348)” –F. COSSÍO Y CORRAL: “La Ley de Ventas a Plazos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1965, p. 1129–, no pudiendo preterirse, asimismo, que en ningún caso la satisfacción del primer plazo es una condición de perfeccionamiento del contrato, ex artículo 9.II LVP –A. FORNIES BAIGORRI: “Compraventa a plazos de bienes muebles”, *Revista Temis*, 1967, n.º 22, p. 47–.

ta aplicación el artículo 1.124 C.c., dada la materialización de un incumplimiento manifiesto (59).

Respecto de la segunda obligación del vendedor, el saneamiento, son de aplicación las reglas generales estatuidas en los artículos 1.474 y siguientes del C.c.

4.3. La asunción de riesgos y la atribución de los frutos.

Principiando por los riesgos que pueden recaer sobre la cosa vendida desde su entrega hasta la satisfacción del último plazo, dos son las únicas posibilidades de imputación existentes: su atribución al comprador —*emptoris est periculum*—, o al vendedor, al argumentar la parte contraria (comprador) su condición de mero tenedor no propietario —*res pro domino suo perit*—.

La doctrina mayoritaria ha estimado la primera de las posturas expuestas (60), cimentadas en razonamientos varios como motivos de política jurídica (61) o la efectiva puesta a

139

(59) SSTs 1.ª de 19 de enero de 1983, 10 de junio de 1983 —comentadas por BERCOVITZ en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, n.º 2, pp. 631-639—, 6 de octubre de 1990 y 1 de marzo de 1991 —ARANZADI: Repertorios números 251, 3.454, 7.476 y 1.708—.

(60) P. DE APALATEGUI: "El pacto de reserva de dominio. Su naturaleza jurídica", *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 1941, números 4-5, p. 45; M. ALONSO PÉREZ: *El riesgo en el contrato de compraventa*, 1972, p. 373; CANDIL: *Pactum...* cit., p. 76; MARTÍNEZ DE AGUIRRE: *Las ventas...* cit., p. 131.

COSSÍO, por su parte, gusta matizar que "si admitimos que se trata de promesa de venta o de venta sometida a condición suspensiva o resolutoria, la solución consistiría en atribuir los riesgos al vendedor; si, por el contrario, admitimos con la mayor parte de la doctrina alemana que la venta es desde luego perfecta y no sometida a condición, y que lo único suspensivamente condicionado son los efectos de la tradición, en cuanto ésta de momento sólo transmite el uso o disfrute (...) tendremos que el artículo 1.452 del Código civil será aplicable sin modificación alguna". A. DE COSSÍO Y CORRAL: "Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil", *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 377-378.

(61) En este sentido OERTMAN —"La reserva..." cit., p. 266— cuando detalla que "el comprador, a pesar de la reserva, tiene ya la posesión y las utilidades de la cosa, puede con más facilidad que nadie prevenirla contra los peligros, y así lo hará, si se establece la transmisión del riesgo (...), con mucho más cuidado y energía que si ningún perjuicio pudiera provenirle de la inutilidad de la defensa de la cosa".

disposición de la cosa en poder del comprador (62) —por analogía, en este último supuesto, entre los artículos 1.452 C.c. y 333 del Código de Comercio, relativo éste a la transmisión del riesgo en compraventas mercantiles (63)—, y en la hipótesis de que el comprador incurriera en incumplimiento y, subsiguientemente, se viere compelido a devolver la cosa al vendedor reservista, en el ínterin entre la declaración de obligatoriedad de la devolución y la efectividad de ésta sería de aplicación el artículo 457 C.c. a los efectos de finiquitar el estado posesorio (64).

Atinente a los frutos, por último, son de aplicación los artículos 1.120 y 1.468.II C.c., atribuyéndose aquéllos al comprador, y —análogamente a la hipótesis precedente de exigencia de devolución de la cosa— en el intervalo entre la declaración de obligatoriedad de la restitución y la efectividad de ésta es menester acudir igualmente a las normas de liquidación de estados posesorios, en concreto ahora los artículos 451 y 455 C.c.

Análogamente ALONSO PÉREZ —*El riesgo...* cit., p. 373—: “Si el comprador, por la tradición posesoria, usa, goza y hasta abusa de la cosa sin que haya abonado el precio en su totalidad, parece normal que soporte el ‘periculum’. Y con razón suficiente, teniendo en cuenta que por menos motivos el artículo 1.452 del (C.c.), siguiendo el sistema romano del ‘periculum emptoris’, se lo atribuye apenas perfecto el contrato, y antes de operarse la tradición, cuando se trata de una compraventa ordinaria”.

(62) J. GARRIGUES: “Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1961, p. 279, y BERCOVITZ: *La cláusula...* cit., p. 104.

(63) Recuérdese que en las compraventas sometidas a la LVP, su configuración real convierte la entrega del bien en un requisito de la perfección contractual, no sucediendo lo mismo en inmuebles o muebles excluidos de la LVP, si bien respecto de estos dos últimos la finalidad del contrato a plazos o a crédito induce a que la entrega se haga inmediatamente después de la perfección y la ausencia de la misma remitiría a las reglas generales —*periculum est emptoris*— de los artículos 1.182 y 1.452 C.c.

(64) Artículo 457 C.c.: “El poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo. El poseedor de mala fe responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo”.

5. La naturaleza de la situación posesoria de las partes

Tradicionalmente se ha caracterizado al comprador en el período de tiempo que media entre la entrega del bien y el pago del último plazo como un poseedor inmediato en concepto distinto al de dueño y al vendedor reservista en tanto poseedor mediato en concepto de dueño, existiendo entre ambos una relación de mediación posesoria como las contempladas en el artículo 431 C.c. (65).

Estas asertaciones, sin embargo, han sido objeto de crítica por sectores doctrinales concretos (66), llegándose a postular respecto del comprador, antitéticamente a las tesis clásicas, una posesión a título de dueño en donde llegaría a ostentar tanto el *ius possidendi* —o derecho a poseer— y el *ius possessionis* —o derecho de poseer—.

Calificada, en cláusulas contractuales concertadas por las propias partes, la situación posesoria del comprador como la de un comodatorio, un precarista, un arrendatario o un depositario, debemos principiar nuestro análisis señalando las diferencias existentes entre la naturaleza de la posesión del comprador con reserva y los perfiles posesorios propios del resto de los contratos aludidos.

El comodatorio adquiere, con un carácter esencialmente gratuito, con intención de usar la cosa y devolverla; el comprador con reserva, con ánimo de obtener la propiedad. El precarista carece de título, no así el comprador (67), no pudiendo el vendedor, asimismo, despojar de la cosa al comprador a su libre albedrío. El arrendatario no aspira a la propiedad, sí el comprador. El depositario se somete a un régimen jurídico radicalmente desemejante al de la compraventa con reserva, pues, en ésta, el comprador no com-

(65) GARRIGUES: "Estudios..." cit., p. 276.

(66) Así OERTMAN: "La reserva..." cit., p. 263, y BALDO DEL CASTAÑO: *Régimen...* cit., p. 183.

(67) DE CASSO ROMERO: *La compraventa...* cit., p. 18.

pra para guardar y restituir, el depósito sólo afecta a bienes muebles (68) y se establece *ex lege* interdicción del uso de la cosa depositada, prohibición que sería incompatible con la esencia y finalidad jurídico-económica de la compraventa con reserva.

La dificultad de calificar la situación posesoria del comprador ha conducido a la doctrina italiana a intitularla como una posesión *sui generis* (69), no pudiendo negarse, sin embargo, que se trata de una posesión *ad interdicta*, en donde el comprador puede ejercitar los interdictos de retener o recuperar —procesos especiales de declaración sumarios— cuando, de conformidad con el artículo 1.651 LEC, haya sido perturbado o despojado en su posesión.

6. Los derechos de los terceros causahabientes de los contratantes

142

Las acciones protectoras de los intereses de cada parte, tipificados básicamente en los artículos 11 LVP y 1.124 C.c., escapan a la esfera jurídica de intervención de los terceros que directa o indirectamente hayan tenido relación con el contrato, recordando en este sentido el artículo 1.124 C.c. *in fine* que deberán quedar en todo caso a salvo los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a lo preceptuado en los artículos 1.295 y 1.298 C.c. —relativos, respectivamente, a rescisión en sede de teoría general de ineficacia negocial y enajenación en fraude de acreedores— y en la legislación hipotecaria.

(68) La aplicación de una reserva dominical a compraventas inmobiliarias es admitida por la unanimidad de la doctrina y Jurisprudencia —*vid.* en este sentido las SSTs 1.^a de 11 de julio de 1983 y 19 de mayo de 1989 (ARANZADI: Repertorio números 4.208 y 3.778)—.

(69) A. GALASSO: *La vendita con riserva di proprietà*, 1963, Padova, p. 480. Análogamente F. SOTO NIETO: *Derecho vivo*, 1971, tomo II, p. 478, quien niega en todo momento una posesión a título de dueño.

Los intereses del comprador son susceptibles de colisionar con los de los acreedores del vendedor reservista, fundamentalmente, en las hipótesis de tercerías de dominio, doble venta, sometimiento del vendedor a procedimientos concursales y apropiación indebida por parte del comprador.

Principiando por las tercerías de dominio, si bien lo usual es la interposición de la misma por el vendedor –actor tercerista– frente a los acreedores ejecutantes del deudor ejecutado –esto es, el comprador–, cabe que sea tercerista el comprador tanto frente a –litisconsorcio pasivo necesario legal– los acreedores ejecutantes del vendedor como éste, que se vería así compelido a asumir la posición de deudor ejecutado en el proceso de tercería dominical. Con ello, el comprador puede dismantelar una confabulación entre el vendedor reservista y un tercero, puestos de acuerdo para entablar un juicio ejecutivo con la exclusiva finalidad de sustraer el bien objeto de reserva de la libre disposición del comprador, sumiéndole en manifiesta indefensión.

143

La posibilidad de instar tercería de dominio por el comprador –con anterioridad, evidentemente, al pago del último plazo–, si bien no exenta de polémica, como fácilmente puede comprenderse, constituye la más moderna tendencia jurisdiccional del TS, siendo así de destacar la STS 1.^a de 19 de mayo de 1989 (70).

Argumenta esta resolución que el vendedor carece de poder de disposición o facultad de transmisión de la cosa a terceros en tanto el comprador satisfaga puntualmente los sucesivos pagos aplazados a sus respectivos vencimientos, quedando éste en indefensión respecto de la posesión y disfrute pacífico de la cosa ante una disposición de la misma por el vendedor, viniendo en aplicación –prosigue el razonamiento de la sentencia– el artículo 1.121 *in limine* C.c., cuando sanciona que “el acreedor puede, antes del cumpli-

(70) ARANZADI: Repertorio n.º 3.778.

miento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho”.

La tercería, continúa la sentencia, no puede ser identificada con una acción reivindicatoria —al pretender aquélla, finalísticamente, el levantamiento de la traba del embargo— y pone de manifiesto la realidad fáctica de que el bien objeto de reserva “no forma parte del patrimonio del vendedor apremiado, al no tener éste la libre disposición (...). Sin perjuicio, por otra parte, de que los acreedores del vendedor, ‘pendente conditione’, puedan trabar embargo sobre el crédito que el vendedor ostenta contra el comprador por la parte del precio cuyos plazos aún quedan por vencer, pero no sobre la cosa vendida” (71).

El TS se inclina pues por el abandono de una línea jurisprudencial onerosa para los intereses del comprador en la presente temática de tercerías (72), a veces fundamentada en la inexistencia de inscripción registral demostrativa de la transmisión efectuada a favor del comprador y, en consecuencia, de título fundamentador de su derecho (73).

144

(71) Análogamente, SOTO NIETO —*Derecho vivo* cit., p. 481—, cuando concreta que los acreedores del vendedor “no pueden pretender, en la búsqueda de garantías que salvaguarden la eficacia de sus créditos, el embargo y la persecución de la cosa, ya que el vendedor perdió la posesión y disponibilidad de la misma. El embargo que se solicitare no debe sobrepasar los derechos que asistan al ejecutado sobre el objeto, es decir, ese hilo de garantía que la reserva de dominio entraña; en puridad, la traba que se decreta debe ceñirse a los créditos que ostente el vendedor por razón de las fracciones del precio que sigan adeudándose, así como por los intereses”.

En el mismo sentido, C. DE DIEGO LORA: “Algunas consideraciones sobre la venta a plazos con pacto de reserva de dominio”, *Revista de Derecho judicial*, 1963, n.º 16, p. 17.

(72) Así BERCOVITZ —“Comentarios a la sentencia de 11 de julio de 1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, n.º 3, p. 789—, al estimar que “la consolidación (de la anterior) doctrina supondría transformar las adquisiciones de los compradores sometidos a reserva de dominio en adquisiciones aleatorias o sometidas a una doble condición, el pago total del precio aplazado y la inexistencia en el ínterin de ejecución alguna de un acreedor del vendedor (...)”.

(73) Se ha postulado fundamentar un pretendido rechazo legislativo a la inscripción de la reserva de dominio en el Registro de la Propiedad en base al artículo 11 “i.l.” de la Ley Hipotecaria (LH) de 8 de febrero de 1946: “La expresión del aplazamiento del pago (en la inscripción de los contratos en que haya mediado

Atinente, por su parte, a una posible doble venta del bien objeto de reserva por el vendedor –al comprador y, posteriormente, a un tercero–, es menester distinguir en función de que la reserva se halle inscrita o no. En el primer caso, la fe pública registral consagrada en los artículos 23 LVP y 34 LH despliega sus efectos a favor no sólo del vendedor sino, también, del comprador frente a terceros (74), en tanto en el segundo supuesto –reserva no inscrita sobre bienes muebles no sometidos a la LVP o inmuebles cuya transmisión no tiene plasmación en el Registro de la Propiedad–, en virtud del artículo 1.473 C.c. “pertenece la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión”, disfrutando de prelación en este sentido el comprador (75).

precio o entrega de metálico) no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita”.

Ello no obstante, los artículos 9.II LH –“Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: la naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor, cuando constare en el título”–, y 23 LH –“El cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos se hará constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición de derecho, bien por una nueva inscripción a favor de quien corresponda, si la resolución o rescisión llega a verificarse”–, al permitir la inscripción de las condiciones suspensivas, implícitamente admiten el acceso al Registro de la reserva de dominio inmobiliaria, al efecto de que los negocios condicionados suspensivamente alcancen prioridad registral, y subsiguiente oponibilidad *erga omnes* frente a terceros que traigan causa posterior sobre el derecho inscrito, como garantía del derecho expectante que la condición suspensiva conlleva.

R. M. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 1979, tomo II, p. 747.

(74) STS 1.ª de 25 de octubre de 1991 –ARANZADI: Repertorio n.º 7.237–.

(75) La hipótesis de doble venta, en definitiva, es contemplada con sumo recelo tanto por doctrina como Jurisprudencia, aseverando APALATEGUI –“El pacto...” cit., p. 28– que la reserva implica una limitación en el *ius disponendi*, primeramente, del vendedor, pero asimismo en el comprador, tesis asumida por la STS 1.ª de 19 de mayo de 1989 –ARANZADI: Repertorio n.º 3.778–. A ello debe añadirse que el artículo 6.XIII LVP expresamente sanciona que los contratos sometidos a la misma “contendrán con carácter obligatorio (...) la prohibición de enajenar o de realizar cualquier otro acto de disposición en tanto no se haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo, sin la autorización por escrito del vendedor o del financiador, en su caso”, exigencia ratificada por el artículo 2 de la Orden de 15 de noviembre de 1982 –citada “supra” en cita 39– al detallar que “la prohibición de disponer se entenderá establecida por ministerio de la Ley”.

En tercer lugar, otro supuesto de colisión de intereses surge cuando el vendedor sea declarado judicialmente en quiebra, alumbrándose polémica en torno a si el comprador debe someterse al principio *par condicio creditorum*. La brusca interrupción del desenvolvimiento normal del contrato y el subsiguiente sometimiento del comprador a la ley del dividendo le situarían en manifiesta indefensión, motivo por el que —en aras de criterios de justicia material, y dado que el comprador ostenta un legítimo derecho a consolidar su situación como adquirente (76)— el comprador, detalla URÍA (77), debe cumplir a tenor de las cláusulas contractuales “como si no existiera la quiebra, y para compelerle al cumplimiento podrán ejercitar los síndicos las acciones pertinentes” (78), solución adoptada igualmente en la Ley 483 *in fine* de la Compilación navarra, donde se proclama que “en caso de embargo de bienes, concurso o quiebra del vendedor, quedará a salvo el derecho del comprador para adquirir la propiedad mediante pago íntegro del precio en los plazos convenidos” (79).

Por último, es menester concluir analizando la posible apropiación indebida en que puede incurrir el comprador al amparo de la dicción del artículo 12 LVP, el cual dispone que “el comprador que dolosamente, en perjuicio del ven-

(76) BALDO DEL CASTAÑO: *Régimen...* cit., p. 273.

(77) URÍA: *Derecho...* cit., p. 871.

(78) En idéntico sentido BALDO DEL CASTAÑO: *Régimen...* cit., p. 274, y J. SOLER PRADO —“Algunas precisiones en torno al concepto de tercero y la eficacia de la reserva de dominio en las suspensiones de pago”, *La Ley*, 1984, vol. I, pp. 1128-1130—, si bien este último autor en referencia a procedimientos suspensorios.

(79) La positivación del Fuero Nuevo navarro —destaca M. BOTANA AGRA: “Algunos aspectos de la reserva de dominio en la quiebra”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Alonso Otero*, 1981, p. 68— representa dejar a la voluntad del comprador la prosecución del contrato una vez declarada la quiebra del vendedor. Si optare por el cumplimiento, los síndicos se verían compelidos a aceptar los futuros pagos a efectuar en los plazos convenidos. Si, por el contrario, ejercitare la resolución, el bien objeto de reserva pasaría a integrar la masa patrimonial del quebrado, contra la cual el comprador ostentará un crédito quirográfico —esto es, plasmado en documento no autorizado oficial o públicamente— por la globalidad de los vencimientos ya satisfechos.

dedor o de un tercero que haya financiado la operación, dispusiera de la cosa o la dañare, será castigado con las penas previstas en el Código Penal para los delitos de apropiación indebida o de daños, respectivamente, persiguiéndose el hecho solamente a denuncia del perjudicado”.

La hermenéutica jurisprudencial (80) ha tenido ocasión de manifestar que la remisión del meritado precepto al tipo penal de la apropiación indebida “no es universal ni automática, sino condicionada a que por el substrato contractual se deduzca que hay un dolo penal y además un perjuicio evaluable del vendedor”, gustando el penalista MUÑOZ CONDE (81) matizar que “el bien jurídico protegido en estos delitos ‘sui generis’ creados por las leyes especiales es (...) el derecho que tiene quien entrega una cosa a que sea usada conforme al ámbito de disponibilidad que permita el título por el que fue entregada la cosa, ámbito de disponibilidad que puede coincidir con una propiedad con limitaciones”, para concluir afirmando que “la esencia de estos delitos consiste en la lesión a este derecho con el incumplimiento por parte del sujeto activo de la obligación de disponer de la cosa con las limitaciones que en el título se indican”.

147

(80) STS 2.^a de 28 de octubre de 1988 –ARANZADI: Repertorio n.º 8.247–.

(81) F. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, 1985, p. 258.

PATRIMONIOS ADSCRITOS A FINES (*)

JOSÉ MARÍA DE PRADA GONZÁLEZ

Notario

149

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN Y PRECISIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE PATRIMONIO. **II.** LOS PATRIMONIOS PERSONIFICADOS. **A)** Sociedades. **B)** Personas jurídicas sin carácter lucrativo. **1.** *Asociaciones.* **2.** *Fundaciones.* **3.** *Agrupaciones de interés económico.* **4.** *Uniones temporales de empresas.* **III.** FIGURAS ASOCIATIVAS NO DOTADAS DE PERSONALIDAD JURÍDICA. **A)** Las asociaciones sin personalidad jurídica. **B)** Las colectas o recogida de fondos para fines concretos. **IV.** LAS TITULARIDADES FIDUCIARIAS. **A)** El “trust” y las titularidades fiduciarias. **a)** *Fideicomisos.* **b)** *Titularidades fiducia-*

(*) Comunicación presentada en nombre de la Academia Matritense del Notariado al Foro 3.º “Afección de Patrimonio a un fin” celebrado en el CONGRESO DE ACADEMIAS JURÍDICAS IBEROAMERICANAS convocado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación española y celebrado en Madrid los días 10-12 de octubre de 1996. Se publica en esta revista con independencia de su publicación en el tomo que recoja los trabajos del citado Congreso.

rias constituidas a título distinto de la herencia o donación.
c) Otras figuras jurídicas encajables en el campo de las titularidades fiduciarias: los fondos de inversión mobiliaria e inmobiliaria y los fondos de pensiones. **V. EL PROBLEMA DE LAS COMUNIDADES.** **A)** La comunidad voluntaria. **B)** Otras comunidades de destino. **VI. CONCLUSIÓN.**

I. Introducción y precisiones en torno al concepto de patrimonio

150 El concepto de patrimonio es un concepto evanescente. La doctrina que se ha ocupado del mismo suele ver en éste una “entidad compuesta resultante de la reunión de una serie de elementos susceptibles de valoración económica” (1). TRIMARCHI (2) tras constatar que del patrimonio del sujeto (sea persona física o jurídica) habla el legislador en numerosos puntos de la normativa, señala que el patrimonio es “una realidad del mundo del Derecho”. El fenómeno, dice TRIMARCHI viene considerado desde distintos puntos de vista y bajo varios perfiles, en relación con el derecho objetivo y en relación con el derecho subjetivo, estática o dinámicamente, atendiendo a su estructura o a su función.

En principio pues parece clara la noción de patrimonio que la ciencia del derecho toma, en realidad, del área de las matemáticas en las que hoy, por influjo de la informática, se ha popularizado la teoría de los conjuntos en los que se toma en cuenta la unidad del conjunto sin hacer desaparecer la individualidad de las entidades que se comprenden en el mismo, es decir, prácticamente lo mismo que ocurre

(1) PUGLIATTI: *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, pág. 30.

(2) *Enciclopedia del Diritto XXXII* voz *Patrimonio*, págs. 271 y ss.

en el ámbito del derecho con el patrimonio. Sin embargo cuando el jurista se acerca al patrimonio, el concepto parece que se nos va de las manos. En efecto, si miramos al patrimonio desde el punto de vista del sujeto al que pertenece el patrimonio se confunde con la capacidad jurídica o personalidad (3). Esto ocurre en las teorías personalistas del patrimonio (4). Es la vieja tesis defendida por BEKKER y AUBRY Y RAU, y recogida en Italia por BONELLI (5). El patrimonio existe en cuanto existe una persona con capacidad para detentar o poseer bienes, pero sin que fuera de esa consecuencia de "la personalidad jurídica pueda encontrarse un elemento unificador que alcance a todo el conjunto de bienes que componen el llamado patrimonio de una persona.

Si contemplamos el llamado patrimonio desde la perspectiva de los bienes y derechos que se contienen en el mismo (6) se diluye el concepto en los derechos que el sujeto mantiene sobre dichos bienes pero sin ser posible encontrar un elemento que permita su unificación. Así cuando VON THUR (7) define el patrimonio como la suma de los derechos que competen a una persona reduce el patrimonio, como apunta DE LOS MOZOS (8), a un "nombre" lo que implica llegar a una formulación negativa del patrimonio que pierde interés y utilidad y que puede llegar a considerarse un concepto prácticamente inútil.

Por último, si lo llamado, en la doctrina jurídica, patrimonio se observa desde un punto de vista formal se con-

(3) V. FAIREN: "Patrimonio y responsabilidad patrimonial". *Rev. Der. Notarial*, 1962, pág. 279.

(4) Véase la clara exposición de DE LOS MOZOS sobre ellas en "Aproximación a una teoría general del patrimonio". *Rev. Der. Priv.*, 1991, págs. 590 y ss.

(5) Pueden verse las referencias a estos autores en el trabajo citado de TRIMARCHI, nota 27.

(6) Tesis predominante en Italia en lo que DE LOS MOZOS denomina Escuela Científica que arranca de FERRARA y se manifiesta entre nosotros con CLEMENTE DE DIEGO y CASTÁN.

(7) *Derecho civil. Teoría general*, trad. esp. I. 1943, pág. 390.

(8) *Loc. cit.*, pág. 593.

funde con la responsabilidad patrimonial que recoge, sin necesidad de acudir a ningún instrumento lógico unificador, nuestro Código civil cuando en su artículo 1.911 dice con gran sencillez que “del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”. Así, FAIREN (9) afirma que probablemente la responsabilidad patrimonial universal, que constituye un principio formulado por la totalidad de los ordenamientos, sea el camino único por el que pueda atribuirse al patrimonio una verdadera construcción jurídica.

152

En sí mismo considerado el concepto de patrimonio tal y como la doctrina lo ha ido perfilando se presenta, pues, como un concepto inútil cuando se refiere a la persona individual (10) porque, en definitiva, se reduce a algo que no precisa del concepto independiente de patrimonio para comprenderse como es la afectación de todos los bienes de una persona a la responsabilidad de las deudas del sujeto. Y esto es algo que deriva de las disposiciones del ordenamiento, de aquí que, aun no siguiendo las teorías kelsenianas que ven en todas las relaciones jurídicas un mero efecto reflejo de las normas, cabe concluir que para dotar de virtualidad jurídica al patrimonio es preciso que el ordenamiento jurídico dote de determinadas consecuencias jurídicas a la constitución de ciertas masas patrimoniales.

Dejando a un lado la difícil configuración del patrimonio en general respecto de lo que la doctrina está todavía muy lejos de haber llegado a criterios uniformes y válidos, en cambio sí aparece con fuerza la realidad del patrimonio en el supuesto de los llamados patrimonios separados o patrimonios adscritos a un fin. En estos supuestos sí se produce una unificación del patrimonio haciendo surgir el concepto

(9) *Loc. cit.*, pág. 293.

(10) DE LOS MOZOS no se atreve a llegar a esta conclusión pero dice “no creemos que el concepto de patrimonio sea tan importante como otros conceptos jurídicos de aquellos que se considera integran la dogmática jurídica”, *loc. cit.*, pág. 594.

de tal y dotándole de consecuencias jurídicas. Se trata de un conjunto de bienes a los que el destino al que están adscritos dota de una “unidad particular” y una suerte jurídica más o menos independiente y estrictamente ligada a tal destino (11).

Parece, pues que el destino para el que se unen determinados conjuntos de bienes dota a éstos de una unidad que permite atribuirles el nombre de patrimonio y, lo que es importante en Derecho, de unas determinadas consecuencias jurídicas que justifican su consideración. Consecuencias de esta unificación y por lo tanto datos característicos de los patrimonios de destino o separados, que son el objeto de nuestra atención hoy, son los siguientes:

— Son creación del ordenamiento jurídico conforme a un *numerus clausus* (12). Un tema distinto pero del que, no obstante, algo diremos más adelante, es si el ordenamiento puede permitir a los particulares la creación de patrimonios de destino sometidos a una particular disciplina jurídica establecida haciendo uso de la autonomía de la voluntad, o sea, el tema de la posible constitución de *universitas rerum* dotándola de una especial regulación jurídica. Sólo diré que aun cuando se admitiera esta posibilidad, ésta tendría siempre, como mínimo, el límite de lo establecido en el artículo 1.911 que no parece posible sufra derogación o modificación por voluntad del titular del patrimonio.

— No es posible distraer los singulares elementos que componen el patrimonio del sometimiento a las especiales medidas de conservación y administración así como la concentración sobre ellos de la garantía más o menos exclusiva y por tanto de la responsabilidad respecto de las obligaciones que encuentran su causa en el destino impuesto al conjunto (13).

(11) LINA BIGLIAZZI GERI: “Voz Patrimonio autónomo e separato” en la *Enc. del Diritto* antes citada tomo XXXII, pág. 281.

(12) Así lo dice DE LOS MOZOS en *loc. cit.*, pág. 609.

(13) BIGLIAZZI, *loc. cit.*, pág. 281.

En virtud de esta vinculación puntualiza DE LOS MOZOS (14) que aunque el patrimonio no es objeto de tráfico, aparte de la posibilidad de la sucesión universal, siendo objeto de tráfico los bienes singulares que se integran en el mismo, es posible, no obstante, que estos bienes salgan del patrimonio, pero en su lugar entrarán otros en virtud del juego de la subrogación real.

— La separación del patrimonios, incluso en el supuesto de que permanezca el mismo titular hace posible la existencia de relaciones patrimoniales entre las diversas masas patrimoniales o patrimonios destinados a fines distintos.

— La responsabilidad a que se hallan afectos los bienes que componen el patrimonio autónomo adscrito a un fin es de determinación legal y caben por tanto, como veremos, diversos grados en ella.

154 — Por último, las normas sobre administración y disposición del patrimonio son también, según DE LOS MOZOS (15) de determinación legal. Sin embargo, a mi juicio esto no está tan claro como lo de la responsabilidad respecto de la que pesa la invariabilidad de la norma del 1.911, ya que en este punto, como veremos, en ocasiones la ley determina estas normas, pero en otras ocasiones deja libertad a los creadores del patrimonio para fijar éstas.

Existen, pues en la práctica muchos patrimonios adscritos a fines, pero falta en nuestro Derecho una regulación unitaria de los mismos. La regulación legal, como veremos es parcial y fragmentaria, en ocasiones abarca la totalidad de las situación que pueden presentarse y en otras es más bien oscura. Es por ello por lo que en nuestro trabajo vamos a realizar un repaso panorámico sobre las diversas posibilidades de patrimonios adscritos a fines reconocidos o posibles en nuestro Derecho y terminaremos intentando una posibilidad de tratamiento homogéneo de la figura.

(14) *Loc. cit.*, pág. 609.

(15) *Loc. cit.*

II. Los patrimonios personificados

Uno de los tipos más frecuentes, en la actualidad, de patrimonios adscritos a fines es el que se ampara bajo el concepto de personas jurídicas. Una persona jurídica, dejando a un lado las intrincadas discusiones doctrinales en torno a su naturaleza es, en esencia, un patrimonio que perteneciendo a una colectividad o incluso a un sujeto no formado por una pluralidad de personas físicas está adscrito a un fin y como consecuencia de ello a una disciplina específica y diferenciadora.

Tras una larga evolución histórica que no es preciso recordar, el concepto de persona jurídica, pese a las vacilaciones doctrinales en torno al mismo, se ha impuesto en la actualidad y está reconocido por todos los ordenamientos jurídicos. El centro del fenómeno (16) está en el destino de un bien a un cierto fin, siendo suficiente que la cosa tenga un destino determinado previsto por el ordenamiento independientemente de cualquier referencia a los sujetos. También DE FRANCESCO (17) dice que la organización de individuos y medios dirigida a la satisfacción de intereses colectivos, una vez reconocida por el Estado no es sólo el substracto de la persona jurídica sino la misma persona en sí.

Prescindiendo de disquisiciones doctrinales, y centrándonos en nuestro ordenamiento jurídico, resulta indudable que en éste a determinadas masas patrimoniales se las considera desligadas de los que eran sus propietarios para pasar a pertenecer a un nuevo sujeto de derecho que se califica de persona jurídica.

Veamos en qué supuestos se acepta esto por el ordenamiento:

(16) Dice Rossi en "Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa". 1959, citado en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*. 1980, pág. 60.

(17) "Persona giuridica" en *Novissimo Digesto Italiano* XII, pág. 1036.

A) Sociedades.

Tanto el Código civil como el de comercio parten de una definición del contrato de sociedad para a continuación atribuir a ésta personalidad jurídica, en el caso de las sociedades mercantiles siempre y en el de las civiles siempre que no mantengan sus pactos secretos entre los socios (18).

156 Los ordenamientos jurídicos varían en orden a la concesión de la personalidad jurídica. Así, el italiano limita la concesión de ésta exclusivamente a las sociedades mercantiles, y dentro de ellas las que limitan la responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Nuestra legislación es mucho más generosa en orden a la concesión de la personalidad jurídica. Todas las sociedades mercantiles, sean personalistas o capitalistas, y como hemos dicho, también las civiles, bajo ciertas condiciones, gozan de personalidad jurídica. Pero lo que resulta interesante comprobar es cómo para ello exige nuestra legislación que haya un patrimonio y que éste sea adscrito a un fin. Así el artículo 1.665 del Código civil al definir la sociedad civil dice que “es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”. Resulta clara en la definición la existencia de un patrimonio, cualquiera que sea su entidad, y la adscripción de éste a un fin: repartir las ganancias.

En términos similares el artículo 116 del Código de Comercio define el contrato de compañía como aquél “por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro”. Una vez más aparecen unidos los dos elementos de patrimonio y fin.

Recientemente el concepto de sociedad ha sufrido una ampliación que indudablemente implica una radical modifica-

(18) Art. 1.669 del Código civil. En una Res. dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30-IV-97 fuertemente criticada por la mayoría de la doctrina, niega personalidad jurídica a las sociedades civiles no inscritas en el R. Mercantil.

ción de su concepto. Me refiero a la admisión por el ordenamiento de la llamada sociedad unipersonal. Este tipo de sociedad hace largo tiempo que estaba presente entre nosotros a través de fórmulas fiduciarias más o menos eficaces, o bien de la transformación, reconocida por la jurisprudencia, *ex post facto* de una sociedad constituida y con pluralidad de socios en unipersonal debido a la concentración en una mano de todas las acciones o participaciones sociales. Prescindiendo ahora de consideración alguna en torno a su oportunidad o a las razones que han llevado a su admisión, sí quiero destacar cómo la admisión de este tipo de sociedades ha implicado una modificación radical del concepto de sociedad tal y como había sido acuñado en los ordenamientos tradicionales. En efecto la sociedad estaba reconocida como un contrato, un contrato plurilateral en el que dos, como mínimo, o más personas ponían en común bienes para obtener ganancias. Admitida la sociedad unipersonal desaparece el concepto de contrato deviniendo más bien un negocio jurídico unilateral, negocio jurídico cuya esencia consiste, a mi juicio, en el destino de una masa patrimonial a fines de lucro. Destino que significa la creación de un patrimonio separado, perteneciente a una persona, sometido a la disciplina tradicional de las sociedades, y que mediante el cumplimiento de determinados requisitos, queda exceptuado del principio general de responsabilidad universal proclamado en el artículo 1.911.

La admisión de esta figura pone más claramente de manifiesto cómo el sustrato de una sociedad es un patrimonio, perteneciente a una o varias personas físicas, y separado del resto de los bienes del socio o socios y sometido a una disciplina especial.

Esta disciplina especial comprende normas de publicidad en su constitución (intervención de notario y publicidad registral), comprobación de la realidad de los elementos patrimoniales aportados (normas incorporadas recientemente a las leyes de anónimas y limitadas que garantizan la realidad de las aportaciones) un régimen especial de administra-

ción y disposición de los bienes, recogido en unos estatutos, fuertemente condicionados por las normas legales, y sobre todo una limitación de la responsabilidad que implica la liberación del resto del patrimonio de los socios de las responsabilidades producidas por las deudas sociales.

Esta última característica se limita, en el ordenamiento jurídico, a las llamadas sociedades llamadas capitalistas y que tienen limitada la responsabilidad, o sea anónimas y limitadas, y no a las colectivas en las cuales, aun existiendo una autonomía patrimonial no obstante los socios responden personal y solidariamente, con todos sus bienes, de las resultas de las operaciones que se hagan a nombre de la compañía (art. 127 del Código de comercio). En algunos ordenamientos cercanos al nuestro como es el italiano la personalidad jurídica, como ya he apuntado, sólo se atribuye a las sociedades que tienen limitada la responsabilidad de los socios negándola a las sociedades personalistas, hasta el punto de que algún autor considera la limitación de la responsabilidad una consecuencia de la concesión de la personalidad (19).

No ocurre así en nuestro Derecho en el que, generosamente, se concede personalidad jurídica también a las sociedades personalistas. No obstante y como consecuencia de lo anterior, la quiebra de una sociedad colectiva comporta necesariamente la de los socios (art. 923). Sin embargo, esto no implica que no haya una separación entre la masa patrimonial de la sociedad y la de los socios, como lo demuestra el artículo 927 cuando establece que los acreedores de un socio posteriores a la constitución de la sociedad “sólo tendrán derecho a cobrar sus créditos del remanente, si lo hubiera después de satisfechas las deudas sociales”. Esto sig-

(19) Véanse las puntualizaciones de GALGANO en su comentario “Delle Persone Giuridiche” incluido en el *Commentario del codice civile a cura di Scialoja y Branca*, 1969, págs. 44 y ss., en donde recoge una vieja frase de ASCARELLI que dice que admitida la personalidad jurídica de la sociedad anónima es natural que los socios no respondan por los débitos de la sociedad al ser de un sujeto jurídico diverso que, a su vez, responde ilimitadamente de sus débitos. Véase en especial la nota 24.

nifica que en la sociedad existe una clara separación de patrimonios y que si la quiebra de la sociedad arrastra la de los socios es por razón de la responsabilidad solidaria que establece, como hemos visto, el artículo 127.

La doctrina más reciente trata de ampliar el ámbito de la personificación de las sociedades atrayendo al mismo a las llamadas sociedades irregulares, que ahora se prefiere llamar de hecho. Incluso un reciente proyecto de ley general de sociedades trata de incluir en la regulación de las sociedades mercantiles toda comunidad, incluso incidental, que realice actividades mercantiles. No es éste el momento ni el lugar de comentar siquiera estas tendencias sino de poner de manifiesto como los patrimonios personificados en el campo del Derecho mercantil están en auge. Pronto nos ocuparemos de algunos otros supuestos recientes en que sin llegar a la concesión de personalidad jurídica, sin embargo se admiten patrimonios adscritos a fines en el campo del Derecho mercantil.

159

En cuanto a la sociedad irregular que la Ley de Sociedades Anónimas (en su art. 16.1) define como aquéllas en que se verifica la voluntad de no inscribir la sociedad, y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura (suponiendo que se haya otorgado) sin que se haya solicitado su inscripción, la ley permite a cualquier socio instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones. Y establece (n.º 2) que si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. El precepto no es muy claro y no ha dejado de suscitar numerosas dudas, pero no obstante, y a los efectos de nuestro tema es indudable que reconoce una personificación del patrimonio de la sociedad irregular y al aplicarle las normas de la sociedad colectiva, que antes hemos visto, reconoce la autonomía del patrimonio de la misma, aun cuando no goce de personalidad jurídica.

B) Personas jurídicas sin carácter lucrativo.

160

Junto a las entidades a las que el Código civil denomina en su artículo 35 “asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales” y que hemos estudiado bajo el nombre genérico de sociedades, se recogen en el mismo artículo 35 las “corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley”. Son las que hoy se denominan, por influencia anglosajona entidades *non profit* y también Organizaciones No Gubernamentales o, en abreviatura O.N.G. En realidad la enumeración del Código se ha quedado por un lado corta y por otro con terminología no actual. Por un lado las asociaciones, tal y como las regula la Ley de Asociaciones de 1964, vetusta norma aún vigente, al menos a retazos, tienen personalidad jurídica no en el estrecho corsé que marca el Código sino siempre que persigan fines lícitos y determinados, o utilizando la terminología más reciente de la Constitución que no “persigan fines o utilicen medios tipificados como delito” ni sean “secretas o de carácter paramilitar” (art. 22 de la Constitución). Luego, dentro de las asociaciones en general que, pueden, como se desprende de lo señalado, perseguir fines egoístas o de interés no general, están las declaradas de utilidad pública, con arreglo a procedimiento regulado en la disposición adicional 13 de la reciente Ley de Fundaciones, a las que se aplica el mismo régimen fiscal que a éstas. Junto a las asociaciones están las fundaciones para las que la Constitución ha sustituido el término de interés público, empleado por el Código por el más amplio de “fines de interés general”. Veamos algunas particularidades en torno a cada una de estas categorías.

1. *Asociaciones.*

Las asociaciones en nuestro Derecho se rigen hoy, en primer término, por la propia Constitución que, aun siendo parca en su regulación, introduce modificaciones sustanciales en el más bien escaso régimen de la Ley. Es curioso que ni la Constitución ni la propia Ley hagan referencia alguna a la adquisición de la personalidad jurídica por las asociaciones. Hay que acudir al Código civil que establece que “su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubieren quedado válidamente constituidas”. Este precepto, antes de la Constitución planteaba el problema de si la inscripción era o no constitutiva de la personalidad de las asociaciones, pero el problema ha sido zanjado en nuestra norma fundamental que establece que las “asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un Registro a los solos efectos de publicidad” (20). Esta norma rompe con lo que es criterio general, paulatinamente introducido para las otras personas jurídicas, en las que la personalidad se adquiere con la inscripción y parece que significa que la personalidad jurídica la adquirirán las asociaciones cuando se haya suscrito el acta que recoja el propósito de varias personas que acuerden voluntariamente servir un fin determinado sin necesidad de inscripción para obtenerla en ningún Registro. El citado precepto añade dos requisitos que hoy hay que entender derogados. Uno el de que se trate de personas naturales, lo que a mi juicio no cuadra con el texto constitucional que no lo contiene, y otro que los constituyentes tengan capacidad de obrar, requisito que ha sido derogado por la reciente Ley 1 de 1996 del Menor cuyo artículo 7.2 concede a los menores “el derecho de asociación”, por lo que ya no es precisa dicha capacidad.

(20) Así lo establece el artículo 3.1 de la Ley de 24 de diciembre de 1964.

Centrándonos en el tema que nos interesa, que es el del patrimonio, la Ley de Asociaciones exige (art. 3.2 8.º) entre los puntos que deben regular los estatutos incluir el "Patrimonio fundacional, recursos económicos previstos y límites del presupuesto anual".

Sin embargo, no contiene, a diferencia de lo establecido para otras personas jurídicas, control alguno de la veracidad y realidad del patrimonio. Tampoco exige inventario ni siquiera explicitar en qué consisten los bienes aportados a la asociación. Por último, la asociación no requiere capital mínimo por lo que parece que cabrá constituirla exclusivamente con el compromiso de los socios de atender, a través de sus cuotas, a las necesidades sociales.

162 La ley, que ha de entenderse derogada en todo lo que implique limitación al libre derecho de asociación (por ejemplo la exigencia de autorización administrativa para recibir donaciones por importe superior a las 50.000 pesetas del art. 9) permite regular con gran holgura, y al no haber control al inscribir, sin control alguno, el funcionamiento y los derechos de los asociados.

Un tema importante es el de la limitación de la responsabilidad de los asociados por las deudas sociales. En las sociedades mercantiles dicha limitación viene concedida como consecuencia del establecimiento de una serie de controles que no existen en las asociaciones. ¿Responderán los asociados de las deudas de la asociación? A mi juicio no. Es indudable que la consecuencia indeclinable de la concesión de la personalidad jurídica es precisamente la separación de los patrimonios de la asociación y los asociados y la incomunicación entre ellos. Cuando en las sociedades personalistas se establece la responsabilidad de los socios es en virtud de un precepto especial que así lo establece.

Como conclusión de lo dicho puede entenderse que por las deudas de los asociados sólo podrán embargarse los derechos que a éstos corresponden en la asociación. Piénsese que la condición de asociado puede tener un valor de

mercado en cuyo caso parece lógico que sea embargable siempre, claro está, que sea susceptible de enajenación, lo que es frecuente en los derechos de socio de asociaciones deportivas o culturales, y claro con respeto de lo que establezcan, al respecto, los estatutos de la asociación. Por las deudas de la asociación sólo podrán embargarse los bienes de la misma y, en ningún caso, los de los asociados o su cuota, salvo, como es lógico, la responsabilidad en que hubieran podido incurrir como consecuencia de su actuación en nombre de la asociación y la obligación, exigible, de pagar las cuotas vencidas.

La reciente Ley de Fundaciones 30/94, de 24 de noviembre, ha dado una nueva regulación a las asociaciones declaradas de utilidad pública (disp. adic. decimotercera) en la que les reconoce los mismos beneficios fiscales que a las fundaciones pero a cambio exige que persigan fines de interés general, que su actividad no esté restringida exclusivamente a beneficiar a sus asociados sino abierta a cualquier otro posible beneficiario, carezcan de ánimo de lucro, que en caso de disolución se aplique su patrimonio a la realización de actividades sujetas al cumplimiento de los requisitos anteriores, sean gratuitos los cargos de la junta directiva y rindan cuentas, antes del uno de julio de cada año, de sus actividades del año anterior. Es decir, a cambio de un tratamiento fiscal más benévolo, las somete una serie de restricciones que no existen para las asociaciones ordinarias que recuerdan, aunque no son tan rígidas, a las establecidas para las fundaciones.

De todas formas, la regulación de las asociaciones es muy incompleta en la actualidad y ha pasado desapercibida hasta ahora para el legislador y parece que debería pensarse en publicar una nueva Ley de Asociaciones que reconociendo y respetando el derecho de asociación y los límites impuestos en la Constitución a su regulación, sin embargo introduzca un cierto orden en una materia que está comenzando a tener mucho auge. En esta regulación no habría inconve-

niente, creo yo, en que se exigiera para obtener la personalidad, como es tradicional en las otras personas jurídicas, la escritura pública como requisito formal que recoja el consentimiento de los asociados y la inscripción en un Registro, sin perjuicio de reconocer paralelamente la existencia de asociaciones que, por no cumplir dichos requisitos, carecieran de personalidad jurídica y cuya inscripción, en el caso de exigirse fuera sólo a fines de publicidad.

2. *Fundaciones.*

Las fundaciones son quizás la institución en la que se ve con mayor claridad la existencia de un patrimonio adscrito a un fin, hasta el punto de que muchos autores la definen como un patrimonio personificado.

164 Aun reconociendo la importancia del patrimonio para la existencia de una fundación no parece que pueda dársele la categoría de elemento central de la misma. SALEILLES (21) dice que en las fundaciones los bienes están vinculados a un destino de tal modo que no pertenecen a nadie en particular ni tienen ningún propietario ni individuo, ni una asociación. Los bienes dice GALGANO (22) no pertenecen ya al fundador desde el momento en que éste abandona la propiedad de los mismos, sino que se confían a gestores que, sin embargo, no son asociados y a los que no puede considerarse propietarios de los bienes. Tampoco puede considerarse a los beneficiarios como propietarios de los bienes de aquí que sea imprescindible acudir al concepto de persona jurídica pues, o se reconoce que la propiedad no pertenece a nadie, o se imagina que los bienes pertenecen a una persona ideal que representa los intereses que se desea

(21) Ver cita en GALGANO: "Delle Persone Giuridiche" en *Commentario del codice civile a cura de Scialoja y Branca*, libro primo, artículo 11-35, 1969, pág. 75, nota 1.

(22) *Loc. cit.*

realizar (23). El mismo GALGANO (24) llega a afirmar que el patrimonio de la fundación no tiene, en el sentido en que es utilizado el término en derecho común, ningún propietario, considerando inútil, incluso hablar de una propiedad función o propiedad oficio.

Prescindiendo de las consideraciones doctrinales que reproducen, en este punto, las dudas que aun persisten en torno al concepto de la persona jurídica, es indudable que para la explicación de la fundación es imprescindible acudir a este concepto y que en ella el substracto objetivo, bien se denomine patrimonio, o *universitas bonorum*, ha sido tradicionalmente utilizado para la comprensión del fenómeno.

No obstante, no es pacífica en la doctrina la consideración del patrimonio como esencial en la fundación. No lo consideró así SAVIGNY que al distinguir las fundaciones de las corporaciones dice que la persona jurídica de las primeras “descansa en un fin general que les está asignado”. Más expresivo es FERRARA (25) cuando tras decir “el sustrato del instituto es provocado por la voluntad del fundador” añade “El contenido esencial del acto de fundación, es dado, por la determinación del fin, que comunica un sello y una autonomía propia al nuevo ente, y por la voluntad de que funcione de modo autónomo que, por consiguiente, sea destinado a ser sujeto de derecho; por lo demás, la ordenación de la administración, la modalidad de erogación del patrimonio o goce de los destinatarios puede faltar sin que por esto el acto sea nulo”. La doctrina española si bien se inclina a considerar imprescindible el acto de dotación no es, en general, excesivamente explícita en cuanto a considerar ésta suficiente para el cumplimiento de los fines de la fundación. En la doctrina italiana moderna y pese a la influencia de

(23) Así VAREILLES-SOMMIERES, según cita de GALGANO, *loc. cit.*

(24) *Loc. cit.*, pág. 77.

(25) En su conocida e influyente obra sobre *Teoría de las Personas Jurídicas*, trad. española, pág. 730.

FERRARA suele considerarse necesaria la existencia de un patrimonio para constituir la fundación, requisito que es recogido en el Código, de forma conjunta para las asociaciones y las fundaciones y cuya exigencia se debe, según dice GALGANO (26) no sólo, como decía la doctrina anterior al Código, a los fines de la posibilidad de realización del fin y la vitalidad de la obra, sino también para cumplir una “ulterior función de garantía de pago de las obligaciones asumidas” y en consecuencia liberación de responsabilidad de los patronos o administradores. No obstante el propio GALGANO (27) dice que el concepto de la fundación como *Universitas Bonorum* estaba ya superado a fines del siglo pasado trasladándose, por influencia de GIERKE, del elemento patrimonial al organizativo.

En nuestro Derecho se ha considerado también tradicionalmente necesario un patrimonio considerándolo básico para la existencia de una fundación. Ya NART (28) dice, en brillante frase, luego recogida por diversos autores que si no se exigiese la dotación “cualquier persona podría saturar el mundo jurídico de brillantes ideas brindando a la generosidad de los demás para que las hagan efectivas”. Prudentemente dice D. FEDERICO DE CASTRO (29) que “desde un punto de vista teórico, parece difícil concebir una persona jurídica sin un patrimonio y menos la Fundación, que se recibe en la ciencia jurídica como un patrimonio adscrito a un fin”. DíEZ-PICAZO y GULLÓN (30) se limitan, escuetamente, a decir que no basta que “una persona determine unilateralmente la realización de una obra benéfica, sino que se necesita que adscriba un bien o conjunto de bienes al cumplimiento de aquel fin”.

(26) *Commentario del Codice Civile a cura de Scialoja y Branca*, “Delle Persone Giuridiche” citado, pág. 156.

(27) *Loc. cit.*, pág. 82.

(28) “La Fundación” en *Rev. Der. Privado*, 1956, pág. 496.

(29) *La Persona jurídica*, pág. 2.

(30) *Sistema*. 1975, vol. 1.º, pág. 363.

Más matizada es la tesis de LACRUZ BERDEJO (31) quien tras considerar que un patrimonio inicial es necesario, incluso pudiéndose completar o ampliar, como indica VILASECA, con posterioridad, con nuevas aportaciones del fundador o de terceras personas, dice luego que “esto no excluye la posibilidad de fundaciones “recaudadoras”, es decir, que se proponen atraer recursos para el cumplimiento de sus fines trasladando el punto clave de la dotación a la organización. Bastaría que estas fundaciones tengan una viabilidad propia, suficiente para un programa mínimo que se pueda llevar a cabo con las rentas del capital fundacional”.

Yo he expresado en algún momento (32) mi opinión de que más que considerar el patrimonio como esencial en la fundación hay que considerar tal la existencia de recursos suficientes para desarrollar los fines, recursos que pueden no estar necesariamente ligados a la existencia de un patrimonio.

167

Sea, sin embargo, la que sea la opinión doctrinal que se sustente lo cierto es que nuestra reciente Ley de Fundaciones recoge en su definición los tres requisitos que suelen considerarse precisos para la existencia de una fundación, o sea, “la organización, el patrimonio y los fines”, al establecer que “son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general” Y en el artículo 10 exige que la dotación sea adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales” atribuyendo (en el art. 36.2) al protectorado la misión de velar por el cumplimiento de este requisito al exigir para la inscripción un informe favorable, sobre este punto, del mismo. En la práctica la verdad es que ni en el pasado, ni parece que en el presente se haya

(31) *Parte general de Derecho civil*, vol. segundo, 1983, pág. 237 y ss..

(32) V. mi conferencia en esta misma Academia de Jurisprudencia, sobre constitución de las fundaciones a punto de publicarse.

cumplido con excesiva fidelidad este requisito y son muchas las fundaciones en las que el patrimonio es escaso y han obtenido, no obstante, la personalidad jurídica. (Puede verse lo que al respecto he indicado en numerosos trabajos, el último de los cuales es mi citada conferencia en la Academia de Jurisprudencia).

Prescindiendo de profundizar en este tema, es indudable que la fundación tiene, por regla general, un patrimonio y que éste está adscrito a un fin.

También en ella, como en las sociedades mercantiles, y desde luego de forma mucho más perfecta que en las asociaciones, la reciente Ley ha tomado algunas precauciones para asegurar la tutela del citado patrimonio.

En primer lugar, como se ha hecho habitual para la constitución de las personas jurídicas exige que la constitución se realice en escritura pública y que ésta se inscriba en un Registro. No obstante la reciente Ley, todavía en la órbita de la desconfianza frente a este tipo de instituciones en vez de acudir a un sistema puramente normativo como existe para las sociedades en las que se deposita en un encargado del Registro la misión de controlar la adaptación de las fundaciones que se constituyen a la Ley exige, previamente, un informe favorable del Protectorado sobre el interés general de los fines y la suficiencia de la dotación, manteniendo rasgos del sistema de concesión administrativa en la constitución de la fundación.

En segundo lugar exige la existencia de una dotación y toma garantías, similares a las establecidas para las sociedades, para asegurar la realidad de las aportaciones realizadas por el fundador (véase el art. 10 3 de la Ley). Exige además la Ley que la fundación figure como titular de todos los bienes y derechos que integren su patrimonio y que éstos se hagan constar en un inventario y en el Registro de Fundaciones, así como en los registros correspondientes, referencia, esta última, que implica la obligación, que suele ser una cláusula de estilo incluida en los estatutos de las

fundaciones, de inscribir los bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad y los restantes bienes, como propiedad intelectual o industrial en sus Registros correspondientes.

En las fundaciones se plantea, sin embargo, un problema especial que no aparece ni en las sociedades ni en las asociaciones que es el del control de la actuación de los administradores de la entidad. En las instituciones de carácter asociativo, como son sociedades y asociaciones, son los propios socios los que detentan el poder de control que se ejerce ya al nombrar a los administradores, ya al aprobar las cuentas de la entidad presentadas por los mismos a la asamblea general, que debe reunirse al efecto anualmente. En las fundaciones, al faltar los asociados y no adquirir esta categoría los beneficiarios de sus prestaciones se plantea el problema del control. La legislación suele atribuir esta misión a un órgano administrativo, que entre nosotros recibe el nombre de protectorado. No es éste el momento de estudiar este tema de forma extensa. Me limitaré a señalar que caben dos formas distintas de control. Una, el control previo exigiendo que para determinados actos de la fundación ésta deba recabar la autorización del protectorado. Otra, el control *a posteriori* obligando a la fundación a presentar sus cuentas y memoria de actividades y concediendo al protectorado ya la facultad de hacer observaciones a las mismas ya de acudir a los Tribunales en exigencia de responsabilidad de los patronos que hayan actuado maliciosa o imprudentemente. Lo que, a mi juicio, no tiene sentido es duplicar el control exigiéndolo previamente para determinados actos y luego *a posteriori*. Por desgracia nuestra Ley ha incidido en este error y ha multiplicado las exigencias de autorizaciones complicando extraordinariamente la vida y burocracia de unos entes que no suelen, ni deben, estar sobrados de personal. Este problema se está discutiendo en estos momentos en Italia donde se reclama la publicación de una Ley que sustituya las viejas normas del Código. La doctrina más sensible se inclina por el control *a posteriori*.

Así lo propugna RESCIGNO en un reciente trabajo (33) y en sentido similar se ha pronunciado todavía más recientemente PONZANELLI en otro trabajo (34).

Por último, en las fundaciones también hay una clara distinción en tema de responsabilidad. Aunque no lo dice la Ley (35) parece indudable que la fundación responderá en los términos previstos en el artículo 1.911 del Código civil de sus obligaciones y que desde luego no alcanzará responsabilidad alguna por las mismas, ni al fundador ni a los patronos. Estos, únicamente responderán en los términos previstos en el artículo 15 de los daños y perjuicios que causen con sus actos si son contrarios a la Ley o a los Estatutos o están realizados negligentemente.

3. *Agrupaciones de interés económico.*

170 La complejidad de las relaciones comerciales y el deseo de fomentar a ultranza el desarrollo del comercio han hecho que proliferen en la práctica y legislación reciente diversas figuras, ya de relación entre empresas, ya de fomento y agrupación de capitales para inversión, que, en gran parte, pueden incluirse dentro de los patrimonios adscritos a fines. Nos corresponde, en este punto, ver aquellas de estas figuras a las que la ley concede personalidad jurídica, entre las cuales la más importante es la agrupación de interés económico.

Éstas fueron, en primer lugar, reguladas por un Reglamento aprobado por la Comisión de Comunidades el 25 de julio de 1985. Como es sabido los Reglamentos de la Comunidad son directamente aplicables antes, incluso, de

(33) *Studi en memoria di Gino Gorta*. T. II, pág. 1745.

(34) "Quali regole giuridiche per in terzo settore? Per una disciplina degli enti 'non profit'" en *Rev. Dir. Civile*, 1996, mayo-junio, págs. 313 y ss.

(35) E incluso ha desaparecido, parece, alguna norma anterior que declaraba inembargables los bienes de la fundación.

cualquier norma reguladora de los países miembros, de aquí, que, incluso antes de que nuestro legislador se ocupase de la figura, se plantearon dudas en torno a su naturaleza jurídica. Entre los autores que se ocuparon del tema hubo pronto fuertes discrepancias, algunos como GLEICHMANN (36) que era miembro de la Comisión de las Comunidades y presidió el grupo de trabajo que elaboró el Reglamento dice que es un instrumento de cooperación empresarial no societario, próximo a la cooperativa y destaca que la determinación de su fin, que debe tener siempre relación con el de los miembros, constituye la disposición central de su regulación. GANSKE considera la agrupación asimilable a la sociedad colectiva, y por último MEYER-LANDRUT niega la posibilidad de asimilación a cualquier figura conocida en el Derecho alemán e incluso la posibilidad de señalar una estructura societaria. SACRISTÁN REPRESA (37) se inclina por una concepción pluralista de matiz asociativo, aunque termina inclinándose por integrar el régimen contenido en el Reglamento con el de la sociedad colectiva. PAU (en el trabajo citado pág. 1187) incluye la figura en el *genus* amplio de las asociaciones, tomadas éstas en sentido amplio que incluye no sólo las asociaciones privadas sino las sociedades mercantiles, viendo en ella una asociación de tipo consorcial. Destaca este autor que la actividad de la agrupación debe vincularse a la de sus miembros de la que tiene carácter auxiliar, si bien tomando este concepto en sentido amplio. Entiende que pueden participar en estas agrupaciones incluso asociaciones sin ánimo de lucro y destaca que carecen, las agrupaciones en sí, de ánimo de lucro ya que se orientan a mejorar o incrementar los resultados de la actividad

(36) Tomo estos datos del documentado trabajo de Antonio PAU sobre "La agrupación europea de interés económico: Naturaleza, función y régimen" publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto, 1988, pág. 1183.

(37) "La Agrupación europea de interés económico" en *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*. Madrid, 1987, pág. 831.

de sus miembros no siendo su finalidad realizar beneficios para sí misma.

En 1991 se publicó la Ley 12/1991, de 29 de abril, que regula, con carácter general, las agrupaciones de interés económico en España, sustituyendo a las viejas agrupaciones de empresas, y con carácter particular las agrupaciones europeas de interés económico, completando, en la forma que lo permite, el Reglamento de la Comunidad. Resuelve esta ley en dos brochazos los problemas de la caracterización de estas agrupaciones concediéndoles personalidad jurídica (art. 1) y declarando aplicables, supletoriamente, las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza (art. 1), estableciendo, que su actividad debe ser auxiliar de la que desarrollan sus socios (art. 3.1), que no tiene ánimo de lucro para sí misma (art. 2.2) y diciendo que los socios de la agrupación responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquélla, siendo la responsabilidad de los socios subsidiaria de la de la agrupación (art. 5).

172

En definitiva, y mirándola desde el prisma que nos ocupa de patrimonios adscritos a fin, se trata de un patrimonio personificado en el que el fin toma una importancia preponderante.

4. *Uniones temporales de empresas.*

Al socaire de las agrupaciones de empresas nuestra legislación ha regulado siempre, aunque ahora las haya separado, las llamadas uniones temporales de empresas. Se regulan en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, que antes incluía también a las agrupaciones de empresas y cuya regulación ha sido sustituida y derogada por tanto, en este punto sus normas, por la Ley de 1991 a que antes he hecho referencia. Las uniones temporales de empresas son, según define la propia Ley (art. 7), un sistema de colaboración entre empresarios por cierto tiempo, para el desarrollo o ejecución de una obra,

servicio o suministro. En ellas se ve todavía de forma más clara que consisten en un patrimonio adscrito a un fin, aunque al regular sus requisitos la Ley no parece considerar esencial la existencia de un patrimonio independiente (el art. 8, e), exige hacer constar en la escritura en que se constituyen “las aportaciones, si existiesen, al fondo común”, no obstante en la práctica existe siempre un patrimonio operativo, aunque sea de pequeña entidad).

A diferencia de las agrupaciones en las uniones la Ley dice que “no tendrán personalidad jurídica propia” (art. 1.2). En cuanto a la responsabilidad, el artículo 8 citado exige (letra e) n.º 8) que se haga constar en la escritura “la responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común, que será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros”. Nada dice este precepto de que sea subsidiaria, como dice en las agrupaciones, ni tampoco si los bienes del común responderán de las deudas particulares de los asociados o sólo lo harán, lo que es lógico, en cuanto a la parte que a éstos corresponda en el acervo común. De todas formas en los contratos suele pactarse ya la extinción de la unión, ya la exclusión del socio en el supuesto de suspensión de pagos o quiebra del mismo.

Se trata pues, a mi juicio, de un típico patrimonio adscrito a un fin, con autonomía parcial en relación con los patrimonios de los partícipes y un régimen de administración especial establecido en la Ley y en los estatutos por los que se rigen.

III. Figuras asociativas no dotadas de personalidad jurídica

A) Las asociaciones sin personalidad jurídica.

La generosa atribución de la personalidad jurídica a todo tipo de sociedades mercantiles y a gran parte de las civiles

hace que la doctrina española no se haya preocupado en exceso de los entes personificados que no reúnen los requisitos precisos para tener reconocida la personalidad jurídica. A diferencia del Código español, el italiano dicta tres normas para las que denomina *associazioni non riconosciute*. En estas normas (arts. 36 a 39 del Codice) se establece que el régimen interno y administración de las mismas y su administración serán reguladas por los acuerdos de los asociados; les reconoce capacidad de estar en juicio a través de la persona que ejerza la presidencia; reconoce la existencia de un fondo común y niega el derecho de los asociados a pedir su división y por último establece que de las obligaciones contraídas por las personas que representan la asociación responde, en primer lugar, el fondo común y también, personal y solidariamente, las personas que hayan actuado en nombre y por cuenta de la asociación. Norma esta última importante por cuanto significa que los asociados, por el hecho de serlo, sólo responden de las deudas de la asociación por las cantidades que hayan aportado al fondo, ampliando, en cambio, la responsabilidad a los gestores de la misma.

En nuestro Derecho no existen este tipo de instituciones pero si cabe, en la práctica, que haya sociedades, e incluso asociaciones y fundaciones que por no reunir los requisitos exigidos por la legislación para la obtención de la personalidad jurídica carezcan de ésta y sin embargo se presenten en el tráfico jurídico con la veste ya social, ya incluso de comunidades constituidas al efecto de ejercer, incluso una actividad mercantil.

Este tema fue puesto de moda por las recientes leyes de sociedades anónimas y limitadas que regulan tanto la sociedad en constitución como la llamada (aunque hoy se tiende a evitar incluso el nombre) sociedad irregular, y a las que he hecho una breve referencia con anterioridad. Como es lógico no es éste el momento de entrar en los intrincados problemas que plantea la cuestión sobre la que falta aún un

criterio que pueda calificarse de unánime (38), ni sobre este tema, ni sobre la distinción entre la comunidad y sociedad, y en concreto sobre la posibilidad de constituir en uso de la libertad de pactos comunidades voluntarias, incluso para el ejercicio de actividades de lucro (más tarde haremos alguna referencia a esta última cuestión).

Prescindiendo de discusiones y a los efectos de nuestro tema de hoy es indudable que, en estas figuras más o menos irregulares, existe un patrimonio, aunque la determinación de los bienes que lo compone no sea, en ocasiones, muy segura; y que el fin al que se destina trae como consecuencia una regulación en orden a su administración e incluso en orden a la responsabilidad que lo distingue del de las personas asociadas. No estaría de más, de todas formas, que se regulara, con ponderación, pero con claridad, estas situaciones que aunque anómalas se presentan, probablemente, como dice SEGURA (39), con gran frecuencia en la práctica.

175

B) Las colectas o recogida de fondos para fines concretos.

La legislación italiana regula, junto a las *associazioni non riconosciute* los llamados *comitati* que son asociaciones para un fin concreto que puede ser de socorro, beneficencia, promotores de obras públicas, monumentos, exposiciones, muestras, fiestas y similares. Esta es una actividad muy frecuente en la práctica ante cualquier situación de emergencia, e incluso sin presentarse ésta. Se trata de una apelación al público, normalmente acompañada de gran despliegue publicitario, en el que se solicitan fondos para fines concretos. El

(38) Puede verse lo que dice al respecto José M.^a SEGURA en su trabajo sobre la *Comunidad de Bienes* en la obra colectiva editada por los Colegios Notariales de España, tomo I, págs. 23 y ss.

(39) *Loc. cit.*

Código establece la responsabilidad personal y solidaria de los promotores por la conservación del fondo y su destino al fin anunciado, y le reconoce la posibilidad de estar en juicio a través de la persona de su Presidente.

También en nuestro Derecho hay una norma, por cierto más meticulosa que la italiana que regula estas actividades en el cap. IV de la Ley de Asociaciones de 1964 que regula las que llama "asociaciones de hecho de carácter temporal", a las que define en términos muy parecidos al que hemos visto en el Código italiano.

176

El artículo 19 exige poner el propósito en conocimiento del Ministerio de la Gobernación o Gobernadores civiles, según el ámbito de la recaudación, con quince días de antelación a aquel en que haya de iniciarse la cuestación. Debe expresarse en la comunicación el nombre de los organizadores de las actividades, la duración de las mismas, los fines a que se destinarán los fondos recaudados, gastos precisos para obtenerlos y la forma y plazos en que habrá de dárseles aplicación (art. 20). Transcurrido el plazo, o el que prudencialmente fije la autoridad, y en todo caso seis meses, se pondrán a disposición del Ministerio o Gobernador las sumas percibidas quien las destinará a atenciones análogas o, de no ser posible, a fines de asistencia social o beneficencia. De igual forma se procederá cuando la cuestación se haya realizado sin previa comunicación, hubiera sido prohibida o los fondos sean manifiestamente insuficientes para los objetivos propuestos. Por último, establece que los organizadores serán personal y solidariamente responsables de la administración o inversión de las cantidades recaudadas debiendo rendir a las autoridades indicadas cuentas correspondientes a su gestión, y caso de no hacerlo, o de aplicar indebidamente los fondos incurrirán en las responsabilidades administrativas, civiles y penales que procedan (art. 20).

Aunque de forma imperfecta regulan estos preceptos un fenómeno, como he dicho antes, muy frecuente hoy. A mi juicio las normas se resienten de la época en que fueron

dictadas, pero incluyen elementos aprovechables que deberían tenerse en cuenta en la regulación que debería darse a este fenómeno.

Este tema de las cuestaciones se presenta no sólo cuando se hace por un comité de personas nombrado al efecto, sino también cuando la recaudación se lleva a cabo, para un fin específico, por una entidad dotada ya de personalidad jurídica, caso más frecuente en la práctica. En uno y otro caso y, además de regularse de alguna forma la veracidad de la publicidad que se emplee para conseguir la recaudación, deberían dictarse normas que exijan la constitución de un patrimonio separado con contabilidad distinta de la general de la entidad, en el caso de ser una entidad, y una rendición de cuentas, que tal vez no es lo más indicado realizarla ante el Ministerio de Interior, que ha sustituido al de Gobernación, pero éste es un problema secundario al esencial de que se rindan cuentas.

177

Desde el punto de vista que nos interesa es indudable que se tratan de patrimonios adscritos a fines. Cuando la cuestación la realiza una persona jurídica la propiedad de los bienes recaudados le pertenecerá a ella, pero con la carga de cumplir el fin establecido, constituyendo un auténtico patrimonio separado adscrito al fin concreto dentro de su patrimonio general. Cuando la recaudación se hace por un grupo de personas que no han constituido una persona jurídica el tema es más espinoso ya que es dudoso que pueda considerarse al grupo, en régimen de copropiedad, como propietario de los bienes recaudados, lo que pondría lo recaudado al alcance de sus acreedores personales; más bien cabría entender que se trata de patrimonios de fin, pero sin sujeto conocido.

IV. Las titularidades fiduciarias

Una vez que perdemos el paraguas protector de la personalidad jurídica, ya en sentido pleno, ya a través de supuestos de personalización imperfecta, el tema de los patrimonios adscritos a fines se hace cada vez más difícil y problemático tropezando con algunas de las cuestiones más discutidas de nuestro Derecho como son el del concepto de propiedad, el *númerus clausus* o no de los derechos reales, la problemática de los negocios fiduciarios, simulados o indirectos, temas todos que están aún muy lejos de haber conseguido un tratamiento pacífico entre nosotros. Las dificultades surgen no sólo por la complejidad de los supuestos posibles sino también por la enemiga que en las legislaciones del siglo XIX encontraron las limitaciones a la propiedad y todo lo que podía implicar una sombra de vinculación de la misma, enemiga, que, afortunadamente, fue paliada en nuestro Derecho por los redactores del Código civil.

178

Veremos, en este punto, de forma muy somera, como exige el carácter panorámico de nuestra exposición, algunos supuestos y las dificultades que encuentran en la doctrina jurídica española.

A) El “trust” y las titularidades fiduciarias.

El “trust” es una figura surgida en el mundo anglosajón y completamente ajena no sólo a nuestro Derecho sino a los restantes Derechos continentales. No obstante la doctrina moderna ha comenzado a estudiar esta figura, en parte por la mundialización del Derecho que ha hecho conocer y popularizar esta institución muy arraigada en el mundo anglosajón, y en parte porque hay una Convención de la Haya firmada el 1 de julio de 1985 que, aunque sólo sea desde el punto de vista del derecho internacional privado, regula la institución. Esta convención, que yo sepa, no ha sido ratificada por España, pero sí por Italia y otros países afines.

Paralelamente, el tema del "trust" podría adquirir una importancia especial entre nosotros dada la restricción que la figura de la fundación ha sufrido al limitarla a los fines de interés general y dejar fuera, por tanto, otros fines, perfectamente respetables e incluso susceptibles de ser considerados, en un término amplio, de interés general pero que no pueden obtener sus objetivos a través de la fundación (40).

El "trust" tuvo origen en la Baja Edad Media y aprovechó las diferencias entre el *comon law* y la *equity* que permite un desdoblamiento de la propiedad. No obstante y como dice MAITLAND (41) dada la multiplicidad de aplicaciones de la institución cuya elasticidad es comparable a la del contrato, representa la más notable creación de los juristas ingleses. El "trust", en esencia, es una figura jurídica en virtud de la cual una persona, denominada "trustee" adquiere la propiedad formal de unos bienes o derechos que, en virtud de la propiedad sustancial que corresponde a otros (denominados *beneficiary-ownership*), queda obligado a custodiar y administrar y a servirse de ellos en ventaja, ya de los beneficiarios, ya de un fin. Es pues una figura que se funda sobre el desdoblamiento de la propiedad (42) que adquiere el "trustee" pero con las limitaciones equitativas impuestas en beneficio de un tercero ya por el constituyente del "trust" ya por la Ley. Los bienes que constituyen el

179

(40) Por ejemplo, la protección de los discapacitados se suele conseguir en EEUU, con frecuencia, a través de la figura del "trust" que parece proteger de forma adecuada los diversos intereses en juego. Con cierta frecuencia han acudido a nuestro despacho padres preocupados por el problema, algunos de los cuales han terminado resolviéndolo acudiendo, dada la mayor movilidad de capitales que hoy es posible, a la constitución de "trusts" en Norteamérica figurando como beneficiarios sus hijos disminuidos psíquicos.

(41) En *L'equita*. 1909, pág. 31, de la traducción italiana publicada en Milán, 1979.

(42) V. FUMAGALLI en "Il Trust" recogido en *Gli enti "non profit" in Italia*, serie de trabajos dirigidos por Ponzanelli Cedam. 1994, pág. 142, o TONDO: "Riconoscimento del trust nel nostro ordinamento" en *Convegno di studio Madonna di Campiglio* titulado "Fiducia, Trust, Mandato ed agency". Giufre, 1991, pág. 120 y ss.

“trust” no entran a formar parte del patrimonio del “trustee” por lo que resultan inatacables por parte de sus acreedores personales y están vinculados al fin para el que son destinados. Por esto la ley pone límites precisos a su duración para evitar la inmovilización patrimonial excesivamente duradera en el tiempo (43).

Desconocido el desdoblamiento de la propiedad en los derechos continentales es opinión común que es imposible la recepción de la figura del trust tal y como es conocida en el mundo anglosajón. Cuando se ha querido conseguir un resultado similar, a través del ejercicio de la autonomía privada ha habido que recurrir a otras figuras jurídicas o a la combinación de varias de ellas. Así FUMAGALLI (44) propone la utilización de un negocio justificado por la causa *fiduciae* atípica cuyo núcleo consistiría en la atribución a un sujeto fiduciario de un derecho o de un poder jurídico limitado a procurar los intereses de otra persona. Sin embargo, inmediatamente reconoce que la situación no es la misma que en derecho anglosajón por cuanto la titularidad del fiduciante, según la doctrina italiana dominante, es la de propietario y las obligaciones que se le imponen sólo tienen una eficacia obligatoria, inter partes, y por lo tanto su violación no es oponible a tercero.

Si tratamos de buscar en nuestro Derecho figuras que puedan conseguir el fin que con el trust se consigue creo que habremos de distinguir diversos supuestos:

a) *Fideicomisos.*

Los fideicomisos, ya constituidos a través de disposiciones sucesorias (arts. 781 y sgs., ya por vía de donación a través de las posibilidades que contemplan los arts. 639, 640 y 641, todos del Código civil).

(43) V. FUMAGALLI, *loc. cit.*, pág. 145.

(44) *Loc. cit.*, pág. 148.

Nuestro Derecho, a diferencia de otros continentales, que mantuvieron fuertes restricciones a las fórmulas vinculatorias, aceptó, corrigiendo como dice VALLET (45) el criterio del proyecto de 1851, y aunque lo hiciera mezclándolo con las sustituciones fideicomisarias, el fideicomiso, si bien imponiéndole determinadas restricciones temporales que no es éste el momento de estudiar. En efecto de la regulación contenida en los artículos 781 a 789 del Código resulta claro que el testador puede nombrar un heredero al que imponga, con efectos reales, es decir, eficacia frente a terceros, las siguientes limitaciones:

— La obligación de entregar los bienes, ya en un determinado momento, ya a su muerte a los herederos llamados fideicomisarios (art. 781). Esto le impone, como complemento de la de entregar, la obligación de conservar los bienes recibidos.

— El establecimiento de la prohibición de disponer de los bienes, que abarca también la de sólo poder hacerlo en determinadas circunstancias o cumpliendo determinados requisitos, así como de sustituir los bienes enajenados, o no, por los adquiridos a cambio de los mismos (mecanismo de la subrogación real) (art. 785).

— La posibilidad de imponer al heredero, ya sea fiduciario o puro la obligación de atender determinadas cargas o invertir ciertas cantidades, o incluso todo el patrimonio recibido en determinados fines establecidos por el testador (art. 788).

Estas amplias posibilidades sólo tienen en nuestro derecho dos limitaciones. Una la derivada de lo dispuesto respecto de las legítimas de los herederos forzosos. Otra la limitación temporal establecida en los artículos 781 y 785.

A la vista de lo anterior parece que en nuestro derecho será posible emplear la institución del fideicomiso para la afectación de patrimonios a fines, ya sean generales, ya par-

(45) *Panorama de Derecho civil*, T. I, pág. 258.

ticulares y en beneficio de la propia familia del testador, ya de terceros.

Otro tema, que no puedo tratar aquí, es la situación fiscal de estos patrimonios que indudablemente debería ser objeto de un tratamiento especial y más favorable del que tienen en este momento.

b) Titularidades fiduciarias constituidas a título distinto de la herencia o donación.

182 Pretendemos en este punto estudiar si cabe, la constitución de un patrimonio adscrito a un fin a título oneroso o mejor dicho, en términos más amplios, no lucrativo a través de un negocio fiduciario en el que se transmita la propiedad de un bien o conjunto de bienes a un titular fiduciario con el encargo de que lo destine a determinados fines y lo devuelva, posteriormente, al propio fiduciante o lo entregue a un tercero determinado por éste.

El tema es difícil y plantea la discutida temática de si puede admitirse en nuestro derecho el negocio fiduciario.

Como dice GRASSETTI (46) el negocio fiduciario tiene como núcleo común la atribución de un derecho o poder jurídico limitado por el cuidado de intereses de otra persona (bien el fiduciante bien un tercero beneficiario). El negocio recibió sus contornos precisos gracias al esfuerzo de REGELSBERGER, y fue acogido en Italia por FERRARA, recibiendo, sin embargo, su más completa formulación en un trabajo de GRASSETTI (47). Distingue GRASSETTI la fiducia *cum creditore*, para fines de garantía, y la fiducia *cum amico*, que es la que nos interesa que, sigue diciendo, además de poner *al sicuro* los bienes colocándolos a nombre de un amigo en el *tempus dubium* (según la tesis clásica roma-

(46) En "Il negozio fiduciario nel diritto privato" en *Convegni cit.*, pág. 2.

(47) "Il negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico" publicado en la *Rev. Dir. Comm.* 1936, I, pág. 945.

na) sirve también, y es el supuesto que nos interesa realmente, para conferir un encargo al fiduciario de forma particularmente eficaz. Tras explicar como en la base del negocio fiduciario, en los sistemas latinos, se encuentra la posibilidad y riesgo de que el fiduciario abuse incumpliendo los fines para los que se le han conferido los bienes, se plantea GRASSETI la cuestión central de si es posible una causa *fiduciae* en la que se base la transmisión de la propiedad. En efecto, la compraventa no es un vehículo adecuado para la transmisión fiduciaria de la propiedad al faltar el precio, requisito esencial de la misma, lo que haría nulo el contrato. Se plantea pues si la causa *fiduciae*, o sea, el propósito de crear la fiducia es suficiente para la transmisión de la propiedad. Se trataría de una causa atípica que él defiende como posible pese a dos dificultades: una, la posibilidad de admisión de nuevas figuras de propiedad o derechos reales, dado que no pocos autores entienden que la autonomía de la libertad sólo juega en el campo de los contratos obligacionales; y otra la imposibilidad, tradicionalmente considerada en la doctrina, de construir una propiedad temporal.

183

En nuestro Derecho el negocio fiduciario y la teoría del doble efecto respecto del mismo fue acogida por la doctrina a partir de CASTÁN, y a través de éste por la jurisprudencia. La admisión era casi pacífica hasta que con su energía habitual la impugnó D. Federico de CASTRO (48). Tras de combatir enérgicamente la teoría del doble efecto y la utilización de la compraventa para montar un negocio simulado niega también la posibilidad de admitir en nuestro Derecho la causa *fiduciae* (defendida por algunos autores como GARRIGUES O JORDANO). Niega D. Federico la posibilidad de la causa *fiduciae*, pero lo hace, en principio, por un método

(48) Primero en una conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, a la que represento en este acto, y más tarde en su obra sobre el *Negocio Jurídico*, 1967, págs. 379 y ss.

inductivo, en su primera parte centrándose, para rechazarla en la utilización de la compraventa ya sea en garantía o *cum amico* (pág. 407 y siguiente) en la que considera que la fiducia, garantía o mandato no tienen virtualidad suficiente para justificar la transmisión de la propiedad, una vez que se descubre que la compraventa era simulada. Sólo más adelante (49) y una vez desmontada la teoría del doble efecto se enfrenta, brevemente, con la posibilidad de una titularidad fiduciaria consistente en la transmisión de la propiedad formal o titularidad fiduciaria. La argumentación de D. Federico en este punto no es excesivamente clara. Parece que sigue entendiendo que es la compraventa el vehículo, simulado, o mejor dicho disimulado, utilizado para obtener el fin de transmisión de la propiedad, para luego dotar de virtualidad al pacto fiduciario que, en la fiducia *cum amico* ofrece, en su opinión, menos dificultades, siempre, como es lógico, que la utilización de la persona intermedia no sea para hacer algo no permitido legalmente. Incluso recuerda que en Derecho español hay algunas leyes, dictadas para recuperar las órdenes religiosas los bienes que pusieron a nombre de hombres de paja en la época de la República (Ley 11 de julio de 1941, 1 de enero de 1942 y Decreto-Ley de 28 de junio de 1962) de las que deduce que el fiduciante, en ningún momento dejó de ser propietario de los bienes.

No es éste el momento ni el lugar de estudiar ampliamente la posibilidad de construir un negocio fiduciario directo en el que una persona transmita, sin precio, unos bienes a un tercero para que éste cumpla con ellos el encargo que se le atribuya. Como señalaba GRASSETTI para aceptar esta tesis es preciso, en primer lugar aceptar que cabe constituir nuevos derechos reales, no rigiendo el *numerus clausus* en la materia. En nuestro Derecho es sabido que no hay una opinión unánime sobre el tema. El actual

(49) Pág. 420.

Presidente de esta Academia mi ilustre maestro VALLET DE GOYTISOLO decía, en un interesante y luego, por algunos, criticado trabajo (50) que los autores de la Ley Hipotecaria, que no eran pandectistas, colocaron la coletilla en el artículo 2.2 “y cualesquiera otros reales” pensando únicamente con sentido jurídico práctico en dejar abierta la puerta de acceso al Registro de otras figuras típicas o atípicas análogas a las expresadas”. ROCA SASTRE (51) tras criticar las tesis de VALLET aun reconociendo que “oficialmente nuestro sistema lo es de *numerus apertus*, dice que esto no supone la libérrima posibilidad de crear nuevos derechos reales además de los expresamente reconocidos por la ley, de suerte que no es nada fácil, dado lo prolijo de nuestro sistema en cuanto al número de derechos reales nominativamente admitido, que los particulares puedan adoptar nuevos tipos de los mismos” y señala que en esta materia no existe precepto alguno semejante al 1.255 y otros del Código civil. Por ello y tras examinar la doctrina de la Dirección General concluye que “puede afirmarse que también en nuestro Derecho positivo viene a regir prácticamente la regla del *numerus clausus* aunque formalmente se diga que impera la regla del *numerus apertus*”. DíEZ-PICAZO (52) ha estudiado en profundidad el tema y aunque, al principio pone de manifiesto su complejidad parece aceptar, aunque con reticencias, la posibilidad de ello cuando dice que es evidente que, si bien la autonomía privada es capaz para crear derechos reales atípicos, no basta para ello la simple voluntad, la mera libertad o la pura apetencia, sino que es menester que sobre ellas se sobrepongan otros factores que cabría calificar de control social, como son la plena determinación del objeto, la forma y la publicidad.

(50) “Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles, susceptibles de trascendencia respecto de tercero” recogido en su *Estudios sobre Derecho de Cosas* VI, pág. 208.

(51) *Derecho Hipotecario*, 8.ª Edic. revisada por su hijo Luis en 1995.

(52) *Fundamentos de Derecho Patrimonial III. Las Relaciones jurídico-Reales*. 1995, pág. 131.

La argumentación de ROCA no es muy consistente, ni su consecuencia excesivamente lógica y respetuosa con lo establecido en la Ley. Recientemente VALLET ha vuelto sobre el tema (53) en el que defiende que la titularidad fiduciaria puede modalizarse y causalizarse. “La elaboración dogmática del concepto de fiducia –dice– efectuada sobre la base de un negocio con efectos reales y otro con eficacia meramente obligacional, ha dado lugar a que algunos hipotecaristas afirmen que en esas transmisiones hay que separar los aspectos real y obligacional, y rechazar que éste afecte a los terceros adquirentes. El dualismo dogmático que conlleva a la clasificación total de los derechos en dos únicos grupos, irreducibles entre sí, perturba otra vez para hallar una solución que resulte justa si la causa de la transmisión fiduciaria ha sido expresada en el título traslativo. La constancia –sigue diciendo– en el título y en su inscripción debe determinar la falta de legitimación del titular inscrito, e impedir que al bien objeto de la fiducia se le dé un destino distinto de aquél para el cual ésta fue establecida y determinada expresamente en el título constitutivo. Esa constancia hace que la titularidad fiduciaria sea ineficaz fuera de los límites autorizados por la causa o motivo causalizado que están expresados en el título de su constitución. O, si se prefiere decirlo de otro modo, el fin predeterminado queda inserto como condición implícita del negocio, aunque literalmente no se haya expresado que lo condicione”. La autoridad de VALLET parece, pues, amparar la posibilidad de constitución de titularidades fiduciarias con efectos *erga omnes* en cierto modo similares a los que hemos visto adquiere el trust anglosajón, si bien por la vía, no de distinguir entre propiedad formal y material, sino de aceptar la posibilidad de una propiedad fiduciaria modalizada por los términos en que esté establecida la fiducia.

(53) En su trabajo “Negocios en fraude de ley simulados, fiduciarios e indirectos” en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio, 1995, pág. 224.

Si se acepta la tesis de VALLET sobre el *numerus apertus* en la determinación de los derechos reales no parece que los otros dos argumentos para negar las titularidades fiduciarias puedan mantenerse. En cuanto a la perpetuidad de la propiedad no pone ésta al resguardo de situaciones temporales derivadas de la imposición de condiciones, e incluso términos, resolutorios; y la no inscribibilidad de las prohibiciones de disponer en actos onerosos, recogida en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y que implicaría una negación a las mismas de efectos reales puede defenderse que no son aplicables a las limitaciones establecidas en estas titularidades en las que las limitaciones se han integrado en la figura misma a través, como dice VALLET, de su causalización.

La admisión de la posibilidad de establecer titularidades fiduciarias que hemos visto está amparada por la indiscutible autoridad de VALLET, podría abrir un portillo a la solución de determinadas situaciones dignas de tener en cuenta e incluso consideradas de interés general en la propia Constitución, y a las que ya hemos aludido, como son las de protección de los disminuidos psíquicos, que han quedado dificultadas por el no reconocimiento en la Constitución y como consecuencia en la Ley de Fundaciones del derecho a fundar para fines que no sean de interés general.

Desde luego tengo que reconocer que carezco de la cualificación suficiente para incidir en esta, tan interesante, discusión pero sí creo que los argumentos de ROCA, antes citados, no son suficientes para negar la posibilidad de admitir una figura de derecho real directamente derivada del negocio fiduciario. La única duda que me resta es que las limitaciones derivadas de la causa *fiduciae* que comportan el establecimiento de una serie de limitaciones al derecho de propiedad adquirido por el fiduciario pueden considerarse cercanas a la prohibición de disponer y que hay un precepto expreso, el artículo 27 de la Ley Hipotecaria que niega acceso al Registro a dichas limitaciones o prohibiciones contenidas en un acto a título oneroso, otro tema, que no pue-

do tratar ahora es si este acto creando titularidad fiduciaria puede considerarse a título oneroso y por tanto incluido en la prohibición del artículo 27 citado.

Un tema, que apunto, pero que ni siquiera puedo tratar es si esta dificultad desaparece en los patrimonios formados por bienes no susceptibles de inscripción, como son, por ejemplo, los valores mobiliarios que pueden fácilmente integrarse en un patrimonio de destino.

c) Otras figuras jurídicas encajables en el campo de las titularidades fiduciarias: los fondos de inversión mobiliaria e inmobiliaria y los fondos de pensiones.

188

El mundo de las instituciones financieras trata de canalizar el ahorro privado a las empresas necesitadas de financiación, y en este campo han surgido, recientemente, las figuras de los fondos ya sea de inversión, esta mobiliaria o inmobiliaria, ya de pensiones.

En todos los supuestos nos topamos fundamentalmente con un patrimonio cuya gestión o administración corresponde a una entidad, denominada sociedad gestora, normalmente se exige sea una sociedad anónima (54), patrimonio dotado de una gran capacidad de modificación de los elementos que lo componen, que debe forzosamente estar depositado en una entidad distinta de la gestora y respecto del cual los adquirentes reciben un título que les acredita como partícipes del fondo.

La naturaleza jurídica del fondo ha sido arduamente discutida por la doctrina y no aparece clara en la legislación que se preocupa más de establecer determinados controles y regular su situación fiscal que de dar pistas sobre la naturaleza y contenido de la relación jurídica surgida de los mismos. La Ley los define como “patrimonios pertenecientes a

(54) Por ejemplo el artículo 27 de la Ley reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva Ley 46/1984, de 26 de diciembre.

una pluralidad de inversores”, pero añade enseguida que su “derecho de propiedad se representa mediante un certificado de participación”. Inmediatamente después dice que serán administrados por una sociedad gestora “a quien se atribuyen las facultades del dominio”, pero añade “sin ser propietaria del fondo”. En cuanto a los fondos de pensiones la ley (Ley 8/1887, de 8 de junio) es todavía más escueta y los define, simplemente, como “patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a Planes de Pensiones” (art. 2). El Reglamento que desarrolla esta Ley (R. Decreto 1307/88 de 30 de septiembre) puntualiza, a diferencia del de los fondos de inversión, en el que no hay una norma similar, que los fondos de pensiones “carecerán de personalidad jurídica” (art. 25.2).

En cuanto a los fondos de inversión mobiliaria la ley establece que el patrimonio del fondo deberá estar invertido, al menos el 80 por ciento, en valores de renta fija o variable admitidos a negociación en una Bolsa de Valores. Respecto a los fondos de inversión inmobiliaria, que fueron introducidos en una modificación realizada en la anterior norma, por Ley 19/1992, de 7 de julio, tienen por objeto la inversión en inmuebles y gozan de unos beneficios fiscales recogidos en el artículo 35 bis introducido en la anterior ley cuando tienen por objeto exclusivo la inversión en viviendas para su arrendamiento.

La administración de los fondos, que se rige por el reglamento de gestión de cada uno de ellos, corresponde a la sociedad gestora y en cuanto a la responsabilidad dice el artículo 17.4 de la Ley que “los acreedores del Fondo no podrán hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio de los partícipes, cuya responsabilidad se limita a sus aportaciones. El patrimonio del Fondo, sigue diciendo, no responderá por las deudas de los partícipes, gestores depositarios”.

Con estas escasas normas no es de extrañar que la doctrina esté muy dividida en cuanto a la naturaleza del fondo. Así COLOMBO, en la doctrina italiana entendía, siguiendo

posiciones parece que de la legislación suiza, que el propietario de los fondos era la sociedad gestora quien tenía una propiedad al servicio de los derechos e intereses de los partícipes. O sea, sería una función y no un derecho. Esta tesis acerca mucho los fondos a la institución del trust americano no aceptado, en general, y cómo hemos ya dicho, por la doctrina y la legislación continental.

DUQUE (55) señala que en la búsqueda de un sujeto del patrimonio del fondo se han seguido dos direcciones. Una la de considerar al propio fondo como institución o fundación, cuyos beneficiarios son los partícipes inversores, otro considerar que los partícipes constituyen un ente de carácter asociativo del que serían órganos la sociedad gestora y el depositario.

El, tras señalar que las tres finalidades que con la creación de los fondos se persiguen son evitar la doble imposición de los beneficios obtenidos, evitar que los terceros se dirijan contra el patrimonio del fondo por deudas de la sociedad gestora y evitar que las pretensiones de los terceros se hagan efectivas sobre el patrimonio particular de los inversores más allá de su inversión, cree que esto se consigue mejor considerando el fondo como una sociedad entendiendo que hay un fin común de todos los partícipes, una puesta en común producida cuando se adquieren las participaciones, si bien reconoce que hay una organización peculiar al estar encomendada la gestión del patrimonio a un órgano con carácter asociativo. Entiende pues que el fondo es una sociedad civil, si bien con un régimen típico y especial.

A mi juicio la naturaleza del fondo, institución tomada del mundo anglosajón y extraña, por tanto, a nuestras construcciones jurídicas, es de difícil encaje. No parece que

(55) En su excelente trabajo sobre "Participaciones y certificados en los fondos de inversión" en el *Coloquio sobre el régimen de los fondos de inversión mobiliaria*. Publicado por el Instituto de Estudios Bancarios y Bursátiles, 1974.

pueda verse en él una comunidad, ya que faltan prácticamente todos los connotandos de la misma, entre otros las facultades de administración y disposición por parte de los partícipes de los bienes contenidos en el mismo, de todas formas y de considerarse comunidad ésta debería recaer, en realidad, no sobre los bienes que componen el fondo sino sobre éste en su conjunto, es decir sobre el patrimonio, sin que, al menos hasta ahora, nuestra doctrina haya aceptado la posibilidad de entender que el patrimonio, como un todo unitario sea susceptible de derecho de propiedad. Tampoco parece que pueda acercársele a las fundaciones faltando los requisitos típicos que éstas tienen en nuestro Derecho como son perseguir fines de interés general y estar dotadas de personalidad jurídica. Pese al meritorio esfuerzo dialéctico de DUQUE no parece que pueda verse en los fondos un fenómeno societario ya que falta un requisito esencial a ésta como es la *afectio societatis* que indudablemente no se da en el inversor que se fija más bien en su inversión concreta que en el deseo de contribuir a realizar una actividad común con los otros partícipes.

191

Hay que descartar que el fondo pertenezca a la sociedad gestora, ya que expresamente lo excluye el texto legal, aunque hay que reconocer que si se hubiera aceptado la figura del trust o del negocio fiduciario con efectos frente a terceros hubiera podido ser una solución correcta, ya que no deja de ser anómalo que después de excluir que los bienes pertenezcan a la sociedad gestora le atribuya la Ley no la gestión del fondo, lo que sería lógico al pertenecer a otro los bienes sino “las facultades del dominio”, como hace la Ley.

A mi juicio, en el fondo hay que ver una figura típica de patrimonio separado o de destino, tal vez la más típica existente en nuestro derecho en el que la propia ley delinea sus características al establecer como se compone el fondo, en el que el patrimonio es esencial, determina la gestión y finaliza señalando las responsabilidades o mejor dicho las no

responsabilidades por deudas ya del fondo ya de los partícipes o la sociedad gestora. La fórmula propuesta por DUQUE, de entender es una sociedad, no bastaría, ya que salvo las normas dictadas al respecto por la ley, no sería suficiente para resolver el problema de la no comunicación de responsabilidades por cuanto expresamente excluye la ley que tenga la susodicha sociedad personalidad jurídica y sin ésta no cabe la separación de responsabilidades. Ya dijimos al principio de nuestro trabajo que este tema de responsabilidad sólo la ley puede resolverlo, ya atribuyendo al patrimonio separado personalidad jurídica, ya dictando normas concretas, como hace en este supuesto, delimitando la responsabilidad y estableciendo excepciones a la general fijada en el artículo 1.911 del Código civil.

En conclusión tal vez lo mejor es considerar el fondo como un patrimonio de destino, cuyos titulares son los fondistas y cuyo régimen de administración y responsabilidad aparecen marcados por la Ley.

V. El problema de las comunidades

A) La comunidad voluntaria.

Al socaire de la legislación fiscal han surgido, en época reciente, un gran número de comunidades que pretenden ocupar un lugar en el mundo jurídico distinto del que tradicionalmente ha ocupado la comunidad general.

Tradicionalmente la comunidad no tiene modos específicos de constituirse sino que se constituye por los medios tradicionales de adquirirse los derechos y existe cuando, como consecuencia de dicha adquisición, un bien pertenece a una pluralidad de personas. Esto explica que el Código civil la defina de forma estática cuando dice que “hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas”.

La doctrina está dividida sobre la posibilidad de constituir en virtud de un negocio jurídico directamente dirigido a ello una comunidad. MIQUEL (56) dice que la comunidad de bienes no tiene una particular regulación en cuanto a su nacimiento, porque puede tener su origen en diversos modos de adquirir los derechos. Para que exista comunidad sólo es preciso que varios adquieran el mismo derecho. Por un contrato solamente no pueden adquirirse inmediatamente derechos en común, porque del contrato no nacen derechos comunes, sino al contrario derechos y obligaciones de unos contra otros (art. 1.254). Solamente, sigue diciendo, el cumplimiento de un contrato que obligue a poner en común, puede hacer surgir una comunidad, pero este contrato o es un contrato de sociedad o se asemeja mucho a un contrato de sociedad y, a falta de otras reglas, que no existen en el título de la comunidad, se regirá por analogía por el contrato de sociedad. En sentido similar José M.^a SEGURA (57) donde cita otro inédito de PAZ-ARES considera que las comunidades societarias que explotan una empresa bajo una razón unificada en el tráfico han obtenido carta de naturaleza en el derecho fiscal y laboral tan sólo para evitar el fraude, pero constituyen un “monstruo jurídico” que hay que desterrar de nuestra praxis negocial.

En sentido opuesto ALBALADEJO (58) entiende que “tanto el criterio de distinción entre sociedad y comunidad basado en el hecho de que la voluntad de las partes se dirija a una o a otra, como la admisión de comunidades con fin de lucro están siendo recibidos por la doctrina y la legislación” y cita a CAPILLA RONCERO, a De la CÁMARA (cuya opinión no parece muy clara) y a TRUJILLO CALZADO (autora de un

(56) “Comentarios al artículo 392 del Código civil” publicado por el Ministerio de Justicia, T. I, pág. 1069.

(57) En su trabajo “Comunidad de Bienes”, incluido en la obra colectiva *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa* publicado por los Colegios Notariales, T. I, pág. 26.

(58) “La distinción entre comunidad y sociedad” en *La Actualidad Civil*, 1995.3, págs. 678 y ss.

reciente libro sobre la Constitución convencional de comunidades). Defiende tajantemente que para que haya sociedad o comunidad tiene carácter decisivo la voluntad de las partes. DíEZ-PICAZO (59) tras pasar revista a las diversas teorías en torno a la distinción entre comunidad y sociedad termina diciendo que puede “afirmarse que en todos aquellos casos en que la concurrencia de una pluralidad de sujetos en la titularidad de un derecho o de una masa patrimonial es incidental y se produce o bien por una disposición legal o bien por un hecho jurídico en el que no ha tenido participación la voluntad de los interesados, deben aplicarse las normas de la comunidad de bienes. En cambio, en todos aquellos casos en que la creación del estado de unión de intereses obedece a la voluntad de las partes, la voluntad de las partes es decisiva para configurar la situación como comunidad o sociedad”. El problema se reduce, dice más adelante “a un problema de interpretación del negocio jurídico creador de la situación en examen”. Como criterio interpretativo parece valer la idea de que la conjunta explotación de una empresa debe entenderse por regla general como sociedad, mientras que el conjunto aprovechamiento estático de un bien debe entenderse por regla general como comunidad. El problema es especialmente difícil en todos aquellos casos en que el negocio jurídico creador de la situación comunitaria o societaria esté formado por un puro comportamiento concluyente (declaración tácita de voluntad), pero los criterios a aplicar deben ser los mismos”.

Lo único que no nos parece ajustado a nuestro actual ordenamiento jurídico es el propósito de un borrador de anteproyecto de ley general de sociedades mercantiles que pretende convertir en sociedades mercantiles todas las comunidades, incluidas pasado cierto tiempo las incidentales, si tienen por objeto una explotación mercantil.

(59) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, “Las relaciones jurídico-reales”, 4.ª edic., 1995, pág. 908.

Sin entrar, de todas formas, en esta discusión en la que cada parte alega razones importantes pero que no está, ni mucho menos, decidida, cualquiera que sea el origen de la comunidad, ya incidental, ya, si se acepta su posibilidad, resultado de un contrato que la constituya, lo cierto es que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 392.2 del Código civil pueden los comuneros regular la comunidad y dictar ciertas normas que les obliguen y traten de mantener la unidad de un patrimonio cuando la comunidad recaiga sobre una pluralidad de bienes o derechos. Sin embargo, la propia disciplina del Código impone ciertas limitaciones a dicha regulación. Podrá regularse el uso y disfrute de las cosas comunes, establecer el vínculo entre los bienes y pactar la subrogación real de los que sustituyan a otros que salgan de la masa patrimonial y establecer normas para la enajenación de los bienes. Sin embargo hay ciertos topes a lo que se puede pactar. Uno es el artículo 400 que, salvo pacto temporal, prohíbe que ningún copropietario esté obligado a permanecer en la comunidad. Sí creo que se podrán pactar fórmulas para que la participación del comunero que desea salir de la comunidad se convierta en una cuota de dinero, siempre que responda a una valoración real de los bienes y se le pueda apartar sin necesidad de adjudicarle bienes comprendidos en el patrimonio común ni enajenar éstos. Este pacto salvaría el derecho del comunero que desee abandonar la comunidad con la legítima voluntad de ésta de mantener íntegro el patrimonio común. Más difícil es la cuestión de si puede pactarse la no aplicación de las normas sobre retracto en el caso de enajenación de su cuota por algún comunero. Y desde luego las que no pueden modificarse son las normas sobre responsabilidad establecidas en el Código. De las deudas comunes responderán todos los comuneros y las deudas de un comunero podrán hacerse efectivas sobre el patrimonio común. No obstante, en el supuesto en que se hubiera pactado la forma de liquidar la parte del comunero en el caso de separación podría tal vez limitarse

el derecho de los acreedores a lo que, en virtud de lo pactado, tenga derecho a percibir el comunero, siempre que esto responda al valor real de los bienes.

No cabe pues duda, a los efectos que estamos estudiando, que cabe la posibilidad de que los copropietarios conviertan su copropiedad en un patrimonio sometido a ciertas reglas pactadas por la vía del artículo 392.

B) Otras comunidades de destino.

196

En nuestro derecho hay otros muchos supuestos en que produciéndose una situación de comunidad el ordenamiento dicta normas para el supuesto de que estas recaigan sobre un conjunto patrimonial. Se trata de las llamadas comunidades especiales. Vamos simplemente a hacer una enumeración somera de los supuestos más importantes sin entrar en su estudio que, aparte de que haría inacabable este trabajo, ha sido ya hecho con frecuencia por la doctrina ya que se trata de supuestos muy frecuentes.

— Uno es la herencia yacente, el supuesto más antiguo y que hunde sus raíces doctrinales en el mismo derecho romano en el que el patrimonio del difunto, mientras no se produzca la aceptación aparece como un patrimonio sin sujeto y en situación provisional.

— Otro es la herencia aceptada a beneficio de inventario, en la que se forma un patrimonio separado con los bienes que componen la herencia con la obligación impuesta al heredero de realizar un inventario, con citación de acreedores y legatarios (art. 1.017 del C.c.) y produciendo los efectos de que el heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma, conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviere contra el difunto y no se confunden, para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia (art. 1.023). Es decir, se producen las con-

secuencias que indicábamos eran típicas en un patrimonio separado.

— Otro supuesto son las masas patrimoniales existentes en la comunidad matrimonial. El Código perfila exactamente qué bienes las componen (arts. 1.356 y 1.357), regula la subrogación real respecto de los bienes que salen y entran en las mismas (arts. 1.346 y 1.347), números 3 y 4, de ambos preceptos) y establece un régimen especial de responsabilidad por las cargas y deudas de los cónyuges (arts. 1.362 y ss.)

— La finca hipotecada que queda sujeta a un régimen especial de responsabilidad en favor del acreedor hipotecario.

— La quiebra en la que se forma una masa con los bienes pertenecientes al deudor que forma un típico patrimonio separado para la satisfacción de las deudas. Se da la existencia de una masa de bienes meticulosamente regulada por el C. de comercio (art. 908 y ss.) y un régimen especial de responsabilidad (art. 911 y ss.).

— En la propiedad horizontal hay también un patrimonio compuesto por los elementos comunes cuya determinación establece el art. 396 del Código civil, que no son susceptibles de división ni de enajenación independiente y que pueden ser titulares de derechos y obligaciones, que, incluso, pueden ser exigidos en juicio, aunque carezcan de personalidad jurídica. (Pueden verse a respecto lo que dice la Ley 49/60, de 21 de julio).

— PELAYO HORE en un viejo e interesante artículo (60) defendió la posibilidad, junto a la comunidad ordinaria de otra que el denomina “social” en la que la cosa resulta indivisible por razón del destino y que podría considerarse, aunque él no lo diga, un patrimonio separado.

VI. Conclusión

Tras el largo recorrido que hemos hecho a través de una variada serie de instituciones existentes en la práctica jurídica, es hora de terminar. El concepto de patrimonio, que es probablemente inútil cuando se trata del patrimonio personal, adquiere una importancia especial, como hemos visto, cuando por razón del fin a que se destina se convierte en patrimonio separado y autónomo puesto al servicio de un fin.

Hemos visto que el Ordenamiento concede relevancia al fin en diversos grados que van desde la autonomía completa de la personalidad jurídica a las formas mitigadas de comunidad.

A mi juicio, debería el Ordenamiento ocuparse del patrimonio adscrito a fines estableciendo algunas normas que regulen su posibilidad y establezcan ciertos límites dentro de los que puedan constituirse, así como los efectos pertinentes. Estas normas podrían ser:

1. La necesidad de una clara delimitación de los bienes contenidos en el patrimonio de destino ya estén determinados en el negocio en el que tenga origen, ya mediante la exigencia de un inventario, hecho incluso con ciertas garantías de autenticidad. Incluso, en algunos supuestos, en especial cuando la responsabilidad de los titulares del patrimonio esté limitada, como ocurre no sólo en las personas jurídicas sino también en algunas figuras modernas como los fondos de inversión, deberían establecerse cautelas, como van poco a poco introduciendo las leyes especiales, para garantizar la realidad de la existencia y valoración de los bienes comprendidos en el patrimonio.

2. Determinación del fin perseguido y que sirve como causa a la unificación patrimonial. Este fin puede ser fijado por vía negocial, pero en ocasiones también establecido por la Ley, como ocurre, por ejemplo, en la herencia yacente o

en la quiebra. También puede, para la concesión de ciertas ventajas al patrimonio unificado, exigir la Ley determinadas cualidades al fin perseguido, como ocurre, por ejemplo, con la exigencia de que sea de interés general para la constitución de las fundaciones.

3. Normas de publicidad del fin. La concesión de un "status" especial, más o menos privilegiado de los patrimonios exige que se dé cierta publicidad, asequible a terceros, a la constitución de éstos.

Esta publicidad debería ser, en primer lugar, relativa a la composición del patrimonio, sistema de administración del mismo así como régimen de responsabilidad de sus bienes. Esta publicidad normalmente está garantizada con la exigencia de escritura pública e inscripción, en los casos en que exista, en los registros públicos, bien el mercantil en los personificados, bien en el de la propiedad si se trata de inmuebles. En algunos casos especiales, como pueden ser los fondos de inversión, puede exigirse la inscripción en otros registros administrativos.

4. Establecimiento de las normas sobre administración y disposición de los bienes que componen el patrimonio. Puede aceptarse que dichas normas se establezcan por vía convencional, ya de regulación de la comunidad, ya de constitución de la persona jurídica o patrimonio separado, o bien por vía legal en aquellos supuestos en que es la ley la que constituye el patrimonio separado (ejemplo: la quiebra o el beneficio de inventario). La administración puede confiarse ya al titular o titulares del patrimonio, ya a alguno de ellos o a terceras personas ajenas, bien por la vía de un contrato de gestión (patrimonio de los fondos de inversión) bien por el establecimiento de un órgano de gestión (supuesto de las fundaciones). Estas normas de gestión y administración, incluidos sus posibles límites, son especialmente importantes en aquellos supuestos de patrimonio en los que

la titularidad no está clara o incluso puede no existir (recaudación de fondos, por ejemplo).

En estas normas de administración y disposición y en el supuesto de comunidades debería suprimirse la *actio comuni dividundo*, si acaso sustituyéndola por un derecho de reembolso del partícipe que desee abandonar la titularidad del patrimonio separado o de destino. Igualmente en algunos supuestos debería estudiarse la posibilidad de suprimir también el derecho de retracto de comuneros. Hay que tener en cuenta que ambas posibilidades, previstas en el Código lo son por la enemiga del ordenamiento a las situaciones de proindivisión que considera desfavorablemente, mientras que la consideración cambia en estos patrimonios de destino que no sólo se consideran convenientes sino útiles y se desea proteger especialmente, razón por la cual deberían revisarse aquellas normas que tienden a poner fin a la situación de comunidad. PELAYO HORE (en el trabajo que hemos citado) señala la importante diferencia entre las comunidades de destino y las normales, haciendo un esfuerzo meritorio para suavizar, en una interpretación favorable, la norma del artículo 401. En cuanto a la disposición hay que tener en cuenta que se deben cumplir los requisitos para disponer de cada uno de los bienes que componen el patrimonio, incluso en el supuesto de que la disposición sea del conjunto patrimonial. Sería también conveniente establecer la subrogación real de los bienes que entren en el patrimonio en sustitución de otros que salgan de él.

5. Control del cumplimiento de los fines. Si el patrimonio tiene un titular sea único o plural debe corresponder al titular o titulares el control de la gestión. En los supuestos en que se limite la responsabilidad del patrimonio deberán dictarse normas sobre control de la gestión, incluidas normas de publicidad. En aquellos casos en que la gestión no esté atribuida a los propios titulares y no exista una titularidad clara del patrimonio el control debe confiarse a orga-

nismos oficiales que velen por el cumplimiento de los fines, sin perjuicio de permitir cierta flexibilidad al constituyente del patrimonio en la determinación de la forma de ejercerse el control, e incluso de por quien ha de ejercerse (61).

6. La responsabilidad de los bienes que componen el patrimonio de destino. Es quizás el tema más complicado. Desde luego el constituyente del patrimonio de destino no puede, por sí solo, establecer normas de responsabilidad que afecten a terceros. Lo impide el artículo 1.911 del Código civil, al que ya hemos aludido. Sí podría, por supuesto, dictar reglas internas entre los diversos titulares estableciendo el reparto de dicha responsabilidad entre ellos, pero claro que sin efectos frente a terceros, salvo que lo aceptaran al reclamar. Sin embargo, el ordenamiento, bien por razones del interés general, bien por fomentar el comercio, bien por cualquier otra causa superior, sí puede dictar normas que limiten la responsabilidad que puede hacerse efectiva sobre la masa de bienes que componen el patrimonio. Eso lo consigue, ya concediendo la personalidad jurídica al patrimonio, ya, sin llegar a ello, dictando normas específicas limitadoras de la responsabilidad. Pero esto no podrá conseguirse nunca por mero contrato entre las partes, si bien éstas podrán alcanzar la limitación acogiéndose a las fórmulas establecidas para ello por el legislador.

No obstante y aceptando que el patrimonio de destino es una realidad existente en el tráfico jurídico, podría ser conveniente establecer alguna norma que sin menguar ni prescindir de la responsabilidad personal e ilimitada del constituyente o constituyentes estableciera algún efecto de separación de responsabilidad respecto a los bienes del pa-

(61) Hablando de las fundaciones GARCÍA DE ENTERRÍA defendió con vigor, aunque con poco éxito, la posibilidad de que el fundador pudiera sustituir el Protectorado oficial por otro por él establecido y citaba el sensato ejemplo de una fundación para la concesión de becas en la que el fundador concediera el control a los órganos de la Universidad.

patrimonio concediendo una preferencia para hacer efectivos sus créditos a los que contraten directamente con el patrimonio sobre los acreedores particulares de sus titulares. Es algo que en la práctica ha ido estableciendo la ley para diversos supuestos y que podría, con prudencia, generalizarse. Esto implicaría un claro reconocimiento de la existencia de los patrimonios de destino.

Creo que hemos llegado ya al final de nuestra larga, y en ocasiones, algo farragosa exposición. El estudio de la realidad jurídica nos ha permitido comprobar la existencia de una amplia gama de supuestos en los que el patrimonio se unifica para la persecución de un fin y como el ordenamiento ha ido reconociendo esta realidad, si bien de forma parcial y fragmentaria. Es posible por tanto terminar abogando por una consideración unitaria del fenómeno que permitiría racionalizar las situaciones existentes y dotarlas de una regulación que fuera al mismo tiempo clara y flexible, respetuosa de la autonomía de la voluntad que rige nuestro derecho, pero protectora de los diversos intereses que confluyen en la figura que hemos estudiado.

**LAS CLAUSULAS ABUSIVAS
EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS
CON CONSUMIDORES:
APLICACION JURISPRUDENCIAL
DE LA DIRECTIVA 93/13**

205

LOURDES BLANCO PÉREZ-RUBIO

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid*

SUMARIO: **I.** CONSIDERACIONES PREVIAS. LA DIRECTIVA 93/13 SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS. **II.** REFERENCIA AL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS. **III.** EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL DE LAS DIRECTIVAS: LA SENTENCIA MARSHALL. **IV.** RECONOCIMIENTO DEL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL DEL ARTÍCULO 3.3 DE LA DIRECTIVA 93/13. **1.** Carácter abusivo de las cláusulas de sumisión expresa. **2.** Argumentos empleados

para reconocer efecto directo horizontal al artículo 3.3. **2.1.** *Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Comisión c. Francia y Simmenthal.* **2.2.** *Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.* **3.** Consecuencias que el Tribunal Supremo extrae de la jurisprudencia. **V.** NEGACIÓN DEL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL DEL ARTÍCULO 3.2 DE LA DIRECTIVA 93/13. **1.** Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para ejercitar acciones. **2.** Condiciones generales de la contratación: concurrencia de requisitos. **3.** Argumentos para negar eficacia directa horizontal al artículo 3.2. **4.** Consecuencias extraídas por el Tribunal Supremo de la Sentencia Faccini Dori. **VI.** CONCLUSIONES.

I. Consideraciones previas. La Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas

La Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (1), fue adoptada por el Consejo de las Comunidades Europeas, como se señala en su Exposición de Motivos, para facilitar el establecimiento de un mercado único, y para proteger al ciudadano en su papel de consumidor, al adquirir bienes y servicios, frente a las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión, mediante la adopción de normas uniformes sobre tales cláusulas. Con ello se tratan de evitar las diferencias considerables existentes entre las legislaciones de los Estados miembros que regulan la materia.

(1) Publicada en el DOCE L 95, de 21 de abril de 1993, págs. 29 y ss.

En concreto, y por lo que al propósito de nuestro trabajo interesa, es el artículo 3 de la citada Directiva el que se ocupa de las cláusulas abusivas, estableciendo lo siguiente:

“1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”.

207

La lectura de esta disposición pone de relieve lo siguiente:

1º. Basta que el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, a propósito de las cláusulas redactadas previa y unilateralmente, para que puedan ser consideradas condiciones generales o, en expresión de la Directiva, cláusulas no negociadas (2). De esta forma, se establece un criterio menos restrictivo que el contenido en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (LCU), pues ya no se exige la condición

(2) El Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación (APLCGC) también alude a las condiciones generales de la contratación (art. 1), Anteproyecto que ha sido publicado por C. LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho civil*, t. III, 4.ª ed., Madrid, 1996, págs. 79 y ss. Sobre esta diferencia terminológica, vid., M. RUIZ MUÑOZ, “Cláusulas abusivas en la CEE: ámbito de aplicación”, *Cuadernos Jurídicos*, n.º 11, 1993, págs. 62 y ss.

de que el consumidor no haya podido evitar su aplicación (art. 10.2) (3).

2.º La definición legal de cláusula abusiva no difiere de la establecida en el artículo 10.1.c) LCU: según la Directiva, para que una cláusula pueda ser considerada abusiva, debe ser contraria a la buena fe y causar un desequilibrio al consumidor. Obsérvese que la única diferencia, si es que puede hablarse de tal, es irrelevante, pues solamente es terminológica: la LCU hace referencia al “justo equilibrio de las contraprestaciones”, mientras que la norma comunitaria habla de “desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes” (4).

3.º La lista contenida en el Anexo de la Directiva 93/13 es calificada por ella misma como una lista “indicativa y no exhaustiva” de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas según las circunstancias de cada caso, y que concuerda sólo en parte con los supuestos de la LCU, con los que deberá coordinarse. De esta forma, la Directiva establece un nivel mínimo de protección que nuestro país puede superar adoptando disposiciones más estrictas, siempre que sean compatibles (según señala su art. 8) con el Tratado, al objeto de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección (5).

No es nuestra intención realizar un estudio de conjunto y en profundidad de la Directiva 93/13 (6), sino únicamente

(3) La supresión de este requisito ya fue propugnada por M. COCA PAYERAS, “Artículo 10.2”, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, dir. por R. BERCOVITZ y J. SALAS, Madrid, 1992, pág. 320. De la opinión contraria es J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, págs. 129 y 130. El APLCGC tampoco incluye este requisito en su artículo 1, que es el que define las condiciones generales.

(4) Por el contrario, sí ofrece diferencias con el APLCGC, pues éste no hace referencia alguna al desequilibrio que la cláusula pueda producir al consumidor, sino que sólo menciona la buena fe (art. 7). Sobre ello, *vid.* M. RUIZ MUÑOZ, “Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario”, *Gaceta Jurídica de la CE*, D 21, 1994, págs. 72 y ss.

(5) *Cfr.* C. VATTIER FUENZALIDA, “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, págs. 1539-1540.

(6) Realizado de forma detallada y precisa por M. RUIZ MUÑOZ, “Cláusulas abusivas en la CEE: ámbito de aplicación”, *cit.*, págs. 60 y ss.; *Ibidem*, “Control de

un análisis de dos aspectos muy puntuales de la misma, respecto de los cuales se ha pronunciado en varias ocasiones el Tribunal Supremo (TS): de un lado, la ausencia del requisito de la inevitabilidad por parte del consumidor en la aplicación de la cláusula prerredactada, que establece el párrafo 2.º del artículo 10 LCU, y que no se contempla en la Directiva; y, de otro, la letra Q de la lista de cláusulas abusivas señalada en el Anexo, que establece el carácter abusivo de las cláusulas que tengan por objeto “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, 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 otra parte contratante”.

Y ello partiendo de las consideraciones siguientes:

1.^a Las directivas no tienen, a diferencia de los reglamentos comunitarios, aplicabilidad directa, puesto que necesitan un acto interno de incorporación. Así se deduce del artículo 189 Tratado CEE, según el cual, “la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. En consecuencia, no se puede predicar de ellas un efecto directo, entendiendo por tal no sólo el derecho que tiene cualquier persona de exigir al juez nacional que le aplique un tratado, un reglamento, una directiva o una decisión comunitaria, sino también la obligación que tiene el juez de acu-

las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario”, cit., págs. 47 y ss.; V. ROPPO, “La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori”, *Rivista di Diritto Civile*, 1994, vol. XL, págs. 277 y ss.; C. VATTIER FUENZALIDA, “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, cit., págs. 1523 y ss.; A. PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1996, págs. 79 y ss.

dir a estos textos, cualquiera que sea la legislación de su país (7). No son, por tanto, fuente de derechos y obligaciones que el particular pueda invocar ante el juez nacional (8).

2.^a El plazo para que el Estado español llevase a cabo la adaptación de la Directiva 93/13 finalizó en diciembre de 1994. La falta de ejecución de las directivas por parte de los diversos Estados miembros destinatarios de la mismas, que se ha convertido desde hace tiempo en práctica habitual, fue lo que llevó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a elaborar una doctrina en virtud de la cual se ha ido reconociendo efecto directo a las directivas no transpuestas (9), con la pretensión de evitar, aunque sea de una forma parcial, los posibles perjuicios que los particulares pueden sufrir por el incumplimiento por parte del Estado de su obligación de transponer la directiva. No obstante, debe tenerse presente que el reconocimiento del efecto directo es algo excepcional, puesto que es un atributo añadido a su propia naturaleza, no un elemento natural de las mismas (10), el cual debe determinarse caso por caso (11).

Hasta la fecha, el TS, en asuntos sobre directivas invocadas por particulares frente al Estado (relaciones verticales), en los que ha tenido que pronunciarse sobre su eficacia directa, si bien reconoce que en virtud de la jurisprudencia del TJCE en relación con el efecto directo vertical de las directivas, puede reconocerse dicho efecto, lo niega por tratarse de casos en los que: 1) las directivas ya habían sido objeto de transposición por el Estado español; 2) el plazo

(7) Cfr. R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruselas, 1976, pág. 248.

(8) Vid., por todos, J. E. SORIANO, *Reglamentos y Directivas en la jurisprudencia comunitaria*, Madrid, 1988, pág. 117.

(9) Cfr. C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, t. I, 5.^a ed., Madrid, 1996, pág. 93.

(10) Cfr. J. E. SORIANO, *Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria*, cit., pág. 119.

(11) D. CARREAU, "Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté?", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1978-3, pág. 396.

para transponer no había transcurrido, y 3) las disposiciones de la directiva no transpuesta no cumplían los requisitos de precisión y claridad exigidos por la doctrina del TJCE. En otras sentencias se hace referencia al principio de primacía o a directivas anteriores a la adhesión de España a la CEE (12).

Cuando se trata de casos en los que la relación es horizontal, entre particulares, nos encontramos con un buen número de Sentencias que son contradictorias, ya que unas reconocen el efecto directo horizontal (13), otras niegan a las directivas dicho efecto (14), y otras, en fin, entienden que es posible un reconocimiento indirecto (15).

En relación con la Directiva 93/13 que nos ocupa, debe señalarse, para un mejor entendimiento de nuestro propósito de trabajo, que las Sentencias que se refieren a su aplicabilidad directa lo hacen en relación a una disposición concreta: a su artículo 3, y en particular, a la definición legal de lo que son condiciones generales de la contratación, o cláusulas no negociadas (párrafo segundo), y a la consideración como abusivas de las cláusulas de sumisión expresa a una determinada jurisdicción (párrafo tercero).

(12) 1) Sentencias del TS de 24.4.1990 (Ar. 2747), 1.6.1990 (Ar. 6307), 25.9.1990 (Ar. 6888), 26.11.1990 (Ar. 1704) (RJ 1991), 5.6.1992 (Ar. 5371); 2) Sentencia de 13.6.1991 (Ar. 5147); 3) Sentencia de 13.7.1991 (Ar. 5985); 4) Sentencias de 2.4.1993 (Ar. 3133); 2.4.1993 (Ar. 2654).

(13) Sentencias de 12.7.1996 (Ar. 5580); 20.9.1996 (Ar. 6728); 23.9.1996 (Ar. 6721); 8.11.1996 (*La Ley*, 30 de diciembre de 1996, págs. 4-5); 30.11.1996 (AC n.º 11, pág. 663), siendo ponente en todas ellas el Sr. Burgos y Pérez de Andrade.

(14) Sentencias de 5.7.1995 (Ar. 5466), ponente Sr. Martínez-Calcerrada Gómez; 21.6.1996 (Ar. 2747); 20.11.1996 (*La Ley*, 2 de enero de 1997, págs. 3-5), ponente en ambas Sr. Gullón Ballesteros; y 4.12.1996 (AC n.º 11, pág. 706), ponente Sr. Marina Martínez-Pardo. Todas estas Sentencias hacen referencia a la aplicabilidad de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, a excepción de la segunda, que trata de la Directiva 85/577, de 20 de diciembre, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.

(15) Sentencias de 23.7.1993 (Ar. 6476), ponente Sr. Martín Granizo Fernández; 20.7.1994 (Ar. 6518), ponente Sr. Almagro Nosete; 18.3.1995 (Ar. 1964), ponente Sr. Villagómez Rodil; 25.11.1996 (AC n.º 10, pág. 605), ponente Sr. Fernández Cid; y 4.12.1996 (AC n.º 11, pág. 704), ponente Sr. Morales Morales. Todas ellas hacen referencia a la Directiva 93/13, a excepción de la tercera, que lo hace a la Directiva 85/577.

De entre todas ellas destacan, tanto por la novedad que suponen sus fundamentaciones, cuanto por el método empleado para llegar a sus conclusiones sobre el efecto directo horizontal de la Directiva, las de 8 y 20 de noviembre de 1996. En ellas vamos a centrar nuestra exposición, ya que son entre sí contradictorias, si bien, puntualmente, el análisis de las mismas nos llevará a hacer alguna referencia a las restantes.

Lo que particularmente interesa a nuestro estudio es comprobar si los argumentos empleados por el TS en estas dos Sentencias son o no acertados; ver en qué se aproximan o en qué se apartan de la doctrina establecida al respecto por el TJCE, y comprobar si un pronunciamiento distinto, en base a una fundamentación distinta, hubiera conducido a resultados similares o contrarios.

212

Para ello debemos comenzar por hacer una breve referencia a la evolución de la doctrina del efecto directo y, más concretamente, a las principales Sentencias del TJCE sobre el efecto directo horizontal, tras lo cual nos ocuparemos de las fundamentaciones que las dos Sentencias del TS de 1996 han utilizado para llegar a resultados opuestos.

II. Referencia al efecto directo de las directivas

La doctrina del efecto directo, es fruto de una construcción jurisprudencial del TJCE, creada en la década de los años sesenta con la finalidad de reconocer la aplicación directa a los particulares de determinados preceptos del Tratado CEE, doctrina que se fue haciendo extensiva (a la vez que concretada y perfilada) a las decisiones y a las directivas, ya que en relación a los reglamentos, el propio Tratado CEE les confiere aplicabilidad inmediata (16).

(16) Realmente, como hemos indicado en nota anterior respecto de la jurisprudencia del TS, existe una indiferencia terminológica del TJCE para hacer referencia al efecto directo, pues, junto a esta misma expresión, utiliza las de "efecto inmedia-

Fue en la importante Sentencia Van Gend en Loos (17) en la que el TJCE reconoció por primera vez el efecto directo de un precepto del Tratado CEE, en concreto del artículo 12, que impone obligaciones de no hacer a los Estados miembros. En ella se establecieron determinados argumentos y razonamientos que en sentencias posteriores serían confirmados y desarrollados, y se señalaron una serie de requisitos que la norma debe cumplir para que le pueda ser reconocida dicha eficacia: 1.º que sea clara y precisa; 2.º que el mandato o la prohibición que contiene sea incondicional; 3.º que no exija un ulterior desarrollo legislativo. Este último requisito fue suprimido en la Sentencia Salgoil (18), excepto en aquellos casos en los que la intervención legislativa nacional se establezca de una forma expresa en la norma comunitaria (19).

En virtud de aquella Sentencia, el efecto directo significa: 1. que las normas de los Tratados pueden producir efectos jurídicos (derechos y obligaciones) inmediatos, por sí mismas, sin precisar de normas nacionales para su aplicación o sin que éstas sean un obstáculo para su aplicación; y 2. que los particulares pueden hacer valer, ante los poderes públicos nacionales, los derechos que se deriven de las normas comunitarias, los cuales deben asegurar el respeto a las obligaciones asumidas por los Estados en los Tratados y proteger los derechos individuales (20).

213

to" y "aplicabilidad directa". Sobre ello *vid.*, R. KOVAR, "Relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales", en *Treinta años de derecho comunitario*, Bruselas, 1981, pág. 147.

(17) Sentencia Van Gend en Loos de 5.2.1963 (26/62).

(18) Sentencia Salgoil de 19.12.1968 (13/68).

(19) *Cfr.* A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, pág. 392.

(20) Sentencias posteriores fueron ampliando dicho efecto respecto de otros preceptos del Tratado CEE que contienen obligaciones de hacer. Así, la Sentencia Salgoil citada, respecto de obligaciones de hacer contenidas en el artículo 33; Lüttike, de 16.6.1966 (57/65) que consagró el efecto directo del artículo 95, doctrina que se desarrolló y consagró en la Sentencia Reyners, de 21.6.1974 (2/74), en materia de libre establecimiento. Y todo ello en las relaciones verticales, en las relaciones de los

El caso de las directivas, a diferencia de lo que ocurre con las normas del Tratado CEE y de los reglamentos, es mucho más complicado, ya que el artículo 189.3 excluye su efecto directo, puesto que se dirigen a los Estados miembros, fijando un plazo para alcanzar un resultado, pero dejando a discreción de aquéllos la elección de los medios para conseguir ese resultado. Sin embargo, el TJCE, a partir de 1970, ha reconocido el efecto directo de las directivas, siempre que se cumplan las condiciones establecidas por él mismo en la Sentencia Van Gend en Loos.

Al objeto de efectuar dicho reconocimiento, el TJCE estableció en varias Sentencias una serie de observaciones básicas (21):

1.^a Sería incompatible con el efecto coactivo que el artículo 189 reconoce a la directiva excluir, en principio, que la obligación que ella impone pueda ser invocada por las personas afectadas.

2.^a Dado que el artículo 177 Tratado CEE permite a las jurisdicciones nacionales recurrir al Tribunal sobre la validez y la interpretación de todos los actos de las Instituciones, sin distinción, ello implica que estos actos son susceptibles de ser invocados ante ellas por los sometidos a dichas jurisdicciones.

3.^a Un Estado incumplidor no puede oponer al particular el no cumplimiento de las obligaciones que la directiva contiene.

particulares frente al Estado. Es a partir de las Sentencias Walrave, de 12.12.1974 (36/74), y Defrenne II, de 8.4.1976 (43/75) cuando el efecto directo de los Tratados se extiende a las relaciones horizontales, entre particulares.

(21) El precedente se encuentra en la Sentencia Van Duyn de 4.12.1974 (41/74), que fue fruto de una evolución basada en la noción de efecto directo de ciertas disposiciones del Tratado, y consagrada en la Sentencia Grad, de 6.10.1970 (9/70), en la que se toma en consideración el efecto combinado de una decisión y de una directiva; y la Sentencia Sace, de 17.12.1970 (33/70), en la que se tiene en cuenta el efecto combinado de dos artículos del Tratado y de una decisión, aceptando la aplicación directa de una disposición de una directiva, cuyo plazo de ejecución había vencido, en combinación con algunos artículos del Tratado y de una decisión. Posteriormente, entre otras, las Sentencias Enka de 23.11.1977 (38/77); Delkvist de 29.11.1978 (21/78); Ratti de 5.4.1979 (148/78); Becker de 19.1.1982 (8/81).

4.^a Se plantean los límites temporales del efecto directo: debe haber transcurrido el plazo para su transposición, y mientras ello no ocurra, el particular no podrá invocar la directiva.

En definitiva, para reconocer efecto directo a una directiva, es necesario que el Estado miembro destinatario no haya transpuesto la directiva en el plazo fijado, pudiendo los particulares invocarla en contra del Estado incumplidor cuando sus disposiciones sean precisas, incondicionales y no requieran ninguna medida de ejecución comunitaria o nacional. Pero se trata de un efecto directo restringido a las relaciones verticales (22).

III. El efecto directo horizontal de las directivas: la Sentencia Marshall

215

Visto que el reconocimiento del efecto directo vertical de las directivas está suficientemente aceptado y consolidado por la jurisprudencia del TJCE, hemos de recordar que las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 20 de noviembre de 1996 hacen referencia al efecto directo horizontal, pues los asuntos planteados ante él resuelven reclamaciones de un particular frente a otro particular.

El reconocimiento del efecto directo horizontal de una directiva es una cuestión muy controvertida y problemática, ante la cual el TJCE se muestra reticente. El argumento principal que se ha esgrimido para no proceder a dicho

(22) Sobre las dificultades que surgen de este efecto restringido, *vid.*, R. PELLICER ZAMORA, "Invocabilidad horizontal de las disposiciones de las normas comunitarias", *Gaceta Jurídica de la CEE*, D 6, 1987, págs. 176 y ss.; P. MANIN, "L'invocabilité des directives: Quelques interrogations", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 4, 1990, págs. 682 y ss.; L. MILLÁN MORO, "La eficacia directa de las directivas: evolución reciente", *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 3, 1991, págs. 853 y ss.; D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, 1993, págs. 147 y ss.; A. MANGAS MARTÍN y D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., págs. 399 y ss.

reconocimiento, es el del espíritu y finalidad del artículo 189, y fue enunciado en la Sentencia Marshall (23), que curiosamente trataba de un asunto planteado por un particular frente a un ente público, con lo cual el TJCE no tenía que haberse pronunciado sobre el efecto horizontal, sino sólo por el vertical.

Esta Sentencia fue dictada a instancia de la Court of Appeal inglesa, que pidió la interpretación de la Directiva 76/207, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. La Sra. Marshall, al cumplir los 62 años de edad, fue despedida de su puesto de trabajo, con arreglo a la política general seguida por la empresa pública demandada, que consideraba como edad normal de jubilación aquélla en que fueran pagaderas las pensiones de la seguridad social.

216

La legislación del Reino Unido sobre la materia, de 1975, disponía que las pensiones estatales se concederían a partir de los 65 años para los hombres y a partir de los 60 años para las mujeres, aunque no imponía a los trabajadores la obligación de jubilarse a la edad en que fuera pagadera la pensión estatal. Por haber sufrido un perjuicio económico y por haber perdido la satisfacción que su trabajo le proporcionaba, la Sra. Marshall impugnó su despido, alegando que constituía un trato menos favorable por razón de su sexo y, por consiguiente, una discriminación que infringía la Sex Discrimination Act de 1975 y la Directiva 76/207.

El TJCE consideró, respecto de la Directiva 76/207, que “el carácter obligatorio de una directiva sobre la cual se funda la posibilidad de invocar ésta ante una jurisdicción nacional no existe más que en consideración de todo Estado miembro destinatario. Se sigue de ello que una directiva

(23) Sentencia Marshall de 26.2.1986 (152/84). Posteriormente, en el mismo sentido, Sentencias Busseni de 22.2.1990 (C-221/88); Marleasing de 13.11.1990 (C-106/89).

no puede, por ella misma, crear obligaciones a los particulares y que una disposición de la directiva no puede ser invocada frente a otro particular”.

Otro argumento que esgrime el TJCE para negar el efecto directo horizontal de una directiva no ejecutada, es el de considerar que sólo tiene como destinatarios a los Estados y no tiene publicidad, ya que aquéllos son los únicos obligados (art. 189.3 Tratado CEE) y los que tienen conocimiento oficial de la misma (art. 191 Tratado CEE), puesto que sólo se les notifica a ellos. Si se permitiera en las relaciones entre particulares invocar una directiva no transpuesta, se crearían problemas, no sólo de incertidumbre respecto de los derechos y obligaciones de los particulares, sino también de seguridad jurídica, pues tales derechos y obligaciones quedan definidos y forman parte del patrimonio de los particulares cuando la directiva es ejecutada y se pueden hacer valer en sus relaciones horizontales al aplicar la norma interna de transposición.

217

La crítica que la doctrina científica ha realizado a estos argumentos, puede resumirse en lo siguiente (24): 1. la restricción es inexplicable puesto que los particulares no son destinatarios de los Tratados y sin embargo el TJCE les reconoció la posibilidad de invocar las normas del Tratado en la Sentencia Van Gend; 2. respecto de la publicación, es una práctica ininterrumpida en la Serie de Legislación del Diario Oficial de las CE (desde la reforma de Maastricht, el art. 191 del Tratado CE establece su obligatoriedad). Se

(24) *Vid.*, R. BARATTA, “Norme contenute in Direttive comunitarie inattuete e loro opponibilità ai singoli”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 1989, vol. 2, págs. 267 y ss.; P. MANIN, “L’invocabilité des directives: Quelques interrogations”, cit., pág. 689; L. MILLÁN MORO, “La eficacia directa de las directivas: evolución reciente”, cit., págs. 854 y ss.; F. EMMERT y M. PEREIRA, “L’effet horizontal des Directives. La Jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre?”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 3, 1993, págs. 518 y ss.; J. M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, “El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del Derecho comunitario. Evolución y alcance”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1994, págs. 892 y ss.; D. RUIZ-JARABO, *El juez nacional como juez comunitario*, cit., págs. 143-144; A. MANGAS y D. J. LIÑÁN, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., págs. 406 y ss.

señala, además, que debe tenerse en cuenta la importancia del principio de primacía del Derecho comunitario: la limitación de la invocabilidad de las directivas sólo en el sentido vertical constituye una brecha en dicho principio, ya que el juez nacional se verá obligado a rechazar sistemáticamente las pretensiones de las partes fundadas en la aplicación directa de las directivas, cuando se ejerciten en procesos entre particulares.

Al objeto de paliar los perjuicios resultantes al particular del no reconocimiento del efecto horizontal, el TJCE ha admitido, en las Sentencias Von Colson y Harz, la posibilidad de lo que se ha llamado efecto horizontal indirecto (25), y que consiste en la obligación que tienen los jueces nacionales de adoptar un comportamiento conforme a las directivas (26), es decir, que el juez nacional deberá, en la medida de lo posible, interpretar el Derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de la directiva, para alcanzar el resultado a que se refiere el artículo 189.3 del Tratado CEE, si bien con los límites de seguridad jurídica y de irretroactividad (27).

En nuestro Derecho, el efecto indirecto podrá alcanzarse acudiendo al artículo 3.1 C.c., ya que la referencia que hace el TJCE a la interpretación de la norma nacional “a la luz del texto y finalidad de la directiva” no es sino el recurso a los elementos gramatical y teleológico en él contenidos. Lo que deberá hacer el juez es realizar una doble interpretación de la disposición interna: una “según el sentido propio de sus palabras” (art. 3.1 C.c.), y otra “que atienda

(25) Así llamado por F. EMMERT y M. PEREIRA, “L’effet horizontal des directives communautaires”, cit., pág. 514. P. MANIN, “L’invocabilité des directives: Quelques interrogations”, cit., pág. 685, lo denomina “efecto transfusión”.

(26) Sentencias Von Colson y Kamann de 10.4.1984 (14/83); Harz de 10.4.1984 (79/83). Ya había aludido a él la Sentencia Mazzalai de 20.5.1976 (111/75). Posteriormente, Sentencias Johnston de 15.5.1986 (222/84); Kolpinghuis, de 8.10.1987 (80/86); Beentjes, de 20.9.1988 (31/87); Costanzo de 22.6.1989 (103/88); Marleasing de 13.11.1990 (C-106/89).

(27) Sentencia Kolpinghuis Nijmegen “aguas minerales” de 8.10.1987 (80/86).

tanto a los fines generales que persigue la norma como a los fines concretos que se consiguen mediante su aplicación al caso planteado" (28).

Realmente, los efectos que se obtienen acudiendo a estos criterios interpretativos, son prácticamente los mismos que si desde el principio el TJCE hubiera reconocido efecto directo a una disposición de la directiva (29).

Ahora bien, el recurso a la interpretación será de gran utilidad cuando el Derecho nacional tenga alguna laguna o sea ambiguo, es decir, cuando deje un margen de apreciación, pero no cuando sea claro y preciso (30). Sin embargo, cuando la norma interna sea inconciliable con la directiva, la obligación de interpretar y, por tanto, el efecto horizontal, desaparecen. En este caso se estaría privilegiando la confianza que los particulares tienen en la validez del Derecho interno, actuando entonces el límite de la seguridad jurídica (31).

219

El efecto horizontal indirecto plantea, además, un grave problema de inseguridad jurídica, ya que las interpretaciones del Derecho nacional, según las directivas, pueden dar lugar a una distinta aplicación, no sólo entre los Estados miembros entre sí, sino también entre distintos Tribunales nacionales, que pueden llegar a interpretaciones contradictorias de la misma disposición interna (32).

En los casos en los que el recurso al criterio hermenéutico es difícil o se hace imposible, el TJCE, dando un paso más para garantizar los derechos de los particulares derivados del Derecho comunitario, ha establecido, en la impor-

(28) C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, t. I, cit., pág. 112.

(29) P. MANIN, "L'invocabilité des directives: Quelques interrogations", cit., pág. 686.

(30) Cfr. L. MILLÁN MORO, "La eficacia directa de las directivas: evolución reciente", cit., pág. 866.

(31) Cfr. F. EMMERT y M. PEREIRA, "L'effet directe des directives: une mythification?", cit., pág. 515.

(32) Vid., por todos, J. M. FERNÁNDEZ MARTÍN, "El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del Derecho comunitario. Evolución y alcance", cit., págs. 884 y ss.

tantísima Sentencia Francovich y Bonifaci, el principio de responsabilidad del Estado por los perjuicios derivados de su incumplimiento de adaptar la directiva en el plazo estipulado para ello (33). Consideró que "... la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada, y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría, si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro".

Sin pretender hacer un estudio exhaustivo del tema, que aquí no corresponde, realizaremos simplemente unas breves consideraciones que estimamos interesantes y oportunas para poder discutir la postura adoptada por el TS en las Sentencias que comentaremos, en relación a este principio (34).

Así, debe tenerse en cuenta que para que pueda declararse responsabilidad del Estado, el TJCE exige la concurrencia de tres requisitos: 1.º que el resultado prescrito por la directiva implique la atribución de derechos en favor de los particulares; 2.º que el contenido de estos derechos sea identificable sobre la base de las disposiciones de la directiva; y 3.º que exista una relación de causalidad entre la vio-

(33) Sentencia Francovich y Bonifaci de 19.11.1991 (C-6/90 y C-9/90). En ella se planteaba la aplicabilidad directa de la Directiva 80/987, cuyo objetivo era la armonización y el establecimiento de unos mínimos de protección para los trabajadores por cuenta ajena en el caso de insolvencia del empresario. Posteriormente, Sentencias Wagner Miret de 16.12.1993 (C-334/92); Faccini Dori de 14.7.1994 (C-91/92) y El Corte Inglés c. C. Blázquez de 7.3.1996 (C-192/94).

(34) Sobre la responsabilidad del Estado *vid.*, entre los muchos trabajos que hay sobre la materia, D. SIMÓN y A. BARAV, "La responsabilité de l'Administration nationale en cas de violation du Droit communautaire", *Revue Marché commun*, 1987, págs. 165 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *La responsabilidad civil de la Administración por incumplimiento del Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1989; *Ibidem*, "La formación de un Derecho común de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en el sistema comunitario europeo", *Estudios de Jurisprudencia*, Colex, n.º 1, págs. 33 y ss.; SCHIOCKWEILER, "La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du Droit communautaire", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 28, 1992, págs. 27 y ss.; R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, 3.ª ed., Madrid, 1993, págs. 516 y ss.; y E. COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Madrid, 1995, en particular, págs. 89 y ss.

lación de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas lesionadas.

La Sentencia Francovich señala, además, que la determinación de la responsabilidad del Estado en los supuestos de inactividad o incumplimiento deberá ser realizada por los jueces nacionales, conforme a los principios del Derecho comunitario recogidos en la jurisprudencia del TJCE, debiendo también acordar la indemnización que corresponda al particular que ha sido perjudicado. De esta forma, el TJCE deja a los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro la definición de las modalidades de procedimiento que deben utilizarse para plantear los recursos correspondientes y la concreción de las jurisdicciones competentes.

Realmente, el principio de responsabilidad del Estado constituye, por una parte, un elemento que refuerza decisivamente la protección de los derechos conferidos a los particulares por las normas comunitarias y, por otra, es un factor que puede contribuir a un cumplimiento más diligente del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros (35). Mas no está exento de problemas, como por ejemplo, que las vías procesales en cada Estado miembro para exigir responsabilidad al Estado pueden ser muy diferentes entre sí; no queda claro si en la indemnización deben incluirse los perjuicios morales; los efectos que se consiguen no son los mismos que los del efecto directo (36).

(35) G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, "La tutela judicial cautelar en el Derecho comunitario", en *El Derecho comunitario y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, pág. 713.

(36) *Vid.*, sobre todo, L. MILLÁN MORO, "La eficacia directa de las directivas: evolución reciente", cit., págs. 874 y ss.; J. M. FERNÁNDEZ MARTÍN, "El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del Derecho comunitario. Evolución y alcance", cit., págs. 877 y ss.

IV. Reconocimiento del efecto directo horizontal del artículo 3.3 de la Directiva 93/13

En la Sentencia de 8 de noviembre de 1996 (37), el TS considera obligatorio añadir a la legislación interna el contenido de la Directiva 93/13, ya que, según señala, “tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los Derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como jueces comunitarios”. En concreto, reconoce efecto directo horizontal al artículo 3.3 de la Directiva que considera abusivas las cláusulas de sumisión expresa a una determinada jurisdicción.

222

El resumen de los hechos es el siguiente: en octubre de 1995, la entidad B.E. de C., S.A., interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D. Carlos A. A., en la que se reclamaba una cantidad en base a una póliza de crédito personal suscrita por el demandado y no satisfecha a su vencimiento. En la parte final del contrato de adhesión, firmado por las partes en 1989, figura una cláusula de sumisión expresa respecto a la competencia de los tribunales de Madrid, localidad donde se encuentra el domicilio social del demandante, pero no así el del demandado, que lo tiene acreditado en Sevilla, ciudad en la que se formaliza la póliza de crédito y se fija el lugar de pago. Emplazado el demandado en noviembre de 1995, presentó ante el JPI de Sevilla n.º 20, escrito proponiendo cuestión de competencia por inhibitoria ya que la competencia territorial corresponde a los Jueces de Sevilla, entendiendo asimismo que es ineficaz la cláusula de sumisión que figura en el contrato. El juzgado de Sevilla requiere de inhibición al de Madrid, requerimiento que es contestado por el Juzgado requerido manteniendo su competencia. El TS decide la competencia

(37) Sentencia cuyas fundamentaciones son idénticas a las realizadas en la Sentencia de 30.11.1996 (AC n.º 11, pág. 663).

para reconocer la reclamación en favor del JPI de Sevilla n.º 20, remitiendo las actuaciones a dicho juzgado con certificación de esta Sentencia y poniendo lo resuelto en conocimiento del de Madrid.

Nos encontramos frente a una Sentencia en la que un juez nacional reconoce que una directiva no transpuesta tiene efecto directo horizontal (38), lo cual, como hemos visto, ha sido negado por el TJCE. Y lo hace sin plantearse la más mínima duda sobre si ello es posible o no, a propósito de una cuestión de competencia territorial en la que se manifiesta sobre el carácter abusivo de una cláusula de sumisión expresa a una determinada jurisdicción, establecida en un contrato de adhesión.

Las cuestiones que consideramos más relevantes de esta Sentencia, y que deben ser destacadas, son tres: en primer lugar, si las cláusulas de sumisión expresa a una determinada jurisdicción, establecida de forma unilateral por el predisponente, pueden o no tener la consideración de abusivas conforme a lo dispuesto en el artículo 10.1.c) LCU y, en caso negativo, si podrían tenerlo según lo establecido en el artículo 3 de la Directiva 93/13; en segundo lugar, interesa analizar las Sentencias en las que el TS se apoya para argumentar el reconocimiento del efecto directo horizontal de dicho precepto; y en tercer lugar, las consecuencias que el propio Tribunal extrae de las Sentencias por él invocadas.

223

1. Carácter abusivo de las cláusulas de sumisión expresa.

En primer lugar, el TS acude a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al objeto de considerar si las cláusulas de sometimiento estipuladas en un contrato de adhesión, de sumisión a una determinada jurisdicción, tienen o no carácter abusivo.

(38) Lo mismo hizo en las Sentencias de 12.7.1996 (Ar. 5580); 20.9.1996 (Ar. 6728); 23.9.1996 (Ar. 6721), y 30.11.1996 (AC n.º 11, pág. 663).

Dichas cláusulas de sumisión expresa no se encuentran incluidas en la "lista negra" de cláusulas que se consideran abusivas, contenida en el artículo 10.1. LCU. En virtud de aquéllas, el consumidor que se adhiere al contrato renuncia a su propio fuero, sometiéndose, en el caso de que exista algún conflicto, a la jurisdicción que haya establecido el predisponente (39).

Es obvio que este tipo de cláusulas, que normalmente suelen colocarse en el reverso del contrato y en letra minúscula, provocan un notable desequilibrio al consumidor-adherente, ya que se verá obligado a litigar, para defender sus derechos e intereses, en los juzgados de una ciudad distinta a la que reside, y en la cual debe cumplir con su obligación, lo que comporta desplazamientos, gastos y molestias que pueden llevar a disuadirle. Sin embargo, el predisponente se ve favorecido porque centralizará los posibles litigios de su actividad comercial en un mismo lugar, lo que le proporciona comodidad y ahorro (40).

A pesar de este desequilibrio que padece el consumidor en estos supuestos, el TS no ha mantenido una postura uniforme en cuanto al carácter abusivo de este tipo de cláusulas. Así, se han dictado Sentencias que las califican de abusivas, mientras que otras consideran lo contrario.

Para negar el carácter abusivo de las cláusulas de sumisión expresa el TS ha aplicado, con criterio taxativo, la literalidad de las mismas, fundándose para ello en la ausencia "de un apoyo legal para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida". Considera que el carácter abusivo sólo puede darse "cuando un precepto legal ampare (dicha cláusula), cuando sea manifiestamente contraria a precepto imperativo o entre en conflicto flagrante con

(39) Sobre este tipo de cláusulas, *vid.* M. PELÁEZ DEL ROSAL, *El acuerdo de sumisión expresa*, Barcelona, 1974.

(40) *Cfr.*, S. DÍAZ ALABART, "Artículo 10.1.c)", en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, dir. por R. BERCOVITZ y J. SALAS, Madrid, 1992, pág. 269.

los parámetros del artículo 6 C.c., o cuando no reúna las condiciones que el artículo 56 LEC y la jurisprudencia que lo interpreta, exigen para la perfección y eficacia de las cláusulas de prorrogación". Además, se señala en algunas Sentencias que existen casos en los que la sumisión por el consumidor es clara, es decir, que las cláusulas estaban escritas de forma diferente, por ejemplo, en negrita, con lo cual podían leerse con toda facilidad. Y que por el hecho de que tales cláusulas estén inmersas en un contrato catalogado de adhesión, no implica que en todo caso sean susceptibles de provocar la nulidad de dicho contrato (41).

Sin embargo, influido por la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, que define y sanciona de ineficacia este tipo de cláusulas plasmadas en los contratos con los consumidores (art. 3.3), el TS ha cambiado de orientación en un importante número de Sentencias, que parecen haber consolidado una jurisprudencia contraria. Así, en un afán por otorgar más protección al consumidor, considera que dicha norma comunitaria, a pesar de no haberse adaptado a ella nuestro Derecho interno, es de aplicación y que, en virtud de lo en ella dispuesto, las cláusulas de sumisión causan un desequilibrio al consumidor, por lo que tienen carácter abusivo, declarándolas nulas (42). Y siguiendo al C.c. italiano, en concreto, su artículo 1341.2 (43), ha establecido que los pactos de renuncia al propio fuero serán válidos si cumplen

(41) Sentencias TS de 31.5.1991 (Ar. 3955); 18.6.1992 (Ar. 5326); 22.7.1992 (Ar. 6449); 16.11.1992 (Ar. 9411); 5.7.1995 (Ar. 5466); 27.6.1995 (Ar. 5310); 29.6.1995 (Ar. 5270); 4.12.1996 (AC n.º 11, pág. 706), y 20.12.1996 (AC n.º 12, pág. 808).

(42) Sentencias de 23.7.1993 (Ar. 6476); 20.7.1994 (Ar. 6518); 12.7.1996 (Ar. 5580); 23.9.1996 (Ar. 6721); 8.11.1996 (*La Ley*, 30.12.1996, págs. 4-5); 25.11.1996 (AC n.º 10, pág. 605); 30.11.1996 (AC n.º 11, pág. 663); 4.12.1996 (AC n.º 11, pág. 704). No obstante, debe señalarse que de las Sentencias citadas en nota anterior que niegan el carácter abusivo de las cláusulas, dos de ellas (5.7.1995 y 4.12.1996) consideran, expresamente, que no es de aplicación la Directiva.

(43) Establece dicho artículo: "En todo caso no tendrán efecto, si no se aceptan específicamente por escrito, las condiciones que establecen a favor del predisponente, limitaciones de responsabilidad, (...), cláusulas compromisorias o derogación de la competencia de la autoridad judicial".

un requisito: que se acepten expresamente y se designe, de forma que no dé lugar a ninguna duda, el Tribunal al que las partes se someten (44).

La lectura de estas Sentencias pone de manifiesto que el TS no ha tenido en cuenta dos cuestiones fundamentales, y que son las siguientes:

Por una parte, no se ha considerado lo establecido en el artículo 4 de la Directiva: "... el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato ...", es decir, parece que se está generalizando una postura jurisprudencial independientemente de cuál sea el contenido del contrato, trátase de mantenimiento de ascensores, de entrega de mercancías, de pólizas de crédito, o cualquier otro.

226

Por otra parte, el TS no tiene en cuenta si el contrato que contiene la cláusula de sumisión es anterior o posterior a la entrada en vigor de la Directiva, siendo este dato irrelevante para él, pues se comprueba que, aunque sea anterior, el criterio de decisión es el mismo, cuando lo que es evidente es que una Directiva no puede regir un contrato que se celebró con anterioridad a su vigencia (45).

Por último, se olvida que el reconocimiento del efecto directo de una Directiva no transpuesta es, como dijimos al comienzo, algo excepcional, que deberá determinarse caso por caso, y no ser reconocido de forma generalizada.

Pero volviendo al hilo de la exposición, debe señalarse que de todas las Sentencias en las que el TS reconoce aplicabilidad directa al artículo 3.3 de la Directiva 93/13, únicamente en dos de ellas (23.7.1993 y 20.7.1994) (46) ha recu-

(44) Sentencia TS de 29.1.1996 (Ar. 738) y 20.9.1996 (Ar. 6728). Ya antes lo había señalado la Sentencia de 7.2.1992 (Ar. 838).

(45) Así lo consideró la Sentencia de 4.12.1996 (AC n.º 11, pág. 706).

(46) Al comienzo citamos otras dos Sentencias, de 25.11.1996 y 4.12.1996, como integrantes del grupo de Sentencias que realizaban un reconocimiento indirecto, pues hacen mención al criterio interpretativo, aunque en realidad no realizan interpretación alguna. Además, la segunda citada no deja de causarnos perplejidad, pues junto

ruido, con rigor y precisión, al criterio de interpretación, el cual le ha permitido efectuar un reconocimiento indirecto de la mencionada disposición. Así, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1 C.c. (que evidentemente es de aplicación a los contratos de adhesión), interpreta el artículo 10.1 LCU en conexión con lo establecido en el artículo 3.3 (en relación con el art. 3.1) de la Directiva, para llegar al resultado querido por ésta: considerar abusivas las cláusulas de sumisión expresa.

Sin embargo, en el resto de las Sentencias, el TS incurre en el mismo error que en la Sentencia que comentamos de 8 de noviembre (47): aplica directamente el artículo 3.3 de la Directiva (o, lo que es lo mismo, le reconoce efecto directo horizontal) sin acudir al criterio de interpretación, aduciendo como argumentos la transcripción literal de dicho precepto, y lo que consideran como obligación de los jueces nacionales de actuar como jueces comunitarios, en tanto la Directiva no sea objeto de ejecución por parte del Estado español. Es ésta una cuestión que dejamos aquí apuntada, sobre la que tendremos ocasión de profundizar más adelante.

Resta añadir que esta protección que pretende el TS para el consumidor no pasa de ser una apariencia de protección, pues es sabido que en los contratos de adhesión el consumidor adherente no goza de plena libertad para contratar, por lo que en muchas ocasiones se verá obligado a

a lo anterior, realiza una consideración que creemos es de todo punto incomprensible e insostenible: "El hecho de que, según aduce el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen, la citada Directiva no consta que haya sido objeto de transposición o adaptación del derecho interno a la misma, si bien impide que pueda ser invocada entre particulares, obliga, sin embargo, al Estado y a los órganos estatales, entre los cuales se encuentran los jurisdiccionales, a aplicarla directamente cuando de relaciones o de conflictos entre tales órganos estatales se trate, como es una cuestión de competencia territorial, según se desprende de la Sentencia Faccini". Sin ser merecedoras de más comentarios, no las tendremos en cuenta puesto que no nos sirven como referencia del reconocimiento indirecto.

(47) Debemos recordar que todas ellas tuvieron un mismo ponente: Sr. Burgos y Pérez de Andrade.

aceptar las cláusulas impuestas por el predisponente si quiere obtener el bien o servicio (48), sin poder discutir el clausulado ni suscribir pacto alguno (49). Es por ello que las cláusulas de sumisión expresa continúan utilizándose de manera generalizada, aun a pesar del giro jurisprudencial señalado, con lo cual se sigue dejando en manos del juez el pronunciamiento sobre su nulidad (50).

Así sucede en la Sentencia que nos ocupa. El Banco demandante incorpora al contrato una cláusula en la que se establece que para las cuestiones que puedan suscitarse con motivo de la interpretación, cumplimiento o resolución del contrato, las partes, con renuncia expresa a su propio fuero, se someten a la jurisdicción de los jueces y Tribunales de Madrid. No cabe duda de que se trata de una cláusula de carácter general (la sumisión se pacta a través de un contrato de adhesión). De ahí que al ser una cláusula impuesta, y al no haber podido influir el consumidor sobre su contenido, el TS, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.3 (en relación con el art. 3.1) de la Directiva 93/13, la haya considerado abusiva y, por tanto, nula (51), sin haber tenido en cuenta que el contrato se celebró en 1989, es decir, con anterioridad a su vigencia.

(48) Cfr., S. DÍAZ ALABART, "Artículo 10.1.c)", en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, cit., pág. 271.

(49) Realmente, como señala J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pág. 129, lo que permite afirmar que no hay libertad en la adhesión no es que al adherente le queden dos únicas opciones (contratar con esas condiciones o renunciar a contratar) sino que la renuncia a contratar no sea una alternativa razonablemente disponible porque no pueda dirigirse a otros empresarios "seleccionando mejores condiciones".

(50) Cfr., PELÁEZ DEL ROSAL, *El acuerdo de sumisión expresa*, cit., pág. 205.

(51) La Sentencia habla de pactos y no de cláusulas. Es frecuente ver en la jurisprudencia del TS la utilización de forma indiferente de cláusulas, condiciones y pactos, al igual que hace el artículo 10 LCU, trilogía que a juicio de A. BERCOVITZ, "La defensa contractual del consumidor en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios", en A. BERCOVITZ/R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, pág. 189, la única utilidad que tiene es la de confirmar la naturaleza contractual de esas condiciones.

2. Argumentos empleados para reconocer efecto directo horizontal al artículo 3.3.

Realmente, al TS le habría bastado, para emitir su fallo, con la jurisprudencia por él establecida sobre el reconocimiento indirecto del efecto horizontal del artículo 3.3, pudiendo haber declarado nula la cláusula de sumisión expresa en el caso planteado, sin necesidad de tener que acudir a ninguna otra disposición normativa. Sin embargo, no lo hizo así y, en base a lo que él estima como “obligación de cumplimiento de las directivas que tienen los jueces de los Estados miembros mientras se lleva a cabo la adaptación legislativa en el correspondiente país”, ha acudido, en apoyo de su decisión, al artículo 3.3 Q) de la Directiva 93/13, utilizando como argumento para reconocer a esta disposición eficacia horizontal, las Sentencias del TJCE Simmenthal y Comisión c. Francia; las Sentencias del TS de 13.6.1991 y 13.7.1991; y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14.2.1991.

229

Ya se ha puesto de manifiesto en párrafos anteriores que el juez nacional no tiene nada fácil el reconocimiento del efecto directo horizontal de una directiva, o de una disposición de la misma, pues así como la eficacia directa vertical resulta ampliamente admitida por el TJCE, no sucede lo mismo con la horizontal, que no la reconoce, si bien se admite la posibilidad de un efecto horizontal indirecto mediante el recurso al criterio hermenéutico.

En esta Sentencia, el TS no ha recurrido al efecto horizontal indirecto. Simplemente considera que “la transcripción literal de la mencionada directiva hace innecesarias mayores argumentaciones, debiendo únicamente añadir que la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión ciertamente es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios del Banco demandante, usuarios distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad

en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad ahora demandante, que no obstante tener negocios en numerosas poblaciones, cómodamente centraliza sus reclamaciones judiciales en la capital de España, donde, con un evidente ahorro económico, tiene garantizada su asesoría jurídica”.

Ahora bien, creemos que sí son necesarias más argumentaciones o, mejor dicho, alguna argumentación en que poder fundar la aplicabilidad directa horizontal de la Directiva 93/13, pues no solamente no se ha planteado si la disposición de la Directiva es susceptible de tener eficacia directa, sino que tampoco ha realizado una interpretación del artículo 10.2 LCU a la luz del texto y finalidad de la Directiva. Simplemente toma en consideración la obligación que tienen los jueces de aplicar el Derecho comunitario, esto es, acude al principio de primacía, lo cual no consideramos del todo acertado, ya que no basta con acudir a dicho principio para proclamar directamente la eficacia de una directiva. Debería haber considerado que se trata de una directiva no transpuesta y, en virtud de ello, plantearse si la misma podrá o no tener efecto directo. Caso de que así sea, es cuando entrará en juego el principio de primacía (52).

Es cierto que el fin último del efecto directo consiste en permitir al Derecho comunitario llegar directamente a los particulares, los cuales pueden recurrir a la directiva para pedir al juez nacional que interprete el Derecho interno en función de las disposiciones de aquélla, que verifique la compatibilidad del Derecho nacional con ella, y que apliquen directamente aquellas disposiciones de la directiva que tie-

(52) No debe olvidarse que la primacía es una consecuencia del efecto directo, Cfr. G. VAN DER MERSCH, “Réflexions sur l'application directe du droit communautaire dans l'ordre juridique interne des États membres”, *Bulletin CL Lettres et Sciences Morales et Politiques*, Académie de Belgique, 1979, pág. 545; R. C. PELLICER ZAMORA, “Los caracteres del Derecho comunitario”, *Gaceta Jurídica de la CE*, D 5, 1985, pág. 102; D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, cit., págs. 56-57.

nen efecto directo. Incluso sin necesidad de que los particulares la invoquen, podrá hacerlo el propio juez nacional (53).

También es cierto que corresponde a las jurisdicciones nacionales asegurar la protección jurídica que se deriva, para los particulares, del efecto directo del Derecho comunitario (54).

Y si el efecto directo se justifica en una regla básica del Derecho comunitario, que exige que sus normas sean aplicadas de manera general, uniforme e incondicionada en todos los Estados miembros, es claro que no pueden quedar sometidas a preceptos de Derecho interno, anteriores o posteriores a la norma comunitaria, que tengan un contenido contradictorio con ella. Si tal eventualidad se produce, los fundamentos del efecto directo imponen que la norma interna sea desplazada (55). A esta virtud de imponerse sobre los contenidos del Derecho interno se le llama primacía, principio estrechamente ligado con la eficacia directa del Derecho comunitario (56).

231

Pero esta conexión no significa, o no lleva aparejada, que una directiva no transpuesta sea susceptible de tener efecto directo, ni mucho menos efecto horizontal.

El principio de primacía ha sido, al igual que sucede con la doctrina del efecto directo, fruto de una construcción jurisprudencial del TJCE, aunque anterior, que tuvo su origen en la Sentencia Costa c. ENEL (57). En ella, el TJCE

(53) Sentencias TJCE Grad de 6.10.1970 (9/70); Capolongo, de 19.6.1973 (77/72); Reyners, de 21.6.1974 (2/74); Verbond van Nederlandse ondernemingen, de 1.2.1977 (51/76); Enka, de 23.12.1977 (38/77); Grunert, de 12.6.1980 (38/79).

(54) Sentencias TJCE Comet, de 16.12.1976 (45/76); Lippische Hauptgenossenschaft, de 12.6.1980 (119/79).

(55) S. MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el derecho interno y la Comunidad europea*, Madrid, 1986, pág. 144.

(56) G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, "El ordenamiento jurídico comunitario: caracteres generales y elementos constitutivos", *Revista de Instituciones Europeas*, 1974, pág. 597.

(57) Sentencia Costa c. ENEL de 15.1.1964 (6/64). Utilizará los mismos argumentos en Sentencias posteriores: Molkerei de 3.4.1968 (28/67); Waltwilhelm de 13.2.1969 (14/68); Comisión c. Italia de 13.7.1972 (48/71); Comisión contra Francia de 4.4.1974 (167/73); Schonenberg de 18.2.1978 (88/77).

estableció el fundamento de la primacía del Derecho comunitario, sobre la base de: 1.º) la naturaleza y características específicas de la CEE; 2.º) el carácter obligatorio de las normas comunitarias de Derecho derivado establecido en el artículo 189 Tratado CEE; 3.º) la asunción por parte de los Estados miembros del compromiso de cumplimiento de los Tratados y del Derecho derivado, lo cual implica abstenerse de toda medida susceptible de poner en peligro la realización de los objetivos de los Tratados; y 4.º) la aceptación, por parte de los Estados miembros, de que los Tratados y el Derecho derivado se apliquen sin discriminación basada en la nacionalidad de los particulares (art. 6, antiguo art. 7, Tratado CEE). En base a ello, el TJCE establece que la primacía significa la exclusión o inaplicación de la norma interna que sea incompatible con el Derecho comunitario. Por lo tanto, para que tenga virtualidad es preciso que la norma sea susceptible de tener aplicabilidad directa.

2.1. *Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Comisión c. Francia y Simmenthal.*

La Sentencia del TS se apoya, aunque no lo menciona, en este principio de primacía para reconocer efecto directo horizontal. En concreto señala dos Sentencias del TJCE: la Sentencia Comisión c. Francia (cuyas consideraciones son iguales a las de la Sentencia Costa c. ENEL), y la Sentencia Simmenthal (58), de mucha mayor importancia, puesto que desarrolla aún más el principio de primacía. Creemos obligado hacer una breve referencia a ellas para poder entender por qué el TS las ha utilizado en su fundamentación, y si el resultado obtenido con ello es acertado.

La primera Sentencia trata de lo siguiente: una Ley francesa de 1926 estipulaba que “el personal de un barco, en

(58) Sentencias Comisión c. Francia de 4.4.1974 (167/73), y Simmenthal de 9.3.1978 (106/77).

una proposición establecida por decisión del Ministerio competente en marina mercante, deberá ser francés”, la cual era contraria al Reglamento CEE de 15 de octubre de 1968, sobre la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad. La Comisión invitó varias veces al Gobierno francés a que adaptara su legislación en la materia a las normas comunitarias, invitaciones que quedaron sin respuesta, ante lo cual la Comisión presentó recurso ante el TJCE por considerar que el Gobierno galo había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones del Tratado y, en particular, de las contenidas en el Reglamento citado.

En su resolución, el TJCE se pronunció en el mismo sentido que en la Sentencia Costa c. ENEL, considerando que “una correcta apreciación de la situación jurídica hubiera debido llevar a las autoridades francesas a constatar que las disposiciones del artículo 48 Tratado CEE y del Reglamento 1612/68, siendo directamente aplicables en el ordenamiento jurídico de todo Estado miembro y teniendo primacía el Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, engendran, en relación con los interesados, el derecho de que las autoridades nacionales las respeten y salvaguarden y que, en consecuencia, cualquier disposición en contrario de Derecho interno se convierta por este único hecho en inaplicable”, consideración ésta que ha tenido en cuenta el TS en su fundamentación.

En la segunda Sentencia el asunto es diferente: la sociedad italiana Simmenthal compraba carne bovina en Francia, y en la frontera italiana estaba sometida al pago de unos derechos de control sanitario según establecía una Ley de 1970. En un primer proceso, en 1976, el TJCE declaró que dichas medidas eran contrarias al Tratado, pero la Administración no ejecutó la Sentencia, alegando que la ley que impuso la tasa era posterior a la ley que aprobó el Tratado CEE en Italia y todavía no había sido derogada o declarada inconstitucional. Ante este nuevo problema, el juez ita-

liano planteó otra cuestión prejudicial al TJCE a fin de que se pronunciase si, ante una ley nacional posterior contraria a una norma comunitaria, el juez nacional debería considerarla inaplicable de pleno derecho, sin esperar a su derogación por el legislador o por el órgano competente para declararla inconstitucional.

De las numerosas consideraciones que efectúa el TJCE en esta Sentencia, merecen ser destacadas tres, la última de las cuales es la empleada por el TS en sus argumentaciones:

234 1.^a) “en virtud del principio de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, no sólo el hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional existente, sino también —en cuanto que estas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros—, el impedir la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que éstos fueran incompatibles con normas comunitarias”;

2.^a) “todo juez nacional, ante el que se recurre en el marco de su competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, ya sea ésta anterior o posterior a la norma comunitaria”;

3.^a) “el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas dejando inaplicada si fuera necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”.

2.2. Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Las Sentencias del TS que se invocan en la Sentencia de 8 de noviembre como argumento para poder reconocer efecto directo horizontal se refieren a lo siguiente:

Las Sentencias de 13 de junio y de 13 de julio de 1991 hacen referencia a la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, sobre aproximación de la legislación de los Estados miembros relativas a la protección de trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, y tratan del posible efecto vertical de algunas de sus disposiciones. A pesar de reconocer que una directiva es susceptible de producir dicho efecto, sobre la base de la doctrina del TJCE, no lo hacen así en los casos planteados, por las consideraciones que expondremos a continuación.

En la primera de ellas el TS no reconoce aplicación directa a la Directiva 80/987, por no haber transcurrido el plazo previsto para llevar a cabo su adaptación al Derecho interno, considerando que “una cosa es la adaptación de la directiva y consiguiente modificación de ella misma, para acomodarla a la incorporación de España a las Comunidades (art. 27 del Acta de Adhesión), y otra distinta las medidas que nuestro país pudiere adoptar para adecuar nuestro Derecho interno a las previsiones de la Directiva. Y para eso disponía de un plazo de 36 meses a partir de la notificación (...). Por tanto, puede establecerse la conclusión de que la Directiva mencionada (...) no podía ser invocada para su aplicación directa ante los Tribunales españoles mientras estuviera transcurriendo el plazo del que nuestras autoridades competentes disponían para dictar las normas de Derecho interno que considerasen adecuadas”.

En la segunda Sentencia, sin embargo, el plazo de ejecución ya había transcurrido, por lo que la Directiva podía ser susceptible de producir efecto directo. No obstante, el TS considera que “como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia

dencia del Tribunal de Justicia, las disposiciones de la directiva han de ser incondicionales y lo suficientemente precisas para que pueda prosperar la invocación de su efecto directo frente al derecho interno del país, con el consiguiente reconocimiento de los derechos de los particulares, expresados en el acto comunitario, frente al Estado incumplidor. Tal incondicionalidad y necesaria precisión no concurren en el supuesto que nos ocupa (...)"

En cuanto a la Sentencia del TC, de 14 de febrero de 1991, se trata de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 211.d) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, por infringir el artículo 5 del Acta relativa a la elección por sufragio universal directo, adoptada por el Consejo Europeo el 20 de septiembre de 1976 (Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom). El TC se pronuncia sobre el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, citando la Sentencia Consta c. ENEL.

236

3. Consecuencias que el Tribunal Supremo extrae de la jurisprudencia.

En relación con las Sentencias del TJCE, la principal consecuencia que extrae el TS es la de que el juez nacional deberá dejar sin aplicación la norma nacional, sea anterior o posterior a la norma comunitaria, que sea incompatible con ella, en virtud del principio de primacía.

Salta a la vista que en ninguno de los casos planteados al TJCE se ha suscitado cuestión alguna relacionada con una directiva y con su posible efecto directo. Sencillamente se trata de Sentencias que conforman el principio de primacía del Derecho comunitario, pero que no sirven de apoyo al reconocimiento del efecto directo de una directiva, porque ¿es que estamos en presencia de normas incompatibles?, ¿se cuestiona el TS en algún momento la posible contradicción entre el artículo 10.1 LCU y el artículo 3.3 de la Directiva 93/13?

La respuesta es negativa. No se plantea ni estas cuestiones, ni las relativas al efecto directo del artículo 3.3, sino que invoca la Directiva como si ésta, por el hecho de que el Derecho comunitario tenga primacía sobre el nacional, tuviese efecto directo horizontal. No parece darse cuenta de que se trata de una Directiva no transpuesta y que por eso no forma parte de nuestro ordenamiento interno. Olvida, además, que el principio de primacía es un principio aplicable sólo en el caso de que las disposiciones comunitarias sean susceptibles de ser aplicadas directamente por el juez al caso concreto, es decir, cuando éstas fueran susceptibles de producir efecto directo, cosa que en el caso no ocurre, pues la Directiva 93/13 no es aplicable directamente por su falta de transposición.

Distinto hubiese sido reconocer efecto horizontal al artículo 3.3 acudiendo al efecto indirecto, es decir, a la interpretación, como así lo hicieron las Sentencias de 23 de julio de 1993 y de 20 de julio de 1994, y que les permitió llegar al resultado querido por la Directiva.

Por lo que a las Sentencias del TS se refiere, no entendemos en qué pueden servirle de apoyo en su decisión, pues, como ya hemos señalado, no se refieren a relaciones horizontales, sino verticales, en las que, si bien la Directiva no había sido ejecutada, no se reconoce su eficacia directa, por los motivos anteriormente expuestos. Por lo tanto, se apartan completamente del caso planteado en la Sentencia de 8 de noviembre. Otro tanto debe decirse de la Sentencia invocada del TC que, al igual que las que ha utilizado del TJCE, se refiere al principio de primacía del Derecho comunitario, y no a una directiva o a su aplicabilidad directa.

Creemos, por tanto, que la fundamentación y el resultado al que llega el TS en esta Sentencia son erróneos, por tres razones fundamentales:

1.^a Porque los argumentos que utiliza, unos relativos al principio de primacía, y otros sobre la eficacia directa vertical, no sirven para poder reconocer efecto horizontal al ar-

título 3.3, apartándose con ello de la jurisprudencia restrictiva del TJCE.

2.^a Porque debía haber tenido en cuenta que la fecha de celebración del contrato que contiene la cláusula de sumisión era anterior a la entrada en vigor de la Directiva, lo que le hubiese impedido aplicarla, entrando en juego los límites de seguridad jurídica y de irretroactividad.

3.^a Porque con la jurisprudencia del TS sobre la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa, elaborada en base al reconocimiento del efecto horizontal indirecto, era suficiente para emitir su fallo, como así lo ha puesto de manifiesto el propio TJCE, que al mismo tiempo que recuerda que cada Estado miembro debe dar a las directivas una ejecución que se corresponda plenamente a las exigencias de seguridad jurídica y que incorpore su contenido en disposiciones nacionales con carácter obligatorio, señala que, “si en virtud de una jurisprudencia nacional constante, la disposición interna se aplica en un sentido que permita asegurar la plena eficacia de lo dispuesto por la directiva, nada se opone a que el juez nacional la continúe aplicando en ese mismo sentido en los procedimientos que tengan pendientes, mientras que el Estado miembro concernido no adopte las medidas legislativas para el completo desarrollo de la norma comunitaria” (59).

Incluso podría formularse una última objeción, cual es que el reconocimiento de la eficacia horizontal de las directivas podría incrementar la pasividad de los Estados miembros en adaptar el Derecho nacional a lo dispuesto en las mismas.

(59) Sentencia Steenhorst-Neerings, de 27.10.1993 (C-338/91).

V. Negación del efecto directo horizontal del artículo 3.2 de la Directiva 93/13

En la segunda Sentencia del TS, cuyo comentario nos proponemos, de 20 de noviembre de 1996, el objeto del litigio es obtener por los demandantes una Sentencia declarativa de nulidad de unas determinadas condiciones generales de la contratación, ante lo cual el órgano judicial se plantea la cuestión de si son efectivamente condiciones generales de la contratación como “requisito imprescindible de procedibilidad”, resolviendo, además, sobre una cuestión no planteada, que es la legitimación de la Unión de Consumidores de España para impugnar tales condiciones por considerarlas abusivas.

Los antecedentes de hecho son los siguientes: D.C.L. celebró, en agosto de 1991, un contrato de apertura de cuenta corriente con la entidad Banco A., S.A., en el que figuraban una serie de condiciones generales (llamadas así por el Banco recurrido). Ante el JPI Madrid n.º 6, se formuló demanda por D.C.L. y Unión de Consumidores de España (ésta en representación del anterior), contra la entidad Banco A., S.A., solicitando: 1.º se declarase la nulidad de 15 cláusulas que el Banco estableció en el contrato celebrado con D.C.L., teniéndolas, en consecuencia, por ineficaces y no puestas, al vulnerar el artículo 10 de la Ley 26/1984 de 19 de julio; 2.º que se publicase la declaración de nulidad de las cláusulas, a costa del demandado, en las páginas de economía de determinados periódicos que se concretan en la demanda y bajo el título: “Declaradas nulas por resolución judicial determinadas condiciones del contrato bancario del Banco A., S.A.”; 3.º se condene en costas al demandado, si se opusiera a las pretensiones de la demanda. El Juzgado dictó Sentencia desestimando la demanda al no existir causa alguna de pedir, “puesto que ninguna cláusula se ha aplicado ni ningún perjuicio se ha causado, ni tan siquiera subjetivamente nos hallamos ante una condición general a efectos legales”.

Contra esta Sentencia, los demandantes interpusieron recurso de casación, por los siguientes motivos: 1.º al amparo del artículo 1692.3 LEC, se denuncia infracción del artículo 359 LEC por ser incongruente la Sentencia, incongruencia que se hace residir en que la representación del Banco A., S.A., en ningún momento negó la legitimación *ad causam* de los actores, por lo que se considera que la Sentencia resuelve sobre una cuestión que no ha sido planteada, sobre cosa distinta de lo pedido en la demanda. 2.º El motivo segundo acusa infracción de tres normas jurídicas: el artículo 24 C.E., que establece el derecho a obtener tutela efectiva; el artículo 7.3 LOPJ, que legitima a las asociaciones, corporaciones y grupos para defensa de intereses colectivos, y el artículo 20.1 de la Ley 26/1984, que reconoce a las asociaciones de consumidores y usuarios la facultad y el derecho al ejercicio de las correspondientes acciones en defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios. Ésta última se fundamenta en la protección de los intereses colectivos y de la legitimación para ello de las asociaciones legalmente constituidas para este fin, y se acusa a la Sentencia recurrida de olvidarse de que la jurisprudencia siempre ha conocido la existencia de acciones declarativas de nulidad absoluta, concluyendo que tanto D.C.L. como la UCE están legitimados *ad causam*. 3.º El tercer motivo señala como infringidos el artículo 51 C.E. en relación con el 10 Ley 26/1984, sosteniéndose que aquél obliga a una interpretación *pro consumitore*, no realizada por el juzgador de instancia, el cual ha establecido una especie de *probatio diabólica* que denomina “requisito subjetivo”, ya que resulta prácticamente imposible acreditar por el consumidor que no ha podido sustraerse a las condiciones generales. 4.º El cuarto motivo alega infracción de los artículos 20 y 21 c) de la Ley 26/1984, por considerar que la UCE no ha perdido su beneficio de justicia gratuita y que por tanto no está obligada a reintegrar a la parte contraria las costas del proceso. El TS declara no haber lugar al recurso de casación.

1. Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para ejercitar acciones.

Por lo que a la cuestión de legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios se refiere, el artículo 10 LCU no efectúa, de una forma explícita, un reconocimiento de la misma para ejercitar acciones de impugnación de las condiciones generales, aunque su legitimación, como se ha señalado, puede fundamentarse en el artículo 20.1 LCU (60), al establecer que las asociaciones tendrán como finalidad “representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios”.

Lo que sucede en este caso es que la Unión de Consumidores de España comparece, por una parte, en representación de un consumidor, el cual actúa, por sí, como demandante y, por otra, en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios. La legitimación del demandante no plantea ningún problema, pero sí la de la UCE, que no ha sido reconocida ni por el JPI ni por el TS.

241

Tratándose de legitimación para actuar en representación del demandante, el TS considera que aquella no es posible puesto que no cabe una actuación conjunta del representante y del representado. Señala que “es imposible jurídicamente esta legitimación, ya que (el representado) ha sido codemandante: no se puede accionar en representación precisamente del que acciona en su nombre y derecho”. Y en cuanto a la legitimación para actuar en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, como veremos a continuación, tampoco se reconoce, pero por un motivo distinto: las condiciones generales de la contratación que pretenden sean declaradas nulas por abusivas no son auténticas condiciones generales de la contratación.

(60) J. J. MARÍN LÓPEZ, “Artículo 20”, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, dir. por R. BERCOVITZ y J. SALAS, Madrid, 1992, pág. 594.

2. Condiciones generales de la contratación: concurrencia de requisitos.

Para que estemos en presencia de una condición general de la contratación, el artículo 10.2 LCU establece una serie de características o elementos que deben concurrir en la misma: redacción previa y unilateral del condicionado contractual por una de las partes; que el predisponente se proponga utilizar las condiciones o cláusulas negociales en todos los contratos que vaya a celebrar, y que el consumidor que se vaya a adherir al contrato no haya podido evitar la aplicación de esas condiciones para obtener el bien o servicio necesitado (61).

242 En el caso planteado, la apertura de una cuenta corriente lleva a pensar en un documento previamente redactado y con un clausulado que se le impone al cuentacorrentista, el cual, si quiere obtener ese servicio del Banco que ha elegido, debe adherirse, normalmente, sin que haya posibilidad de discutir con el predisponente el contenido del contrato. Por regla general estaríamos en presencia de auténticas condiciones generales de la contratación. Sin embargo, las pruebas demostraron que el demandante no intentó en ningún momento discutir las cláusulas que consideraba abusivas y que pretende se declaren nulas, pues ni tan siquiera leyó el contrato, por lo que el JPI y el TS han llegado a la conclusión de que el consumidor tuvo ocasión de discutir eficazmente las cláusulas de su contrato con el predisponente,

(61) Para un análisis detallado de los elementos que integran la noción de condiciones generales, *vid.*, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, "Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor", *Anuario de Derecho civil*, 1983, págs. 1191 y ss.; J. DUQUE, "La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la defensa de los consumidores", en *Estudios sobre el consumo*, 1984, n.º 3, págs. 64 a 66; M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, "Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1987, págs. 650 y ss.; J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., págs. 111 y ss.; M. COCA PAYERAS, "Artículo 10.2", en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, cit., págs. 318 y ss.

pero que no lo hizo, con lo cual no se puede hablar de una inevitabilidad ni de una rigidez ni, por tanto, de una imposición, como además lo demuestra el hecho de que en el mismo día abriese otras cuentas con otros bancos, sin leer ni discutir su contenido. Debe añadirse, además, que ningún perjuicio se le causó al demandante, pues ninguna cláusula fue aplicada.

De ahí que ante la ausencia de lo que el JPI llama “requisito subjetivo”, y que no es otro que el de la rigidez a que se halla sometida la otra parte como consecuencia de la posición de dominio en el mercado en que se encuentra el contratante que las impone (62), a pesar de que se den las otras dos circunstancias o “requisitos objetivos”, el TS considere que no nos encontramos en presencia de condiciones generales de la contratación y, por tanto, que no se puede hablar sobre su posible carácter abusivo. Señala que “no basta (...) firmar sin tan siquiera leer el contenido del contrato, para tener el arma con la que iniciar un pleito. Otra cosa distinta es que la prueba en cuestión no deba exigirse con toda rigidez dada la naturaleza de la contratación en masa, pero esto no es lo mismo que dar por inexistente el requisito legal”. En consecuencia, la UCE no se encuentra legitimada para impugnar unas condiciones que no son condiciones generales a efectos legales.

Sin embargo, la Directiva 93/13 no establece la circunstancia de la inevitabilidad. De ahí que, de reconocerse su aplicabilidad directa, sí estaríamos en presencia de condiciones generales de la contratación y, presumiblemente, ante cláusulas abusivas. Pero el TS niega esa eficacia, pues si

(62) M. COCA PAYERAS, “Artículo 10.2”, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, cit., pág. 320, quien prefiere hablar, mejor que de “violencia económica”, que es como califica A. BERCOVITZ, “La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios”, cit., pág. 191, a la rigidez, de “objetiva intimidación económica”, si se cae en la cuenta de que en esos casos el contratante débil es un sujeto que sufre el temor racional y fundado de no obtener el bien o servicio en cuestión, si no se somete a las condiciones generales de la contratación.

bien considera que “la Directiva 93/13 ha de servir de guía para la interpretación de los Derechos nacionales vigentes tanto anteriores como posteriores para alcanzar el resultado a que se refiere cuando no se haya adaptado el Derecho interno a la misma”, niega el efecto directo por tratarse de relaciones entre particulares, apoyándose únicamente en la Sentencia del TJCE Faccini Dori.

3. Argumentos para negar reconocimiento de efecto directo horizontal al artículo 3.2.

El TS utiliza, como único argumento para no reconocer eficacia directa horizontal al artículo 3.2 de la Directiva, la Sentencia del TJCE, Faccini Dori (63), que hace referencia a lo siguiente:

244

P. Faccini Dori, con domicilio en Monza, concertó con un vendedor en la estación central de Milán, la adquisición de un curso por correspondencia, de lo cual se arrepintió poco tiempo después, y a los cuatro días envió una carta certificada a la empresa renunciando a la suscripción. En la fundamentación de su renuncia mencionó expresamente lo previsto en la Directiva 85/577/CEE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, no transpuesta por el Estado italiano, y cuyo plazo había ya transcurrido, relativa a la protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. En su artículo 5 se dispone que “el consumidor debe tener el derecho a renunciar a los efectos de su contrato, por medio de una notificación en el plazo de, al menos siete días, a contar desde el momento en que el comerciante, conforme a las modalidades y condiciones prescritas por la legislación nacional, le hubiera informado de sus derechos, disponiéndose, asimismo, que la notificación de tal renuncia tiene el efecto de liberar al consumidor de toda obligación derivada del contrato”. La em-

(63) Sentencia Faccini Dori de 14.7.1994 (C-91/92).

presa demandó judicialmente a P. Faccini Dori para que pagara la suma convenida.

El juez italiano planteó cuestión prejudicial. En su petición planteaba si debía considerarse que la Directiva 85/577 es suficientemente precisa y detallada, y en caso afirmativo, si, en el período comprendido entre la expiración del plazo de veinticuatro meses señalado a los Estados miembros para cumplir la referida Directiva y el día en que el Estado italiano se adecuó a ella, podía producir efectos en las relaciones entre los particulares y el Estado italiano, y en las relaciones de los particulares entre sí.

El TJCE va a pronunciarse sobre estas cuestiones y sobre otra no planteada por el juez nacional, que es la relativa a la responsabilidad del Estado por incumplimiento de su obligación de transponer en plazo la Directiva. Respecto de esta cuestión ya había hecho referencia en dos sentencias anteriores en las que los particulares efectuaban reclamaciones frente al Estado: la Sentencia Francovich, sobre un caso de directiva no invocable directamente por no ser suficientemente precisa, que no había sido transpuesta; y la Sentencia Wagner Miret, que trata del mismo supuesto pero estando la directiva transpuesta, aunque no correctamente (64). En el caso Faccini Dori, a diferencia de estos últimos, la relación es claramente horizontal.

El TJCE analiza, en primer lugar, si la Directiva 85/577 reúne los requisitos necesarios para que pueda predicarse de ella su efecto directo, en concreto, si su artículo 5 es claro e incondicional, considerando que efectivamente cumple esos

(64) Sentencias Francovich y Bonifaci de 19.11.1991 (C-6/90 y C-9/90); Wagner Miret de 16.12.1993 (C-334/92). Sobre ellas, *vid.*, C. R. FERNÁNDEZ LIESA y M. C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Sobre la responsabilidad del Estado y el efecto directo de las Directivas comunitarias, y su posible incidencia en el Derecho laboral español (Estudio laboral y comunitario de la Sentencia Francovich y Bonifaci)", *Relaciones Laborales*, n.º 11, 1993, págs. 92 y ss.; y "Altos cargos y FOGASA: la postura del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Comentario urgente a la Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1993, Wagner Miret)", *Relaciones Laborales*, n.º 2, 1994, págs. 84 y ss.

dos requisitos, y que aunque dicho artículo deje un margen de apreciación a los Estados miembros “por lo que respecta a la protección al consumidor cuando no sea proporcionada la información por el comerciante y a la fijación del plazo y de las modalidades de renuncia”, ello no afecta “al carácter preciso e incondicional de las disposiciones de la Directiva controvertida en el litigio principal. Dicho margen de apreciación no excluye que puedan determinarse unos derechos mínimos”.

246 Respecto de la segunda cuestión planteada por el juez italiano sobre si, a falta de medidas de adaptación del derecho interno a lo dispuesto en la Directiva dentro de los plazos señalados, los consumidores pueden fundar en la propia Directiva un derecho de renuncia frente a los comerciantes con los que ha celebrado un contrato e invocar-lo ante un órgano jurisdiccional nacional, la respuesta del TJCE es negativa: no se puede reconocer a las disposiciones de una directiva no transpuesta eficacia directa entre particulares. Acude para ello a la Sentencia Marshall, en la que se estableció el fundamento de la no invocabilidad directa de las directivas no transpuestas. Sí reconoce la invocabilidad de las directivas frente al Estado, pero considera que un reconocimiento de este tipo en el ámbito de las relaciones entre particulares “equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando sólo tiene dicha competencia en aquéllos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos”. En virtud de todo ello afirma que a falta de medidas de adaptación del Derecho interno a la Directiva dentro de los plazos señalados, los consumidores no pueden fundar en la Directiva en sí misma un derecho de renuncia contra los comerciantes con los que han celebrado un contrato e invocarlo ante el juez nacional.

Por tanto, a la disposición invocada de la Directiva 85/577 no se le puede reconocer aplicabilidad directa por-

que, a pesar de reunir los requisitos necesarios de precisión y claridad, se refiere a una relación horizontal. Ante ello, y al objeto de buscar la mayor aplicación del Derecho comunitario, el TJCE le recuerda al juez italiano la obligación que tienen los jueces nacionales de interpretar el Derecho nacional conforme a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para lograr el resultado por ella querido, y que, en caso de que éste no pudiera alcanzarse, el Derecho comunitario impone a los Estados miembros la obligación de reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado su Derecho interno a lo dispuesto en una Directiva.

4. Consecuencias extraídas por el Tribunal Supremo de la Sentencia Faccini Dori.

En la Sentencia de 20 de noviembre, el TS, siguiendo las consideraciones realizadas por el TJCE, acude al criterio hermenéutico (65): interpreta el artículo 10.2 LCU en conexión con el artículo 3.2 de la Directiva, lo cual le lleva a considerar lo siguiente:

“La Directiva 93/13 ha de servir de guía para la interpretación de los derechos nacionales vigentes, tanto anteriores como posteriores, para alcanzar el resultado a que se refiere cuando no se haya adaptado el derecho interno a la misma”. Y de la interpretación que realiza del artículo 10.2 LCU a la luz de la letra y de la finalidad del artículo 3.2 de la Directiva 93/13, llega a la conclusión de que dicha interpretación, no permite abrogar los requisitos objetivos y subjetivos exigidos en el artículo 10.2 L 26/194, para en su lugar acoger el concepto amplísimo de cláusula contractual abusiva que se contiene en el punto 3 de la Directiva 93/13. En él basta que el consumidor “no haya podido influir so-

(65) No lo hace en la Sentencia de 21.6.1996 (Ar. 6712), limitándose solamente a citar la Sentencia Faccini Dori.

bre su contenido”, a propósito de cláusulas redactadas previamente, lo que convierte en realidad a todo contrato de adhesión en particular receptor de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, como así viene a reconocerlo el apartado 2 del citado punto 3. En cambio, el artículo 10.2 de la Ley 26/1984 requiere que la aplicación “no pueda evitarla el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate”. No es suficiente, pues, que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula, se le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva. La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se muestra así más restrictiva, no basta que existan cláusulas prerredactadas unilateralmente, y cualquiera que fuese la opinión que se tenga sobre el acierto o desacierto del legislador, no hay duda de que esta Sala sólo se encuentra vinculada al precepto legal, y ha de aplicarlo en su integridad”.

Creemos que en este caso sí ha sido correcta la fundamentación del TS, por las siguientes razones:

1.^a Porque se ha apoyado en la Sentencia Faccini Dori, que viene a confirmar la anterior jurisprudencia del TJCE en lo relativo a la negación del efecto directo horizontal a una directiva no ejecutada, lo que implica que no es posible reconocer efecto directo horizontal al artículo 3.2 de la Directiva 93/13.

2.^a Porque ha acudido al criterio hermenéutico (art. 3.1 C.c.) como pauta indicada por el TJCE para intentar conseguir el resultado propuesto en la Directiva. Lo que sucede es que el artículo 10.2 LCU y el artículo 3.2 de la Directiva son inconciliables, de tal forma que la interpretación del primero conduce a un resultado contradictorio con el perseguido por la segunda. De ahí que no se pueda predicar el efecto horizontal indirecto.

3.^a Porque, si bien es cierto que el TJCE ha extendido el poder de los jueces nacionales para declarar la responsa-

bilidad del Estado, por su incumplimiento de adaptar el Derecho interno a la directiva, el TS no puede realizar tal determinación por cuanto, por un lado, el demandante (recurrente) no formuló petición alguna en este sentido, por lo que no puede resolver sobre nada distinto a lo pedido por él (congruencia de la Sentencia), y porque, además, dicha declaración deberá ser realizada por la jurisdicción contencioso-administrativa, y no por la civil (66).

Por todo lo expuesto, el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 no puede tener efecto directo horizontal, ni ser susceptible de un reconocimiento indirecto, y tampoco puede declararse la responsabilidad del Estado. Es por ello que el TS únicamente se encuentra vinculado a lo dispuesto en el artículo 10.2 LCU, de tal forma que el consumidor se verá obligado a soportar las cláusulas impuestas por el Banco, que no intentó evitar y que no tienen carácter abusivo, sin poder obtener un resarcimiento por el perjuicio que ello pudiera causarle, y que se deriva de la inactividad de su propio Estado.

249

VI. Conclusiones

De forma breve y resumida hemos visto que la doctrina sentada por el TJCE, en relación con la posible eficacia directa de una directiva no adaptada al Derecho interno, es clara: puede reconocerse cuando la reclamación es de un particular frente al Estado (relación vertical), pero nunca cuando se trata de un particular frente a otro particular (relación horizontal). Ello puede dar lugar a que se produzca algún perjuicio para el particular, pues en ocasiones, la aplicación de la directiva podría reportarle un resultado más

(66) Que es esta la jurisdicción competente lo afirma S. MUÑOZ MACHADO, "La formación de un Derecho común de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en el sistema comunitario europeo", cit., pág. 43.

beneficioso. Y todo ello debido a la inactividad del Estado, que deja transcurrir los plazos establecidos para ejecutar la directiva sin adoptar medida alguna.

Consciente de esos perjuicios, y al objeto de paliarlos en la mayor medida posible, el TJCE ha admitido un efecto horizontal, de carácter indirecto, estableciendo para los jueces nacionales la obligación de interpretar el Derecho interno a la luz del texto y de la finalidad de la directiva, para poder así obtener el resultado a que se refiere el artículo 189 Tratado CEE. Pero este resultado no siempre es posible de conseguir cuando la norma nacional esté en contradicción con la disposición de la directiva. Si ello sucede, el perjuicio que para el particular causa la no aplicación de una directiva no transpuesta, seguiría siendo el mismo que si no se hubiese recurrido al criterio hermenéutico.

250

Para remediar esta situación, y con la finalidad de conseguir la mayor aplicabilidad posible del Derecho comunitario, el TJCE ha establecido el principio de responsabilidad del Estado, en virtud del cual será el Estado el que deberá reparar los daños que los particulares hayan podido sufrir como consecuencia del incumplimiento de su obligación de adaptar la directiva al Derecho interno en el plazo estipulado para ello, mediante una indemnización.

En virtud de toda esta doctrina jurisprudencial, los artículos 3.2 y 3.3 de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, aún no transpuesta, y objeto de las Sentencias del TS de 20 de noviembre y de 8 de noviembre, respectivamente, no pueden, en línea de principio, ser susceptibles de producir efecto directo horizontal, pero sí, cumpliendo los requisitos de claridad e incondicionalidad, de un efecto horizontal indirecto, recurriendo al criterio hermenéutico.

Respecto del artículo 3.3 (en relación con el art. 3.1), del que se ocupa la Sentencia de 8 de noviembre, una interpretación del artículo 10.1.c) LCU a la luz del mismo, permitiría reconocerle dicho efecto, pues ambas disposiciones en nada colisionan. Esta fue la pauta seguida por el TS en

las Sentencias 23.7.1993 y 20.7.1994, sobre cláusulas de sumisión expresa, que cambiaron la doctrina anterior declarándolas abusivas. Haberse ceñido a ellas habría sido suficiente para reconocer aplicación directa a dicho precepto de la Directiva, siempre y cuando el contrato hubiera sido de fecha posterior a la vigencia de la Directiva.

Sin embargo, el TS, en un afán, tal vez desmesurado, por otorgar a toda costa prevalencia al Derecho comunitario sobre el Derecho nacional o, tal vez, por un mal entendimiento del efecto directo horizontal, recurre, erróneamente, al principio de primacía del Derecho comunitario para fundamentar el efecto directo horizontal que cree debe tener la Directiva 93/13 (al igual que hizo en la Sentencia 12.7.1996).

Con todos nuestros respetos al órgano jurisdiccional, creemos que su fundamentación no ha sido la correcta (aunque sí el fallo), porque el efecto directo no es consecuencia del principio de primacía por él invocado como argumento. Lo primero que ha de resolverse es si la disposición comunitaria en controversia tiene aplicabilidad directa. En caso afirmativo, el principio de primacía despliega todos sus efectos, debiendo el juez nacional dejar inaplicada la norma interna que contravenga la comunitaria. Pero en caso negativo, como es el que nos ocupa, el principio de primacía no implica que una directiva no transpuesta pueda tener un efecto directo horizontal, y no sirve de fundamento para reconocerlo, pues, al contrario, el principio de primacía es consecuencia de la aplicabilidad directa. Lo que el TS debería haber hecho es interpretar el artículo 10.1.c) LCU en conexión con el artículo 3.3 de la Directiva. Caso de que sean conciliables, como de hecho lo son, sí que entrará en juego el principio de primacía. Ello, claro está si, como ya hemos dicho, el contrato que contiene la cláusula de sumisión expresa es posterior a la entrada en vigor de la Directiva.

Respecto del artículo 3.2 de la Directiva 93/13, la fundamentación que hace el TS en la Sentencia de 20 de no-

viembre sí que nos parece correcta y la única posible. En efecto, esta Sentencia parte de la base de que es imposible reconocer un efecto directo a la Directiva, por tratarse de una relación entre particulares, y recurre al criterio hermenéutico como única posibilidad de reconocer efecto horizontal. Lo que sucede es que la interpretación que realiza, al resultado que conduce, es a que la disposición de la Directiva (art. 3.2) pierda sus efectos, pues considera que es inconciliable con el artículo 10.2 LCU. Mientras que éste último exige para que una estipulación o cláusula tenga la consideración de condición general de la contratación, entre otros requisitos, que el consumidor no haya podido evitar su aplicación, el artículo 3.2 de la Directiva exige solamente que el consumidor no haya podido influir sobre su contenido. De esta forma no es posible reconocer efecto horizontal indirecto.

252 Tampoco le es posible al TS acogerse a la vía que le ofrece el TJCE para intentar paliar el daño que el consumidor debe soportar por el hecho de no estar transpuesta la Directiva, es decir, no puede declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, estableciendo una indemnización a favor del consumidor, pues éste no la reclamó, siendo, por otra parte, la jurisdicción competente para realizar dicha declaración, la jurisdicción contencioso-administrativa.

A) Informes y comunicaciones

DE LA HETEROCOMPOSICION A LA AUTOCOMPOSICION DE LOS CONFLICTOS. LOS EQUIVALENTES JURISDICCIONALES Y LA CONCILIACION NOTARIAL

255

MARIO FERNÁNDEZ HERRERA

Profesor Ordinario de la Universidad Externado de Colombia

Notario Treinta (30) de Santafé de Bogotá

y Presidente del Colegio de Notarios de Colombia

PARTE I. De la heterocomposición a la autocomposición de los conflictos

1. La función pública de “administrar”, o mejor, impartir justicia. Conceptos tradicionales de juez natural y jurisdicción. ¿Puede hablarse de jurisdicción autocompositiva dirigida y documentada dentro de la función notarial?

El enunciado precedente es tan rico de conceptos que por su sola lectura trae a la mente del jurista evocación de temas que son pilares de las teorías del Derecho, del proceso y del Derecho notarial. Al no estar destinado el presen-

te trabajo al análisis directo de los problemas que la primera parte del título plantea, sólo podremos referirnos limitadamente a los mismos, a manera de¹ somera explicación de las premisas fundamentales a los temas del Estado de Derecho y la función pública de administrar e impartir justicia, entendida ésta en su sentido más amplio y omnicomprendivo posibles.

¿Qué es Estado de Derecho? O mejor, ¿qué es Estado Social de Derecho? ¿Qué relación tiene esta nueva clase de Estado con la prestación de la función y el servicio público de la justicia? ¿Tiene que ser la Justicia una función pública prestada exclusivamente por el Estado por medio del juez natural, en virtud del monopolio que él puede ejercer como tal? ¿Puede existir una especie de justicia sin jurisdicción por sentencia, administrada y dispensada a través de la delegación? Y ¿pueden ser delegatarios del Estado para cumplir esta misión, personas privadas (1) como son los notarios?

256

De lo más a lo menos, encontramos en estos interrogantes, la razón de nuestra inquietud. El Estado-aparato (2) se organiza para prestar múltiples servicios y funciones públicas. Y dentro de esa multiplicidad está la importantísima de la *Justicia* (3), como “valor máximo” del Derecho, enten-

(1) Sobre fe notarial conectada y necesitada de la fe judicial en los inicios del Notariado y sobre los “PROCESOS SIMULADOS” para que el juez confirmase la validez de las relaciones jurídicas contractuales, punto de partida de la llamada “jurisdicción voluntaria” en el medievo, hasta llegar al notario como *judices chartularii* en su “ancestro tabeliónico” y, finalmente, al notario y al Notariado, portador de una FE NOTARIAL independiente, véase CUBIDES ROMERO, Manuel. *Derecho Notarial Colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978, Cpt. II, págs. 23 y ss. NERI, Argentino I. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, V. 2, Instrumentos, 1.^a Ed. Depalma, Buenos Aires, págs. 5 y ss., 28 y ss.

(2) Término de BARILE, Paolo. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 2.^a ed., Cedam, Padova, 1975. Págs. 109 y ss.

(3) Sobre los conceptos de “IUS”, “JUDICIUM”, “MAGISTRATUM” y “JURISDICTIO” (declarar el Derecho) V. NERI, Argentino I. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, V. I., parte general, 1.^a ed, segunda tanda, Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 419 y ss. V. sobre JUSTICIA, V. BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, trad. Eduardo Roza, Temis, Bogotá, 1987, págs. 24 a 27, vinculándola con LA VALIDEZ del ordenamiento y la EFICACIA del mismo.

dido éste último *sensu lato*, esto es, tanto desde el punto de vista del *ius* indispensable para la función heterocompositiva de los conflictos (normas, jueces, procedimientos, sentencias y ejecución de las mismas), como desde el que hace relación al Derecho como instrumento pacífico y estático, creador de la fijeza de las situaciones y relaciones jurídicas no conflictivas, ni conflictuales, a fin de que tanto la una como la otra cumplan su fin máximo: la armonía social.

Cuando se habla de justicia judicial o jurisdiccional (4) inmediatamente se piensa, de una parte, en la maquinaria judicial formal del Estado en virtud de la cual éste aplica su Derecho, teniendo como gran protagonista, colocado “superpartes”, al juez natural, quien es el encargado a) de dirigir, con sus poderes formales y materiales, el proceso y el procedimiento, b) de recaudar el material probatorio que considere útil a la causa, c) de valorarlo según el sistema que imponga la normatividad de cada país, d) de ser el guardián de los derechos fundamentales de toda persona cuando está *sub-iudice*, especialmente de los relacionados con el debido proceso y el debido procedimiento; e) de escoger las normas aplicables al caso controvertido y desentrañarles su verdadero sentido de justicia como intérprete de “primer grado” y, finalmente, f) de pronunciar la sentencia de mérito en forma legal y justa, para dirimir el conflicto que plantearon desde el comienzo las partes en contienda. Aquí estamos frente al *iudex* que dice el Derecho, es decir, al hombre-juez que investido de la majestad de administrar y dar justicia, lo hace a través de una sentencia. Y nos encontramos también ante la importante institución del De-

(4) Si el término jurisdicción lo dejamos con la connotación tradicional, vale la pena hablar de justicia judicial (o jurisdiccional) y de la justicia no judicial. Dentro de ésta cabría la JUSTICIA NOTARIAL. V. NERI, obra cit., pág. 424. “En principio la jurisdicción es la atribuida al poder judicial; empero, también hay una jurisdicción administrativa, y es precisamente la que atañe al poder administrador frente a los administrados” y la que “ejercen los funcionarios o entidad que representan en sus variadas formas el poder ejecutivo”.

recho constitucional-procesal, que todos conocemos con el nombre de la jurisdicción (5) en su sentido común y más general.

2. Lo que significa el nuevo concepto de “juez natural”: institución de estirpe constitucional con el poder-deber de juzgar. Debido proceso y debido procedimiento. Aplicación de normatividad preestablecida.

De conformidad con lo dicho, sin lugar a dudas que el protagonista número uno de la función pública especial de administrar y dar justicia ha sido y es el juez. A la luz de la ciencia constitucional-procesal aparece incompleta la palabra “juez” cuando se enuncia sola, pues a ella le tenemos que agregar el vocablo “natural”, para indicar al *iudex* previamente consagrado por el ordenamiento jurídico, no sin antes destacar la vocación constitucional, y no legal, de la jurisdicción como emanación de una gran potestad del Estado. En otros términos, la garantía del juez natural como el supremo administrador y dador de la justicia que dice el derecho y dirime los conflictos, preestablecido por la ley de leyes, ha sido de vital importancia, pero más hoy y especialmente necesaria en aquellos países de cultura y *praxis* jurídicas nuevos, como los latinoamericanos, si se los compara con los de culturas y *praxis* seculares, sin hacer a un lado la peculiaridad de los problemas que en el mundo mo-

(5) Para una visión general de la jurisdicción desde el punto de vista procesal, entre nosotros, véase DEVIS ECHANDIA, Hernando. “Compendio de Derecho Procesal”, *Teoría General del Proceso*, T. I, ed. ABC, Bogotá, 1981, págs. 82 a 111. MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de Derecho Procesal civil*, parte general, 11.ª ed, 1991, Bogotá, págs. 19 y ss. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal civil Colombiano*, T. I, parte general, 5.ª ed., 1991, ABC, Bogotá, págs. 63 y ss. CARNELUTTI, Francisco. “Sistema de Derecho Procesal civil”, I, *Introducción y Función del Proceso civil*, Trad. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Sentis Melendo, Santiago, 1944, Uteha, Argentina, págs. 155 y ss. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal civil*, Trad. Sentis Melendo, Santiago, V. I., EJE, Buenos Aires, 1973, págs. 70 y ss. Últimamente MONTESANO, Luigi, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, UTET, Torino, 1988, págs. 2 a 83, quien desarrolla la moderna teoría de la jurisdicción como tutela y actuación del ordenamiento.

dero se han venido presentando en los primeros, indudablemente diferentes en su contenido social, económico y jurídico de los que, así sean semejantes, surjan también en los países con cultura jurídica más decantada, en atención a su antigüedad y tradición. “El juez natural” no es tal, sólo por el hecho de haber sido nominado por el órgano competente según la Constitución. La designación tiene que haber sido otorgada para juzgar hechos y actos previamente establecidos en el ordenamiento y no *ex post facto* de acuerdo con los principios y preceptos tanto del debido proceso como del debido procedimiento (6). Este es el sentido de ese juez. Es la cortapisa a la discreción del legislador o del gobernante de turno para evitar que cree jurisdicciones cuando lo desee. Es la razón no meramente lexicográfica de esta clase de juez dentro del contexto de una justicia garantizadora y preestablecida en los Estados de Derecho, en sus tres dimensiones: constitucional, sustancial y procesalmente.

3. IURIS DICTIO por sentencia a) en procesos contenciosos y b) en procesos sin conflicto o de pretensiones voluntarias, cuyo trámite termina con una SENTENCIA-MEDIO desde el punto de vista de su función.

A ese juez, a ese hombre ungido de poder –e inmensos deberes– para decir el derecho por sentencia, previo proceso, se le han venido entregando nuevas tareas (7), con el

(6) VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie Costituzionali del processo civile; Due process of law e artículo 24 Cost.*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1973, hace un estudio comparativo extraordinario sobre el debido proceso en el “common law” y en los derechos de “civil law”. En especial establece la diferencia entre el debido proceso como garantía de justicia y el debido procedimiento como garantía de legalidad según el sistema jurídico primeramente mencionado. CAPPELLETTI, Mauro, y VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo*, Università di Firenze, Istituto di Diritto Comparato e di Diritto Processuale Civile, 1972, T. I., págs. 25 a 45, T. II, págs. 21 a 34.

(7) No olvidemos que en la antigüedad el juez tenía tareas polifuncionales. Recordemos cómo era de amplia la función del “Magistrado Jurisdiccional” que tenía el (*ius dicere*) (“*Recht Sprechen*”) del cual se derivaba la *iuris dictio* (KUNKEL, Wolfgang. *Historia del Derecho Romano*. Trad. Juan Miquel, Ed. Ariel, Barcelona, 1982,

correr del tiempo, así no correspondan en sentido estricto a la de ser el fiel de la balanza como tercero frente a los intereses contrapuestos de las partes que le han planteado pretensiones y contrapretensiones, como dijera CARNELUTTI, razones del demandante y contra razones del demandado (8), en fin, que le han presentado intereses en conflicto, que reclaman una solución dada por el Estado, *secundum legem*, pero también *secundum justitia*, sino como tercero administrador de un derecho privado. ¿Y cuáles son esas nuevas funciones que se agregan a la tradicional *de componer los litigios por medio de sentencias* (sean meramente declarativas, sean de condena, sean de declaración constitutiva, sean las del proceso ejecutivo)? De un lado están las que tienden a consolidar situaciones para el futuro, a través del llamado proceso cautelar, donde naturalmente no hay *litis*, y del otro, las relacionadas con la necesidad que tienen las personas de recibir una providencia judicial para poder ejercer un derecho subjetivo del que ellas son titulares. Aquí “Decir el derecho” no está en el pronunciamiento que el juez natural y competente hace declarando que A tiene la razón y B no la tiene, sino que *como A le ha planteado la necesidad de ese pronunciamiento*, el juez, siguiendo el proceso respectivo, que será el establecido para la llamada jurisdicción no contenciosa o voluntaria, *le concede o le niega lo pedido*. En otros términos, le entrega una *providencia-medio* para que el peticionario-demandante obtenga directamente lo pretendido, sin necesidad de que el cumplimiento

págs. 93 y ss.) y cómo en la época imperial romana el juez complementaba la tarea del *Notarii*. Pasaron siglos para ver nacer la ciencia del proceso. Y entonces con ella la función se torna, inicialmente, unifuncional: el juez es un tercero para juzgar y dirimir conflictos. Pero a partir de la época moderna, el juez readquiere nuevas misiones, como las de jurisdicción voluntaria, especialmente en los últimos sesenta años. Y en la actualidad, se pretende regresarle su espacio sólo al de Juez heterocomponente de la “*litis*”. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Nuevos Estudios de Derecho Procesal. Esquematización de conceptos e instituciones procesales*. (Studi in onore di Enrico Tullio Liebman), Edit. Tecnos, Madrid, 1980, págs. 29 a 63.

(8) CARNELUTTI, Francisco. *Op. cit.*, T. II, pág. 128.

y la satisfacción de tal pretensión necesite conducta de otro. Han estado presentes la *iuris dictio* y el juez. Pero no el tercero en la *litis* componedor de intereses contrapuestos, como sí el que, saliéndose del estadio propio de la jurisdicción contenciosa, ha entrado a uno nuevo: el de la jurisdicción sin *litis*: la voluntaria.

Existen puntos que identifican y diferencian estas dos especies de jurisdicción, clasificada en forma bipartita a manera de *summa divisio*, acogida por la mayoría de las legislaciones, doctrina y jurisprudencias de los países de "civil law" o romano-germánico, hoy en relativa crisis, precisamente por razón de los nuevos contenidos de jurisdicción voluntaria, según los cuales se está saliendo del estadio estrictamente judicial para ir ocupando el nuevo campo de la JUSTICIA VOLUNTARIA, PREVENTIVA Y EXTRAPROCESAL, administrada por funcionarios no judiciales, preferencial y tendencialmente los notarios (9).

261

4. Esta nueva dimensión de la jurisdicción puede asumirla un servidor estatal, como el notario, por esencia sin potestad heterocompositiva.

Hasta aquí nos encontramos a) con una institución de derecho público-procesal llamada jurisdicción, b) con un personaje que la detenta y ejerce: el juez natural y c) con un conjunto de normas que constituyen los principios del proceso y las reglas del procedimiento, como herramientas fundamentales para que ese juez pueda llegar a pronunciar su decisión definitiva (la sentencia), sea en sede de una u otra de las jurisdicciones anotadas. Y nos encontramos también

(9) SANTANGELO, Enrico, y SCARDACCIONE, Giuliano. *Il Ruolo del Notaio nella Giurisdizione Volontaria*, Casa Editrice Stamperia Nazionale, Roma, 1992. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael. *Jurisdicción Voluntaria y Función Notarial*, Gráficas Minaya, Madrid, págs. 13, 26 y ss. FERNÁNDEZ HERRERA, Mario, *La Jurisdicción no contenciosa (o voluntaria) y la función Notarial. Aproximaciones a una teoría del trámite procedimental notarial*. Ed. Derecho Colombiano Ltda. Santafé de Bogotá, 1992. Ponencias Italiana, Española y Colombiana en el XX Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Cartagena.

ante la idea según la cual, para muchos, especialmente los defensores de LA TEORÍA JURISDICCIONAL, la actividad de “decir el derecho” es monopolio exclusivo del juez (10). Ahora nos debemos preguntar: ¿es válido que siempre que se piensa en jurisdicción tiene que ser ubicada ésta en cabeza del juez que dirige procesos y dicta sentencias? ¿Puede haber jurisdicción en poder de funcionarios y servidores del Estado, sin potestad jurisdiccional? *¿Puede existir la función de “decir el derecho” bajo responsabilidad de personas particulares, específicamente los notarios, para que ellos en virtud de una delegación especial del Estado DEN FE PÚBLICA NOTARIAL y la documenten, no en función heterocompositiva, sino preventiva y de fijeza de las situaciones jurídicas de la vida social, cada día más crecientes?*

262

Si nos quedamos con el enfoque ortodoxo y tradicional, evidentemente la *iuris dictio*, así sea, la no contenciosa o voluntaria, no puede estar sino en el juez. Y como el notario no ha sido, ni es juez, a él le estaría vedada la posibilidad de ser colocado como funcionario investido de la jurisdicción en comentario. Mas, como la idea y la connotación en el mundo actual tiene que ampliarse, tomando un nuevo contenido, no dudamos en afirmar que el notario moderno puede estar comprometido —y debe estarlo— en la tarea de administrar una justicia diferente a la que le corresponde *in natura* a los jueces, según la cual “*iuris dictorio voluntaria*” hoy no es labor que pertenece con exclusividad al aparato y la estructura judicial formal de los Estados, como que también pueden “decir el derecho” funcionarios de la administración y, para el caso que nos ocupa, el notario. Por el momento que nos quede claro que la sentencia de juez representa uno de los grandes valores

(10) SATTA, GIANNOLZI, MORO, MICHELI, DE MARINI, PAVANINI, CARNELUTTI consideran que la jurisdicción voluntaria pertenece a la jurisdicción verdadera y propiamente dicha. V. Relación Italiana, SANTANGELO, Enrico y SCARDACCIONE, Giuliano. *Op. cit.*, Cpt. II, págs. 23 a 49.

del Derecho, pero no el único, y que en el inmenso universo jurídico también están los hombres dándose justicia entre ellos y por sí mismos, naturalmente sobre situaciones y relaciones jurídicas previamente calificadas por la ley como susceptibles de ser “fijadas” y “solucionadas” por medio del acuerdo y el negocio jurídico de la transacción, ayudado, ora por notario, ora por funcionario estatal especial, con funciones para el efecto.

5. *Existe, pues, un nuevo personaje en el panorama jurídico y en relación con la misión de “decir el derecho”: el notario.*

El juez encarna la soberanía del Estado para cumplir su tarea como “director del proceso” y “sentenciador”; el notario representa la majestad de la función pública de dar fe como servidor encargado de prestarla (Decreto Ley 960 de 1970, art. 1.º, Estatuto Notarial Colombiano, Sub. art. 1.º Ley 29 de 1973). El notario es el Estado en la persona de un hombre esencialmente equilibrado, prudente y honesto, acompañado de una excelente cultura jurídica y humanística, en lo posible. El juez ha sido colocado superpartes por el Estado, el notario lo ha sido también para que desarrolle su función en el mismo nivel en que se encuentran las personas que le solicitan el desempeño de su ministerio. Mientras que el juez es –y tiene que ser siempre– funcionario del Estado en sentido estricto, ya que equivale a ese mismo Estado en términos de actuación de la ley positiva a través del proceso y sus decisiones, el notario es –y debe ser siempre– una persona particular, privada, a quien el Estado le ha entregado la facultad de dar fe en relación con los hechos y los actos de sus conciudadanos, de las personas individualmente consideradas como sujetos de derecho, de los individuos que le hacen la rogación del servicio colocados frente a él, no debajo de él, esto es, en un mismo nivel y no en diferente, habida cuenta de la naturaleza y el contenido de la situación jurídica y de los hechos que le

han puesto de presente. Mientras el juez tiene la función tradicional de juzgar y excepcionalmente la de producir providencias ausentes de juzgamiento (las de jurisdicción no contenciosa o voluntaria), el notario tiene hoy un amplio campo cobijado bajo el nombre de función notarial, superando la competencia autenticadora y pasando por la de coautor del contrato o negocio jurídico, hasta llegar a una variada gama de casos y situaciones jurídicas que, por no contener conflicto, pueden y deben ser tramitados, analizados, interpretados y autorizados por ese particular, tan privado como el sujeto interesado y como la situación que éste le ha planteado, a fin de poder desarrollar un derecho especial que necesita de ese trámite.

En síntesis, justicia, jurisdicción, juez y notario, constituyen los pilares de un discurso cuya finalidad primordial es la de establecer la ampliación de la función notarial en terrenos que han estado siendo de exclusivo dominio de los jueces, en sede de jurisdicción no contenciosa o voluntaria.

6. Otra perspectiva de la jurisdicción: LOS PARTICULARES PUEDEN “DECIRSE EL DERECHO” en relación con situaciones y relaciones jurídicas previamente calificadas por la ley. El papel preventivo, depurador de vicios jurídicos y documentador del notario.

Reitérese, ¿hay sólo jurisdicción cuando se juzga? Enrico Tullio LIEBMAN nos dice: “Juzgar quiere decir valorar un hecho del pasado como justo o injusto, como lícito o ilícito, según el criterio jurídico dado por el derecho vigente y, enunciar, en consecuencia, la regla jurídica concreta destinada a valer como disciplina del hecho tomado en examen... La operación lógica del juicio puede ser hecha por cualquiera que se haya provisto de los necesarios elementos de cognición para dar luego su parecer, su opinión, pero sólo aquella que es obra del juez y está expresada en una sentencia tendrá un sentido imperativo y una eficacia vincu-

lante” (11). Si nos atenemos a la corriente tradicional en obediencia a una elemental operación lógica, evidentemente sólo hay jurisdicción cuando se juzga y, por consiguiente, sólo puede detentar este poder el juez. Ante este planteamiento quedaría excluida la posibilidad de considerar una tarea jurisdiccional, así sea de contenido *sui generis*, en cabeza del notario y ningún mérito tendría nuestra preocupación. Pero como —y ya lo hemos afirmado— hay jurisdicción así no haya juzgamiento, sentencia y juez, el discurso que nos ocupa mantiene su razón de ser.

¿Vale la pena discurrir con sistema de columna doble, en torno de las semejanzas y las diferencias entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción no contenciosa o voluntaria? Seguramente que para un estudio diferente sí. Al salirnos de los límites que demarcan los Derechos procesal, procedimental y la teoría de la jurisdicción reservada a los jueces, debemos entender que en la actualidad —y aun desde hace ya algún tiempo— *no solamente dicen el derecho los jueces, sino también que SE DICEN EL DERECHO LOS PARTICULARES*. Y si esto último es así, como evidentemente la realidad lo muestra con ostensibilidad indiscutible, nos encontramos ante una fenomenología y dinámica jurídica en la que el mismo sujeto de derechos hace ejercicio de las facultades de que es titular en forma libre y autónoma (y aquí viene toda la teoría de la autonomía de la voluntad, sin olvidar los “límites” de la misma), o de manera menos libre y autónoma por estar condicionada a unos determinados trámites exigidos por la ley (en aras de la salvaguardia de situaciones, facultades y personas que el derecho considera dignas de tutela especial) caso por caso, en cuyo evento nos

(11) LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto Processuale Civile*, T. I., 3.^a ed., Giuffré, Milano, 1973, sostiene que la jurisdicción voluntaria hay que definirla como *amministrazione pubblica del diritto privato*, pág. 25. Acogida por RENGIFO, Ernesto, en breve pero claro comentario al tema, en INFOLIOS, Superintendencia de Notariado y Registro, N.º 17, 18, 19, 2.^a etapa, Enero, Sepbre. 1991, págs. 16 y ss.

encontraríamos con los asuntos de jurisdicción no contenciosa o voluntaria bajo TRÁMITE NOTARIAL.

266

Como el requisito que media entre el sujeto titular del derecho y los efectos del derecho ejercido en su plenitud, no se lo puede auto-otorgar el primero, el coloquio está exigido en un mandato que da una orden de desplegar una determinada conducta, ante un determinado funcionario, como acto indispensable para obtener los efectos práctico-jurídicos deseados por el sujeto inicialmente insatisfecho, en virtud de no haberlos podido lograr en forma directa e inmediata. *El diálogo podrá ser, entonces, para unos casos, con un funcionario público, como el Ministerio público, los defensores de familia, las "partes públicas" creadas para proteger derechos especiales, etc., en sentido estricto y, para otros, con un particular que desempeñe funciones públicas, como el notario, específicamente, el del Notariado Latino, en cuyo evento llamamos a la persona interesada frente a ese notario, como lo hemos dicho ya, en plano de igualdad (SUPRA 5), siempre que este último no ejerce ninguna potestas, ni auctoritas, y solamente desempeña la misión que el derecho le ha conferido por mandato de la ley, puesta en movimiento en virtud de la rogación presentada por el particular interesado (D-L 960/70, art. 4.º).* Tenemos entonces que se vislumbra la posibilidad de una jurisdicción voluntaria en cabeza del notario moderno, con un contenido especial acorde con su función fedante, documentadora y jurídica, así carezca de la jurisdicción en el sentido tradicional que la ortodoxia de los Derechos constitucional y procesal le han venido dando ya desde hace algún tiempo a tal vocablo e institución.

Cuando se habla de los conceptos tradicionales de jurisdicción no contenciosa (voluntaria) y de función notarial, se debe hacer alusión a los sujetos y a los procesos correspondientes a sendas funciones. La función jurisdiccional en sentido restringido corresponde única y exclusivamente al juez. Ya lo vimos. Cobra especial significación el aforismo latino *iudex iudicat secundum allegata et probata*. Por su parte, la

función notarial según su propia óptica y su tradicional dinámica, la ejerce el notario. El problema no está en lo anterior, como sí en *indagar si este último operario del derecho, sin entrar a hacer juzgamientos, puede recibir tareas y oficios que generalmente se le han reservado a los jueces*. Esa es precisamente una de nuestras principales inquietudes y por eso la diferencia, desde el punto de vista subjetivo, entre juez y notario.

Pero también constituye premisa el tema que se refiere al proceso y a los trámites procedimentales que las leyes deben ordenar, entonces, a jueces y notarios. No olvidemos que los primeros están obligados a cumplir los ritos que la liturgia procedimental les ha ordenado para todos y cada uno de los procedimientos consagrados en los códigos respectivos. Estas normas son y tienen que ser imperativas y, por consiguiente, inderogables (art. 6 C.P.C.), sea por parte de los jueces, sea por parte de los sujetos del proceso, sin perjuicio de una cierta elasticidad por razón de la analogía y, sobre todo, de la incidencia constitucional en el Derecho procesal moderno.

267

7. Proceso judicial y trámite notarial. Posibilidades de aplicar el debido proceso a este último. Poderes de dirección formal y material del notario.

El notario, por su parte, no es sujeto director de proceso alguno, pero *sí lo es de trámites tendentes a la configuración del acto notarial*, sea en función autenticadora, certificadora, de dirección del trámite, sea en función autorizante de la escritura pública. Es, pues, un profesional que pone en movimiento la preceptiva jurídica de derecho sustancial, probatorio y notarial vinculada a la actividad que la ley le ha permitido usar y emplear a los particulares (12).

(12) El tema del debido proceso y del debido procedimiento ha sido desarrollado por el derecho de COMMON LAW, con fundamento en la distinción entre "garantías de justicia" y "garantías de legalidad". Por su parte, creemos que el "debido procedimiento" de la ciencia procesal puede servir al derecho notarial moderno,

Es por lo anterior, por lo que el proceso y los conceptos de debido proceso y debido procedimiento pertenecen en principio solamente a los jueces que dirigen el proceso judicial. Ahora bien, debemos preguntarnos: ¿puede hablarse de debido proceso por fuera del campo estrictamente jurisdiccional? La respuesta la encontramos afirmativa, sin mayores lucubraciones, en primer término a través del artículo 29 de la actual Constitución Colombiana de 1991 que dice: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, y en segundo término, en una serie de normas de Derecho positivo, establecidas en varios Estados de Notariado Latino, según las cuales el notario despliega una actividad de director formal, y aun material, de un trámite que culmina con el acto notarial o escritura pública (13).

Primeras conclusiones

De lo expuesto destácanse entonces, a manera de conclusiones no definitivas, como si de presupuesto conceptual para el desarrollo del tema en estudio, las siguientes:

- a. La función pública de “impartir” justicia, en su sentido más amplio, está a cargo del juez natural;
- b. La jurisdicción, esto es, la facultad de “decir el derecho” compete, en principio, al juez natural como autoridad del Estado para producir sentencias en aplicación de las leyes de procedimiento y de las normas sustanciales que le sirven de fundamento al contenido de aquéllas (límites formales y materiales de la sentencia);

sobre todo, si asume las nuevas funciones por medio de un trámite procedimental. En este caso el notario será guardián de la corrección del trámite y si ejerce en forma efectiva este deber, estará haciendo “debido procedimiento notarial”.

(13) FERNÁNDEZ HERRERA, Mario, *ibidem*, págs. 75 y 91.

c. Tanto el proceso judicial, como la sentencia de juez natural, encuentran su razón de ser en la necesidad de evitar la justicia privada para asumirla entonces el Estado como un especial monopolio, en aras de la paz social, del imperio del derecho y la aplicación de la sanción jurídica como respuesta a la violación. El juez es un tercero en la causa y como ésta entraña un conflicto (*litis*) su sentencia tiene principalmente una función heterocompositiva;

d. Pertenece a una etapa posterior de las teorías del Estado, del Derecho y la justicia, *el movimiento legislativo de entregarle a los jueces nuevas funciones jurídicas de esencial contenido administrativo* en tema de algunas situaciones y relaciones de Derecho, carentes de conflicto, las que podríamos cobijar bajo la denominación “casos de jurisdicción no contenciosa o voluntaria”;

269

e. En estos términos, la justicia judicial ha venido siendo agobiada progresiva y crecientemente de procesos, sea de jurisdicción contenciosa, sea de la voluntaria;

f. Surge la necesidad de buscar soluciones alternas para descongestionar la jurisdicción tradicional, con fundamento en la diferenciación de la naturaleza de los casos entregados por las leyes de competencia a los jueces. Los derechos en conflicto cuyos contenidos son de naturaleza indisponible, irrenunciable, de orden público o de tutela especial por parte del Estado no deben –ni pueden– salir de la órbita procesal-jurisdiccional. En cambio, algunos derechos subjetivos que, por razones de su naturaleza, pertenencia, función y contenido axiológico están radicados en cabeza de los particulares y no son de orden público, así contengan un derecho especial, como el caso de las situaciones y relaciones jurídicas de familia, para efectos de su normal ejercicio o terminación, deben ser entregados a organismos diferentes de juez, sean públicos o privados;

g. En el panorama de estos organismos estatales o paraestatales destaca el notario de estirpe latina; y finalmente,

h. Encuéntrase como consecuencia de lo anterior, una marcada tendencia de selección de las situaciones jurídicas entregadas con alguna ligereza, precipitación y urgencia a los jueces, a fin de establecer en unos casos, la ausencia de necesidad de ser analizadas en sede judicial propiamente dicha y, en los otros, la conveniencia de ser entregadas a la función notarial como canalizadora y depuradora de la libertad de expresión y de la autonomía de la voluntad de los particulares.

PARTE II. Los “equivalentes jurisdiccionales” y la función notarial

270

8. El negocio jurídico de la transacción y el trámite de la conciliación intraprocesal. Papel del juez. La composición contractual justa como “equivalente jurisdiccional”:

La sistematización de la institución jurídica de los “equivalentes jurisdiccionales” encuéntrase formulada principalmente y con agudeza excepcional por FRANCISCO CARNELUTTI, quien después de explicar los conceptos de funciones procesal y jurisdiccional y de analizar las clases de “procesos” entra a plantear la necesidad de estudiar la existencia de *otros medios* en virtud de los cuales se puedan obtener los mismos resultados del proceso jurisdiccional, sin exigir ellos ni el cumplimiento total de las reglas imperativas del procedimiento, ni la sentencia judicial precisamente por el hecho de la ocurrencia anticipada de la autocomposición dentro del proceso, muchas de las veces en su etapa inicial, al menos en la aspiración de las legislaciones que hasta entonces comenzaban a introducir este importante mecanismo para “solucionar” el conflicto.

Son equivalentes jurisdiccionales las sentencias extranjeras en asuntos civiles que puedan tener eficacia en el país, sean judiciales o arbitrales, previo cumplimiento de los requisitos indispensables para su reconocimiento; la autocomposición del litigio en sus especies: a) De acto simple como la renuncia en cuanto “abandono de la pretensión” y el allanamiento en cuanto “abandono de la discusión” y b) De acto complejo o negocio complejo bilateral en la categoría de “la transacción” como negocio jurídico fundamentalmente de naturaleza declarativa, con la función específica de finalizar las diferencias actuales que tengan las partes o de prevenir las que puedan ocurrir para el futuro, como “negocio de fijación” (14). CARNELUTTI dice respecto de esta última: “... Es no sólo un contrato, sino un contrato bilateral, mediante el que cada uno de los contratantes dispone de la propia situación jurídica. Para que medie transacción exige el artículo ..., que cada una de las partes dé o prometa y, a su vez, retenga algo (*aliquid datum, aliquid retentum*), por lo que los límites de la transacción son justamente la renuncia (total) a la pretensión propia y el reconocimiento (también total) de la pretensión ajena. La transacción se halla, pues, en medio de estas dos figuras” refiriéndose precisamente a la renuncia y al allanamiento que los traductores del autor citado llaman reconocimiento (15).

Sin descartar la importancia del análisis de la naturaleza jurídica del negocio de la transacción, a la luz de la dogmática y los ordenamientos, en particular la ubicación desa-

(14) El Código civil italiano reglamenta la transacción en los artículos 1765 a 1776 y el C.c. colombiano la disciplina en los artículos 2469 a 2487. En la doctrina colombiana véase HINESTROSA, Fernando. “La transacción”, *Escritos varios*, Bogotá, 1983, págs. 365 y ss., quien afirma acertadamente que no se trata de un contrato en sentido estricto, como sí de un *negocio declarativo* que no crea una situación *ex novo*, tiene una eficacia dirimente definitiva al lado de los negocios de reconocimiento (aceptación de la pretensión y su extremo contrario, la renuncia de la misma pretensión) y la conciliación. Además que hacen parte de su esencia los factores psicológicos y económicos más que los jurídicos propios de las otras figuras que hacen parte de la autocomposición.

(15) CARNELUTTI, Francisco. *Op. cit.*, págs. 199 y 200.

certada a la luz de la dogmática jurídico sustancial, que hace el autor antes citado en relación con la naturaleza jurídica de la figura, nos interesa en este momento el entendimiento de la misma como institución paralela a la sentencia que produce el juez en ejercicio de su función procesal-jurisdiccional, siempre que se trata de dos caminos diferentes que llegan a metas formalmente distintas, pero de contenido y con eficacia relativamente similares, pues mientras el juez, por la sentencia de mérito, dirime el conflicto, las partes anticipan a su solución, lo eliminan o evitan. Y mientras en el proceso hay una *res* litigiosa que constituye la sujeta materia (relación jurídico-sustancial), sobre la cual se va a hacer y hace un pronunciamiento de fondo, en la transacción lo que existe es una *res dubia*, impulsada por el motor de la autonomía privada, la facultad dispositiva (arts. 1.851 a 1.856, 2.470 C.C.C., 960 C. de Co.) y la necesidad de sacar adelante un problema a fin de evitar el proceso muchas veces de duraciones insospechadas.

Al lado de las renunciaciones a la pretensión y a la demanda y de la transacción, someramente esbozadas como equivalentes jurisdiccionales, encuéntrase “la conciliación” como figura que se ubica dentro del proceso, presidida por el juez de la causa, pero de la que son autores en su mayor grado las partes en conflicto. El juez es quien en la mayoría de las veces crea la fórmula conciliatoria. Reitérase que la figura en estudio se refiere a la transacción intraprocesal y no es, entonces, otra cosa que la solución contractual dentro del proceso, asistida por el juez. Precisamente por esta razón nos parece que es más propio hablar de la conciliación como equivalente jurisdiccional, que de la misma transacción, pues no son dos instituciones diferentes, ya que aquella (la conciliación) es el mecanismo procesal movido por ésta (la transacción), cuyo contenido es fundamentalmente de Derecho sustancial.

CARNELUTTI nos dice: “La conciliación tiene la estructura de la mediación, ya que se traduce en la intervención de un

tercero entre los portadores de los dos intereses en conflicto, con objeto de inducirles a la composición contractual. Cuando la teoría del Derecho privado enseña que el mediador aproxima a los contratantes, afirma sustancialmente lo mismo que acabamos de exponer, puesto que los contratantes no son sino los dos sujetos de un conflicto de intereses, y el contrato no es más que la composición del mismo. El concepto de mediación no desaparece por el hecho de que el conflicto de interés asuma la fisonomía de un verdadero litigio, puesto que la función del mediador no queda en manera alguna excluida del campo de la transacción, en que, antes bien, es sobre manera activa. Así pues, la distinción entre conciliación y mediación no podría encontrarse en la naturaleza del conflicto, asignando a la mediación el conflicto de intereses en general (litigio económico) y a la conciliación el litigio en estricto sentido (o sea, el jurídico), ya sea porque, como veremos, la mediación actúa también frente a éste, bien porque la conciliación funciona también, a su vez, para la composición de conflictos que no son verdaderos litigios. La nota diferencial, frágil y valiosa, entre las dos formas de actividad, se refiere, por el contrario, a la finalidad, puesto que la mediación persigue una composición contractual cualquiera, sin preocuparse de su justicia, mientras que la conciliación aspira a la composición justa. En este sentido, la conciliación se encuentra en medio de la mediación y de la decisión: posee la forma de la primera y la sustancia de la segunda” (16).

273

Esta clase de conciliación no es, pues, igual a la sentencia, pero analizada desde el punto de vista de su eficacia, presenta una solución equiparable a ella, razón por la cual puede y debe ubicarse dentro de los equivalentes jurisdiccionales en estudio, máxime cuando la mediación la está haciendo el juez de la causa, informado de los intereses en conflicto que le plantearon demandante y demandado y de

(16) *Ibidem*, pág. 203.

los contenidos económico y jurídico de los mismos. Precisamente por lo último es por lo que se la califica de COMPOSICIÓN CONTRACTUAL JUSTA, como rasgo peculiar que la separa de la transacción extraprocesal, esto es, del negocio de transacción y la aproxima a la composición judicial que da la sentencia. Más adelante (INFRA, 9), veremos si es posible trasladar las instituciones de la transacción y la conciliación someramente esbozadas de la función jurisdiccional a la notarial, en la aspiración de establecer sus puntos comunes y sus diferencias, entre otros.

La conciliación –y dentro de ella la transacción– encuéntrase acogida en el Derecho Procesal en el artículo 185 que preceptúa: “Si la naturaleza de la causa lo permite, el juez instructor, en la primera audiencia, debe buscar la conciliación de las partes, ordenando, cuando ello ocurra, su comparecencia personal. La tentativa de conciliación puede ser renovada en cualquier momento de la instrucción. Cuando las partes han conciliado se forma un acta de la convención concluida. El acta constituye título ejecutivo”. Y en el Derecho colombiano introdúcese por primera vez en el proceso laboral, como bien lo sabemos (17) y últimamente a través del D-L 2282 de 1989, en el artículo 1.º, numeral 51 que sustituye al artículo 101 del C.P.C. de 1970, con cuatro finalidades fundamentales expresadas así: “Artículo 101. Audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio”. En el párrafo tercero establece: “Conciliación e Interrogatorio a las partes: Si concurren los demandantes y demandados, o alguno de éstos o de aquéllos sin que exista entre ellos litisconsorcio necesario, EL JUEZ LOS INSTARÁ PARA QUE CONCILIE SUS DIFERENCIAS, SI FUEREN SUSCEPTIBLES DE TRANSACCIÓN, Y SI NO LO HICIEREN, DEBERÁ PROPONER LA FÓRMULA QUE ESTIME JUSTA, ...

(17) El Decreto Ley 2.158 de 1948 sobre “Procedimiento en los juicios del trabajo” introdujo en el Capítulo IV, artículos 19 a 24 la conciliación antes del juicio y durante el mismo (art. 22).

“Si las partes llegan a un acuerdo el Juez lo aprobará, si lo considera conforme a la ley”.

...

“La conciliación y el auto que la apruebe, tendrán los efectos de cosa juzgada ...”

Como es indiscutible la enseñanza de la experiencia según la cual el órgano lo crea la naturaleza o el hombre para cumplir su respectiva función, cuando la conciliación surge en el proceso y por tanto se realiza con la colaboración del juez, ella no puede denominarse de manera diferente a la de una composición justa habida cuenta de las calidades, formación jurídica e investidura del mediador. El problema que nos preocupa aquí está entonces en la posibilidad de aislar y extraer esta institución de la función procesal y jurisdiccional, a fin de ubicarla en un estadio preprocesal, y algunas veces paralelo al proceso, como lo veremos, en la que los sujetos del conflicto sabedores de su naturaleza dispositiva están predispuestos a evitar el proceso, con el auxilio de los elementos sustanciales de la transacción como negocio de autocomposición, de la dinámica propia de la conciliación como mecanismo canalizador de las declaraciones de voluntad de los interesados y de la función mediadora de contenido económico y jurídico desempeñada por el notario.

275

9. El camino de la conciliación extraprocesal como autocomposición de conflictos. El notario como mediador, director formal y documentador de la conciliación. La fórmula conciliatoria propuesta por el notario también permite que se califique la figura como una *autocomposición negociada justa*.

Nada repugna hablar de “equivalentes jurisdiccionales” o de mecanismos de autocomposición dentro del proceso. Al contrario, entusiasmo vislumbrar en el escenario de la contienda judicial, la posibilidad y el deseo más o menos escondido de las partes que se encuentran en conflicto, de

arreglarlo, bajo la dirección del juez y antes de la sentencia que éste llegue a pronunciar. La inquietud, que ya no novedad, surge cuando pensamos en una conciliación sin proceso y juez, con todas las precariedades iniciales que ello implica, en especial las que se refieren a la ausencia del marco de la *litis*, deducido de las pretensiones y las defensas exceptivas que presentan las partes en el proceso (RES IUDICATA DEDUCTIO), unidas a sus respectivos hechos y razones de Derecho (CAUSA PETENDI) presentados por las partes en sus respectivos libelos de demanda y contestación. “A” dice tener un derecho y “B” afirma tenerlo también (conflicto de situación jurídica) o “A” necesita superar la situación jurídica que tiene con “B” y a su vez éste siente idéntica necesidad (conflicto de relación jurídica). Un camino posiblemente angustioso, largo y costoso pecuniariamente, el proceso jurisdiccional, puede darles la solución. Pero al lado de él existe otro menos agotador, de pronto algo amable por las expectativas que crea, breve en cuanto a los días y esencialmente económico en término de tiempo y dinero: *La conciliación extraprocesal, previa transacción*, a cambio de que los sujetos en conflicto (y con *litis*, según palabras de CARNELUTTI) deseen ponerle término a las diferencias, tengan facultad dispositiva (art. 2.470 C.C.C.), como se ha dicho, a fin de cederse recíprocamente alguna porción de sus derechos (ALIQUID DATUM, ALIQUID RETENTUM), si fuere necesario, y, finalmente que la naturaleza jurídica del conflicto sea susceptible de *autocomposición*, a la luz de las normas respectivas, pues si se trata de situaciones de orden público –y por lo tanto indisponibles– en sus diferentes matices, como de familia, menores, ilícitos penales o aquellas amparadas con normas especiales y con finalidad proteccionista, etc., el terreno no es apto para el ejercicio de la autonomía privada y la libertad negocial de los particulares, repercutiendo, entonces, en la improcedibilidad del negocio sustancial (la transacción) y de contera, del acto formal que lo contenga (la conciliación). En este nuevo escenario ya no están ni

proceso y, por tanto, tampoco la *res* litigiosa debidamente planteada, ni juez, ni aspiración a una sentencia heterocompositiva, como sí el ejercicio pleno de la libertad negocial, la presencia de la autonomía privada aun en su sentido semántico en cuanto posibilidad que tienen las partes para darse una ley particularizada: el negocio jurídico, el propósito consciente de superar las diferencias que conforman la *res dubia* y la presencia de un mediador equilibrado, analítico, informado de los hechos materia del conflicto y la duda, conocedor del derecho y, por lo tanto, de la fórmula conciliatoria, tercero entre las partes, pero no juez: el notario.

La función notarial ha tenido siempre como elemento propio de su esencia y su dinámica funcional la conciliación dentro del negocio jurídico o contrato que el notario documenta y autoriza. En efecto y para el caso colombiano el artículo 7.º del D-L 960 de 1970, preceptúa: “El notario está al servicio del derecho y no de ninguna de las partes; prestará su asesoría y consejo a todos los otorgantes en actitud conciliadora”, norma ésta que guarda concordancia conceptual y preceptiva con el artículo que disciplina la rogación notarial (4.º *ibidem*) y con el que le atribuye al notario la obligación de redactar “los instrumentos en que se consignent las declaraciones emitidas ante él” y de velar por la legalidad de tales declaraciones (arts. 6.º y 15 *ib.*) a fin de que no se violen las normas sustanciales propias del negocio y las de orden público relacionadas con los diferentes grados de invalidez del mismo (arts. 6 y 21 *ibidem*, este último sustituido por art. 35 D-L 2163/70, arts. 1.740 y ss. C.C.C., 897 y ss. C. de Co.; art. 99 D-L 960 sobre nulidad formal de la escritura pública, entre otras normas de interés para la función notarial).

Del contenido del artículo 7.º transcrito, pónense de relieve fundamentalmente: a) Que el notario presta el servicio público de dar fe pública notarial, siempre sujeto solamente a la ley; b) Que su ejercicio lo coloca como persona ajena

a los intereses de los sujetos negociales, punto éste confirmado por el texto mismo del dispositivo legal en comentario cuando dice que está “al servicio del derecho y no de ninguna de las partes”; y c) Que dentro de la prestación del servicio este funcionario privado tiene una “misión”, a saber, la de ser asesor y consejero de “todos los otorgantes en actitud conciliadora”, con lo cual se establece su papel de mediador *no sólo técnico* y en relación con el conflicto económico del negocio que comienza a solemnizarse ante él, *sino también jurídico*, como tercero que, sin ser juez, tiene una investidura como depositario de la fe pública, fiel de la balanza entre los intereses de las partes y consejero conocedor de la disciplina legal específica del contrato escogido por él y los usuarios, a fin de que no realicen declaraciones inválidas o ineficaces y con mayor razón de pronto lesivas de derechos de terceros a quienes determinadas normas especiales protegen. Encuéntrase aquí, entonces, la función notarial con la misión de la *conciliación intracontractual*, con ostensible manifestación de sus bondades preventiva y antiséptica del negocio. Por eso se lee tan frecuentemente en los escritos sobre Notariado y la Teoría general de los contratos que el notario realiza la asepsia de los mismos, en función preventiva y se dice con acierto que la función notarial es una especie de “justicia preventiva”.

En consonancia con lo expuesto, la función notarial que corresponde a la naturaleza, filosofía, tradición decantada y evolución modernizante del notario latino, puede ampliar el abanico de los casos en relación con los cuales el notario debe ser competente, hasta llegar a la conciliación extrajudicial. Precisamente por ello, la equivalencia predicable aquí es por la función y no por el sujeto que la cumple, en cuanto —como lo hemos expresado reiteradamente— el notario jamás es —ni puede ser— juez, motivo éste por el cual *no podríamos decir que la conciliación presidida por él o su delegado*, pero de todas maneras dentro de la función notarial, en la notaría o en los “centros de conciliación notarial”

que plantea el anteproyecto de estatuto notarial, confeccionado el presente año, *entra en el género de los “equivalentes jurisdiccionales”*, como sí que esta especie de conciliación constituye entonces un nuevo instrumento autocompositivo del Derecho, con la naturaleza de negocio jurídico declarativo y de fijación, con función extintiva de derechos, por regla general, y en algunas ocasiones creadora de unos nuevos, todo ello dentro de la libertad de las partes, y a la luz de la teoría del contrato y del Derecho notarial. Estaríamos aquí ante la conciliación extraprocesal notarial como *equivalente parajurisdiccional*. Repítese que la equivalencia en una y otra figura es por la sustancia y no por la estructura, pues sobran comentarios sobre las diferencias tanto entre el proceso jurisdiccional y el trámite notarial, como entre la naturaleza, función, deberes, inhabilidades, investidura y poderes del juez, por una parte, y del notario, por la otra.

279

10. La conciliación notarial según el anteproyecto de Estatuto elaborado en 1993.

Pasemos –así sea brevemente– a enunciar los principios y lineamientos generales que inspiraron a la Comisión integrada por el Gobierno, a comienzos del presente año de 1993, para presentarle un anteproyecto de estatuto notarial, con los fines de modernizar el D-L 960 de 1970 y su D-R 2148 de 1983, acoplar el Notariado a los mandatos del artículo 131 de la Constitución Política y ampliar la competencia jurídica y documentaria de la función notarial en Colombia, para descongestionar los despachos judiciales.

Los principios rectores fueron los siguientes, entre otros:

1) El Estatuto Notarial vigente en Colombia desarrolla normal y jurídicamente las instituciones del Notariado Latino en concordancia con las de la teoría general de los contratos y negocios jurídicos susceptibles de celebrarse por los particulares, en un régimen jurídico-político como el nuestro, presidido por la libertad para expresar declaraciones de

voluntad por las cuales se crean obligaciones y se adquieren derechos;

2) Consecuente con lo anterior, no se pretendió, ni se pretende, derogar las normas vigentes en su contenido. Con fundamento en el criterio de conservar todas las instituciones y preceptos jurídicos y prácticos útiles al derecho, según la experiencia de veintidós años, la comisión trabajó con las normas vigentes, les agregó, en frases adicionales, aquellos aspectos absolutamente necesarios para complementar y dar claridad preceptiva a determinadas situaciones y mecanismos de la esencia del Derecho notarial, ya como ciencia jurídica autónoma, ya como técnica del procedimiento propio de la función y del servicio. En algunos puntos eliminó frases por inocuas o repetitivas. En síntesis, la idea no fue la de destruir lo existente, como sí la de dar unas pinceladas cuidadosas a la obra maestra del Estatuto Notarial Colombiano vigente (18);

280

3) Y precisamente con fines de modernización, el anteproyecto se preocupa por la introducción de nuevas figuras solemnizadas, dirigidas, controladas y autorizadas por el notario, ya dentro del mal llamado traslado de la jurisdicción voluntaria de los jueces a la función notarial, ya en el tema que nos interesa en esta sede, esto es, el de *la conciliación extraprocesal notarial*.

Al efecto, en cuanto a la última institución, pónense de relieve los siguientes aspectos:

3a) Por el aspecto subjetivo tendrán competencia para conciliar, las notarías y el Colegio de Notarios de Colombia, además de sus Seccionales, como centros de conciliación. Los notarios prestarán el servicio de la conciliación, directa o indirectamente, según el caso y las necesidades del servi-

(18) El D-L 960 de 1970 fue dictado por el Presidente de entonces, Carlos Lleras Restrepo, y su texto se debe fundamentalmente al pensamiento, formación y pluma del entonces Ministro de Justicia, Dr. Fernando Hinestrosa y del Profesor Manuel Cubides Romero.

cio. De todas maneras, serán los responsables de su eficiente prestación.

3b) Son presupuestos jurídicos indispensables para la validez del negocio de la transacción y la conciliación: la *capacidad bio-psíquica* como requisito general de todo contrato o negocio jurídico (arts. 1.502, 1.503, 1.504 C.C.C.), la *legitimación sustancial* de conformidad con las reglas especiales sobre este tema vinculadas a las mal llamadas incapacidades especiales, cuando en realidad se trata de contratos prohibidos por razón de pretenderlos celebrar unas determinadas personas que, según la ley, no pueden hacerlo, como el caso de los cónyuges no divorciados en cuanto a las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial (art. 3.º Ley 28), los eventos contemplados en los artículos 1.851 a 1.856 del Código civil para el contrato de venta y 906 C. de Co. para los de compraventa y permuta comercial, entre otros (19) y *el objeto lícito*.

281

3c) La facultad dispositiva de los sujetos sobre los bienes, objetos y derechos, materia de la transacción que se pretende conciliar, es absolutamente indispensable, razón por la cual este punto hace remisión forzosa al Título XXXIX del Código civil, artículos 2.469 a 2.487 *ibidem*, “De la Transacción”, especialmente al artículo 2.470 citado.

3d) Se respeta la competencia entregada por las normas sobre centros de conciliación a las autoridades administrativas especiales, como las que hacen relación a los conflictos laborales, de situaciones y relaciones de Derecho administrativo, de Derecho policivo contravencional, de delitos menores y de accidentes de tránsito (Ley 23 de 1991 y Decreto Reglamentario 0800 de 1991).

(19) BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico* plantea como presupuestos del negocio jurídico la capacidad de la parte, la legitimación y la idoneidad del objeto. Trad. A. Martín Pérez, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, págs. 166 y ss., y establece una meridiana diferencia entre las figuras de la capacidad del sujeto y la legitimación negocial.

3e) Operaría la conciliación notarial sobre los siguientes asuntos en general:

a) *En materia de derecho de familia*: sobre la suspensión de la vida en común de los cónyuges; la custodia y el cuidado personal de los menores y la fijación o alteración del calendario de visitas; la determinación de la cuota alimentaria; la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte de los cónyuges, cualquiera que sea el matrimonio; la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y, en general, todos los demás asuntos de familia susceptibles –a la luz de las normas especiales– de transacción. El defensor de familia debe ser informado del propósito de las partes cuando la materia de la transacción está vinculada a derechos de los menores o incapaces, con facultades para intervenir en la audiencia, pero no como interviniente forzoso, porque de todas formas tendrá que recibir copia del acto conciliatorio para que “tome las medidas pertinentes” ante la jurisdicción de menores, en caso de que encuentre una posible lesión a los derechos de éstos o al orden público;

b) *En materia de derecho civil y comercial* se proponen: las diferencias jurídico-económicas entre los socios de sociedades civiles y comerciales y entre éstos y la sociedad; los conflictos entre copropietarios de la propiedad horizontal o los condominios o similares, legalmente constituidos, con motivo del uso y el disfrute de los bienes y demás situaciones vinculadas a su marcha normal y aun por los conflictos que surjan de la interpretación y aplicación de las normas del reglamento y las decisiones de la Junta; las diferencias entre los comuneros por razón de la comunidad y entre los socios de las sociedades comerciales de hecho; el conflicto económico surgido con motivo de los accidentes de tránsito; los conflictos de vecindad por causa de una construcción o su reforma o por deslindes, servidumbres, medianerías y cerramientos, entre otros; la *litis* surgida en los contratos de tenencia como el arrendamiento o el comodato; las diferen-

cias que puedan proceder de los contratos de “leasing”, fiducia, de intermediación financiera y similares y, en general, todos los conflictos que se derivan de relaciones contractuales, siempre que sean susceptibles de transacción a juicio del conciliador.

3f) Desde el punto de vista de la ritualidad formal, los interesados deben manifestar por escrito los puntos de diferencia y su deseo de transigirla en aras de una fijación del conflicto, semejante a la indispensable para los casos jurisdiccionales y con finalidades estrictamente prácticas en cuanto a sus límites y concreción. Planteadas las diferencias, el conciliador-notario o su delegado, o el conciliador del centro de conciliación notarial, proponen la fórmula conciliatoria, teniendo en cuenta las situaciones de hecho y las normas de derecho aplicables a ellas, a fin de que se logre una composición, como dijimos precedentemente, no sólo equilibrada desde el punto de vista económico, sino también ajustada a derecho, en lo posible, esto es, la llamada *autocomposición contractual*, o mejor *negocial*, *justa* (SUPRA, 9).

3g) Si las partes llegan a un acuerdo conciliatorio por obra de ellas o de la fórmula sugerida por el conciliador, éste hará un acta con efectos equivalentes a los de la cosa juzgada, la que prestará mérito ejecutivo en relación con las obligaciones derivadas del negocio de transacción allí pactado. Téngase en cuenta que se dice en el ante-proyecto “efectos equivalentes”, en virtud de que esta clase de conciliación no se da dentro del proceso, sino fuera de él. El artículo 101 C.P.C. parágrafo 3.º ya visto (SUPRA 8), establece que “la conciliación y el auto que la apruebe, tendrán los efectos de cosa juzgada”. Esto es acertado por tratarse, allí sí, de un “equivalente jurisdiccional”.

Delineados los perfiles fundamentales de la figura en comentario tenemos, pues, una nueva institución jurídico-procedimental de utilidad insospechada para la obtención de la justicia preventiva, en manos de la función notarial, y la evidencia según la cual, en el mundo moderno, el notario

latino es idóneo técnica, moral y jurídicamente, para asumir esta nueva "misión" tan sentida por la sociedad y el Estado que necesitan de la ayuda de sus mejores hombres y organismos para el logro de la paz social, en lo posible, sin necesidad de procesos y de jueces.

11. ¿Hay equivalentes parajurisdiccionales asignados a la competencia notarial en Colombia?

284 Para no hacer más extenso este trabajo, déjase sentada la afirmación según la cual Colombia es uno de los países pioneros en el mundo, en tema de solución de conflictos por vía notarial, en virtud de la ampliación de la competencia del notario, o mejor, de la función notarial, por mandato expreso de leyes especiales que con acierto han desplazado de la jurisdicción no contenciosa o voluntaria una serie de casos y los han llevado al terreno del trámite notarial. Basta mencionar los siguientes: a) La liquidación de herencias y sociedades conyugales vinculadas a ella (Decretos Leyes 902 de 1988, 1729 de 1989 y 2051 de 1991, este último permite la presencia de menores e incapaces en el trámite sucesorio ante notario); b) Las correcciones de las actas de registro del estado civil y la autorización del cambio de nombre ante notario público (Decretos Leyes 999 de 1988 y 1555 de 1989); c) La celebración del matrimonio civil por escritura pública (Decretos Leyes 2668 de 1988 y 1556 de 1989); d) La recepción y documentación de las declaraciones con fines extraprocesales, ante notario (D-L 1557 de 1989). Y posteriormente, con fines judiciales, pero sin citación de la parte contraria, según el artículo 299 C.P.C. modificado por el D-L 2282 de 1989, artículo 1.º, numeral 130; e) La autorización de la escritura pública de donación, sin previa insinuación para aquellas menores de 50 salarios mínimos mensuales, o con ésta, en la misma escritura, cuando supera la suma de los salarios citados (D-L 1712 de 1989); y f) Antes de la Ley 25 de diciembre de 1992 sobre divorcio y cesación de los efectos civiles del matrimonio, el notario

colombiano podía tramitar y autorizar por escritura pública la separación de cuerpos de los casados civilmente (D-L 2458 de 1988, hoy derogado) y el divorcio de estas mismas personas (Decretos Leyes 1900 y 2275 de 1989, también derogados). En el anteproyecto de Estatuto Notarial se pretende regresarle al notario estas facultades y ya no sólo para los matrimonios civiles, sino para toda clase de matrimonio, sin distinción alguna, en obediencia al precepto del artículo 42 de la Constitución Política de 1991.

De lo anterior conclúyese, entonces, que la función notarial no se opone a la función procesal-jurisdiccional y, por el contrario, la auxilia y descongestiona; que la institución de “los equivalentes jurisdiccionales” planteada por CARNELUTTI, especialmente el negocio jurídico de la transacción y el trámite de la conciliación intraprocesal, ya tiene y puede tener en el futuro, una paralela: la conciliación extraprocesal, dirigida, auxiliada y documentada por el notario; que esta última figura es semejante o igual a la “composición negocial justa” que entraña la conciliación realizada por el juez y dentro del proceso, naturalmente desde el punto de vista funcional y, por último, que la función notarial colombiana ha venido ampliándose en los últimos cinco años, gracias a normas que le han entregado determinados casos asignados antes a los jueces. La realidad muestra una eficacia jurídica, social, económica y práctica absoluta, como resultado del principio según el cual los particulares, con la presencia del notario, también pueden, en los casos que la ley lo permita, darse su propia, equilibrada y lícita justicia.

LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD Y LAS PRUEBAS BIOLOGICAS

ANTONIO SABATER

*De la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña
Presidente de Sala jubilado. Fiscal del Principado de Andorra Honorario*

287

SUMARIO: 1. LA CIENCIA Y LA MEDICINA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. 2. LA HUELLA GENÉTICA. A. Concepto. B. Introducción. C. Qué se entiende por investigación de la paternidad. *Sentido lato. Sentido técnico. Acción.* 3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. 4. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR DIAGNÓSTICO DE LA INDIVIDUALIDAD BIOLÓGICA? 5. FIABILIDAD, CERTEZA Y VALORACIÓN LEGAL DE LA PRUEBA DEL DNA. 6. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS. A. Las pruebas biológicas no atentan a la integridad corporal o física de las personas. B. No vulneran el derecho a la intimidad personal y familiar. 7. REQUISITOS PARA SOMETER A UNA PERSONA A LA PRUEBA BIOLÓGICA. A. ¿Puede someterse coactivamente, con *vis física* o *manu militari*? 8. EFECTOS JURÍDICOS DE LA NEGATIVA A LA PRUEBA HEMATOLÓ-

GICA. 9. CUESTIONES PROCESALES. 10. TRATAMIENTO PROCESAL. 11. ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DEMANDA. A. Motivación. B. Puntualizaciones médicas. C. Dónde debe realizarse la prueba hematológica. D. Legislación comparada. 12. RECURSOS. 13. CONCLUSIONES.

1. La ciencia y la medicina al servicio indispensable de la Administración de Justicia

288

Antes de entrar en el tema de nuestra intervención, que es el de las huellas genéticas, como medio de identificación y otras aplicaciones, haremos una breve revisión, ligera, de las tendencias con que los conocimientos médicos y biológicos pueden ayudar a resolver problemas de la Administración de Justicia.

El progreso en los conocimientos básicos en campos muy diversos, desde la bioquímica a la genética o en las aplicaciones técnicas, ha permitido modificar completamente el panorama del ejercicio práctico de muchos tipos de peritajes, que han de estar apoyados en una base científica, que hoy ya es imprescindible.

Eso hace que los resultados sean más complejos en su interpretación, pero también más fiables. También significa que el margen que queda para la duda sea mucho más reducido, lo cual disminuye también la posibilidad de interpretación subjetiva, tanto por parte de los peritos como de los juristas. Los campos en que este progreso ha sido claro, y ha modificado algunos aspectos de la práctica diaria son:

El laboratorio de identificación por el DNA y el PCR que luego estudiaremos más detenidamente.

Progresos en el campo de los análisis toxicológicos. El cambio asimismo ha sido extraordinario en pocos años y los

esquemas antiguos, con frecuencia han quedado caducados, por lo que es preciso destacar algunos puntos.

La incorporación de técnicas rutinarias de alta precisión. La más clara puede ser la cromatografía de gases, o la cromatografía líquida de alta resolución, que son de utilidad en la determinación de muchas sustancias; puede ser que la más interesante de ellas sea la de las drogas de abuso.

La incorporación de técnicas muy específicas de determinación de sustancias, basadas en la espectrometría de masas.

Adelantos en el campo de la analítica *post-mortem*, que permite obtener muchas más precisiones sobre los mecanismos de la muerte y su fecha. El progreso se ha desenvuelto en dos campos: los estudios de la tanatoquímica o la química del cadáver, y los epidemiológicos de alto nivel, que han permitido conocer la dinámica de los cambios de la actividad enzimática después de la muerte.

El otro campo es el avance en el diagnóstico morfológico. Hoy ya no se puede hablar tan sólo de una autopsia macroscópica. Ésta por definición, ya es una autopsia incompleta. Es imprescindible el estudio microscópico, sistemático, y a veces recurriendo a otras técnicas, incluso la microscopia electrónica.

En el campo de la valoración psicopatológica de los trastornos de conducta respecto a la misma, el progreso es mínimo.

La farmacología, desde el punto de vista de la administración penitenciaria, no ha podido superar el impacto fuertemente negativo de su aplicación en los países del Este.

La quirúrgica está prácticamente fuera de circulación.

Relacionados con la epidemiología de las agresiones, no se observa una actividad importante para la solución del problema, tanto respecto al maltrato de niños, como a las agresiones sexuales. En este clásico segundo ámbito, tan sólo han mejorado las técnicas de identificación del agresor.

Como temas de crecimiento puntual, podemos referirnos al tema de los trasplantes, tanto desde el punto de vista del diagnóstico de la muerte, que fue la materia punta de la

especialidad en la década de los 70, y que ahora está aparentemente estabilizada, como el de la legislación sobre cesión de órganos, que también está paralizado.

Hemos de destacar que la presión social en este terreno ha ido por delante del progreso estrictamente científico.

2. La huella genética

A. Concepto.

B. Introducción.

La investigación de la paternidad ha sido un problema sin resolver hasta bien entrado el siglo xx, a pesar de que su origen se sitúa en 1866, cuando Mendel descubrió los principios básicos de la herencia biológica, que establecieron los fundamentos de la genética.

También le dio un gran impulso el Dr. Dausset (premio Nobel 1980), el año 1967.

Es a partir del año 1980 cuando las observaciones técnicas y científicas del DNA de Wyman White, comenzaron a dar ciertas garantías a los procesos de paternidad; no obstante, es desde el desarrollo revolucionario de la biomédica y la biología molecular por Jeffreys en 1984, cuando la manipulación genética ha permitido profundizar en la investigación biológica de la paternidad y en la investigación criminalista, la cual se ha ampliado posteriormente, con el último avance de la biología molecular empleada en la Medicina legal y forense, con aplicación de la PCR, que es un procedimiento que permite amplificar el DNA, *in vitro*, el cual en cuestión de pocas horas puede aislar y ampliar un segmento específico de DNA, unas 10 veces o más.

La determinación de la paternidad ha sido un problema que ha preocupado profundamente a la humanidad a lo largo de su historia.

Recordaremos a título anecdótico el famoso caso del juicio salomónico relatado por los textos bíblicos, aunque hay que notar que se trataba de un problema de maternidad.

Citaremos también el caso japonés del siglo XII descrito por SILVERT de la *American Association of Billod Banks* (AABB), consistente en dos exámenes sanguíneos que se llevaban a cabo para resolver estas cuestiones. Uno radicaba en dejar caer simultáneamente una gota de sangre del supuesto padre y otra del hijo en un recipiente con agua. Si se juntaban, la "relación sanguínea" quedaba demostrada, en caso contrario se entendía que no había relación familiar. El otro intentaba demostrar la calidad de hijo respecto a un individuo fallecido. Si el esqueleto absorbía una gota de sangre del supuesto hijo se demostraba la relación familiar, mientras que si resbalaba, el "supuesto" hijo se consideraba un impostor.

Esta orientación hacia la genética de la era pre-mendeliana se vuelve a manifestar en el siglo XVIII, cuando un tribunal escandinavo fundamentó una sentencia de paternidad en la presencia en un niño y en un supuesto padre de una enfermedad hereditaria, concretamente la braquidactilia.

Las Decretales de Gregorio IX establecen el juicio de investigación de la paternidad y preceptúan que debe respetarse el aserto de los padres que nieguen la filiación, a menos que por juicio y por testigos se pruebe lo contrario, *nisi certis et indiciis et testibus tibi constiterit filium esse*, y en otro capítulo admiten el mismo juicio en un caso contrario. Tratan también de un juicio de investigación de la paternidad de un hijo adulterino, y finalmente precisan nada menos y ordenan que la tramitación del juicio de investigación de la paternidad corresponde a la jurisdicción eclesiástica, y de acuerdo con esto confirman, otra vez, la preferencia del juicio de natividad (*causa natalium*) en iguales circunstancias, en otro capítulo de las mismas Decretales.

El Derecho romano, supletorio en segundo lugar en Cataluña, ordena en una ley dictada por los emperadores Anto-

nino y Vero, que en los juicios sobre la paternidad de los hijos deben considerarse toda clase de pruebas; testigos, cartas, etc., y que aun contra la afirmación de la madre cabe el juicio; porque el Derecho romano entendía que para la demostración de un acto tan grave como el estado de un individuo, su procedencia o su condición, debían admitirse toda clase de pruebas. A esto pueden añadirse las reglas establecidas en el Digesto para investigar la paternidad de un hijo adulterino en el caso de haber nacido de mujer casada en tiempo de ausencia o enfermedad del marido. El Código de Justiniano se ocupa también de otra investigación de la paternidad como remedio a la mujer que después de larga cohabitación fue abandonada con sus hijos por el marido.

C. Qué se entiende por investigación de la paternidad.

292

A) *Sentido lato*. “Investigación de la paternidad” significa ante todo la acción y el efecto de realizar un conjunto de actividades destinadas a averiguar quién es el padre o madre –si se trata de investigación de la maternidad– de una determinada persona. Ora puede tratarse de una investigación dirigida a conocer la paternidad que ostenta un ser viviente, ora puede referirse a un ser ya fallecido, ora, en fin, puede tener por objeto una situación de paternidad que ya pertenece al mundo de la historia.

Sentido técnico. Solamente se entiende que se trata de “investigación de la paternidad”, en sentido técnico, cuando se pretende la inmediata conexión a dicho hecho biológico, de efectos jurídicos, derivados directamente del propio hecho biológico, ora alcancen dicho efecto hasta constituir un “status” de familia, ora alcance efectos menores, pero siempre consecuencia directa de la relación jurídica (de mayor o menor extensión) que se crea entre el padre por ser tal y su hijo, también por ser tal.

Acción. Claro está que para conseguir este efecto y la consiguiente sanción del Derecho, específica al caso de que se trata, se ha de acudir a los tribunales de la jurisdicción ordinaria, es decir, se tiene que ejercitar la acción que, como tal, recibe el nombre de acción de investigación de la paternidad.

B) Cuando se trata de la investigación de la paternidad y las pruebas biológicas, se pregunta si la prueba en materia de filiación se dirige al esclarecimiento de la verdad biológica, o por el contrario, se consuma con la demostración de aquellas circunstancias psicológicas y sociales que dotan de verosimilitud al hecho suscitado. Si se admite la primera tesis hay que concluir acogiendo la procedencia de aquellos procedimientos científicos reconocidos como eficazmente probatorios.

Concretamente, a la vista de lo expuesto, cabe adoptar dos actitudes legislativas extremas:

1.^a Aquella según la cual filiación no consiste esencialmente en una demostración de la verdad biológica y genética, por tanto no se legitima ni a cualquier interesado, ni al Ministerio Fiscal para que, en virtud de la acción correspondiente, fije la concordancia que la relación de determinadas prácticas y costumbres engendran —sostiene la doctrina— una comunidad psicológica de prácticas y sentimientos, que otorgan tanta consistencia como una comunidad biológica, y garantiza lo que se ha dado en llamar según fórmula tradicional “la tranquilidad y la paz familiar”.

2.^a La otra tesis, sin embargo sostiene que, lo que se pretende, es obtener la prueba de la filiación a partir de la verdad biológica, más fiable y segura que cualquier otra prueba extra-biológica.

Creemos que los progresos de la Biología obligan a inspirarse en materia de filiación con el criterio de lograr el procedimiento de la verdad biológica a través de la práctica de la prueba genética hematológica, dado el alto índice de

seguridad y certeza del resultado y no en la asunción de datos "extrabiológicos", y circunstancias externas psicológicas y sociales, porque la demostración de la verdad natural que se pretende por estos medios, no ofrece tantas garantías como la utilización de procedimientos eficaces cual las experiencias heredobiológicas de uso muy frecuente, en Alemania, consistentes en el análisis comparativo de los caracteres fisiológicos, morfológicos y psíquicos de presuntos padres e hijos, taras hereditarias, puesto que su presencia simultánea en el niño y en el supuesto padre establecen una gran posibilidad de paternidad.

3. Antecedentes legislativos

294 Hasta la época de la Revolución francesa fue libre en Europa la investigación de la paternidad.

En verdad que en el Derecho español anterior al Código no estaba enteramente diáfana la cuestión, pero parece que prevaleció la tesis de la licitud de aquélla, confirmada por las sentencias de 16 de octubre de 1865 y 18 de marzo de 1873. El Código Napoleónico y después el de Italia, prohibieron, con ligeras excepciones, la investigación de la paternidad y esta corriente legislativa no pudo menos de influir en nuestra patria.

El régimen del Código civil antes de 1981, era extraordinariamente rígido; tan sólo los derechos forales, navarro y catalán reconocían la investigación libre de la paternidad con toda clase de pruebas.

El Código civil únicamente aceptaba el sistema permisivo absoluto en cuanto a la madre.

Respecto al padre, por el contrario, aceptaba un sistema mixto, bastante restrictivo, pues sólo imponía el reconocimiento forzoso en los tres supuestos siguientes: 1.º Cuando existía escrito indubitado del padre. 2.º Cuando el hijo se hallaba en posesión continua del estado del hijo natural,

nomen, tractatus, fama. Y 3.º en los casos de delito de violación, estupro o raptó. Antes la jurisprudencia tenía declarado que para que produjera efecto el escrito indubitado del padre reconociendo su paternidad, era necesario que éste revelara una voluntad expresa, indubitada y deliberada de reconocer al hijo; sin embargo, después se produjo un cambio de orientación, en el sentido de que bastaba que el reconocimiento fuera expreso, aunque faltara el deliberado propósito de reconocer.

Al advenimiento de la Constitución se consagra el principio de libre investigación de la paternidad y libertad de pruebas en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 39 que reformó el artículo 127 del Código civil al admitir toda clase de pruebas, incluidas claro está, las biológicas, las cuales han sido plenamente aceptadas ya por nuestros Tribunales de Justicia, con profusión pero no con exclusividad, produciendo, al mismo tiempo un incremento notable y progresivo de demandas de investigación biológica de la paternidad.

El cambio operado lo reconoce el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de marzo de 1989, al declarar “que la admisión del principio de la investigación de la paternidad, ha supuesto un giro copernicano al destacar como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica”.

295

4. ¿Qué entendemos por diagnóstico de la individualidad biológica?

Consideramos el conjunto de procedimientos específicos, dirigidos hacia el establecimiento de la identidad genética de una persona.

Dos tipos de técnicas de estudio de la individualidad a través de indicios biológicos se destacan en el campo de la genética humana: uno, el DNA PROFILING (estudio directo) y otro el PCR (reacción en CADENA de la POLYMERASA).

Para la búsqueda biológica de la paternidad sólo se necesita tomar una muestra sanguínea entre 1 y 5 ml. de la madre, el hijo y el posible padre. Tras extraer el DNA, éste se digiere con enzimas de restricción, se separan mediante electroforesis los distintos fragmentos producidos en función de su tamaño, y se transfieren a un filtro de nylon o nitrocelulosa, el cual se hibrida con una sonda.

Esta sonda es un fragmento de DNA que reconoce y se une a secuencias específicas que se encuentran en el DNA extraído. Como esta sonda está marcada, produce la impresión de bandas de los alelos en una película de autorradiografía. De esta forma, se pueden comparar los alelos del supuesto padre con los del hijo. En el caso de que el individuo al que se le ha hecho el análisis no sea el padre verdadero, no coincidirán ninguno de los alelos con los del hijo.

296

Para ello se procede a la extracción de la molécula de ácido desoxirribonucleico o DNA, de cualquier tipo de células humanas nucleadas: leucocitos, semen, raíz capilar, tejidos y la elaboración posterior de su huella. Con la tipificación de la huella genética, se vienen a constituir una especie de Documento Nacional de Identidad, que permite la identificación personal de un individuo.

El mismo año del descubrimiento de Jefreys, el Ministerio del Interior Británico, solicitó la ayuda de Jefreys para resolver un conflicto en el que inmigrantes procedentes de Pakistán y Bangladesh, pretendían entrar a la Gran Bretaña argumentando que tenían a sus familias establecidas en el país. En 1989 unos dos mil inmigrantes pudieron reunirse con sus familias, gracias a que del texto de Jefreys, salió a la luz el parentesco; otros muchos, delante la contundencia de la prueba, desistieron en su intento de entrar a la isla.

En octubre de 1987, Robert Melias de Bristol, un peón de 32 años de edad, acusado de cometer abusos sexuales a una mujer enferma de poliomelitis, se convirtió en el primer delincuente condenado, en base a la obtención de su huella

genética; este fue quizás el éxito más sonado de Jefreys, tan sólo dos semanas más tarde un segundo violador fue identificado y enjuiciado gracias a su carnet molecular.

La huella genética se ha convertido en un medio imprescindible para la policía, los jueces y tribunales desde 1987, sólo en Estados Unidos, donde se producen 80.000 violaciones y 20.000 asesinatos al año, la prueba del DNA se ha llegado a realizar en más de mil investigaciones criminales. Pero pocos casos han llegado a juicio, pues los acusados se confesaron autores del delito, después de la prueba del DNA.

En el asesinato del juez italiano Mario Falcone, su esposa y tres miembros de la escolta, la saliva que dejó el autor del atentado en tres puntas de cigarrillos, fue suficiente para identificarlo.

En casos de homicidio, violaciones, lesiones, etc., se puede comprobar la huella genética obtenida en tan sólo 0,5 miligramos de sangre de un presunto culpable o de la víctima con las muestras recogidas en el lugar del delito o en el reconocimiento forense de la víctima.

297

El perfil DNA es único en cada persona y no varía a pesar de que provengan los vestigios biológicos de diferente naturaleza, como sangre, semen, cabellos, tejidos, por tanto, si dos perfiles o patrones genéticos son coincidentes, es evidente que proceden de la misma persona, ya que la posibilidad de que sean de dos personas diferentes es remota, pues se calcula ésta de una entre un billón.

Jefreys descubrió que existen unas regiones, bautizadas con el nombre de minisatélites y microsatélites, extremadamente variables repartidas a lo largo de los cromosomas.

Si los minisatélites no son otra cosa que pequeñas secuencias de bases que se repiten una y otra vez (así por ejemplo si un encadenamiento normal de ADN se escribe AGGATGCTCAAT..., un minisatélite podría ser algo parecido a lo siguiente: AGGACTCTCTCTGCTAAT...;). Este minisatélite contiene múltiples copias del CT que repiten forma muy alea-

toria en la cadena de ADN: un minisatélite tiene entre diez y veinte pares de bases copiadas múltiples veces, como resultado, estas minisecuencias se pueden presentar con centenares de longitudes distintas, lo que permite diferenciar el material hereditario de distintas personas.

La empresa *Cellmark Diagnostic de Germantown* (EE.UU.), afirma que la posibilidad de que cualquier persona pueda tener la misma huella de DNA, es de una entre 30.000 millones.

5. Fiabilidad, certeza y valoración legal de la prueba del DNA

298

Respecto a la fiabilidad, seguridad y grado de certeza de la técnica utilizada para la identificación por DNA, señalamos que cuando se utilizó por primera vez la huella genética se pensaba que podría ser un método infalible para la identificación personal y otro tipo de investigaciones, pero pronto invadió la sospecha de que su aplicación práctica sería lenta, cara y complicada, y porque al ser presentada como prueba de laboratorio, existirían en los tribunales numerosos problemas de carácter legal. Por ello, se plantean fuertes controversias entre investigadores y expertos y entre éstos y los tribunales de justicia, fiscales, jueces, abogados, atendida la gran trascendencia de esta prueba porque constituye un factor decisivo en las resoluciones judiciales, tanto criminales como civiles y la falta de rigor pone en duda el resultado, de ahí que las investigaciones deban realizarse con gran rigor por las consecuencias que pueda reportar su falta.

Al efecto, no estará de más recordar que en Birmingham (Inglaterra) hace unos años varias bombas destruyeron dos bares de esta ciudad industrial. A consecuencia de la explosión murieron 21 personas y 162 resultaron heridas.

Puesto en marcha el dispositivo policial un ferroviario informó que después de la primera detonación seis irlandeses

habían tomado el tren de Birmingham, los cuales fueron detenidos cuando bajaban en una estación próxima. Traslados a la comisaría de policía, fueron expuestas sus manos a unos análisis clínicos, que pusieron de manifiesto la presencia de algunos nítritos que hicieron suponer que eran debidos a la reciente manipulación de explosivos. Sometidos después al conocido *test de Greiss*, el forense informó sobre “hallazgos positivos” en las manos de dos de los seis sospechosos. Fueron condenados por dicha prueba a prisión, pero años después se ha demostrado que no era fiable dicha prueba, porque muchos objetos como CAJAS DE CIGARRILLOS, ESMALTES DE UÑAS, CARTAS DE JUGAR VIEJAS, y naturalmente también explosivos dan un resultado positivo en el test. Y los condenados habían pasado la mayor parte del trayecto en el tren jugando a cartas y fumando cigarrillos.

En los EE.UU. el *test de la parafina*, análogo al test de Greiss, ya se utilizaba en el año 1936, para descubrir vestigios de “nitritos y nitratos” que estaban en manos de los supuestos culpables y que permitía presumir que habían disparado recientemente un arma de fuego. A partir de 1936 y durante 25 años muchas personas fueron condenadas con la ayuda del test de la parafina, pero en el año 1960 se demostró mediante una prolija investigación, los fallos del test de la parafina, porque un elevado número de sustancias diferentes de la pólvora daban una lectura positiva como: orina, tabaco, ceniza de cigarros, fertilizantes, pintura de uñas, entre otras. En estos casos el juicio no fue objetivo y dio lugar a una condena de los acusados por crímenes cuyas pruebas más tarde se demostró que carecían de valor procesal probatorias.

En el ámbito judicial, como hemos dicho, tribunales, fiscales, jueces, abogados han cuestionado la credibilidad y grado de certeza que se quiera dar al DNA o al PCR. Los expertos afirman que para que se pueda admitir y valorar como prueba sería indiscutible que en estas técnicas, hayan de concurrir tres condiciones: Primera: la teoría científica

aplicada ha de ser considerada válida por la comunidad científica. Segunda: debe demostrarse que ésta se aplica correctamente a una situación concreta. Tercera: debe reconocerse la fiabilidad de la técnica utilizada.

Circunstancias que no concurren en muchos casos, ya sea porque los laboratorios públicos o privados no están controlados por la Administración y funcionan sin las debidas garantías; porque no realizan la investigación con la atención y miramientos necesarios y se llevan a efecto cálculos apoyados en datos compilados por ellos mismos, los cuales no han estado publicados en revistas, ni confirmados, ni contrastados por otros expertos; porque, además, ninguno de los principales laboratorios utilizan el mismo sistema y éste muchas veces no es aceptado con carácter general, por ello es por lo que algunos tribunales consideran que se trata de una fase experimental no demostrada.

300 Para la correcta aplicación de las técnicas de que se trata, su acreditación y fiabilidad, sugieren los expertos que es necesario establecer criterios o patrones nacionales, o sea, estandarizar y señalar pautas de trabajo. Al efecto, la Asociación Americana de Bancos de Sangre se ocupa de fijar criterios nacionales para tipificar el DNA. Con la finalidad de coadyuvar a esa estandarización se constituyó en Estados Unidos y Canadá en 1989 el grupo TWGDAM (Technical Work Group for ADN Analysis Methods), surgiendo en Europa en el año 1988 la iniciativa del grupo que englobó a los distintos laboratorios forenses españoles. En la reunión del Comité de Expertos de Biotécnica (CAHBI) del Consejo de Europa de mayo de 1991 se estableció la recomendación de que los Estados miembros promuevan la estandarización de los métodos de análisis de ADN, como medio de favorecer la colaboración entre laboratorios.

También se ha propuesto que el trabajo de asentar los criterios nacionales sobre identificación forense por DNA, se lleve a efecto por la Oficina Federal de Investigación (FBI), pero el FBI se ha negado a hacerlo porque el test del

DNA presenta serias dificultades cuando se propone como prueba delante de los Tribunales de Justicia, atendida la compleja tecnología científica que comporta y porque considera que magistrados, jueces, fiscales y abogados no están suficientemente capacitados, por la falta de preparación científica, para valorar los aspectos de este tipo de prueba y por eso es por lo que afirman que se limitan a estudiar y basarse en un dictamen de peritos expertos con capacidad avalada por su filiación institucional y sus publicaciones.

Sin embargo, a la vista de la importancia del test del DNA los Tribunales americanos aplican esta prueba, tanto en casos civiles como penales, si la técnica empleada es la correcta. Veamos algunos fallos de los Tribunales norteamericanos sobre la materia extractados en el informe de la citada Comisión.

En el caso SPENCER v COMMONWEALTH la Corte Suprema de Virginia afirmó que la evidencia derivada del análisis del RFLP era suficientemente fiable para ser admitida. El Tribunal escuchó el testimonio de los expertos en la investigación: Biología molecular y genética, entendiendo que las técnicas eran fiables, aceptables generalmente en la Comunidad Científica.

En conclusión, en EE.UU. desde 1987 la admisibilidad de las evidencias de ADN han sido reiteradamente planteadas en los Tribunales sobre todo utilizando el método FRYE. Como hemos visto, en *iter* de la jurisprudencia reciente, se discute fundamentalmente el criterio de la admisibilidad del test del DNA, sobre todo en su aportación a los datos estadísticos.

En ciertos Estados como Arkansas, Connecticut, Michigan, Montana, Nuevo Méjico, admiten específicamente la evidencia del test del ADN para los casos de investigación de la paternidad pero no para los casos penales; y sin embargo, otros estados como Louisiana, Maryland, Minnesota, Virginia, Washington, aceptan y reconocen la validez de los test del ADN en la actividad penal.

Refiriéndonos a España diremos que los Juzgados, Audiencias, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional han admitido la práctica de la prueba genética mediante el DNA, al reconocer su alta fiabilidad y certeza.

El Tribunal Supremo ha reconocido la alta fiabilidad de las pruebas biológicas en múltiples sentencias. Así, en la de 27 de junio de 1987 se refiere: “la llamada heredo-biológica o antropomórfica, de fiabilidad creciente, pero aún relativa y la de análisis de grupos sanguíneos, de fiabilidad absoluta para descartar la paternidad y casi completa para acreditarla”. En igual sentido la de 14 de julio de 1988: “... y se condenaría al inocente al privarle de todo medio de prueba, más aún si se tiene en cuenta la fiabilidad absoluta, hoy por hoy, en cuanto a la exactitud de la prueba biológica negativa y al elevadísimo porcentaje de fiabilidad en cuanto a aquellas otras que determinan la posibilidad de la paternidad en el caso concreto”.

302

Por su parte, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994, abandonando históricas interpretaciones formalistas, exige a los Tribunales la realización de la práctica de las pruebas necesarias para llegar a la verdad material y en el fundamento jurídico 2) también reconoce la elevada fiabilidad de las pruebas biológicas al decir: “la ciencia biológica y la jurisprudencia muestran que el grado de certeza es absoluto, cuando el resultado es negativo para la paternidad; y cuando es positivo, los laboratorios de medicina legal señalan grados de probabilidad del 99%”.

En la determinación positiva de la paternidad el equipo que realiza el peritaje ofrece un valor probabilístico del resultado obtenido. Según las tablas de HUMMEL si la probabilidad es mayor del 99,8% se tiene por prácticamente probada la paternidad, entre el 99 y 99,7% se habla de elevada verosimilitud de paternidad, entre 95-98,9% es muy verosímil la paternidad, entre el 90-94 es verosímil y por debajo del 90% la paternidad es ya insegura. Actualmente se suelen dar en la práctica valores superiores al 99,9%.

Esta orientación positiva y doctrinal, progresiva y superadora de anteriores actitudes restrictivas, que permiten a través del test DNA identificar positivamente al padre, hace posible la realidad del principio *pater is quem sanguis demonstrat*.

Formulado contra la presunción jurídica *pater is quem nuptiare demonstrat*. Los hijos habidos durante el matrimonio son del marido.

Pero no se ha llegado a mantener el principio de la prueba tasada, porque implicaría convertir al perito en juez; por el contrario, se sigue defendiendo y aplicando el principio de la discrecionalidad judicial y el de la libre apreciación de la prueba, el juez no deberá sentirse vinculado por los peritajes biológicos, porque como expresa la sentencia del TS de 7 de febrero de 1986, la Ley otorga a los Tribunales su valoración según las reglas de la sana crítica; de ahí que el juez, en orden a formar su convicción y veracidad de las conclusiones genéticas y estadísticas objetivas, ofrecidas por el perito, deberá tener muy en cuenta que esta prueba pericial, dada su complejidad, pueda no estar exenta de errores, tanto de tipo técnico como biológico. Se citan como errores técnicos: la confusión de tubos; confusión de muestras; técnicas deficientes; errores de cálculo y de transcripción; de lectura e interpretación de resultados, etc., etc.

Sin embargo, aunque la fiabilidad de las pruebas hematológicas es notablemente superior a cualquier otra, estas pruebas no son necesarias en los supuestos en que existan otras suficientes (SSTS 12 de nov. 1987 y 26 ene. 1993), ni excluyen a las demás (STS 31 de marzo 1992), ni tienen preferencia sobre las presuntivas (SSTS 19 de nov. 1985, 8 de julio 1986 y 3 de junio 1987).

Ahora bien, dada la dificultad que comporta la detección de errores, que pueden ser infinitos e indudablemente peligrosos, se aconseja la repetición de algunos pasos del proceso. Por otra parte, el informe del perito debe ser traducido convincentemente para la intelección del juez, por el

lenguaje autonómico propio y enigmático utilizado en este campo biológico.

Deberá también el juez prestar atención a si las muestras han sido extraídas adecuadamente por un laboratorio con capacidad y competencia *ad hoc*; si el perito ha dado ampliada explicación sobre la seguridad científica de la prueba, de manera que las técnicas utilizadas en el caso concreto están generalmente aceptadas en la *communis opinio científica*.

También buscará una colaboración eficaz e interdisciplinaria entre los organismos científicos (Departamento de Biología Molecular, Genética, etc.) y judicial.

En definitiva, comprobará si el informe pericial está rodeado de todas las garantías y requisitos necesarios para que no se pueda cuestionar su acreditación y fiabilidad.

304

Señalaremos también la importancia de la ciencia matemática en un aspecto concreto de una de sus ramas: la estadística. Porque el incremento de estos estudios sobre la frecuencia en la población en general, de ciertos poliformismos y anhelos, y de los estudios de transmisión genética, familiar, permitirán excluir y en ciertos casos atribuir, con certeza, la paternidad.

Destaquemos también que la serie de entramados y complejos problemas que suscita la investigación biológica en los procedimientos judiciales consideraciones que la resolución final debería ser acordada por órganos judiciales con una preparación y formación especializada y rigurosa. Porque como escribe STAMMLER todas las buenas intenciones del legislador, toda la ordenación junta del Derecho no le sirven de nada a los miembros de la Comunidad jurídica, si la seguridad de la realización del derecho no aparece garantizada por Tribunales competentes e imparciales.

6. Constitucionalidad de las pruebas biológicas

1. Las pruebas biológicas en la determinación de la paternidad no son contrarias a la Constitución, antes al contrario, son perfectamente compatibles con ella, como lo evidencia el artículo 39.2 de la CE, que prevé que la “ley posibilitará la investigación de la paternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”; el artículo 127 del C.c. la admite expresamente, y el artículo 24.2 CE, que garantiza a los ciudadanos el poder “utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”.

Además, es una justificación de la constitucionalidad de las mismas el derecho a la tutela judicial efectiva, que supone la libertad de acceso a los Tribunales, sin trabas que coarten o hagan difícil o imposible su acceso y por otra parte la prohibición de indefensión que se produce en virtud de concretos actos de los Tribunales de Justicia, que entrañan mengua del derecho de intervenir en el proceso, así como el derecho a realizar los alegatos que se estimen pertinentes, para sostener ante el juzgado la situación que proceda y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos debatidos en un proceso.

El Tribunal Constitucional, en sentencias 227/91, 14/92, 26/93 y 7/94 de 19 de enero de 1994, continuando en línea marcada, establece que el concepto de indefensión halla su origen en la no facilitación de medios de prueba en poder de una de las partes, para colaborar en el descubrimiento de la verdad, la cual conlleva que dicha parte presente los datos y pruebas requeridas por el órgano judicial, para averiguar la verdad.

Una conducta obstructiva, por la parte que tiene en sus manos acreditar los hechos determinantes del litigio sin causa que los justifique, puede repercutir en perjuicio de dicha parte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991).

A. Las pruebas biológicas no atentan a la integridad corporal o física de las personas.

Parece exagerado y un tanto ridículo hablar de atentado contra la integridad física o agresión corporal, por el pinchazo que exige la extracción de sangre, cuando de su realización dependen derechos y situaciones tan importantes como conceder o denegar cualidad de hijo (Sentencia Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1987 y 3 de diciembre de 1988).

En el FD 2.º de la STC de 17 de enero de 1994 se recoge expresamente: “el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista en la Ley y acordada razonadamente por la Autoridad Judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como en el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante prueba biológica en un juicio sobre filiación”.

Por otra parte, si dicha prueba se practica en muchos casos con el consentimiento y colaboración de la persona que debe someterse a ella, es evidente, como expresa el Tribunal Constitucional en sentencia 107/1985 “que dichas pruebas por medios técnicos, no atentan contra los derechos de las personas, puesto que realizándolas no se hace más que tolerar una modalidad especial de pericia”.

Es indudable que no se trata de una prueba degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, ni constituye violación del pudor o recato.

La Comisión Europea de Derechos Humanos, en su decisión de 13 de octubre de 1979, afirma que “un examen de sangre no constituye una injerencia prohibida por el artículo 15 de la Constitución española”.

La prueba genética no requiere en todo caso un análisis de sangre, porque, como es visto, ésta es posible sobre cabe-

llos, pelos, secreciones corporales, esperma, muestras de tejidos, etc. Ahora bien, lo mismo que las muestras de sangre, que los referidos cabellos, pelos, etc., tomadas subrepticamente o venidos al procedimiento por azar, y sometidas a análisis biológicos, no podrán constituir una prueba lícita y por tanto eficaz, porque como establece el artículo 11.1 LOPJ, no pueden surtir efectos probatorios por infracción de las garantías procesales derivadas del artículo 24.2 CE.

B. No vulneran el derecho a la intimidad personal y familiar.

La negativa de someterse a las pruebas biológicas sobre la paternidad se ha pretendido justificar ante los Tribunales de Justicia por infringir el derecho constitucional a la intimidad personal y familiar.

Según la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del Honor (la intimidad y la propia imagen) el derecho a la intimidad personal y familiar se refiere a vivencias personales, familiares o profesionales de las que los demás no tienen por qué tener conocimiento. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1989, considera que el patrimonio que comprende la intimidad personal hace referencia también a aspectos biológicos, o caracteriológicos, que componen el ser de una persona; puede tratarse de datos analíticos, entre los que se comprenden los análisis clínicos, bacteriológicos, morfológicos, etc.

Ahora bien, destacaremos en primer lugar que el derecho constitucional a la intimidad no puede convertirse en una especie de bula, patente de corso o consagración a la impunidad e incumplimiento de las cargas y deberes derivados de posibles vínculos paterno-filiales, por ello, en este tipo de procesos la colisión que se produce entre las distintas partes implicadas, esto es, el derecho a la intimidad y el derecho a la investigación de la paternidad, no cabe duda que debe resolverse de acuerdo con el principio de propor-

cionalidad en el sacrificio, o sea, en favor del derecho más valioso, más necesitado de protección, es decir, en nuestro caso el derecho a la investigación y determinación de la verdadera filiación. Y así lo establece el Tribunal Constitucional en el Auto 221/1990 y en la Sentencia de 17 de enero de 1994, reiterando la superioridad del interés social y de orden público, afirma que “los derechos constitucionales no pueden convertirse en una suerte de consagración de la intimidad, con desconocimiento de las cargas y deberes...”. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1995.

7. Requisitos para someter a una persona a la prueba biológica

A. ¿Puede someterse coactivamente, con *vis fisica* o *manu militari*?

A falta de una norma legal (como veremos existente en otros países) que autorice el empleo de la coacción para practicar la prueba hematológica, es decir, su imposición por la fuerza, en España, a diferencia de Alemania, Francia, etc., no fue posible hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7/1994, de 17 de enero, porque se consideraba que se atentaba a la libertad individual.

En efecto, esa es la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, coherente y uniforme, así en Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1991 se expresa: “... que la posibilidad de poder practicar las referidas pruebas biológicas depende del sometimiento que la persona afectada efectúe, pues el superior principio de la libertad individual impide emplear cualquier tipo de fuerza o acción para obtener las muestras sanguíneas”.

Sin embargo, el TC cambia de orientación en la referida Sentencia de 7/1994 de 17 de enero, puesto que a pesar de no venir impuesta esta prueba *expressi verbis* por ninguna

norma legal concreta, el Tribunal Constitucional, en aras al perfeccionamiento y renovación del Derecho objetivo, para adaptarlo a las necesidades que el cambio de las circunstancias y el progreso exige, dicta la Sentencia referida cuyo contenido humano, moral y social, ofrece soluciones adecuadas al ideal jurídico y a las necesidades de la vida y al mandato constitucional. Establece la obligatoriedad de la prueba biológica, determinando bajo qué condiciones se puede imponer, y al mismo tiempo cuándo puede oponerse legítimamente a ella, de manera que no pueda ser impuesta ni exigible.

Añade, “lo decisivo en derredor de la negativa a la práctica de la misma, no es tanto el sometimiento del varón, como el sometimiento a la resolución judicial que la acuerda; y que no se trata de prácticas impertinentes ni inútiles, sino plenamente ajustadas a derecho, siempre que concurren los requisitos legales exigidos por la jurisprudencia (que a continuación estudiaremos), sin embargo, al no venir acompañado el artículo 127 C.c. de la debida regulación que previera la forma de practicarla y todo lo relativo a su fuerza probatoria, han surgido muchas cuestiones de orden jurídico, que ha tenido que suplir la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y especialmente este último en puntos de fricción, provocados con motivo de los recursos de amparo”.

Por ello, el Tribunal Constitucional en la sentencia referida, exige a los jueces y Tribunales, frente a la resistencia a la prueba biológica, que realicen las actividades necesarias para garantizar y posibilitar su práctica, mediante la fuerza y la coacción, como la conducción por la fuerza pública o sanción cuando constituya delito la negativa.

No obstante, algún autor (DAMIÁN ALVAREZ GARCÍA, magistrado, *Cuadernos de Der. Judicial*) opina que mientras el poder legislativo no actúe, las pruebas biológicas *ex iudice*, aunque puedan reputarse obligatorias, no pueden ser impuestas y ejecutadas mediante el empleo de violencia física,

y la negativa sólo puede operar como valor indiciario cualificado, o en el de una *ficta confessio*, como se llega a estimar en las Sentencias del TS de 21 de mayo y 14 de julio 1988 y 24 enero 1989.

8. Efectos jurídicos de la negativa a la prueba hematológica

Sin perjuicio de la obligatoriedad al sometimiento a la resolución judicial que acuerde la prueba biológica, siempre que concurran los requisitos analizados, nos referimos ahora a los efectos jurídicos de la negativa del presunto padre, al sometimiento a la práctica de la prueba biológica.

310 Además del derecho a no declararse culpable (art. 24.2. CE) establece también el propio artículo el derecho a no declarar contra uno mismo. El texto Constitucional otorga pues a toda persona el derecho a callarse, al silencio, a no declarar, por tanto, está en sus manos su disponibilidad para ser utilizado como medio de prueba.

La negativa a declarar o no declarar contra sí mismo en materia de investigación de la paternidad, no puede valorarse como contraria a derecho, pero es obvio sin embargo que el silencio o rechazo a contestar deberá ser interpretado en relación con las demás pruebas, aunque es experiencia común que de esta conducta negativa deriva generalmente una situación desfavorable para la persona que la observa, porque representa un indicio valioso, que conjugado con otros elementos probatorios obrantes en autos, permiten llegar a declarar la paternidad pretendida.

Ese indicio probatorio que comporta la negativa del demandado (dicen las Sentencias del TS de 3 de diciembre de 1991, 30 de abril de 1992) a prestarse a la práctica de las pruebas biológicas, ha de estar acompañada en forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas que son las que pueden conducir directamente al juzgador al convencimiento de la paternidad. Se arguye, sin embargo,

ante los Tribunales de Justicia, que la negativa a la prueba biológica equivale a una especie de *ficta confessio*, valor desmesurado que se le atribuye en Sentencias TS de 21 de mayo y 14 de julio de 1988 y 24 enero de 1989. Pero el Tribunal Supremo reiteradamente (Sentencias de 5 de diciembre de 1988, 20 de julio de 1990, 14 de mayo de 1991, entre otras) ha aclarado la cuestión, al declarar que la negativa a la prueba biológica “no implica, ni supone, desde luego, una *ficta confessio*, porque a pesar de que ésta abarca no sólo declaraciones, sino conductas (por ejemplo evasivas, como sucederá si dice que no recuerda el hecho, o que cree que no es cierto, pero sin poder asegurarlo u otras inconcreciones o vaguedades) lo cierto es que admitido el carácter de la prueba pericial, aunque con alguna matización de la biológica, evidentemente, no puede tener encaje como prueba de confesión, ya que no significa declaración o falta de declaración sobre hechos o circunstancias, sino el análisis y comprobación de unos datos biológicos, que escapan al conocimiento del propio interesado y sólo pueden ser sacados a la luz e interpretados por personal científico”. (Sentencia TS de 15 de marzo de 1989 y el Auto del TC de 31 de mayo de 1990). Queda claro, pues, que la conducta omisiva, por arbitraria y antisocial que sea, no constituye *ficta confessio*: “Confesión” al no existir una norma que lo autorice; sin embargo, evidentemente, constituye un “hecho base”, un indicio de alto valor probatorio, el cual, si va acompañado de otras pruebas, puede servir y de hecho sirve, en muchos casos, para llevar al juzgador a la convicción de la existencia del acto generativo discutido (Sent. TS 21 oct. 1994) sobre todo si revelan la razonable probabilidad de la unión carnal, de la que no cabe esperar una prueba plena y directa.

311

Y así aconteció en los autos procedentes del Juzgado de Sant Feliú de Llobregat, en los que recayó la Sentencia del T.S. de 1 de mayo 1995, en la que estimó demostrada la paternidad en función de la negativa del padre a someterse

a la prueba biológica y al dato de las relaciones de la pareja, por período de tiempo que coincidía con la época en que ha de situarse la concepción de D.^a Lucía B. G., además demostrativas de una ardiente pasión amorosa entre ambos. En primer lugar, dice la Sentencia, la nota manuscrita por el propio demandado y aportada como documento núm. 2 por la demandante, junto con la demanda y en la que se lee, "Qué bien supiste convertir una despedida en un "Buenos días". Gracias, te quiero. L. Enric", fechada el 26 de agosto. En segundo lugar, la carta remitida por el demandado a la actora y que fue traída a los autos como diligencia para mejor proveer. De especial interés probatorio resultan ciertos pasajes de la epístola: "esta ansiedad, estas ganas de verte, de perderme en abrazos por tus hombros"; "analizo toda mi vida anterior y no hallo una necesidad vital de que me ocurriera esto. Yo en eso estaba convencido, estaba un tanto de vuelta de todo. Bueno, de casi todo, o bien de muchas cosas. O, en cualquier caso, de enamoramiento y tal"; "y el otro día discutía con Mima (mi novio) sobre la eternidad del amor. La conclusión fue que el amor no es eterno, pero sí que lo es la capacidad. ¡De eso estoy seguro!", "pero pienso que eso es mejor decírtelo cuando pueda mirarte y verte reaccionar, cuando la distancia no sea mayor que la rapidez de nuestros brazos al abrazarnos".

Estas cartas suscitaron, en el ejercicio de la función valorativa de las pruebas, las reflexiones y consideraciones que se explicitan a continuación, por el expresado juez de Primera Instancia, a los efectos de "deducir el enlace preciso y directo del criterio humano", a que se refiere el artículo 1.253 C.c.: Ha de reseñarse "el uso reiterado del apóstrofe amor dirigido a la actora: mas si algo destaca a lo largo de la carta es el tono general de pasión amorosa, desde luego no exenta de un componente de deseo sexual, y todo expuesto con la soltura propia de quien confía abiertamente en la complicidad erótica del destinatario". Concluye, por ello, que hay que reconocer que existió un nexo de unión

entre ambos no meramente intelectual, determinante de presumibles relaciones sexuales que por las fechas en que tiene desarrollo el manifestado episodio amoroso fueron susceptibles de engendrar, dado el tiempo de la concepción, a la persona cuya paternidad se reclama. Por contra, la Sentencia recurrida aplica a estos indicios sólo el valor de “inconcretos conceptos erótico-literarios”. La verdad es, sin embargo, que las cartas no se sitúan en el marco de una obra de ficción, sino que relacionan consciente y explícitamente a dos personas de distinto sexo, como autor y destinataria, respectivamente, unidas por el vínculo del amor, con pensamientos, deseos y experiencias cuya normal culminación es la realización de la unión sexual. Si nos atenemos a que las “máximas de experiencia” no son rígidas y se apoyan en la observación de la realidad social y de la conducta humana, debe concluirse de acuerdo con la certidumbre que proporciona el juicio de probabilidades, que son más acertadas las consecuencias a que llega el órgano jurisdiccional de Primera Instancia que las establecidas por la Sala de segundo grado, ya que tampoco se puede desdeñar que el galanteo de los “trovadores” cumpla en lo humano funciones próximas a la parada nupcial.

313

Las Sentencias de 12 de mayo de 1990 y 3 de diciembre de 1991, establecen que si bien la paternidad no implica la negativa a someterse a pruebas hematológicas ni incurrir en *ficta confessio*, este comportamiento, unido al intento de forma agravada de adoptar una postura de esquivar la recepción de citaciones y de oponerse a la práctica de las pruebas mediante objeciones infundadas, juntamente con la acreditación “no sólo la propia confesión del demandado referida al hecho cierto de la cohabitación en épocas idóneas, comprensiva más allá de las meras relaciones sexuales”, sino también, los resultados de la exploración de la menor R. que siempre trató a Don J. P. como padre, aunque precisando que en los últimos tiempos no le veía, como cuando su hermano menor era pequeño, época en que visi-

taba con frecuencia la casa de los citados menores y de su madre. Estos elementos, unidos a otras manifestaciones aportadas por acta notarial, en las que se afirma que, en una ocasión, cuando se encontraba en el almacén de frutas del demandado, compareció en el lugar la niña Ch. o R., y pidió a su presunto padre dinero para el pago del colegio, configuran un cuadro de circunstancias coincidentes en la afirmativa del hecho de la paternidad, que han contribuido a forjar la convicción de los juzgadores de ambas instancias, pues dentro del mismo, cobra clara significación, como corroborante de aquel hecho, la obstaculización y la negativa final del demandado a someterse a las pruebas biológicas.

314 En el famoso litigio contra el célebre torero, Manuel Benítez, "El Cordobés", promovido por Dña. Olina Elizabeth Velasco, en representación de su hijo Manuel Benítez Velasco, en reclamación de paternidad, el Juzgado de 1.^a Instancia de Córdoba estima la demanda y declaró la paternidad de "El Cordobés", pero la Audiencia Territorial de Sevilla, en recurso de apelación revocó la Sentencia de 1.^a Instancia, la cual a su vez fue casada y anulada por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de mayo de 1988, que confirma la del Juzgado, por considerar acreditadas las relaciones sexuales en el tiempo hábil para la concepción por haber sido citado y requerido el demandado con todos los requisitos legales para someterse ante los peritos a las pruebas biológicas, con la advertencia de la seria trascendencia de las mismas y consecuencias legales, y a pesar de ello no compareció ni alegó causa justificada que lo impidiera, conducta que si bien no fue valorada por el Tribunal Supremo como un reconocimiento de la paternidad, sí significó en cambio un fraude de ley encaminado a impedir la debida aplicación de las normas que se trataba de eludir, eso es la prueba más fiable a quien de buena fe insta el reconocimiento de una filiación.

9. Cuestiones procesales

Antes de entrar en el breve estudio del proceso de filiación instaurado por el artículo 127.2 del Código civil, convendría destacar que las partes litigantes tienen determinadas restricciones de carácter sustantivo y procesal, por tratarse de materias sobre las que no tienen la libre disposición. De ahí que no puedan ser objeto de convenio arbitral las cuestiones relativas "... a la paternidad, filiación, relaciones paterno filiales..." por ser de extracomercio y de interés público (arts. 1.º y 2.º Ley Arbitral 36/88, de 5 de diciembre).

Tampoco pueden serlo de transacción, porque los problemas de filiación y paternidad no pueden quedar sujetos a la voluntad contractual.

Por último, no es admisible el acto de conciliación por tratarse, según el artículo 460.4 de la LEC, de actos no susceptibles de transacción o compromiso.

315

10. Tratamiento procesal

Los juicios sobre filiación son procesos especiales que se tramitan de acuerdo con las normas del juicio de menor cuantía, y tienen un carácter inquisitivo, porque el cambio evolutivo del Derecho de familia y el tránsito del principio de verdad formal presunta al de verdad material o biológica (SSTS 15 de marzo y 5 de mayo de 1989, y 30 enero de 1993), da lugar a que realicen una función correctora y preponderante, que permite que los jueces y Tribunales puedan utilizar cualquier sistema de prueba de los previstos por la razón humana y en consonancia con la realidad social (STS 14 de noviembre de 1985).

Las acciones relativas a la investigación de la paternidad o maternidad, mediante todo tipo de pruebas (incluidas naturalmente las biológicas, art. 127.1) no pueden iniciarse de

oficio, sino a instancia de parte legitimada, porque la ley no concede acciones públicas, y el Ministerio Fiscal sólo puede actuar en representación del menor o incapacitado (art. 129 C.c.).

Conviene destacar, como puso de manifiesto el Dr. Pou de Avilés en su comunicación a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya, de 27 de febrero de 1996, refiriéndose a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1995, que nuestra legislación civil procesal presenta uno de sus flancos más vulnerables en la deficiente regulación de la práctica de las pruebas biológicas, porque no determina los requisitos procesales que deben observarse, por ser de extrema rigurosidad, para mantener las plenas garantías y el principio de contradicción. La Sentencia del TS referida, destaca “la conveniencia de establecer las facultades y deberes y la posición de las partes sobre todo, en relación con la aportación de hechos y respecto a las pruebas y su valoración y los actos dispositivos”.

316

11. Admisión a trámite de la demanda

Para salvaguardar el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas frívolas, torticeras, infundadas o interpuestas con malicia o ánimo de chantajear (Sentencia 7/1994), la misma establece que: “El Juez no admitirá la demanda de reclamación de filiación si no va acompañada de un principio de prueba”.

En efecto, el artículo 127.2 del Código civil exige *ab initio*, que la demanda que inicia un proceso de filiación no puede admitirse si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda. Sentencia TS 7 octubre 1995.

Se trata de una garantía procesal o presupuesto de procedibilidad que tiene por finalidad asegurar la seriedad de

las acciones, un *fumus bonis iuris* que otorga una apariencia de probable verosimilitud y al juez la facultad de rechazarla *a limine* en base a una primera impresión indiciaria de certeza.

Como principio de prueba, podemos calificar los títulos familiares, documentos domésticos, instrumentos públicos o privados, grabaciones audiovisuales, películas, cartas e incluso escritos acreditativos de una comparecencia personal del demandado. Confesión del propio demandado obtenida al amparo del artículo 497 LEC. No puede aplicarse el concepto de escrito indubitado al extendido por otra persona y firmado por el padre, ni las cartas escritas a máquina.

¿Qué se entiende por principio de prueba?

No se trata, como escribe O'Callaghan, de una prueba plena, sino de una semiplena, que se dirige a producir en el ánimo del juez una sensación de credibilidad y verosimilitud (Sentencia de 7 de octubre de 1995).

317

Aun cuando algún autor sostiene que el principio de prueba debe acompañarse necesariamente como escrito de demanda y debe cumplir la función que se le asigna, sin ningún otro trámite complementario, el TS en abundante jurisprudencia (SS 12 de diciembre de 1987, 3 de junio de 1988, 19 enero 1990, 23 octubre 1993) ha declarado que ni siquiera es necesario que la prueba deba plasmarse en determinado documento, sino que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento procesal adecuado, y de este modo poder llevarse a cabo el control de razonabilidad de la demanda.

Los Juzgados interpretan el requisito de que se trata en un sentido amplio y flexible para no frustrar las posibilidades de investigación, pero impiden la admisión de las demandas cuando carecen de fundamento, o se trata de demandas alimentadas con espíritu de baja astucia, es decir, interpuestas con toda deslealdad (art. 566 LEC) o no alegan un indicio serio de la conducta atribuida, indicio que no requiere prueba efectiva.

El Tribunal Supremo también ha estimado como indicio serio la posibilidad de fecundación de la mujer (Sentencia de 15 de marzo de 1989) o la existencia de relaciones transidas de una apoyatura firme, capaz de avalar el hecho de la concepción (Sentencia de 24 de mayo de 1989).

Dada la naturaleza de los procesos de filiación, se hace difícil la aportación de un material probatorio consistente, con la demanda, en términos generales. Tal dificultad ha hecho que el Tribunal Supremo haya admitido la llamada interpretación espiritualizada del concepto de principio de prueba para el artículo 127.2 del C. civil y así confirió valor de "principio de prueba" a la aportación de una fotografía donde aparece el demandado junto a la actora en actitud que permite inferir una probable relación amorosa; la declaración suscrita por el cura párroco de un pueblo; información testifical practicada ante notario (SSTC 20 de julio de 1990, 19 de enero de 1990, 21 de diciembre de 1989).

318

También el Tribunal Supremo ha admitido como principio de prueba la alegación en la demanda de pruebas cuya práctica y demostración de hechos se ofrecía para el período probatorio.

Opino que la interpretación espiritualizada del principio de prueba es no sólo adecuada, sino necesaria para estos pleitos, en los que si ya es difícil probar a lo largo del proceso, es casi imposible hacerlo al inicio, por ello el control sobre el posible ejercicio abusivo de estas acciones puede venir del estudio mismo de la demanda y la consistencia de las pruebas que se ofrecen para su práctica.

A. La motivación.

1. La motivación exige poder establecer que de los elementos obrantes en el proceso resulte del todo necesario la práctica de la prueba hematológica para esclarecer una paternidad, puesto que lo que dicha resolución se propone es esclarecer una paternidad posible, no meramente inventada,

es decir, alcanzar los fines previstos en los artículos 39.2 y 39.3 de la CE, a saber, la posibilidad de la “investigación de la paternidad” y la protección integral de los hijos.

2. Para entender que la resolución judicial está mínimamente fundada habrá de estudiar y resolver sobre la necesidad de la práctica de la prueba biológica, o que la acción de filiación que se ejercita puede fundarse en otros tipos de prueba, en cuyo caso quedaría excluida y sería improcedente su práctica.

A pesar de que la prueba genética biológica es sin duda la más objetiva y fiable de cuantas puedan ser presentadas en un litigio sobre reclamación de filiación, dado el rigor científico de las leyes de la herencia y el gran valor probatorio que le otorgan día a día los jueces y los particulares, tan sólo se justifica y admite su práctica cuando resulta del todo indispensable para esclarecer una posible paternidad.

319

B. Puntualizaciones médicas.

Ahora bien, admitida por el órgano judicial la demanda y acordada su práctica, el demandado podrá oponerse legítimamente a la prueba biológica, razonándola y fundándola en alguno de los casos siguientes:

a) Falta de prueba o de indicios serios que permitan atribuir al demandado la presunta paternidad que se reclama.

b) Demostrando, cumplidamente y contrariamente a lo acordado por el juez, que la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse por otros medios, menos molestos e incómodos física o psíquicamente, que la pericial biológica; y,

c) Que su práctica pueda constituir un grave riesgo o quebranto para la salud del afectado. La Sentencia tantas veces referida, exige no un grave riesgo o quebranto, sino un “gravísimo quebranto”.

Se ha aducido como excusa seria y razonable para negarse a la extracción de sangre padecer una enfermedad grave

de manera que pudiera comportar un serio riesgo o quebranto para la salud.

Se cita el caso de una persona de 83 años con arteriosclerosis avanzada, con hipertensión y hemofilia, de manera que la extracción podría dar lugar a una hemorragia difícil de controlar.

Sin embargo, debemos hacer algunas puntualizaciones médicas.

Alegaciones en contra.

Se pueden aducir los riesgos que supone la extracción de sangre para hacer las determinaciones analíticas correspondientes.

320

1. *Peligro infeccioso.* Riesgo de infección local en el lugar de la extracción.

(Riesgo de inoculación de un agente infeccioso a través de la aguja de aspiración. En teoría podría inocularse cualquier germen e incluso los de la hepatitis B y C o el VHT.)

En la práctica estos riesgos son nulos, como lo prueba la mínima cantidad de infecciones que se producen en los grandes centros de análisis de sangre, en donde no llegan al uno por un millón de extracciones y aun este porcentaje queda más reducido al utilizar para cada determinación, material esterilizado, desechable y de un solo uso.

2. Peligro hemorrágico.

Hay razones de peso para no aceptar esta negativa:

a) La mayoría de estos enfermos deben sufrir controles periódicos de su dolencia y éstos no pueden hacerse de otro modo que analizando su sangre, que será obtenida por extracciones idénticas a la que solicitamos.

b) En el caso singular que hubiera un riesgo aumentado de hemorragia por la extracción, se dispone de varias medi-

das para evitarlo, las mismas que se aplican cuando hay que hacer una extracción dentaria o una intervención quirúrgica: suspensión temporal de los anticoagulantes, inyección de plasma o el factor carenciado, etc.

3. *Alegación de que, por temperamento lábil y sensible*, el trauma psíquico que pueda suponer una inyección en individuos con inestabilidad nerviosa, podría producir una descompensación de una psicopatía latente.

En primer lugar, cabe decir que sólo puede tratarse de psicopatías leves, pues en las más graves, aquellas con alteración profunda de la personalidad y distorsión de las percepciones, los pacientes no llegan a ser conscientes de estas pequeñas preocupaciones y además su misma psicopatía seguramente les liberaría de toda responsabilidad penal.

En los casos leves, se dispone de medicamentos que atenúan las reacciones de pánico y terror y en los casos necesarios existen hipnóticos y preanestésicos de eficacia probada y absoluta inocuidad, que harían que la extracción pasara totalmente desapercibida para el paciente.

Sin embargo, un Tribunal alemán de Koblenza, en Sentencia de 19 de septiembre de 1975, resolvió al respecto que efectivamente debía posponerse a la Sra. afectada la prueba biológica, hasta que estuviera tratada y curada, puesto que de practicarle la extracción podría causarse un daño a la salud que podría evitarse con el aplazamiento.

RIVERO precisa que no debe considerarse como causa única de excusa, no sólo que la prueba biológica constituya un riesgo grave para la salud, sino que el concepto es lícito extenderlo a una motivación religiosa por si algún precepto de la misma prohibiera la extracción de sangre u otra análoga. Se cita como ejemplo el ser miembro o profesar una secta religiosa, como por ejemplo ser de los Testigos de Jehová; la sentencia del TS de 14 de noviembre de 1987, frente a la oposición del demandado a la prueba alegando “profesar la religión Testigos de Jehová”; el representante

de esta secta informó que la misma no prohíbe a sus afiliados el análisis de sangre. El Tribunal de instancia no dio lugar a la excusa por entender que “tales creencias no se oponen a dicha extracción con el fin de practicar análisis”. Tampoco prosperó el recurso de casación, el cual, en la Sentencia antes referida, argumentó que la actitud del demandado infundía “vehemente sospecha de falta de sinceridad”.

A propósito de la práctica de la prueba biológica observa muy atinadamente el Dr. Pou de Avilés como problema de *lege ferenda* a tener en cuenta en una próxima reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que: la extracción de sangre de aquella persona a la cual se reclama la paternidad, nunca se hace en presencia judicial, el juez se limita a señalar al interesado el lugar y el día en que ha de someterse a la extracción.

322

El lugar concreto en donde se procede a extraer la sangre del interesado, las precauciones que se toman para determinar y comprobar la identidad del que se persona, nunca son las que tomaría el órgano judicial, con el más estricto respeto a los principios de dualidad y contradicción. Finalmente, con frecuencia no existe un acto de ratificación o aclaración del perito, y las partes se ven imposibilitadas de pedir las explicaciones oportunas para el esclarecimiento de los hechos a que se refiere el artículo 628 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pou de Avilés plantea dos problemas más, uno respecto al centro especializado donde practicarse la prueba, ya que según la Ley de Enjuiciamiento Civil, nadie puede ser obligado a salir de su partido judicial y el otro en cuanto a las dificultades para la recusación de los peritos.

C. Dónde debe realizarse la prueba hematológica.

Las pruebas biológicas tienen la naturaleza de prueba pericial, su práctica requiere un equipo especializado; por ello la sentencia de 7/1994 dispone que esta prueba deberá efec-

tuarse “por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos”.

En Cataluña un centro especializado para este tipo de prueba es el laboratorio de Hemogenética Forense, Unidad de Medicina Legal, Laboral y Toxicológica, dependiente de la Facultad de Medicina de la Universidad de Barcelona, de la que es director el Dr. Huguet.

En Madrid, la Sección Biológica del Instituto Nacional de Toxicología y el Laboratorio del Servicio Central de Policía Científica están en la actualidad en condiciones de aplicar la compleja tecnología del ADN como método de identificación genética de garantías de fiabilidad.

Creemos que podrían ser establecimientos adecuados los Institutos Médicos Forenses, el Instituto de Toxicología, etc., pero además cualquier centro de investigación privada con garantías científicas y técnicas y debidamente controlados por la Inspección Oficial de Sanidad.

323

D. Legislación comparada.

Las medidas legales adoptadas en los distintos países presentan ostensibles diferencias. En Francia, por ejemplo, se admitía la utilización de los medios de prueba biológica negativa de la paternidad, pero a partir de 1972 se establece la libertad de prueba. En el Código italiano, una vez sentado que la sola acreditación de relaciones entre el presunto padre y la madre durante la época de concepción no constituye presunción de paternidad, se instaura, a partir de 1975, la libertad de la prueba, incluso la biológica. Los países escandinavos obran de distinta manera ya que aunque no prohíban las pruebas biológicas, tampoco las necesitan. Se sigue el principio de “paternidad más probable”, en la que la paternidad –incluso en el caso de pluralidad de concubinos– se imputará a aquél que más verosímilmente sea padre, quizá porque, de lo contrario –razona Manuel Aulló– el futuro hijo queda a cargo del Estado.

En Dinamarca, Austria, Alemania, Suiza y algunos Estados de EE.UU., se puede imponer obligatoriamente dicha prueba en caso de repetida negativa injustificada.

En el Código civil suizo, las partes y los terceros están obligados a prestar su concurso para la práctica de las pruebas necesarias para aclarar la filiación y pueden serles razonablemente exigidas, habida cuenta de su salud.

En el Ordenamiento alemán, en los procesos sobre paternidad rige el principio inquisitivo, facultando a los jueces el empleo de la fuerza para someterlos a todos los exámenes que puedan conducir al descubrimiento de la verdad biológica y tenga una importancia decisiva; que se produzcan además injustificados de sometimiento a la prueba y no comporte quebranto para su salud física o psíquica.

324 12. Recursos

Si el juez admite a trámite la demanda se puede recurrir en reposición (STS 15 de marzo 1989 y STC 17 enero 1994) antes de consultar, en la audiencia preliminar del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que subsane el defecto procesal en el modo de proponer la demanda; si no lo hace se dictará auto de sobreseimiento.

La indebida admisión de la demanda puede dar lugar al recurso de casación del artículo 1.692,3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

13. Conclusiones

Es evidente que el diagnóstico de la individualidad biológica por DNA “profiling” y por PCR reacción en cadena de la polimerasa, constituye un gran avance en las investigaciones civiles y criminales, porque la aplicación de sus técnicas sofisticadas ofrecen resultados impensables años atrás,

no obstante, todavía se augura una nueva revolución con el descubrimiento por el Grupo Jefreys, de VARIACIONES EN EL DNA MINISATÉLITE.

Estas nuevas técnicas y cumpliendo los requisitos antes señalados, es indudable que ejercerán un papel destacado y de alto valor probatorio en la Administración de Justicia, tanto civil como penal. Pero por lo que antañe a nuestro tema, debemos destacar que dado el alto índice de seguridad y fiabilidad del resultado de la prueba genética hematológica en materia de investigación de la paternidad, es incuestionable que ésta ofrecerá al juzgador una base sólida para fundamentar una sentencia justa, y evitar al propio tiempo el riesgo de resoluciones erróneas, con ello se satisfará el superior interés social y el orden público que subyace en todas las cuestiones derivadas de los vínculos paterno filiales, en el que están en juego los derechos de alimentos, sucesorios, de especial protección en el artículo 39.2 de la Constitución, así como los relativos a la aplicación de las leyes sociales (subvenciones) con lo cual se obligará al padre culpable, que por el mero hecho de serlo, cumpla con las condiciones de progreso y desarrollo corporal, moral y social de los hijos, en reconocimiento de su personalidad, como esboza el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y recoge el artículo 10.1 de la Constitución que establece los derechos fundamentales de la persona.

B) Notas bibliográficas

“Metodología de la determinación del Derecho, II (Parte Sistemática)”, VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.–Consejo General del Notariado. Madrid, 1996, 1603 págs.

Hace exactamente dos años se presentó en el Colegio Notarial de Madrid el primer volumen de la ingente *Metodología de la determinación del Derecho (Perspectiva histórica)*, de nuestro compañero y querido amigo JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, que hoy preside la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

La *Revista Jurídica del Notariado*, en su número 12, correspondiente a los meses de octubre-diciembre de 1994, publicó junto con la reseña de la obra, hecha por quien suscribe esta otra recensión, los discursos de Rafael GIBERT, catedrático de Historia del Derecho, y de Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, notario y también académico de la R.A.J.L. Tanto en la reseña bibliográfica como en la presentación del libro por estos dos destacados juristas se subrayaba, con asombro admirativo, la magnitud de aquel trabajo de VALLET: “Libro –dijo GIBERT– que viene a ser como una meseta en la continua elevación de la obra del autor, que debe todavía completar su visión de la Metodología con la experiencia de la investigación y la enseñanza del Derecho”. Por su parte, RODRÍGUEZ ADRADOS destacaba cómo VALLET colmaba el vacío tradicional existente en los tratados generales de Metodología jurídica, “dando entrada en su libro al estudio de la determinación notarial del Derecho e insertando ese estudio en todos los lugares en que procede; en adelante no se podrá ya desconocer la actividad notarial como peculiar determinación del Derecho”.

Pues bien, pasados dos años desde aquel acto, VALLET nos entrega a los juristas el volumen II de su *Metodología de la determinación del Derecho (Parte sistemática)*. Un volumen que sobrepasa, en “volumen”, al anterior nada menos que en 286 páginas, aunque sea algo menor el número de

autores estudiados (1.555 en vez de los 1.754 de la parte histórica); tal vez porque aquí en esta parte sistemática, VALLET cita extensamente, con párrafos enteros, a veces, de sus obras, a los autores que analiza. El caudal de lecturas –relecturas, mejor– de VALLET es, puede decirse, digno de un universo jurídico. En esta Metodología han cabido las síntesis de todas las escuelas, de todos los juristas que, a lo largo de la Historia –y no sólo de la Historia del Derecho, pues las citas de gramáticos, de filósofos, humanistas, legisladores, y hasta poetas son muchísimas– se ocuparon y se ocupan de problemas metodológicos en la determinación de lo justo. Desde ARISTÓTELES, STO. TOMÁS o BACON, hasta CARNELUTTI, HERNÁNDEZ GIL o FIGA FAURA, a quien Juan VALLET dedica este libro. Sí, parecen estar todos; repase el lector el índice onomástico y me dará la razón.

Lo mismo que dije en la recensión a la parte histórica de la “Metodología”, he de repetirlo para esta parte sistemática: la sola transcripción del índice de materias llevaría a agotar el espacio de mi nota bibliográfica. Por ello, me limitaré a dar una panorámica en la que, como en una lente fotográfica, se refleje el contenido del libro.

Una Introducción General sintetiza lo estudiado en el volumen anterior por VALLET; es decir, en la perspectiva histórica de la metodología de la determinación del Derecho. Ésta requiere no solamente un conocimiento científico, filosófico y teológico, sino también un conocimiento práctico y técnico; y ello en los planos consuetudinario y legislativo. Hoy, al finalizar el siglo XX, aunque siga persistiendo el positivismo kelseniano, se vuelve a reconsiderar, en el terreno ideológico e incluso en el práctico –el de las determinaciones judicial y notarial, por ejemplo–, que la determinación del Derecho ha de ser guiada por unos valores o principios generales de justicia.

Partiendo del hombre –sus medios e instrumentos de conocimiento y sus saberes– como sujeto de la determinación del Derecho, VALLET nos introduce en esta parte sistemática. En un **Título I**, recapitula cuanto se ha expuesto sobre el conocimiento humano de las cosas, de las ideas y de la naturaleza de las cosas (*rerum natura* y *natura rei*) por las diversas escuelas de pensamiento: idealismo, realismo metódico, nominalismo, dualismo y marxismo. En un epígrafe muy interesante, analiza, y resume también, lo dicho por numerosos autores antiguos, modernos y contemporáneos (UMBERTO ECO, FERRATER MORA, MORRIS, Mc. LUHAN, etc.) respecto al razonamiento humano por la palabra: semiótica (ciencia de lenguajes artificiales o científicos, incluso el de signos); lógica formal (clásica, moderna, de clases o de relaciones, etc.) estudiada por NEUMANN; y el retorno de la tópica en la jurisprudencia –*arte della orazione copiosa* para Vico– (replantado por VIEHWEG y precisado espléndidamente por FIGA FAURA en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), cuya función es muy útil en Derecho para percibir, y luego juzgar, por la crítica, la verdad de una cosa.

Sobre los distintos niveles en la determinación del Derecho trata el **Título II** en el que partiendo de los saberes jurídicos centrados en su adecua-

ción para la determinación del Derecho, entendido éste como lo que es justo, y de la clasificación de estos saberes y sus características (VALLET se aparta aquí de la posición de ELÍAS DE TEJADA, que tuvo una concepción de la técnica del Derecho en la que subsumía la práctica jurídica), se estudian seis niveles (en la base de cada uno se sitúa el saber común jurídico o, en decir de Alvaro D'ORS, el sentido común que se entreliga con la experiencia en el saber práctico, muy diverso de los saberes filosóficos, científicos y técnicos con los que no puede confundirse), que son los siguientes: el teológico, el filosófico, el científico, el político, el legislativo y el técnico. Todos ellos auxilian a la determinación del Derecho en la práctica jurídica.

La universalidad del “saber” de VALLET se manifiesta también en las admirables síntesis que hace de cada ciencia en relación con la determinación del Derecho. Así, de la Teología, la Filosofía, la Política y las leyes, la Sociología, la Economía y hasta la Ecología. El caudal de autores, desde la antigüedad hasta hoy, que se ocuparon de este punto en cada una de las ciencias enumeradas, y que resume VALLET, constituye auténtico *vade mecum* de sus obras. Todas esas ciencias aportan sus “saberes”. Como reina y maestra de todas la Teología, puesto que fue decisiva la contribución de la revelación cristiana acerca del hombre, aunque por sí solo el saber teológico, que en frase gráfica de VALLET “ilumina y hace de pretil en la determinación del Derecho”, no sea suficiente, pues la revelación cristiana no contiene normas jurídicas, sino de moral individual y social y ha de completarse con *atque humanorum notitiae*. Es decir, con principios éticos y filosóficos, políticos y legislativos (*Metodología de las leyes*, del propio VALLET); y con todos los demás propios del cientifismo, tanto del propiamente dicho (sociológico, economista, ecológico —se traen a colación autores desde BACON, MAQUIAVELO, SAINT SIMÓN, VITORIA, MARX, POPPER, DE CORTE, GODARO, ASSIER-ANDREU y Juan Pablo II, en rápido espiguelo de las más de 300 páginas que ocupan los epígrafes en que se resumen las doctrinas de éstos y de cien autores más), como del denominado cientifismo jurídico, que no es sino el intento de elaborar una ciencia jurídica, según el modelo postkantiano, es decir, por la lógica y la matemática. (En la “Perspectiva histórica” de esta obra, volumen I, se analizó y criticó este método, el cual, con palabras de VALLET, “desencarna y abstractiza y disecca la realidad”, nunca subsumible en los puros conceptos).

Todos estos *saberes* coadyuvan a conseguir el “nivel práctico” en la determinación del Derecho; es decir, a la obra práctica de configurar la *res iusta* y concretar *quod iustum est*. En este sentido, la prudencia en el jurista ha de ser la virtud esencial; especialmente en los jueces.

Han de considerarse no sólo la naturaleza de las cosas y la tradición (por ejemplo: en la aplicación de ésta se fundamentó la labor de los foralistas españoles que inspiró las Compilaciones), sino además la experiencia jurídica. Todo ello auxiliado por el “nivel técnico o instrumental” en el que la terminología jurídica (lenguaje, términos, documentos, argumentación uti-

lizando la lógica y la tópica) desempeña también un papel necesario. En estos epígrafes últimos del título II, VALLET recapitula algunos extremos anteriormente estudiados, a la vez que pide perdón –tal su cortés modestia–, por la repetición: *“La exposición de algunas de las materias me ha ocupado durante los últimos cincuenta años. No lo explico para contabilizar ningún haber en mi activo y mostrarlo, sino para reconocer la deuda que tengo contraída con los autores de siglos atrás por las experiencias jurídicas prácticas que han dejado escritas y nos han legado; y para probar la gran utilidad (que) puede aportarnos su conocimiento, si sabemos utilizarlo adecuándolo al horizonte jurídico actual”*. Palabras admirables en un Maestro de juristas, que pueden aplicarse no sólo a lo ya expuesto en los anteriores Títulos, sino también en los que siguen y completan la parte sistemática que estoy reseñando.

El **Título III** estudia la interpretación o, mejor, el proceso interpretativo en la teoría y en la práctica (VALLET, como buen notario nunca se queda “en el cielo de los conceptos”). Resume y analiza, entre otros muchos autores, la obra esencial de BETTI en los distintos aspectos o tipos de interpretación; sin que olvide traer aquí de nuevo, en cuanto a los límites de ésta, los recientes trabajos de UMBERTO ECO. En varios epígrafes de este título se repasa históricamente el valor de la interpretación en el Derecho: desde el Derecho romano a los comentaristas (destacable, un estudio particularizado de Tomás MIERES); desde la incidencia de los nominalistas de Francisco SUÁREZ, de VICO, de MONTESQUIEU a las nuevas orientaciones interpretativas en el siglo XIX (LAURENT, SAVIGNY, WINSCHIED y, en particular, los juristas españoles de Derecho foral, DURÁN Y BAS, COSTA, con la prioridad del principio *standum est chartae* de libertad civil); y ya en el siglo XX: el positivismo legalista de HART y BOBBIO; las tendencias sociológicas del derecho libre y del pragmatismo de U.S.A.; las orientaciones judicialistas, KANTOWICZ, ESSER; y, en fin, dejándome bastantes más escuelas de interpretación y sus autores, la interpretación realista y conforme a los principios generales del Derecho, de CARNELUTTI, CASTÁN, HERNÁNDEZ GIL, ROCA SASTRE, CASALS COLLDECARRERA y Federico DE CASTRO.

A continuación del impresionante desfile, VALLET hace un esbozo general de la interpretación jurídica y de su función específica y realiza dos análisis de aquélla: primero, el estructural respecto a los elementos materiales de la interpretación, con especial insistencia en la naturaleza de las cosas y en la analogía y en la gran importancia de ésta para superar el positivismo legalista. El segundo análisis, funcional, es como la otra cara de la interpretación, la más práctica, pues para descubrir la naturaleza jurídica de una situación, hecho, acto o relación, hace falta –con palabras del autor– *“un lecho de experiencias y juicios prudenciales enunciados en forma de leyes, costumbres, jurisprudencia que alumbrarán en cada caso el derecho subyacente en el hecho [...] Es como una lente jurídica con dos cristales: el ‘sensus naturale’ y la ‘naturalis ratio’”*. Con ello volvemos de nuevo, en la función interpretativa, al sentido común, base del jurídico. También en esta

parte de su Metodología, hace VALLET una elogiosa y extensa referencia a la integración de la costumbre, por vía interpretativa, en los Derechos forales hispánicos. La retención en éstos de “la naturaleza antigua” hizo posible su conservación, y hoy, si no se desvirtúa por los Parlamentos políticos, su proyección al futuro. Los autores estudiados por VALLET en esta parte de su obra son, asimismo, numerosísimos; tanto con referencia al Derecho comparado como al del Código civil y los Derechos forales.

Aquí, en esta materia, VALLET inserta, como novedad, apuntada ya en el volumen I (parte histórica) del Tratado, la determinación del Derecho a través del Derecho consuetudinario, tal y como lo recogen las Compilaciones. Al ser las normas de los Derechos forales obra en buena parte de los notarios, se explica que VALLET dedique el **Título IV** de su libro, en cuanto a la determinación negocial, consensual o voluntaria del Derecho, a su configuración por los notarios.

En cuatro epígrafes siguientes se estudian, partiendo de “lo justo” en las relaciones no litigiosas: las funciones del Notariado de tipo latino (el único que conjuga las funciones de aconsejar a las partes, redactar los documentos negociales de acuerdo con las leyes y costumbres en su caso, dotándolos de autenticidad y fuerza probatoria); la elaboración y aplicación notarial del Derecho; los límites en la determinación, la elaboración de instituciones; la adecuación de las normas a las necesidades civiles; la apertura y configuración de nuevas instituciones (en el ámbito de la propiedad y derechos reales; en el Derecho de familia; en el Derecho de sucesiones); y, en fin, las actuaciones de los notarios (a través de cautelas y cláusulas cautelares) para delimitar, o incluso excluir, la aplicación de normas legales. Todo ello lo explica y analiza VALLET con aportación de fuentes históricas (protocolos notariales) y doctrina de autores; especialmente de notarios, antiguos, modernos y contemporáneos. Como ejemplo de estos últimos, entre otros muchos, los nombres de MARTÍ MIRALLES, NOGUERA, GUIMERÁ, GULLÓN, R. NÚÑEZ LAGOS, ROCA SASTRE, PELAYO HORE, CALVO ALFAGEME, Juan GARCÍA-GRANERO, PORCIOLES, NAVARRO AZPEITIA, CÁMARA ALVAREZ, y, por supuesto, el propio VALLET DE GOYTISOLO. El resumen de instituciones jurídicas configuradas por los notarios llena en esta obra de VALLET muchas páginas (1205 a 1301), y haría inacabable esta reseña bibliográfica. Me permito insistir, no obstante, que los notarios tenemos en esta parte del estudio de nuestro compañero una mina con materiales riquísimos y auténticos puesto al servicio y al prestigio del Notariado español.

Después de este capítulo, para los notarios el de mayor interés, en que el autor ha estudiado la concreción de la *res iusta* en cada negocio concertado *inter volentes*, en un **V y último Título**, VALLET examina de qué modo se determina el Derecho *-quod iustum est-* *inter nolentes*. Esta determinación conflictual del Derecho se estudia en otros cuatro epígrafes o capítulos: el primero sobre la naturaleza de la función judicial (la *auctoritas* y la *potestas* en el juzgador; la aplicación y elaboración del Derecho por los jueces y por el Tribunal Supremo -hoy habría de añadirse aquí también el Tribunal

Constitucional que ha invadido el campo del Supremo—; la función correctora de las leyes, etc.). Un segundo epígrafe trata de la diagnosis y la explicación jurídica de los hechos (prueba, presunciones y su valoración). El tercer epígrafe atiende a la intelección de las normas jurídicas y la determinación de su sentido normativo en relación al hecho enjuiciado (prelación de fuentes, principios constitucionales, Derecho comunitario, Tribunal de las Comunidades Europeas). Finalmente, en el epígrafe final —lo es, asimismo, del libro—, VALLET “biografía” la equidad en una verdadera “monografía” de cerca de cien páginas. Desde su idea general en la antigüedad —la *epiqueya* griega, lo *iustum* y lo *aequum* en el Derecho romano—, pasando por los glosadores, STO. TOMÁS, la *equity* anglosajona, por la escolástica española del S. XV (SOTO, SUÁREZ), y por el Derecho mercantil a su empleo en la doctrina y en la práctica actuales. Tan actuales que VALLET no olvida estudiar la equidad después de la reforma del Título Preliminar del Código civil por la Ley de 17 de marzo de 1973 y Decreto de 31 de mayo de 1974; así como la numerosa doctrina de autores sobre esta reforma (ENTRENA-KLETT, PINTÓ RUIZ, PASTOR-RIDRUEJO, ALBALADEJO, etc.), y la referencia a la equidad en leyes especiales comunes y su posible aplicación en los Derechos forales.

Finaliza el libro con un panorama general de las funciones jurídicas que cubre la equidad; no sólo en la determinación negocial del Derecho, sino también en el cumplimiento de los contratos y demás negocios jurídicos; —lo cual, respecto al notario, ha de ser, sin duda, tarea de la prudencia, tanto en el deber de consejo como al configurar, documentar y autenticar el negocio jurídico *inter partes*—. Se cierra el volumen con una breve glosa acerca del papel de la equidad en la labor doctrinal de los juristas; pues, como subraya VALLET, “*sin duda en la vida del derecho, doctrina y práctica, ciencia y arte deben siempre ponderarse, en un repetido y constante ir y venir mentalmente entre ambas, para así comprender mejor la una con la ayuda de la otra, y viceversa*”.

Al terminar esta reseña, tan corta y ligera en relación a tan profunda y larga obra, no puedo menos que admirar otra vez —como tantos juristas lo han hecho y lo hacen a diario— la ingente capacidad de trabajo y la maestría de VALLET. Parodiando a HARIOU —éste lo refería al Estado— se diría que en el campo de lo jurídico existe un grupo selecto de hombres superiores en quienes reside esta cualidad especial de voluntad e inteligencia en la cual hemos reconocido la fuente de autoridad. Esta especial cualidad confiere a tales hombres un derecho de superioridad sobre los demás. Son los maestros en Derecho. Sin duda, uno de ellos es Juan Bms. VALLET DE GOYTISOLO.

Acerca de las características formales del libro, indicaré que la edición es de igual formato e impresión que el volumen I; que las erratas son escasas aunque algo más numerosas que en aquél; y que la letra, no grande en el texto y pequeña en las notas, en total (salvo error u omisión de mi suma), 6.612 notas. ¡Se dice pronto!

Finalmente, es tal la información y el “estar al día” de VALLET que, por citar un ejemplo sintomático, en una de las notas (la 208 bis, pág. 1270), cita el trabajo doctoral de Sergio CÁMARA LAPUENTE *La fiducia sucesoria secreta*, editado este mismo año de 1996 un mes antes del último libro de VALLET. Ultimo en el día de hoy, pues –a mí no me cabe duda– nuestro amigo, compañero y maestro de juristas, tendrá ya en su telar intelectual y en las puntas de su pluma la *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho* que posiblemente contendrá la extensa e intensa experiencia profesional del autor y coronará su obra admirable.

Javier Nagore Yárnoz
Notario